# Perspectivas jurídicas para la paz

Helena Alviar García
Isabel Cristina Jaramillo Sierra

(coordinadoras)

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

PERSPECTIVAS JURÍDICAS PARA LA PAZ

# PERSPECTIVAS JURÍDICAS PARA LA PAZ

*Helena Alviar García*
*Isabel Cristina Jaramillo Sierra*
(coordinadoras)

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Perspectivas jurídicas para la paz / Helena Alviar García, Isabel Cristina Jaramillo Sierra (coordinadoras). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2016.
470 páginas; 17 x 24 cm

Otros autores: Eleonora Lozano Rodríguez, Laura Porras Santanilla, Sebastián Rubiano Galvis, Julián Martín Berrío, Julieta Lemaitre Ripoll, Jorge L. Esquirol, Vasuki Nesiah, Zinaida Miller, Karen Engle, Juan Camilo Rivera, Farid Samir Benavides Vanegas, Libardo Ariza, Manuel Iturralde.

ISBN 978-958-774-286-2

1. Proceso de paz – Aspectos jurídicos – Colombia 2. Conflicto armado – Aspectos jurídicos – Colombia 3. Justicia transicional 4. Guerrillas – Actividad política – Colombia. I. Alviar García, Helena II. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina III. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 341.73 SBUA

Primera edición: abril del 2016

© Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Helena Alviar García (coordinadoras)
© Eleonora Lozano Rodríguez, Laura Porras Santanilla, Sebastián Rubiano Galvis, Julián Martín Berrío, Julieta Lemaitre Ripoll, Jorge L. Esquirol, Vasuki Nesiah, Zinaida Miller, Karen Engle, Juan Camilo Rivera, Farid Samir Benavides Vanegas, Libardo Ariza, Manuel Iturralde.
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 339 49 49, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-286-2
ISBN *e-book*: 978-958-774-287-9

Corrección de estilo: Andrés Cote
Diagramación interior y de cubierta: Karina Betancur

Impresión:
Xpress
Estudio Gráfico y Digital, S. A.
Carrera 69H n.º 77-40
Teléfono: 602 08 08
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Introducción
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Helena Alviar García 1

PRIMERA PARTE
JURIDIZAR LOS DEBATES ECONÓMICOS Y POLÍTICOS
9

La discusión en torno a la política de desarrollo agrario:
¿perspectivas encontradas?, ¿nuevas soluciones?
Helena Alviar García 11

Perspectivas jurídicas para la paz colombiana:
algunas consideraciones económicas
Eleonora Lozano Rodríguez 41

Reflexiones sobre la formalización del empleo
como herramienta contra la pobreza
Laura Porras Santanilla 69

¿La pipa de la paz? Los derechos humanos,
el medio ambiente y la reforma de las políticas
sobre drogas en el (pos)conflicto colombiano
Sebastián Rubiano Galvis
Julián Martín Berrío 93

La participación directa y los acuerdos de paz:
entre el buen gobierno, la escucha atenta
y el poder del pueblo
Julieta Lemaitre Ripoll 141

## SEGUNDA PARTE
## POLITIZAR EL DERECHO
171

¿Ayuda la internacionalización? Un análisis del proceso de paz colombiano de 1998
Jorge L. Esquirol 173

Los juicios sobre la historia: perder la justicia en lo monstruoso y lo banal
Vasuki Nesiah 233

Efectos de la invisibilidad: en búsqueda de lo "económico" en la justicia transicional
Zinaida Miller 263

El juicio del sexo en tiempos de guerra
Karen Engle 303

¿Dónde trazar la línea entre la justicia y la paz? El alcance de la justicia penal a la luz del marco jurídico para la paz
Juan Camilo Rivera 331

El delito político en el marco del proceso de paz con las farc
Farid Samir Benavides Vanegas 371

Castigo penitenciario y transición. Elementos para la interpretación de la experiencia colombiana
Libardo Ariza
Manuel Iturralde 399

Las formas institucionales para buscar la verdad estructural: a propósito de la creación de una (otra) comisión de la verdad en Colombia
Isabel C. Jaramillo Sierra 427

# INTRODUCCIÓN

Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Helena Alviar García

El 27 de agosto del 2012 el presidente de la República anunció que había llegado a un acuerdo con el movimiento guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) para emprender negociaciones que condujeran a la terminación del conflicto armado. Las negociaciones han sido presentadas como el paso definitivo hacia una paz que favorecerá el progreso económico y el bienestar general, y han sido recibidas con grandes expectativas. No obstante, para el público colombiano no son nuevos los discursos que anuncian la paz y, en concreto, ha perdido la ingenuidad cuando se trata de las FARC. Entre otras cosas, el público tiene una teoría sobre el conflicto, las negociaciones y la paz. Este libro participa en la construcción de esa teoría exigiendo que comprendamos que el derecho es una parte de la explicación de los acontecimientos en curso y que contribuye a esclarecer hacia dónde debemos dirigirnos —no pueden desatenderse las dimensiones jurídicas de la paz—; sin embargo, también sostiene que el derecho no debe entenderse como materialización de la verdad, la justicia o la moral, sino como un campo de batalla en que se enfrentan distintas visiones de la verdad, la justicia y la moral —las dimensiones políticas del derecho—. En particular, este libro proporciona elementos conceptuales pertinentes en los debates sobre el desarrollo rural, la participación política, el castigo, la política de drogas, el tratamiento de las víctimas, el papel del derecho internacional y los costos de la guerra y de la paz.

## Las dimensiones jurídicas de la paz

Es difícil sostener que los temas de la paz y las negociaciones han sido desatendidos por la comunidad académica en Colombia. De hecho, economistas, politólogos, psicólogos y sociólogos han aportado importantes conocimientos sobre diversos aspectos del conflicto, como sus consecuencias económicas; sus dimensiones políticas; su relación con la democracia; los arreglos institucionales, los problemas de representación política y otras condiciones que lo motivan o lo favorecen; y asimismo sobre los incentivos para buscar la paz, los costos que conllevaría, las experiencias comparadas de procesos de paz y otros temas.

En estos estudios, sin embargo, lo jurídico aparece limitado a las cuestiones de la justicia transicional y de las reformas constitucionales y legislativas que exige un proceso de paz.

Los siguientes capítulos procuran enriquecer el debate con elementos jurídicos que exceden estas dos cuestiones. Proponemos a modo de marco teórico los siguientes supuestos sobre el derecho:

1. El derecho no comprende solamente las normas jurídicas de rango constitucional y legal, sino también las de tipo administrativo, contractual y policivo. Estas normas de rango inferior definen y pueden llegar a modificar profundamente el sentido de las normas de rango superior.

2. El derecho tampoco se limita a las normas, o más bien, para comprender el derecho es necesario entender el conjunto de ideas a través de las cuales se leen aquellas —ideas que se construyen y difunden en las escuelas de derecho— y estudiar las aplicaciones concretas de las normas que tienen lugar en las instituciones.

3. La estructura conceptual del derecho puede ocultar la complejidad del sistema jurídico y, de esta forma, favorecer la suposición de que sólo las normas y los funcionarios especializados son relevantes para comprender la operación del derecho en un caso concreto.

Si se aceptan estos supuestos, en nuestra opinión, resulta evidente que para comprender lo que está en juego en las negociaciones es crucial entender cómo el derecho conceptualiza y regula cada uno de los temas de la agenda. En primer lugar, porque cuando entendemos el derecho así, comprendemos que no podemos modificar *todo* el derecho al mismo tiempo. Esto es, no podemos cambiar, aunque quisiéramos, todas las normas constitucionales y legales, administrativas, contractuales y policivas, los funcionarios, las ideas jurídicas y las prácticas de los abogados. Cuando aceptamos que no podemos cambiar todo el derecho al mismo tiempo aceptamos también que no basta con tener una serie de conceptos abstractos o normas constitucionales para realizar los objetivos particulares que pueden conducir a cambios estructurales. Es preciso contar con teorías sólidas sobre cómo opera el derecho en relación con cada tema o problema para avanzar en su tratamiento o solución.

En segundo lugar, porque se enfatiza que el derecho hace posible, tramita y proporciona el vocabulario del proceso político que entendemos como negociaciones de paz. En particular, se vuelve problemática —en el sentido de que

requiere nuestro análisis— la suposición de que las transformaciones propuestas y acordadas por el Ejecutivo en la negociación no producen efectos mientras no sean refrendadas por el Legislativo y por las altas cortes. Los debates entre las ramas del poder público se dan en el derecho y a través del derecho. No exclusivamente en el nivel de la legislación, sino también en los niveles superiores de la Constitución y de los conceptos que le dan sentido, y en los niveles inferiores de la ejecución, donde pueden ganarse o perderse importantes batallas conceptuales.

Finalmente, porque el análisis jurídico ayuda a comprender la realidad en la medida en que hace manifiesto que la participación del derecho en la constitución de dicha realidad excede las funciones que usualmente le atribuimos. Específicamente, si se entiende el derecho como lo proponemos, se comprende que los espacios sin derecho o más allá del derecho pueden ser espacios en los que el derecho es injusto y cruel. Esta constatación invita a cambiar la exigencia de *más* derecho por la de *mejor* derecho.

## Las dimensiones políticas del derecho

Los textos que siguen también se apoyan en el supuesto de que el derecho no es un repositorio neutral de *la* verdad, *la* justicia o *la* moral. De acuerdo con lo anotado, reconocemos las ideas y las prácticas jurídicas como políticas porque materializan los conflictos que identificamos en otras dimensiones y por medio de otras disciplinas.

En efecto, una manera de trivializar o dejar de lado el análisis jurídico es reducir el derecho a las categorías de la ciencia política, la economía, la sociología, la antropología u otra disciplina. Como acabamos de exponer, esta reducción es costosa porque induce a pensar que el derecho puede adaptarse a cualquier argumento o modelo abstracto, como si pudiéramos cambiarlo todo al mismo tiempo. Y ello porque la reducción hace invisible la fragmentación de las instituciones y el esquema de pesos y contrapesos que son parte de la realidad en que ocurren las negociaciones, y porque refuerza la creencia de que el derecho —los abogados, las instituciones jurídicas, entre otros— es bueno pero "le hace falta". Otra manera de trivializar el derecho es asumir que puede ser invocado mágicamente para dirigir su fuerza a los resultados que se persiguen, como si el derecho sencillamente pudiera adaptarse a lo que se necesite.

Es frecuente que se identifique el derecho con la verdad, la moral y la justicia. Se ha hecho tanto dentro de la disciplina como fuera de ella. En su versión más

reciente, esta identificación pasa por la idea de los derechos humanos, fundamentales o constitucionales. En este caso se aplanan las tres categorías de verdad, justicia y moral y se las hace coincidir con el derecho echando mano del supuesto de que los derechos reflejan o incorporan la "verdad" sobre la naturaleza humana y sobre la justicia y la moral que corresponden a esta verdadera naturaleza. Esta primacía de los derechos incide en el análisis de dos maneras: explica la preponderancia del derecho internacional y del derecho constitucional en la comprensión del derecho e insiste en la diversidad de las posturas ideológicas que compiten por darles significado a los textos jurídicos.

### El derecho en estas negociaciones de paz

Con base en esta comprensión del derecho los capítulos que siguen contribuyen al análisis jurídico de los temas incluidos en la agenda de las negociaciones de paz. En sus textos, Jorge Esquirol, Juan Camilo Rivera, Zenaida Miller y Eleonora Lozano, además, enfatizan algunas premisas de nuestro marco conceptual en tanto explican la importancia de comprender las dimensiones políticas del derecho internacional, los dos primeros, y las dimensiones económicas de la justicia transicional, las dos últimas. Debe destacarse que, además de los textos originales que se escribieron a propósito de esta coyuntura, el libro incluye otros que han sido importantes en la construcción de la mirada sobre el conflicto que hemos descrito. Se trata de textos valiosos por sus contribuciones teóricas y conceptuales en los momentos en que fueron publicados y por su vigente influencia en la forma en que entendemos el derecho y la política en el debate sobre el conflicto.

## El desarrollo agrario: la importancia de las transformaciones conceptuales

El primer punto de la agenda de negociación entre el Gobierno y las FARC es el desarrollo rural. Los dos capítulos que lo estudian afirman con énfasis que la transformación más importante que podemos llevar a cabo en este tema es la de los conceptos con que pensamos los problemas y las soluciones. El capítulo de Helena Alviar explica cómo el debate acerca del desarrollo rural en general se ha anquilosado al punto de que no explica satisfactoriamente por qué el "campo" sigue siendo, al mismo tiempo, "estratégico" y "olvidado". La autora muestra que las posiciones del Gobierno y las FARC reiteran las posturas del liberalismo y la teoría de la dependencia; más aún, que muchas de las

propuestas de las FARC son objeto de políticas públicas existentes y que están contenidas en la Constitución Política de 1991 y en diversas sentencias. Alviar propone revisar las consecuencias que en materia de política agraria se derivan de los tratados de libre comercio y de las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil, con el fin de entender mejor el papel del derecho en este ámbito y transformar el debate político a la luz de las conclusiones a las que lleguemos por este camino.

El capítulo de Laura Porras se enfoca en el problema del trabajo en el campo y en la conclusión, en la que coinciden el Gobierno y las FARC, de que la vía para dignificar el trabajo es la formalización. La autora explica que al concentrar los esfuerzos destinados a dignificar el trabajo en la formalización laboral se oculta la manera en que el derecho ya decide la precariedad del trabajo. Como alternativa, invita a dirigir la mirada a normas jurídicas que habitualmente no se relacionan con el empleo y la dignidad del trabajador, como las normas de zonificación de las ciudades y los reglamentos de convivencia que les dan a los policías un poder desmedido para vigilar y disciplinar a los trabajadores más precarios.

**Participación política directa:**
**las promesas de la Constitución de 1991**

En relación con la participación política, Julieta Lemaitre propone una relectura del debate entre el Gobierno y las FARC en la que acentúa la importancia de apostar por una participación política directa que consiga empoderar a los excluidos. La autora muestra que los documentos sobre las negociaciones reflejan un enfrentamiento clásico entre el Gobierno y las FARC: mientras el primero se enfoca en la democracia representativa y las garantías para la oposición, asumiendo una típica visión liberal del poder y su administración, las FARC abogan por aumentar los mecanismos de participación directa de manera abstracta y general, y así reiteran la posición marxista ortodoxa sobre la necesidad de la dictadura del proletariado. Lemaitre argumenta que en términos del régimen constitucional actual el enfrentamiento debe leerse más bien como un debate entre una posición que entiende la participación política como "escucha atenta" del gobierno y otra que la entiende como movilización y empoderamiento de los excluidos. Este giro conceptual, ya promovido por el derecho, da lugar a nuevas apropiaciones y prácticas del derecho.

## Propuestas para el fin del conflicto: castigo, redención y reforma

Cuatro capítulos se refieren al tema del fin del conflicto: el de Libardo Ariza y Manuel Iturralde y los de Farid Benavides, Vasuki Nesiah e Isabel Jaramillo. Ariza e Iturralde examinan las implicaciones del castigo penitenciario en la búsqueda de la paz y la reconciliación en Colombia; sostienen que la pena privativa de la libertad no es la única alternativa en el posconflicto y que no es aconsejable el crecimiento estructural de la institución penitenciaria. Farid Benavides presenta la historia del delito político en las negociaciones de paz que han tenido lugar en el país y señala que, en contravía con esta historia, el delito político ha dejado de ser una herramienta útil en las negociaciones debido a cierta postura derivada del derecho internacional; el autor destaca la necesidad de encontrar otros conceptos para resolver temas importantes relacionados con el posconflicto. Vasuki Nesiah, con base en los casos de Chile y Suráfrica, muestra que si bien la justicia transicional se declara preocupada por los asuntos de la responsabilidad histórica y la rendición de cuentas, termina preocupada por el tema del cierre histórico. El cierre histórico ha sido privilegiado en detrimento de un verdadero tratamiento de las causas estructurales de los conflictos. En el mismo sentido, Isabel Jaramillo se pregunta por los aportes que podría hacer una nueva comisión de la verdad en el contexto colombiano, a la luz de lo que hemos aprendido, por la experiencia local y global, sobre los procedimientos institucionales destinados a establecer la verdad. La autora concluye que existen suficientes instituciones locales y experimentos internacionales que pueden aportar al diseño de una comisión de la verdad en Colombia; sin embargo, es indispensable, sostiene, que esa comisión se ocupe no sólo de los temas tradicionalmente vinculados con el establecimiento de la verdad, sino también de temas como las causas estructurales de la desigualdad y la distribución de los recursos.

## Las drogas: más allá de los problemas del consumo y la criminalidad

Sebastián Rubiano y Julián Berrío proponen algunas ideas para analizar el cuarto punto de la agenda: las drogas ilícitas. En su capítulo plantean que siempre se ha pensado el tema de las drogas en relación con la criminalización, y así se han ocultado otras dos dimensiones: el problema de las drogas como un tema de derechos humanos y los efectos del cultivo de drogas ilícitas sobre el medio ambiente. Señalan que la perspectiva del Gobierno y la de las FARC son insuficientes para pensar y repensar el tema de las drogas en Colombia.

## De las mujeres como víctimas perfectas a las mujeres como victimarias

Respecto al tema de las víctimas Karen Engle presenta una postura diferente de la que se ha vuelto dominante: la que entiende a las mujeres como víctimas inocentes de la guerra. Engle, recurriendo al análisis de una novela de Ernest Hemingway, *Por quién doblan las campanas*, resalta el papel de las mujeres como actores militares, políticos y sexuales, y observa a los hombres como potenciales agentes de amabilidad.

## El derecho internacional como campo de conflicto

El capítulo de Jorge Esquirol presenta la evolución de la manera en que las élites han usado argumentos del derecho internacional para justificar o criticar los procesos de paz, y lo hace con base en una reflexión sobre el proceso de paz de 1998 en la que demuestra dos ideas principales. Por un lado, que los internacionalistas colombianos adoptaron una postura ortodoxa y rígida con respecto a la reclamación de un estatus de beligerancia por parte de la guerrilla y con respecto a las reglas de la guerra. Por otro lado, que la internacionalización favoreció la influencia de los Estados Unidos en la agenda de la negociación, y en particular la importancia que se le dio a la lucha contra las drogas. El capítulo busca darle una caracterización justa al derecho internacional mostrándolo como un campo en que se enfrentan diversas opiniones políticas y agendas ideológicas.

El texto de Juan Camilo Rivera también se ocupa de los debates ideológicos en el derecho internacional, y analiza cómo los actores políticos locales recurren a este derecho. En este caso el autor se enfoca en la reforma constitucional llamada marco jurídico para la paz y en la discusión que ha motivado el término *impunidad*.

## Los costos del conflicto y los costos del derecho

En dos capítulos se analiza de manera diferente el tema de los costos de la guerra. Zinaida Miller argumenta que el campo de la justicia transicional se ha concentrado en las violaciones de los derechos humanos. Esta concentración ha tenido como consecuencia la marginalización de los debates sobre la desigualdad estructural, sobre las violaciones de los derechos económicos y sociales y sobre el contenido neoliberal de las reformas propuestas para el posconflicto.

Eleonora Lozano, por su parte, alerta acerca de los costos a los que se comprometerá el Estado colombiano luego de la firma de los acuerdos. La autora analiza desde el punto de vista de las finanzas públicas las dificultades que se afrontarán; en particular, por cuenta de los nuevos gastos que se emprenderán en materia de salud, educación e inversión territorial.

# PRIMERA PARTE

# JURIDIZAR LOS DEBATES ECONÓMICOS Y POLÍTICOS

# LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA POLÍTICA DE DESARROLLO AGRARIO: ¿PERSPECTIVAS ENCONTRADAS?, ¿NUEVAS SOLUCIONES?

Helena Alviar García*

En octubre del 2012, en Oslo, en el discurso que pronunció con motivo de la instalación de los diálogos de paz, el jefe negociador de las FARC, Iván Márquez, hizo una severa crítica del modelo económico neoliberal y de explotación de recursos naturales. Después, Humberto de la Calle, jefe negociador por parte del Gobierno, declaró que "ni el modelo económico, ni la doctrina militar, ni la inversión extranjera están en la discusión"[1]. Desde entonces el Gobierno ha hecho énfasis, una y otra vez, en que el tema del modelo económico sólo se discutirá en un posterior escenario democrático y legislativo. Por ejemplo, en noviembre del 2012 el presidente de la República, Juan Manuel Santos, dijo: "No vamos a entrar a negociar ni a conversar sobre aspectos fundamentales de la vida nacional, como la propia Constitución, *el modelo de desarrollo, el concepto de propiedad privada*, eso no está en discusión ni va a estar en discusión" (énfasis añadido)[2].

Además, Santos enfatizó que el objetivo de las negociaciones es "finalizar el conflicto con las Farc"[3], y dirigió las siguientes palabras a los miembros del grupo guerrillero: "Nosotros hemos sido muy claros: eventualmente cuando ustedes (la guerrilla) dejen las armas y se incorporen a la vida democrática, si quieren proponer cambios en el modelo económico ganen las elecciones o discútanlo en el Congreso si salen elegidos"[4].

Después, en abril del 2013, en Bogotá, dirigiéndose a empresarios colombianos y portugueses y en presencia del presidente de Portugal, Santos insistió: "Tengan la seguridad de que allá, en esas negociaciones, no vamos a negociar nada de lo

* Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. La autora agradece la invaluable colaboración de los asistentes de investigación Laura Gamba Fadul y Juan Camilo Gómez Fajardo en la elaboración de este capítulo.

1 Marisol Gómez Giraldo, "'Ni el modelo económico ni doctrina militar están en discusión': Gobierno", *El Tiempo*, 18 de octubre del 2012, http://www.eltiempo.com/politica/articulo-web-new_nota_interior-12314542.html.

2 "Modelo económico no está en discusión con las Farc", *Dinero*, 16 de noviembre del 2012, http://www.dinero.com/pais/articulo/modelo-economico-no-esta-discusion-farc/164322. Sobre las mismas declaraciones véase Esther Rebollo, "Santos: 'El modelo económico y político no está en discusión con las Farc'", *Semana*, 16 de noviembre del 2012, http://www.semana.com/nacion/articulo/santos-el-modelo-economico-politico-no-esta-discusion-farc/267919-3.

3 Rebollo, "Santos: 'El modelo económico'".

4 *Ibid*.

fundamental"[5]. En esa ocasión afirmó que no estaban en juego la propiedad privada, el modelo de desarrollo, la política industrial ni la política comercial[6]. Y de nuevo precisó: "Lo que está en juego es la forma como se va a trasferir, a cambiar las balas por los votos".

En agosto del mismo año, en la celebración de los 135 años de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitó el apoyo de los empresarios al proceso de paz y volvió a declarar que "en La Habana no estamos negociando el Estado, no estamos negociando nuestro sistema político, no estamos negociando nuestro modelo económico"[7].

Por otra parte, con el avance de las conversaciones en La Habana los medios de comunicación[8] han sostenido que las posiciones de la guerrilla sobre el agro se han moderado y que las dos partes están cada vez más cerca en lo concerniente al tema.

Es innegable que la guerrilla ha modificado sus posiciones acerca de los latifundios, la inversión extranjera y los tratados de libre comercio[9]. Con respecto al tema de la política agraria, en su propuesta inicial (1964), que fue mantenida durante varias décadas, las FARC planteaban como puntos básicos los siguientes: (1) la confiscación de "las tierras ocupadas por compañías imperialistas norteamericanas a cualquier título", cualquiera fuera la actividad a la que estuvieran dedicadas; (2) la entrega gratuita de tierras a los campesinos; y (3) el respeto por "la propiedad de los campesinos que trabajen personalmente sus tierras"[10].

Ahora, a la luz del discurso de Iván Márquez en Oslo y del decálogo de propuestas que las FARC presentaron a principios del 2013, cuando se discutía en La Habana el tema de la política de desarrollo agrario —primer punto de la agenda de las negociaciones—, es evidente que la postura del grupo se ha modificado, pues sólo está en contra del latifundio "improductivo, inadecuadamente

5 "Modelo económico no cambiará por diálogo con Farc", *Portafolio*, 17 de abril del 2013, http://www.portafolio.co/economia/'modelo-economico-no-cambiara-dialogo-FARC'.

6 *Ibid.*

7 "Santos pidió respaldo de empresarios a proceso de paz", *Portafolio*, 14 de agosto del 2013, http://www.portafolio.co/economia/santos-pidio-respaldo-empresarios-proceso-paz.

8 Véase "Empezó debate por la política agraria que las Farc proponen", *El Tiempo*, 15 de enero del 2013; "Las promesas de Santos son el discurso de las Farc", *La Silla Vacía*, 16 de enero del 2013, http://www.lasillavacia.com/historia/las-promesas-de-santos-son-el-discurso-agrario-de-las-FARC-40957, y "De Riochiquito a Cuba, los cambios en la propuesta agraria de las Farc", *Verdad Abierta*, 21 de enero del 2013, http://verdadabierta.com/component/content/article/52-FARC/4411-de-riochiquito-a-la-habana-los-cambios-en-la-propuesta-agraria-de-las-FARC/.

9 "De Riochiquito a Cuba", *Verdad Abierta.*

10 *Ibid.*

explotado u ocioso"[11]. Con todo, las dos partes tienen maneras radicalmente diferentes de entender las causas de los problemas agrarios, sus posibles soluciones y el modelo de desarrollo económico que debe prevalecer en el campo.

El objetivo del presente texto es demostrar que los discursos de las partes negociadoras se basan en visiones clásicas y antagónicas de la política agraria, y que en consecuencia existen puntos ciegos en temas esenciales para corregir muchos de los problemas que afronta el sector rural colombiano. El Gobierno y las FARC insisten en soluciones de hace un siglo. Además, este capítulo demuestra que la mayoría de las propuestas de las FARC puede llevarse a cabo dentro del marco constitucional y la interpretación jurisprudencial existentes. La guerrilla tiene una visión del campo y del acceso a la propiedad que se corresponde menos con posturas marxistas radicales que con visiones clásicas de la democracia social. En mi opinión, para tomarnos en serio la redistribución de la propiedad debemos analizar mejor la interacción entre las leyes y reglamentos que rigen la propiedad, así como la estructura y fortaleza de los arreglos institucionales encargados de poner en marcha la política pública para el campo.

El texto se divide en cuatro secciones. En la primera se analizarán las diferencias ideológicas entre las partes y se expondrán los elementos clásicos de sus propuestas. Con ello busco precisar, por un lado, las sorprendentes coincidencias, y, por otro, el abismo que separa las posibles soluciones. Luego se describirán los artículos constitucionales, su interpretación jurisprudencial y la legislación vigente, en aras de argumentar que, con el marco actual, muchas de las propuestas de las FARC para el campo no son excesivamente radicales ni impensables. En tercer lugar se estudiarán algunos puntos del acuerdo en relación con las políticas públicas existentes, para reiterar la conclusión anterior. Finalmente, se establecerán algunos puntos ciegos que las posturas del Gobierno y de las FARC sobre la política agraria y el acceso a la propiedad negligen.

## I. Liberalismo y teoría de la dependencia: visiones paralelas

### A. Liberalismo

Desde principios de los años noventa los gobiernos colombianos han establecido políticas liberales para el desarrollo del campo. Aunque la definición de *políticas liberales* es mucho más compleja de lo que acá se puede describir, en términos de política agraria, a grandes rasgos, ello ha significado:

11 *Ibid.*

- Eliminar la intervención del Estado en la distribución de tierras.
- Centrar la política en el individuo/empresario.
- Confiar en que el mercado es el mejor distribuidor de los recursos. Como consecuencia, otorgarles subsidios a los campesinos para que participen en el mercado de tierras y demanden de acuerdo con sus necesidades.
- Fortalecer la producción agrícola para la exportación.

Estos principios determinaron una diferencia con el modelo liberal intervencionista que prevaleció hasta finales de los años ochenta. Con el liberalismo intervencionista el Estado lideraba directamente la distribución de tierras. Además, la producción agrícola debía ser tan eficiente que pudiera satisfacer el mercado interno e incentivar la migración de campesinos a las ciudades para que trabajaran en las industrias locales. Aunque debía dividir los latifundios que no cumplieran con la función social de la propiedad, el Estado terminó por distribuir principalmente baldíos y zonas de frontera.

El cambio que sobrevino en los años noventa en favor de la lógica del mercado se materializó, entre otras, en la Ley 160 de 1994 —aún vigente—. Esta norma establece que el otorgamiento de créditos es el principal procedimiento para garantizar el acceso de los campesinos a la tierra, antes que los programas del Incora destinados a asignar propiedades rurales.

Las políticas agrarias de los últimos gobiernos obedecen a esta concepción de las funciones del Estado y del mercado. A manera de ejemplo, en la siguiente sección se analizarán el Plan Nacional de Desarrollo (PND) y el proyecto de ley de tierras y desarrollo rural del gobierno del presidente Santos. El último fue diseñado durante la permanencia de Juan Camilo Restrepo en el Ministerio de Agricultura; no llegó al Congreso pues quedó estancado en los trámites de consulta previa. Como se verá más adelante, tanto la definición de *desarrollo* como las soluciones a la inequidad propuestas por el Gobierno responden a una concepción liberal clásica que necesariamente entra en conflicto con las propuestas de las FARC.

### *1. Definición de* desarrollo

Para los últimos gobiernos en general, y específicamente para el de Santos, el desarrollo debe entenderse como crecimiento. En otras palabras, como un aumento de la productividad y la competitividad, sin referencia a la redistribución de recursos como un complemento necesario del crecimiento. El PND explica que

> En este sentido, por locomotora se entiende que el sector agropecuario y rural alcanzarán un crecimiento sostenido de la producción, por encima del promedio nacional, de forma tal que se generen riqueza, empleos de calidad y beneficios para la economía en materia de encadenamientos productivos con otros sectores, profundización de los mercados, reducción de la pobreza, seguridad alimentaria y bienestar para la población, con consideraciones ambientales para garantizar su sostenibilidad en el largo plazo[12].

Por otra parte, para mejorar la competitividad del campo el Gobierno promete fomentar la investigación y la innovación y promover la transparencia en los mercados de insumos agropecuarios. Tal vez lo más importante en lo concerniente a la competitividad —y este asunto será objeto de acalorado debate con las FARC— es lo que se entiende por uso eficiente del suelo. Al respecto dice el Gobierno:

> En cuanto al uso productivo de la tierra, será necesario alinear los instrumentos sectoriales con los objetivos de competitividad, con el fin de que el Estado promueva el uso eficiente de la tierra, para lograr así la expansión de la producción y cuando sea necesario, la reconversión en equilibrio con el medio ambiente. De la misma manera, se desarrollarán mecanismos que faciliten la inversión privada en proyectos agroindustriales, complementados con esquemas de negocios inclusivos que incorporen las tierras y la mano de obra de los pequeños productores a proyectos sostenibles, sin que esto implique necesariamente la transferencia de la propiedad. Para esto se deben revisar las restricciones asociadas con la Unidad Agrícola Familiar (UAF), buscando un balance entre la corrección de la concentración de la propiedad rural y la incorporación de tierras y pequeños propietarios al desarrollo de proyectos agroindustriales asociativos y/o liderados por inversión privada, evitando comprometer la soberanía nacional y el control sobre el territorio[13].

En el "ABC del proyecto de ley de tierras y desarrollo rural", una cartilla publicada por el Gobierno para difundir los principales aspectos del proyecto, se afirma que "el país necesita instrumentos que puedan entender la complejidad de la nueva relación campo-ciudad, que permitan dimensionar cómo el espacio rural ya no está dedicado de manera exclusiva a la producción agropecuaria y,

12 Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Plan Nacional de Desarrollo: Prosperidad para Todos, 2010-2014", 234, https://www.dnp.gov.co/PND/PND20102014.aspx, consultado el 24 de enero del 2013.

13 *Ibid*., 240.

que hoy más que nunca, la iniciativa privada debe servir a la transformación de nuevos modelos de territorio"[14].

Finalmente, un elemento decisivo de la definición de crecimiento es la inserción de Colombia en los mercados internacionales. Para competir adecuadamente en el mercado mundial es preciso fomentar la creación de conglomerados empresariales, la exportación de productos primarios y la diversificación de los mercados:

> Dentro de estos objetivos, es importante también considerar que, en un contexto de creciente inserción en la economía mundial y apertura de mercados, mejorar la competitividad de la producción agropecuaria también requiere aumentar las escalas de la producción bajo un enfoque conglomerados productivos [*sic*] que integren vertical y horizontalmente la producción, transformación y comercialización. Adicionalmente, es necesario involucrar a los pequeños productores en esquemas asociativos y de economía solidaria que faciliten procesos de emprendimiento y articulación con inversionistas privados (negocios inclusivos). Esto mejorará su productividad y capacidad de negociación, y facilitará su inserción en los mercados. En un contexto de precios internacionales de las materias primas al alza, es fundamental que el sector productivo colombiano sea más dinámico para que pueda aprovechar estas oportunidades[15].

*2. El problema de la inequidad*

El PND establece que uno de los problemas más graves del campo es la inequidad —como se verá más adelante, este diagnóstico es compartido por las FARC—. El Plan establece, igual que los planes de los últimos veinte años, que la mejor manera de atacar la desigualdad es darles a los campesinos herramientas para que entren al mercado.

> En esa medida, la política se debe orientar a garantizar el acceso a activos físicos (tierra y agua) y financieros, y al mejoramiento de capacidades para aprovechar dichos activos a través del acceso a servicios de asistencia técnica integral y a mecanismos que favorezcan el establecimiento de formas asociativas, así como a la provisión de bienes públicos. Todo lo anterior permitirá a la población rural avanzar hacia esquemas productivos con un enfoque empresarial, *insertándola al*

14 Colombia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, "ABC del proyecto de ley de tierras y desarrollo rural", 7, http://www.agronet.gov.co/www/htm3b/public/noticia/PLTDR%20cartilla.pdf, consultado el 25 de mayo del 2014.

15 Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Plan Nacional de Desarrollo", 235.

> *mercado* y ofreciendo alternativas dignas y atractivas de vida que favorezcan el relevo generacional del campo colombiano[16].

Esta idea es reiterada en varias oportunidades en el mismo documento, específicamente en la parte que describe cómo se puede mejorar la capacidad de la población rural para producir ingresos. Se establece que los programas de distribución y asistencia son marginales y excepcionales, simples ayudas para ingresar al mercado. En definitiva, "se buscará generar una ruta de creación de capacidades para la generación de ingresos para la población rural, que garantice que el apoyo transitorio del Estado a las poblaciones más vulnerables culmine con la formación de productores en capacidad de producir competitivamente y articularse a los mercados"[17].

Como complemento de la articulación con el mercado se encuentra la adjudicación de terrenos del Estado que están sin uso ni labranza y en lugares de difícil acceso. Esta disposición se corresponde con la tendencia, imperante en Colombia desde 1962, por la cual la adjudicación no ha sido la consecuencia de la extinción de dominio de grandes predios que no cumplen con la función social, sino que se ha basado en la entrega de baldíos[18]. En esta materia el PND contempla la realización de un inventario de tierras baldías de la Nación con miras a agilizar los procesos de titulación de los predios con vocación productiva[19].

Todo lo anterior se cristaliza en el "Proyecto de ley de tierras y desarrollo rural" diseñado por el Ministerio de Agricultura. En la propuesta se establece que la ley permitirá tanto "la generación de ingresos provenientes de actividades rentables y sostenibles para los habitantes rurales como la provisión de bienes públicos que les garanticen un mejor nivel de vida en las zonas rurales del país"[20]. Estas metas están en sintonía con los papeles del Estado y del mercado en la distribución de recursos en el ámbito rural. De hecho, el proyecto, en el título IV del libro I, caracteriza las políticas sociales como "políticas para acrecentar la acumulación de capital humano, capital social y capital físico", concebidas, claramente, no para mejorar la distribución de recursos sino para facilitar el ingreso al mercado.

16 *Ibid*., énfasis añadido.
17 *Ibid*., 242.
18 Helena Alviar García y Catalina Villegas del Castillo, *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012).
19 Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Plan Nacional de Desarrollo", 243.
20 Colombia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, "Proyecto de ley de tierras y desarrollo rural", https://www.minagricultura.gov.co/archivos/Proyecto_Ley_Tierras_Desarrollo_Rural.pdf, consultado el 24 de enero del 2013.

Un examen del libro I del proyecto hace evidentes las múltiples políticas que el Gobierno ideó de acuerdo con la misma lógica de facilitar el acceso de los campesinos al mercado. En el artículo 19 se observa que los programas de desarrollo rural con enfoque territorial se concentran, sobre todo, en los siguientes puntos: (1) la promoción del desarrollo empresarial y de las asociaciones entre pequeños y medianos productores; (2) el acceso de estos a la infraestructura, al crédito y otros servicios financieros, a servicios de asistencia técnica y a bienes públicos sociales y productivos; y (3) la capacitación "en temas tecnológicos, organizativos, administrativos, empresariales, comerciales, de formulación y ejecución de proyectos, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) y otros indispensables para el mejoramiento de su competitividad y sostenibilidad"[21]. De igual manera, en el título III del libro I se enuncian "apoyos al desarrollo productivo" que apuntan fundamentalmente a aumentar la competitividad del sector del agro, entre ellos algunos subsidios cuyo objetivo es facilitar el establecimiento de proyectos productivos.

De conformidad con lo anterior, en materia de acceso a la propiedad se privilegian la formalización, la titulación, la restitución y la adjudicación de baldíos. La restitución no es un mecanismo de redistribución, pues su meta es devolver las tierras de quienes fueron despojados después de 1991. Por obvias razones, la titulación tampoco está encaminada a redistribuir propiedades. El proyecto de ley consagra la extinción de dominio cuando "los propietarios violen las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del medio ambiente"[22].

En el libro II del proyecto, titulado "Instrumentos de ejecución de la política de tierras", el Gobierno se concentra en las políticas de formalización y titulación de tierras como instrumentos para favorecer el desarrollo rural. En este libro se establecen procedimientos de formalización de la propiedad, clarificación y deslinde, de recuperación de baldíos y bienes fiscales indebidamente ocupados, extinción de dominio, expropiación administrativa y otros. De cualquier modo, la palabra redistribución sólo aparece dos veces en todo el proyecto. Esto dice mucho de cuál es la lógica que lo enmarca.

Es claro, entonces, que la política agraria del Gobierno Santos se ha dirigido fundamentalmente, si no exclusivamente, a la restitución por medio de mecanismos

21 *Ibid.*
22 *Ibid.*

de formalización y titulación. Así, desde el 2010 se inició la ejecución de un Plan de Choque de Formalización y Restitución de Tierras cuyo propósito, en principio, fue empezar a cumplir, antes de que se promulgaran la ley de víctimas y el proyecto de ley de tierras y desarrollo rural —que hasta este momento no ha visto la luz— una promesa formulada por Santos en su campaña: defender al campesino[23]. Para definir el concepto de *formalización* el Gobierno recurre a estadísticas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi sobre la ocupación de predios sin titulación. De acuerdo con el Instituto,

> […] de los 12,5 millones de predios existentes en el catastro (inventario de predios privados), 3,3 millones están ocupados sin que exista un título de propiedad registrado o un contrato que sustente su ocupación, lo que equivale al 26% de todos los predios, y de éstos el 36% tiene falsa tradición.
>
> De los 12,5 millones de predios existentes, 3'675.000 son rurales, de los cuales el 48% tienen información desactualizada. De éstos, 1,7 millones de predios rurales no tienen título de propiedad (acto del INCODER o contrato entre particulares) registrado[24].

Así, el Gobierno suministra una definición de formalización bastante sencilla, apoyada en la teoría civilista del título y el modo para la transferencia del dominio. Como se verá a continuación, el Gobierno parte del supuesto de que la persona tiene un título justo, que es necesario inscribir en una oficina de registro para adquirir la propiedad legal del inmueble: "La Formalización consiste en lograr que la escritura o documento de adjudicación que se tiene de un inmueble (título) se inscriba en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (modo) porque sólo cumpliendo esos dos pasos se adquiere propiedad sobre la tierra"[25].

Según lo expuesto en esta sección, el Gobierno del presidente Santos, como los de sus antecesores, ha asumido una visión liberal clásica del campo: poca intervención del Estado en la distribución, fortalecimiento del mercado y una visión civilista de la titulación de la propiedad. En la siguiente sección se comparará esta posición con la de las FARC.

23 Véase "En qué va el Plan de Choque de Tierras", *Verdad Abierta*, 29 de julio del 2011, http://www.verdadabierta.com/component/content/article/48-despojo-de-tierras/3427-en-que-va-el-plan-de-choque-de-tierras.

24 Colombia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, "ABC", 27.

25 *Ibid.*

## B. La teoría de la dependencia

Del discurso de Iván Márquez[26] y el decálogo de propuestas que el grupo guerrillero presentó a principios del 2013[27] se sigue que las FARC tienen, en lo concerniente al campo, una postura basada en conceptos totalmente distintos de los que fundamentan la postura del Gobierno. La influencia de la teoría de la dependencia es evidente. Como el liberalismo, la teoría de la dependencia comprende mucho más de lo que este documento intenta presentar; esta aproximación se concentra en un análisis de la asimetría que caracteriza las relaciones entre los países desarrollados y los subdesarrollados. Según la teoría, los países del Tercer Mundo se deben resguardar de dicha asimetría en aras de protegerse. Por otra parte, la teoría establece una estrecha relación entre crecimiento y redistribución. Esta postura se puede resumir en los siguientes puntos:

- Crítica del capitalismo y del mercado. Escepticismo respecto de las bondades de la integración global.
- La intervención del Estado es fundamental en la distribución de tierras.
- La clase campesina y la protección de su estilo de vida deben ser prioritarias en la política.
- La producción agrícola debe garantizar la seguridad alimentaria.

Así pues, las FARC tienen una definición del desarrollo y una concepción de la redistribución radicalmente opuestas a las del liberalismo clásico. En los siguientes párrafos describiré, con referencias al discurso de Iván Márquez y las propuestas mencionadas, cómo definen las FARC el desarrollo económico y cómo sostienen que puede resolverse la inequidad.

### *1. Definición del desarrollo económico*

Para las FARC es equivocado definir el desarrollo como crecimiento sin tomar en cuenta la distribución; así, declaran que "[n]o se puede encadenar este proceso a una política enfocada exclusivamente en la obtención desaforada de ganancias para unos pocos capitalistas a los que no les importa para nada la pobreza

26 "Intervención de Iván Márquez en la instalación de la segunda fase del proceso de paz", *Rebelión*, 20 de octubre del 2012, http://www.rebelion.org/noticia.php?id=157934.

27 FARC-EP, "Propuestas para un Política de desarrollo rural y agrario integral (ET)" (*sic*), 14 de enero del 2013, http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/03/Las-cien-100-propuestas-de-desarrollo-agrario-integral-con-enfoque-territorial-de-las.pdf.

que abate al 70 % de la población"[28]. Por otra parte, su posición diverge claramente de la postura del Gobierno en lo que concierne al desarrollo rural. Para el grupo guerrillero el desarrollo rural se debe caracterizar por la producción campesina de alimentos, y no por la proliferación de agroindustrias e industrias extractivas. En su discurso de Oslo Iván Márquez explicó que

> De 114 millones de hectáreas que tiene el país, 38 están asignadas a la exploración petrolera, 11 millones a la minería, de las 750 mil hectáreas en explotación forestal se proyecta pasar a 12 millones. La ganadería extensiva ocupa 39.2 millones. El área cultivable es de 21.5 millones de hectáreas pero solamente 4.7 millones de ellas están dedicadas a la agricultura, guarismo en decadencia porque ya el país importa 10 millones de toneladas de alimentos al año. *Más de la mitad del territorio colombiano está en función de los intereses de una economía de enclave*[29].

Derivada de este diagnóstico, la primera propuesta del decálogo propende por la "[r]ealización de una reforma rural y agraria integral, socio-ambiental, democrática y participativa, con enfoque territorial"[30]. Entre los puntos de esta primera propuesta se incluye el "[e]stímulo a la economía campesina y en especial a la producción de alimentos, considerando la coexistencia de diferentes modelos de producción, atendiendo regulaciones estrictas de los encadenamientos productivos"[31].

Por otra parte, el desarrollo exige la protección de la Nación. La soberanía es esencial en relación con la meta del crecimiento. Esta soberanía se refiere no solamente al control sobre los recursos y sobre la intervención de capital extranjero, sino también al tipo de producción que debe caracterizar el campo. En otras palabras, no solamente se trata de evitar que el capital global explote los recursos naturales colombianos, sino también de garantizar la seguridad alimentaria desincentivando la producción agroindustrial. Refiriéndose a la agroindustria Iván Márquez ha sostenido que

> Dentro de su estrategia está la utilización del suelo para extender las explotaciones forestales y las inmensas plantaciones, no para resolver el grave problema alimentario que padece nuestro pueblo, sino para producir agro combustibles que alimentarán automóviles. En el mejor de los casos la gente del campo quedará con una

28 "Intervención de Iván Márquez", *Rebelión*.
29 *Ibid*., énfasis añadido.
30 FARC-EP, "Propuestas".
31 *Ibid*.

> renta miserable pero alejada del terruño y confinada en los cinturones de miseria de las grandes ciudades. Al cabo de 20 o 30 años de contrato nadie se acordara del verdadero dueño de la tierra[32].

*2. El problema de la inequidad*

El Gobierno nacional y las FARC consideran que uno de los principales problemas del campo colombiano es la desigualdad, pero las soluciones que proponen son diametralmente opuestas. Según las FARC el Gobierno debe liderar un proceso de "desconcentración y redistribución de la propiedad sobre la tierra mediante la erradicación del latifundio improductivo, inadecuadamente utilizado u ocioso"[33]. En consecuencia, la adjudicación de baldíos, la titulación y la restitución no sólo son insuficientes, también conllevan el riesgo de despojos. Continúa Iván Márquez:

> Partimos de esta visión para alertar a Colombia toda: la titulación de tierras, tal como la ha diseñado el actual gobierno es una trampa; encarna una suerte de despojo legal a través del cual se busca que el campesino, una vez con el título de propiedad en sus manos, no tenga otra salida que la de vender o arrendar a las transnacionales y conglomerados financieros, a los que sólo les interesa el saqueo exacerbado de los recursos minero-energéticos que están debajo del suelo. Lo aseguramos sin vacilación: la bancarización de la tierra derivada de la titulación, acabará "tumbándole" la tierra al campesino[34].

Aunque la formalización también está presente en las propuestas de las FARC es importante tener en cuenta que para ellos tiene un carácter diferente, pues se concibe en un contexto de desconcentración y redistribución de la tierra. De esa manera, las FARC afirman en un punto del decálogo que "[e]l acceso a la tierra no implica la mera formalización jurídica de la propiedad, es decir, la titulación, también exige la provisión de condiciones generales para su usufructo, la protección frente a la especulación financiera, la prohibición o regulación estricta, según el caso, del derecho de superficie"[35]. Además de no ser garantía del acceso a la tierra, la formalización no conlleva el requisito de tener un título justo, a diferencia de lo que entiende el Gobierno. Las propuestas tienden,

32 "Intervención de Iván Márquez", *Rebelión*.
33 *Ibid.*
34 *Ibid.*
35 FARC-EP, "Propuestas".

más bien, como se dijo, a realizar la formalización en un estadio posterior a la desconcentración y redistribución de la tierra.

*3. Diagnóstico común y controversias*

Como ya se anotó, el Gobierno y las FARC coinciden en la descripción de los principales problemas del campo colombiano. Ambos discursos mencionan el uso ineficiente de la tierra, la necesidad de modernizar el campo, la precariedad de la infraestructura, la preocupación por la seguridad alimentaria —esta última, una preocupación mucho más urgente para la guerrilla que para el Gobierno— y la enorme desigualdad existente.

En el tema de la política agraria es destacable la primera propuesta del decálogo de las FARC, que consiste en realizar "una reforma rural y agraria integral, socioambiental, democrática y participativa, con enfoque territorial". Llama la atención, sin entrar a analizar las propuestas específicas, que las FARC y el Gobierno insisten en que la política agraria debe tener un enfoque territorial. Esta observación se reitera en el decálogo. Ahora bien, en su propuesta de reforma rural y agraria las FARC plantean, en términos generales, una transformación de las relaciones rurales y de las relaciones entre el ámbito rural y el urbano, y, particularmente, abogan por la "[d]esconcentración y redistribución de la propiedad sobre la tierra mediante la erradicación del latifundio improductivo, inadecuadamente explotado u ocioso".

A pesar de las similitudes, las diferencias son significativas. Se resumen en la tabla 1.

**Tabla 1.** Perspectivas sobre el desarrollo agrario

| | **Visión del Gobierno** | **Visión de las FARC** |
|---|---|---|
| Definición de *desarrollo* | Crecimiento | Crecimiento y redistribución |
| Distribución de recursos | Mercado | Estado |
| Herramientas para distribuir | 1. Titulación<br>2. Adjudicación de baldíos (excepcionalmente)<br>3. Extinción de dominio | Extinción del latifundio improductivo, inapropiadamente explotado y ocioso |
| Tipo de producción | Agroindustria | Alimentos, producción campesina |
| Concepción de la formalización | Civilista, determinada por la teoría del título y el modo | En la lógica de la redistribución, comprende la satisfacción de las condiciones necesarias para el usufructo de la propiedad |

## II. Lloviendo sobre mojado: el marco constitucional y legal existente

En Colombia, desde principios del siglo xx se ha buscado la redistribuir la propiedad rural mediante la legislación. En la siguiente sección se hace un análisis del marco jurídico que ha propendido por este objetivo. Como se verá, desde 1930 el tema ha formado parte de la agenda legislativa. Sin embargo, el acceso a la propiedad no siempre ha sido un tema prioritario en la agenda política, y ha sufrido transformaciones importantes según el liderazgo del Estado en el cumplimiento de las metas de equidad. Aun así, lo cierto es que el tema no se solucionará promulgando más leyes que reiteren que se debe garantizar el acceso a la tierra.

### A. La preocupación por el acceso a la tierra en la legislación colombiana del siglo xx

Desde los primeros años del siglo xx el derecho a la propiedad de la tierra ha sido tema de debates políticos en Colombia. En esa época, como ahora, los campesinos protestaban y reclamaban propiedad sobre la tierra. Como consecuencia de ese descontento social en 1936[36] se llevó a cabo una reforma de la Constitución de 1886 para instituir la función social de la propiedad. En virtud de la reforma se estableció que la propiedad no debía servir sólo al interés privado de su dueño o titular, sino también a los intereses sociales, en especial de los campesinos[37]. La reforma tuvo su desarrollo legal en la Ley 200 de 1936, conocida como Ley de Reforma Agraria, cuyo objetivo fue promover la redistribución de la propiedad agraria. Sin embargo, esta ley terminó por favorecer a los grandes propietarios, que se beneficiaron con la legalización de sus títulos, y no así a los pequeños colonos[38].

En 1961 se aprobó la Ley 135[39], conocida como la reforma social agraria, que creó un organismo encargado específicamente de la política agraria, el Incora,

36 "Los intentos de reforma vienen desde el gobierno de Olaya Herrera (1930-1934), con las iniciativas de su Ministro de Industria, Francisco José Chaux, quien ya había presentado un proyecto de ley sobre dominio y posesión de tierras, cuya orientación, aunque en el marco del respeto absoluto a la propiedad privada, reconocía en los latifundios improductivos un problema fundamental, e incorporaba el trabajo como elemento esencial de una nueva interpretación del principio de la propiedad". Sandra Botero, "La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia". *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n.º 33 (2006): 92-93.

37 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 23 de agosto del 2012 (magistrada ponente: Adriana María Guillén).

38 Sandra Botero, "La reforma constitucional de 1936", 95.

39 Ley 135 de 1961, "Sobre reforma social agraria".

y adoptó por primera vez el concepto de unidad agrícola familiar[40], todo ello con el fin de detener la concentración de la tierra en grandes latifundios. La ley señalaba que el Estado podía adjudicar predios a la población campesina recurriendo a los terrenos baldíos de la Nación. Estos terrenos se les entregarían a los campesinos a título gratuito siempre que se demostrara buena fe y explotación económica ininterrumpida durante cinco años[41]. En términos generales, esta ley obedecía a la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho a la propiedad, y de armonizar este derecho en su conservación y uso con el interés social[42].

Posteriormente, la función social de la propiedad fue consagrada por la Constitución Política de 1991. Varios artículos de la Carta, y asimismo la ley y la interpretación jurisprudencial, le otorgan gran importancia a la función social y ecológica de la propiedad, la protección de la seguridad alimentaria y los derechos de los campesinos. En la siguiente sección se describe el panorama constitucional, legal y jurisprudencial del tema.

### *1. El acceso a la tierra en la Constitución de 1991, las leyes y la jurisprudencia constitucional*

El acceso a la tierra, la seguridad alimentaria y la reserva legal[43] son expresiones constitucionales encaminadas a proteger los derechos de los trabajadores agrarios. Los artículos 60, 64, 65, 66 y 150, numeral 18 de la Carta Política consagran y privilegian el derecho de acceso a la propiedad rural de los campesinos. Los artículos 60 y 64 disponen el deber del Estado de promover el acceso a la propiedad en general y el acceso progresivo a la propiedad de la tierra. El artículo 65 prescribe que la producción de alimentos goce de una protección especial cuya responsabilidad es del Estado, y reconoce de esa manera la importancia del principio de la seguridad alimentaria. El artículo 66 le otorga al crédito rural un tratamiento particular, que tiene en consideración variables como los riesgos inherentes a la actividad agropecuaria. Finalmente, el artículo 150, numeral 18

40 Por regla general la adjudicación de baldíos sólo podía realizarse en extensiones no mayores a 450 hectáreas, siempre que se demostrara la explotación de las dos terceras partes de esa superficie.

41 Ley 135 de 1961, artículos 45 y 48.

42 Ley 135 de 1961, artículo 1.º. Las leyes 100 de 1944, 35 de 1982 y 30 de 1988 también incluyeron limitaciones a la propiedad privada de la tierra. La primera declaró el sistema de aparcería como un sistema de conveniencia natural, la segunda fue una ley de amnistía y la tercera se encaminó a subir el nivel de vida de la población campesina.

43 La adscripción de competencias al Congreso para que regule las materias asignadas a la ley por disposiciones constitucionales particulares o por alguno de los numerales del artículo 150 de la Carta Política. Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 2012.

indica que al Congreso le corresponde dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías. El fin de la norma es imponerle al Gobierno límites en la reglamentación del tema.

La Ley 160 de 1994 también establece una serie de limitaciones y condiciones para la adjudicación de predios; busca "promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y a otros servicios públicos rurales, con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población campesina". Entre las limitaciones se encuentra la prohibición de que una sola persona ejerza el dominio, posesión o tenencia de más de una unidad agrícola familiar y la de adquirir la propiedad sobre terrenos inicialmente adjudicados como baldíos si las extensiones exceden los límites máximos de dicha unidad agrícola.

Lo más destacable es que la Ley 160 transformó totalmente la manera de promover el acceso a la propiedad. En primer lugar, reformó el Incora, la entidad gubernamental encargada de liderar la redistribución. Por otra parte, la ley se concentró en facilitar el acceso al mercado por medio de subsidios y créditos, de los que hizo el "mecanismo principal para lograr que los campesinos adquirieran tierras. Como consecuencia, en oposición a sistemas previamente promulgados donde el Estado tenía algún poder en la distribución de la tierra, bajo esta nueva ley, la distribución fue dejada a las fuerzas del mercado"[44].

Varios autores se han referido a esta transformación de la política estatal. Según Absalón Machado la ley en cuestión promueve un mercado "asistido" de tierras con ayuda de los subsidios y por medio de la negociación directa. Más precisamente,

> La Ley 160 de 1994 introdujo una nueva manera de enfrentar el problema de la distribución de la propiedad, denominada por algunos como mercado de tierras, y por la ley como la negociación voluntaria de tierras. Con este mecanismo el Estado otorga un subsidio para la compra de tierras a pequeños productores, equivalentes [*sic*] al 70% del valor de la tierra. Hay quienes lo han denominado como el mercado asistido de tierras, con una asistencia estatal limitada al subsidio ya que los actores privados —propietarios y campesinos— realizan sus negocios voluntariamente sin interferencia de funcionarios públicos[45].

44 Helena Alviar García, "Más allá de la Constitución: obstáculos a la función social de la propiedad", en Alviar y Villegas, *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012, 146).

45 Absalón Machado, *La reforma rural, una deuda social y política* (Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional, 2009), http://www.cid.unal.edu.co/cidnews/archivos/ReformaRural.pdf.

En consecuencia, la legislación vigente en Colombia en materia de redistribución de la tierra concentra la acción del Estado en promover el acceso de los campesinos al mercado por medio de subsidios para la compra directa de tierras. Mecanismos de este tipo se prevén también en el borrador conjunto de los acuerdos sobre el primer punto de la agenda del proceso de paz que fue publicado por el Gobierno a finales de septiembre del 2014. En este documento se establece un principio de integralidad que guía las discusiones y que

> […] asegura la productividad, mediante programas que acompañen el acceso efectivo a la tierra, con innovación, ciencia y tecnología, asistencia técnica, crédito, riego y comercialización y con otros medios de producción que permitan agregar valor. También asegura oportunidades de buen vivir que se derivan del acceso a bienes públicos como salud, vivienda, educación, infraestructura y conectividad (seguridad y soberanía alimentaria)[46].

De hecho, entre los recursos destinados a promover el acceso de los campesinos a la tierra se incluyen un subsidio y un crédito que deben facilitar el acceso al mercado:

> a. Subsidio integral para compra: Se otorgará un subsidio integral para la compra de tierras por parte de los beneficiarios, en las zonas priorizadas y como herramienta alternativa que contribuya a solucionar problemas puntuales de acceso[47].
>
> b. Crédito especial para compra: Se abrirá una nueva línea de crédito especial subsidiada de largo plazo para la compra de tierras por parte de los beneficiarios[48].

Así mismo se adopta un sistema de garantías para facilitar el acceso de la población rural al crédito agropecuario y a las líneas de crédito subsidiadas, para promover los seguros de cosecha subsidiados y para fomentar la cultura del manejo de riesgos[49].

La intención de mejorar el funcionamiento del mercado de tierras y de resarcir a propietarios y poseedores por los despojos se concreta en la Ley 1448 del 2011,

46 Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia, "Borrador conjunto. Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral", 3, 24 de septiembre del 2014, https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/borrador-conjunto-pol%C3%ADtica-de-desarrollo-agrario-integral?ver=es.
47 Mesa de Conversaciones, "Borrador conjunto", 4.
48 *Ibid*., 5.
49 *Ibid*., 17.

ley de víctimas y restitución de tierras. Aunque esta norma no tiene por objetivo redistribuir la propiedad rural, sí forma parte del marco regulatorio que pretende mejorar el acceso a la tierra.

La Corte Constitucional también se ha detenido con frecuencia en la importancia de la función social de la tierra, que "imprimió en la Constitución la consigna de que la propiedad debe servir no sólo al interés privado de su dueño o titular, sino también a los intereses sociales, en especial de los campesinos"[50]. Como se verá a continuación, la Corte se ha referido reiteradamente a la distribución equitativa de la propiedad rural, la protección de la seguridad alimentaria, los derechos de los campesinos y la importancia del campo.

En la Sentencia C-595 de 1999 el Tribunal Constitucional declaró inexequible la expresión "arbitrariamente" del artículo 669 del Código Civil, bajo el entendido de que el derecho del propietario a disponer de su bien no puede ser absoluto. Manteniendo este precedente, en la Sentencia C-644 del 2012 la Corte concluyó que no pueden existir en el ordenamiento jurídico colombiano medidas regresivas que propicien la concentración de la tierra en desmedro de los campesinos y que produzcan un retroceso en el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la tierra por parte de los trabajadores agrarios.

El mencionado fallo fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 60, 61 y 62 de la Ley 1450 del 2011 (PND) por medio de los cuales se modificaba e incluían algunas disposiciones en la Ley 160 de 1994, que actualmente regula el acceso a la propiedad rural y que fue brevemente descrita arriba. Las normas demandadas autorizaban la venta y el aporte de las tierras que hubieran sido originalmente adjudicadas como baldíos o adquiridas a través de subsidios. Es decir, contradecían los artículos 72 y 83 de la Ley 160 de 1994, que garantizan la titularidad de los campesinos estableciendo la prohibición de enajenar bienes inicialmente adjudicados como baldíos cuando las extensiones excedan los límites máximos para la titulación, es decir, los límites fijados por las unidades agrícolas familiares.

Los preceptos del Plan Nacional de Desarrollo demandados permitían transgredir las restricciones impuestas por la Ley 160 siempre y cuando los predios estuvieran vinculados a un proyecto de desarrollo agropecuario o forestal. Estas normas admitían, entonces, la posibilidad de contravenir las prohibiciones relativas a las unidades agrícolas familiares existentes en la legislación desde 1961.

50 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 23 de agosto del 2012.

En la Sentencia C-644 se destaca la importancia de la función social de la propiedad. Según la magistrada ponente, Adriana María Guillén, esto significa que el interés particular debe ceder ante el interés general. Además, la sentencia describe el de *campo* como un concepto que abarca dimensiones geográficas, regionales, humanas, culturales y económicas, y que "está llamado a recibir una especial protección del Estado, por los valores que en sí misma representa".

Por otra parte, el alto tribunal también ha insistido en la seguridad alimentaria, señalando que el mercado interno debe ser prioridad en la producción de los alimentos. Ha dicho la Corte que

> Se vulnera el deber de seguridad alimentaria reconocido en el artículo 65 del Texto Superior, cuando se desconoce el grado de garantía que debe tener toda la población, de disponer y tener acceso oportuno y permanente a los alimentos que cubran sus requerimientos nutricionales, tratando de reducir la dependencia externa y tomando en consideración la conservación y equilibrio del ecosistema para beneficio de las generaciones[51].

Más aún, en desarrollo de los mencionados artículos 64, 65 y 66 de la Constitución la Corte ha señalado que no sólo se debe asegurarles un título de propiedad a los trabajadores agrarios, sino que se debe trascender ese propósito en procura de mejorar la calidad de vida de los campesinos. El tribunal precisa que "[e]l contenido normativo en cuestión, entraña el diseño de una estrategia global del desarrollo rural que el Constituyente configuró como un cometido estatal destinado a lograr el crecimiento del sector campesino y consecuencialmente, un mejoramiento sustancial de la calidad de vida de la población rural"[52].

Muchas otras sentencias se han referido al alcance de los artículos 60 y 64. Particularmente, la Corte ha señalado que debe haber políticas estatales dirigidas a promover la democratización de la propiedad de la tierra y de los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación y crédito, e igualmente a darle prioridad, apoyo y protección especial al desarrollo de las actividades agropecuarias, pesqueras y forestales. En otras palabras, mejorar *la calidad de vida de la población rural*[53].

51 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-864 del 19 de octubre del 2006 (magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil).

52 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-615 del 13 de noviembre de 1996 (magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

53 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-021 del 27 de enero de 1994 (magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

En el mismo sentido, la Sentencia C-536 de 1997 estableció que los límites de las unidades agrícolas familiares deben existir no sólo para facilitarles el acceso a la propiedad de la tierra a los trabajadores rurales, sino para asegurarles un mejor nivel de vida[54]. Como último ejemplo puede traerse a cuento la Sentencia C-006 del 2002[55], que precisa que los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 160 de 1994 constituyen el fundamento de las políticas agrarias estatales destinadas a conseguir el acceso progresivo de los campesinos a la propiedad de la tierra y a posibilitarles un mejor nivel de vida.

De lo establecido en esta sección se concluye que en la legislación y la jurisprudencia colombianas existen herramientas para promover, en el campo, la redistribución de la propiedad, la equidad en el acceso a los servicios y la seguridad alimentaria.

En la siguiente sección se vincularán varios puntos consignados en el borrador del acuerdo sobre temas agrarios consensuado entre el Gobierno y las FARC y ciertas políticas públicas existentes, ello con el fin de reiterar que existe un marco normativo concebido para favorecer el acceso a la propiedad y mejorar la calidad de vida de los campesinos. Además, se sustentará la idea de que existen puntos ciegos que es importante tomar en cuenta.

## III. Los acuerdos y el marco existente: más de lo mismo

A finales de septiembre del 2014 el Gobierno nacional decidió abandonar la reserva en la que había mantenido las conversaciones y publicar los borradores conjuntos de los acuerdos sobre los puntos de la agenda que ya se habían discutido. El borrador sobre la "política de desarrollo agrario integral", primer punto de la agenda, menciona los elementos de lo que los negociadores denominaron una Reforma Rural Integral. A continuación se destacan algunos puntos del acuerdo que resultan relevantes a la luz de lo propuesto en este texto.

54 La función social que tiene la propiedad, y en especial la rural, obliga a que su tenencia y explotación siempre estén orientadas al bienestar de la comunidad; por ello, en materia de acceso a la propiedad se ha privilegiado a los trabajadores agrarios no sólo con el objeto de facilitarles la adquisición de la tierra, sino con el ánimo de procurarles un mejor nivel de vida y de estimular el desarrollo agropecuario y por consiguiente el económico y social del país. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-536 del 23 de octubre de 1997 (magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

55 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-006 del 23 de enero del 2002 (magistrado ponente: Clara Inés Vargas).

### A. Sobre la redistribución

Según el borrador conjunto del primer punto de la agenda la Reforma Rural Integral "sienta las bases para la transformación estructural del campo"[56]. Dicha transformación implica la adopción de medidas que apunten, entre otros aspectos, a promover el uso adecuado de la tierra según su vocación; estimular la formalización, restitución y distribución de la tierra; regularizar y democratizar la propiedad rural; promover la desconcentración de la tierra y cumplir con la función social de la propiedad. No obstante, aunque constantemente se hace referencia a la desconcentración como un propósito importante de la reforma, no se precisan en ningún lugar verdaderos mecanismos de redistribución de la tierra. Parece, al menos con respecto a este primer punto de la agenda, que se cumple la promesa de Juan Manuel Santos: no modificar el modelo económico que prima en Colombia.

### B. Planes de provisión de bienes y servicios públicos para la población rural

En las posturas del Gobierno y de las FARC sobre las soluciones del problema agrario, y asimismo en la citada jurisprudencia de la Corte Constitucional, existían ya propuestas para proveer de bienes y servicios públicos como educación, salud e infraestructura a la población de las áreas rurales del país. En el acuerdo publicado se considera que el acceso a la tierra se debe complementar con la provisión de bienes y servicios de este tipo. Por esta razón, y con el objetivo de superar la pobreza y la desigualdad y cerrar la brecha entre el campo y la ciudad, el acuerdo pretende asegurarle a la población rural el acceso a adecuados servicios y bienes públicos mediante el diseño e implementación de diferentes planes, a saber:

1. El Plan Nacional de Vías Terciarias permitirá avanzar en la integración regional, facilitará el acceso a los servicios sociales y a los mercados y apoyará la seguridad alimentaria.

2. El Plan Nacional de Riego y Drenaje impulsará la producción agrícola familiar y la economía campesina y garantizará el acceso democrático y sostenible al agua.

[56] Mesa de Conversaciones, "Borrador conjunto", 1.

3. El Plan Nacional de Conectividad Rural y el Plan Nacional de Electrificación Rural mejorarán la conectividad y las condiciones de vida.

4. El Plan Nacional de Salud Rural deberá mejorar la calidad de la red pública de salud en las zonas rurales y aportarle un enfoque diferencial y de género.

5. El Plan Especial de Educación Rural le brindará atención a la primera infancia, garantizará la cobertura, calidad y pertinencia de la educación y erradicará el analfabetismo.

6. El Plan Nacional de Construcción y Mejoramiento de la Vivienda Social Rural deberá mejorar las condiciones de vida de la población campesina. Contemplará subsidios para construir y mejorar la vivienda y promoverá prácticas adecuadas para optimizar el uso del agua potable[57].

### C. Formalización y regularización de la propiedad

Llaman la atención el lugar sobresaliente que tiene la formalización en la Reforma Rural Integral y la importancia que, en consecuencia, se le otorga a una visión clásica de la propiedad. Desde la parte considerativa del borrador conjunto sobre el primer punto de la agenda se insiste en la importancia de la "regularización" y formalización de la propiedad. De hecho, entre los principios acordados para la discusión se incluye uno que las partes llamaron, precisamente, "regularización de la propiedad", y que es caracterizado como la "lucha contra la ilegalidad en la posesión y propiedad de la tierra y garantía de los derechos de los legítimos poseedores y dueños, de manera que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra"[58]. Más adelante se establece una estrategia de "[f]ormalización masiva de la pequeña y mediana propiedad rural" que, según lo acordado, tendrá el objetivo de "regularizar y garantizar los derechos de la pequeña y mediana propiedad rural, es decir, garantizar los derechos de los legítimos dueños y poseedores de la tierra, de manera que no se vuelva a recurrir a la violencia"[59].

Esta visión clásica de la propiedad se complementa con otra estrategia prevista en los acuerdos, que consiste en la "[f]ormación y actualización del catastro e impuesto predial rural". Según las partes negociadoras, este punto tiene "el propósito de propiciar el uso adecuado, productivo y sostenible de la tierra,

57 *Ibid*., 11-15.
58 *Ibid*., 3.
59 *Ibid*., 5.

crear un sistema de información que sirva para la promoción del desarrollo agrario integral, incrementar el recaudo efectivo de los municipios y la inversión social, estimular la desconcentración de la propiedad rural improductiva y en general regularizar con transparencia la propiedad de la tierra"[60].

### D. Fondo de Tierras

Una de las propuestas de los acuerdos publicados por el Gobierno que los medios han considerado entre las más relevantes[61] es la creación del Fondo de Tierras para la Paz, cuyo propósito es "lograr la democratización del acceso a la tierra en beneficio de los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente y de las comunidades rurales más afectadas por la miseria, el abandono y el conflicto, regularizando los derechos de propiedad y en consecuencia desconcentrando y promoviendo una distribución equitativa de la tierra"[62].

Una indagación sobre las fuentes de las que provendrán las tierras que conformarán el fondo deja claro que no suponen mecanismos radicalmente diferentes de los que existen en el orden constitucional y legal vigente, aun cuando estos mecanismos sean engorrosos o permanezcan inutilizados. Las fuentes que el acuerdo prevé para conformar el fondo, junto con las normas en las que se encuentran en la actualidad, se presentan en la tabla 2.

## IV. Puntos ciegos

En la introducción a este libro se ha destacado la importancia de entender el papel del derecho en cada tema específico, debido a que no es posible modificar todo el derecho al mismo tiempo. Mientras se siga pensando que vamos a empezar de un día cero o que cambiar la ley de tierras bastará para transformar el campo nos encaminamos a una gran decepción en el posconflicto. Como se demostró en este documento, las dos partes tienen posturas distintas, pero comparten una visión unívoca y disciplinar del derecho. Digo *unívoca* pues creen que con transformar un conjunto de normas y reglamentos se logran los resultados esperados, sin tomar en cuenta otros regímenes jurídicos que inciden sobre un tema específico. Digo *disciplinar* pues entienden que lo que está en juego se refiere exclusivamente a la política agraria, y a nada más.

60 *Ibid*., 7.
61 "¡No más secretos en los diálogos de paz!", *Semana*, 27 de septiembre del 2014, http://www.semana.com/nacion/articulo/no-mas-secretos-en-los-dialogos-de-paz/404171-3.
62 Mesa de Conversaciones, "Borrador conjunto", 4.

**Tabla 2.** El Fondo de tierras según las normas existentes

| Fuente de las tierras que conformarán el Fondo | Descripción y trabas | Normas en que se sustenta cada mecanismo |
|---|---|---|
| Extinción judicial de dominio | Se refiere a las tierras que fueron obtenidas de forma ilícita. Por ejemplo, las tierras de los narcotraficantes. Si bien el mecanismo está contemplado en la Constitución, no ha tenido los resultados esperados debido a la corrupción de la Dirección Nacional de Estupefacientes (en liquidación), la incapacidad administrativa del Estado colombiano y las falencias de la ley*. | Constitución Política de Colombia, artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.<br><br>Ley 1708 del 2014, "Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio", artículo 15. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado. |
| Tierras recuperadas a favor de la Nación (baldíos indebidamente apropiados u ocupados) | Se refiere a los baldíos ocupados por personas que no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley 160 de 1994. Es decir, que no explotan adecuadamente el predio, poseen otras tierras, tienen un patrimonio mayor que el exigido, ocupan más de una UAF o fueron adjudicatarios sin cumplir con los requisitos de la ley. Para lograrlo, el Incoder cuenta con el procedimiento administrativo de recuperación de baldíos y revocatoria de las resoluciones de adjudicación, aunque estos instrumentos son muy poco utilizados, pues su trámite es lento y engorroso. | Ley 160 de 1995, artículo 69. La persona que solicite la adjudicación de un baldío, deberá demostrar que tiene bajo explotación económica las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación solicita y que la explotación adelantada corresponde a la aptitud del suelo establecida por el Incora en la inspección ocular. En la petición de adjudicación el solicitante deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado al formular su pretensión expresamente, si se halla o no obligado legalmente a presentar declaración de renta y patrimonio. En caso afirmativo, la exigencia de la explotación económica deberá demostrarse con las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los tres años anteriores a la fecha de la solicitud. En todo caso, deberá acreditarse una ocupación y explotación previa no inferior a cinco (5) años para tener derecho a la adjudicación. La ocupación anterior de persona distinta del peticionario, no es transferible a terceros, para los efectos contemplados en este inciso.<br><br>Ley 160 de 1995, artículo 40. En las parcelaciones que ya hubiere establecido el Incora hasta la entrada en vigencia de la presente Ley, se observarán además las siguientes reglas: "[…] 5. En ningún caso un solo titular, por sí o interpuesta persona, podrá ejercer el dominio, posesión o tenencia a ningún título de más de una (1) Unidad Agrícola Familiar. La violación de esta prohibición es causal de caducidad".<br><br>Ley 160 de 1995, artículo 71. No podrá ser adjudicatario de baldíos la persona natural o jurídica cuyo patrimonio neto sea superior a mil salarios mínimos mensuales legales, salvo lo previsto para las empresas especializadas del sector agropecuario en el Capítulo XIII de la presente Ley. Para determinar la prohibición contenida en esta norma, en el caso de las sociedades deberá tenerse en cuenta, además, la suma de los patrimonios netos de los socios cuando éstos superen el patrimonio neto de la sociedad. |

| | | |
|---|---|---|
| Tierras inexplotadas que incumplan con la función social y ecológica de la propiedad, adquiridas por el actual procedimiento de extinción administrativa de dominio | Permite al Incoder recuperar las tierras privadas cuando los propietarios no realizan, por ejemplo, la explotación económica del suelo durante más de tres años continuos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o cuando los propietarios violan las normas sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables. El proceso es demasiado lento y está sujeto a revisión del Consejo de Estado. | El procedimiento administrativo de expropiación del derecho de dominio es uno de los procedimientos agrarios de competencia del Incoder y se encuentra previsto actualmente en la Ley 160 de 1994 (artículos 52 y ss.) y en el Decreto 1465 del 2013 (que derogó el Decreto 2665 de 1994). |
| Expropiación | La compra de tierras por parte del Estado y su expropiación con indemnización por motivos de interés social o de utilidad pública. | Constitución Política, artículos 58 (inciso 4.º) y 59.<br><br>Artículo 58. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.<br><br>Artículo 59. En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes. |
| Donaciones | Personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, y entidades internacionales donan tierras. | Código Civil, artículos 1443 y ss.<br><br>El artículo 1443. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.<br><br>Ley 160 de 1994, artículo 16. El Fondo Nacional Agrario es parte integrante de la inversión social que desarrolla el Estado y lo conforman las donaciones o auxilios que le hagan personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y entidades internacionales. |

* Yesid Castro Forero, "Acuerdo sobre desarrollo rural: acceso a la tierra y carrusel de procesos agrarios". *Razón Pública*, 24 de junio del 2013, http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/6918-acuerdo-sobre-desarrollo-rural-acceso-a-la-tierra-y-carrusel-de-procesos-agrarios.html.

Sin embargo, la política agraria excede con mucho la ley de tierras y su reglamentación, y se vincula con los derechos constitucional, civil, penal y de familia, y con los compromisos de Colombia con la Organización Mundial del Comercio y otras entidades. Además, existen en el ordenamiento jurídico colombiano otros regímenes de propiedad que constituyen un límite del derecho de la propiedad privada consagrado en el artículo 58 de la Constitución. En ese sentido, la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que el derecho a la propiedad privada no es absoluto[63].

Además, existen diversas leyes que han intentado solucionar problemas que las FARC consideran fundamentales, como el acceso de la mujer campesina a la tierra[64] y la protección del pequeño productor. Estas preocupaciones han sido contempladas por la legislación colombiana desde hace más de veinte años. Resulta claro que la expedición de nuevas leyes, por sí sola, no garantiza la transformación social.

Es indispensable entender que el derecho civil y el procedimiento civil son determinantes cuando hablamos del acceso a la propiedad. De hecho, es sorprendente que, dado su énfasis en la redistribución, no se encuentre entre los puntos de la agenda de las FARC cambiar el régimen que contiene el Código Civil, individualista y lleno de formalidades en lo relativo a la transferencia[65]. Se sigue interpretando el derecho de propiedad como la relación entre un individuo y un bien, sin tener en cuenta que la propiedad se caracteriza por un conjunto de

63 "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida", evento en el cual "el interés privado deberá ceder al interés público o social". Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997 (magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).

64 "Desde hace varios años en Colombia han existido distintas políticas tendientes a garantizar la equidad de género para la mujer rural, entre las cuales se encuentran: i) la Ley 160 de 1994, conocida en Colombia como la Ley de Reforma Agraria, que no sólo se centraba en transformar la concentración de la tierra existente, sino que contaba entre sus fines (como las leyes agrarias desde principios de los años ochenta) que las mujeres tuvieran igual acceso a las políticas de desarrollo agrícola; ii) la Ley 731 del 2002, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales y con este fin contempla una variedad de temas, entre los cuales se destaca el acceso de las mujeres a la titulación de tierras, créditos y educación; iii) la política gubernamental del 2011, diseñada por el Estado a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, un programa destinado a mejorar las condiciones productivas y el fortalecimiento de proyectos productivos agrícolas dirigidos por mujeres, con el fin de reducir la desigualdad; y iv) la Ley 1448 del 2011, ley de víctimas, que además de estructurar un sistema de reparación para las víctimas del conflicto armado interno les proporciona un trato diferencial a ciertos grupos determinados por género, orientación sexual y edad. La ley establece específicamente que a los procesos y las quejas iniciadas por mujeres se les dará prioridad, crea una unidad integrada por especialistas a cargo de la solución de problemas de la mujer y ordena que la policía y los militares les brinden protección especial a las mujeres que acaban de ser beneficiarias del proceso de restitución". Helena Alviar García, "Searching for Women and Sustainable Development in Colombia: Restructuring the Limits", *Fordham Environmental Law Review* 23, n.º 2 (2012): 27-32.

65 El libro segundo del Código Civil, que regula el derecho de bienes, adopta una visión individualista de la propiedad, como se puede apreciar en las reglas sobre propiedad, posesión y tenencia.

interacciones que incluyen la relación entre la persona y el bien, pero también la relación de la persona con su entorno y con otras personas.

La propiedad no está supeditada solamente a las reglas civiles, sino también a las normas penales que la protegen[66], los planes y programas de desarrollo regional que incentivan un tipo de producción agrícola sobre otro[67], los recursos municipales y departamentales que facilitan o dificultan el acceso a la condición de propietario. Además, es necesario plantear la discusión acerca de la descentralización: no todas las regiones de Colombia padecen los problemas de distribución y uso ineficiente de la tierra, o no los padecen de la misma forma.

Finalmente, las instituciones que se crean, y con ellas el número y poder de los funcionarios que se designan para implementar la política agraria, determinan su alcance. Un buen ejemplo puede encontrarse en lo que ha sucedido con la extinción de dominio. A pesar de que la Ley 160 de 1994 y el actual proyecto de ley de tierras establecen la posibilidad de emprender un procedimiento administrativo de extinción de dominio cuando no se cumple la función social, la debilidad institucional del Incoder ha dificultado la realización de ese tipo de procesos y motiva justificadas dudas respecto de que la promesa de la redistribución se cumpla.

Por otra parte, debe aclararse que la idea de la propiedad privada que alegan quienes se oponen al proceso de paz carece de fundamento. En Colombia no existe un régimen absoluto de propiedad, y la propiedad no es un derecho natural sobre el cual no se puedan crear limitaciones. De hecho, el derecho de propiedad tiene múltiples restricciones. Por ejemplo, según el artículo 332 de la Constitución "el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes". Como consecuencia, las minas pertenecen al Estado sin tener en cuenta el derecho de propiedad que puede tener un particular sobre los terrenos donde yacen minerales[68]. Lo mismo ocurre cuando el terreno de un particular es objeto de concesiones y licencias de exploración y permisos o licencias de explotación minera[69].

66 Por ejemplo, los artículos 261 a 264 del Código Penal sobre la usurpación protegen los derechos de los propietarios y la seguridad de los linderos.

67 Por ejemplo, la Ley 1152 del 2007, "Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones", eventualmente declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, establecía una clara preferencia para los proyectos productivos que beneficiaran a más de una familia a la vez. Los criterios de asignación de subsidios propuestos por esta ley obedecían a una tendencia ideológica específica.

68 Ley 685 del 2001, "Código de Minas", artículo 5.º.

69 Ley 685 del 2001.

Otro ejemplo son las limitaciones impuestas por el derecho que regula el ordenamiento urbano y el espacio público. Así lo establece el artículo 82 de la Carta Política, que le impone al Estado el deber de velar por la protección del espacio público y por su destinación al uso común, que prevalece sobre el interés particular. En virtud de esta disposición constitucional las entidades públicas han regulado la utilización del espacio público en defensa del interés común, aun en detrimento del derecho a la propiedad privada.

El objetivo de este capítulo es cuestionar la idea de que las propuestas de las FARC son tan radicales que no pueden existir en el ordenamiento colombiano. El último capítulo del libro volverá sobre este asunto, a propósito de los acuerdos parciales a los que se ha llegado en La Habana. De hecho, muchas propuestas de las FARC tienen correspondencias en discusiones legales y jurisprudenciales que se remontan hasta principios del siglo XX. En el mismo sentido, la idea de la propiedad privada que pretenden proteger los opositores del proceso de paz es insostenible: limitaciones sobre la propiedad privada han existido siempre. Finalmente, este texto defiende la idea de que la discusión sobre el problema agrario no se resuelve reiterando el derecho a la propiedad o a la soberanía alimentaria, sino revisando otros regímenes legales que influyen sobre la distribución de la propiedad rural.

## Referencias

Alviar García, Helena. "Más allá de la Constitución: obstáculos a la función social de la propiedad". En Alviar y Villegas, *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*.

Alviar García, Helena. "Searching for Women and Sustainable Development in Colombia: Restructuring the Limits". *Fordham Environmental Law Review* 23, n.º 2 (2012): 27-32.

Alviar García, Helena y Catalina Villegas del Castillo. *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación. "Plan Nacional de Desarrollo: Prosperidad para Todos, 2010-2014". https://www.dnp.gov.co/PND/PND20102014.aspx.

Colombia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. "ABC del proyecto de ley de tierras y desarrollo rural". http://www.agronet.gov.co/www/htm3b/public/noticia/PLTDR%20cartilla.pdf.

Colombia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. "Proyecto de ley de tierras y desarrollo rural". https://www.minagricultura.gov.co/archivos/Proyecto_Ley_Tierras_Desarrollo_Rural.pdf.

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). "Propuestas para un Política de desarrollo rural y agrario integral (ET)" (*sic*). Enero 14 del 2013. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/03/Las-cien-100-propuestas-de-desarrollo-agrario-integral-con-enfoque-territorial-de-las.pdf.

Machado, Absalón. *La reforma rural, una deuda social y política*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional, 2009. http://www.cid.unal.edu.co/cidnews/archivos/ReformaRural.pdf.

Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia. "Borrador conjunto. Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral". Septiembre 24 del 2014. https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/borrador-conjunto-pol%C3%ADtica-de-desarrollo-agrario-integral?ver=es.

# PERSPECTIVAS JURÍDICAS PARA LA PAZ COLOMBIANA: ALGUNAS CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

Eleonora Lozano Rodríguez*

Este documento es resultado de una línea de investigación abierta recientemente por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con la cual pretende proponerle al Gobierno nacional reformas del marco jurídico en aras de formular mejores políticas públicas para el posconflicto[1]. Para hacer realidad este propósito son indispensables consideraciones económicas conducentes a la igualdad, más aún porque entre las que dieron lugar al conflicto colombiano se encuentran causas de orden económico. En concreto, la implementación de políticas económicas en un escenario de paz requiere de un rediseño normativo e institucional. La sostenibilidad de lo acordado dependerá, en gran medida, de las herramientas económico-jurídicas con que se combata la desigualdad.

Indagando sobre las consideraciones económicas que deberían tenerse en cuenta en el marco jurídico de unos eventuales acuerdos de paz, encontré que pese a que en Colombia poco se ha escrito sobre este tema, en la literatura internacional existen algunos avances que, al menos preliminarmente, pueden ilustrar nuestro caso[2]. Aunque el Gobierno colombiano, desde el inicio de las negociaciones de paz, acordó con la guerrilla no incluir el modelo económico en la agenda de los diálogos[3], es incuestionable que dicho modelo se ha discutido tangencialmente y que resulta fundamental para la concreción del acuerdo y para su estabilidad futura.

* Abogada, economista y magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Actualmente dirige la Maestría en Derecho y la Especialización en Tributación y es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

1 El texto, además, fue socializado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política que se realizó en Río de Janeiro entre el 11 y el 14 de junio del 2015. Información disponible en www.law.yale.edu/intellectuallife/SELA.htm (consulta realizada el 21 de julio del 2015).

2 Para Jurgen Brauer y John P. Dunne, "On the Cost of Violence and the Benefit of Peace", *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 16, n.º 2 (1.º de diciembre del 2010): 1-12, las cicatrices que dejan en el largo plazo los conflictos han sido poco estudiadas. Citan, sin embargo, el relevante trabajo de Christopher Blattman y Edward Miguel, "Civil War", *Journal of Economic Literature* 48, n.º 1 (marzo del 2010): 3-57, sobre la economía de las guerras civiles, que destaca la importancia de las instituciones para conseguir una paz estable y minimizar el riesgo de reincidencia.

3 Véase "'No se está negociando el modelo económico ni el sistema democrático': De la Calle", *Caracol*, 21 de diciembre del 2012, http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/no-se-esta-negociando-el-modelo-economico-ni-el-sistema-democratico-de-la-calle/20121221/nota/1814777.aspx, y "Presidente Santos dijo que modelo económico no cambiará por diálogo con las Farc", *W Radio*, 18 de abril del 2013, http://www.wradio.com.co/noticias/economia/presidente-santos-dijo-que-modelo-economico-no-cambiara-por-dialogo-con-las-farc/20130418/nota/1883690.aspx.

Es importante precisar que la propuesta de este trabajo es esencialmente teórica y que busca, con base en la experiencia internacional, esbozar algunos aspectos jurídicos a considerar en el diseño de una política económica que satisfaga las necesidades del posconflicto. De esa manera, lo que pretende es "visibilizar", en términos de Miller[4], las cuestiones "económicas" relevantes en el camino o *íter* conflicto, es decir, en la fase previa al conflicto, durante la negociación de paz y en el posconflicto[5]. Aunque algunos, preocupados por la transversalidad de la problemática, no comparten esta diferenciación por etapas, resulta ilustrativa y pedagógica, como lo demuestra Brauer en sus textos sobre el tema[6].

## I. La avanzada teórica internacional

### A. Las mediciones

En el ámbito internacional no son pocos los organismos que se han preocupado por la relación entre la paz y la economía. El Institute for Economics and Peace, por ejemplo, se dedica principalmente al estudio global de la paz como una "medida positiva, alcanzable y tangible del bienestar y progreso humanos"[7]. Hace varios años esta institución realiza una interesante medición, el Global Peace Index, que calcula el impacto de la violencia en la economía a nivel global. Con este fin determina 22 indicadores —por ejemplo, gasto militar, población carcelaria— para 162 países. Actualmente, este indicador es usado por muchas organizaciones internacionales, gobiernos y organizaciones no gubernamentales —entre ellas Naciones Unidas, el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE)—, y asimismo por la academia.

El último es el caso de Brauer y Marlin[8], quienes recurriendo al Global Peace Index[9] calculan el *peace gross world product* o producto mundial en el supuesto de

4 Zinaida Miller, "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice", *International Journal of Transitional Justice* 2 (2008): 266-291.

5 Para Miller, "Effects of Invisibility", la invisibilidad tiene costos económicos, por ejemplo: (1) se entienden de manera incompleta los orígenes del conflicto, (2) se omite el necesario cambio estructural de lo económico en el posconflicto por concentrarse estrictamente en las "reparaciones" y (3) se favorece la posibilidad de que los problemas de desigualdad y de redistribución no saneados den lugar a nuevos fenómenos de violencia.

6 Jurgen Brauer y John Tepper Marlin, "A Method to Compute a Peace Gross World Product by Country and by Economic Sector", cap. 2 de *Contributions to Conflict Management, Peace Economics and Development 14*, Jurgen Brauer y Benjamin Goldsmith, eds. (Emerald: Bingley, 2010); y Brauer y Dunne, "On the Cost of Violence", entre otros.

7 Información disponible en el sitio web del Institute for Economics y Peace, economicsandpeace.org, consultado el 10 de marzo del 2015.

8 Brauer y Marlin, "Method to Compute", 13.

9 Para Brauer y Marlin, "Method to Compute", constituye el "bottom line number" para calcular el

una cesación de la violencia. Los autores concluyen que en condiciones de paz el producto mundial bruto se incrementaría entre 4,8 y 6 trillones de dólares estadounidenses —entre el 8,7 y el 9,2 % del producto mundial bruto—, monto que depende de las estimaciones de las tasas de cambio que afectan el valor del dólar, pues se estudian jurisdicciones que emplean otras monedas. Su trabajo reconoce también que la estimación puede realizarse con otros indicadores, por ejemplo el World Economic Forums Business Competitiveness Index o el World Bank Ease of Doing Business Index[10], y que quizás su mayor aporte es el análisis que realiza para la economía norteamericana, que considera diferentes sectores económicos por estado —por ejemplo, aerolíneas, turismo, hospitales, industria, entretenimiento—. Sin embargo, en el estudio también se señalan otras mediciones; así, en América Latina la supresión del crimen y de la violencia no provenientes de la guerra haría que el producto regional se incrementara en un 14,2 %[11]. Usando diferentes multiplicadores y datos sobre América Latina, Brauer y Marlin[12] calculan un incremento del producto entre el 13,7 y el 17 %, un rango en el que, como vimos, se ubica la estimación del Banco Mundial.

En el cálculo del Global Peace Index para el 2014 el Institute for Economics and Peace encontró que las consecuencias de la violencia global son del orden de 9,8 trillones de dólares, que equivalen al 11,3 % del producto bruto mundial, aproximadamente, según sus cifras, el doble de la economía de los 54 países africanos. Señala el informe que los datos de América Latina se encuentran por encima de la media mundial, con importantes mejoras en Argentina, Bolivia y Paraguay; anota asimismo que Uruguay mantiene su posición de país más pacífico de la región, pero que su puntaje se deterioró un poco debido al aumento del número de policías y fuerzas de seguridad; y que Colombia y Venezuela tienen las peores calificaciones en la región, en razón de las tensiones internas[13].

Finalmente, existen también mediciones de las consecuencias económicas de las guerras civiles. Para Brauer y Dunne[14] las guerras civiles reducen anualmente la tasa de crecimiento en un 2,2 %; dado que, según sus cálculos, la duración

---

valor monetario de la actividad económica que se libera si cesa la violencia, o, en sus términos, el "dividendo dinámico de paz" para veinte subsectores económicos.

10 El uso de un diferente "bottom line number" y la refinación de las simulaciones e iteraciones hacen que incluso, en un cálculo conservador, para Brauer y Marlin, "Method to Compute", pueda llegarse a un incremento del 10 % del producto mundial bruto.

11 Alessandra Heinemann y Dorte Verner, *Crime and Violence in Development: A Literature Review of Latin America and the Caribbean* (Washington, D. C: World Bank, 2006), 2.

12 Brauer y Marlin, "Method to Compute".

13 Véase http://www.visionofhumanity.org/sites/default/files/gpi%202014%20Global%20Media%20Release_1.pdf (consultado el 10 de marzo del 2015, el sitio ya no se encuentra disponible).

14 Brauer y Dunne, "On the Cost of Violence".

promedio de estas guerras es de siete años, durante el ciclo bélico el decrecimiento total del producto es del 15%.

Estas estimaciones, como toda medición de fenómenos sociales, han sido objeto de críticas. Algunos observan serios riesgos de dobles contabilizaciones y que, además, los cálculos no diferencian con claridad los impactos económicos según la naturaleza de los conflictos —por ejemplo, civiles o interestatales—, su duración —cortos o muy largos, como el colombiano— y el grado de desarrollo de los países afectados[15]. Otros consideran que los montos del producto pueden excluir mercados informales y, en cambio, incluir erróneamente un producto "aparentemente" derivado de la actividad militar[16].

Sin embargo, indiscutiblemente la literatura internacional concuerda en que el conflicto produce perjuicios económicos y en que la paz, que opera como un círculo virtuoso, es la mejor inversión para estimular la prosperidad y el crecimiento económico[17].

### B. La respuesta de la economía en un contexto de paz, y los riesgos

Gran parte de la literatura reconoce los beneficios de "visibilizar"[18] las causas económicas que suscitaron el conflicto, aunque con frecuencia quienes trabajan en la consecución de la paz prescindan de ellas y se concentren en aspectos militares y políticos[19]. Se arguye que los aspectos económicos son, en alguna proporción, intrínsecos a los conflictos armados, y que, por lo tanto, su tratamiento es indispensable si se busca evitar que el conflicto se perpetúe o que resurjan sus causas. Para Miller[20], por ejemplo, es muy importante comprender las raíces y las consecuencias económicas del conflicto y darles prioridad a los problemas que, en últimas, afectan la igualdad, con el fin de que los agentes de la justicia transicional los "narren, persigan y superen".

De cualquier modo, algunos países, como Angola y Nepal, dejaron de lado las causas económicas de los conflictos para optimizar los procesos de negociación, mientras que otros las contemplaron con el fin de incluir en los acuerdos los

15 *Ibid.*
16 Brauer y Marlin, "Method to Compute".
17 *Ibid.*
18 Usando de nuevo la terminología de Miller, "Effects of Invisibility".
19 Achim Wennmann, "Peace Processes, Business and New Futures after War", en *Ending Wars, Consolidating Peace: Economic Perspectives*, Mats Berdal y Achim Wennmann, eds. (Nueva York: Routledge e International Institute for Strategic Studies, 2010).
20 Miller, "Effects of Invisibility".

arreglos institucionales y económicos necesarios. Por ejemplo, en la negociación entre Corea del Norte y Corea del Sur hubo consensos en materia contractual con miras a mejorar el uso de los recursos naturales, un tema que constituyó una causa económica del conflicto[21].

Por otra parte, en relación con las tensiones de naturaleza económica presentes en el *íter* conflicto, la literatura se ha ocupado menos de la etapa previa al conflicto y de la negociación de la paz y, en cambio, ha favorecido el estudio del posconflicto. Así, la mayoría de las investigaciones que exploran la relación entre economía y paz se plantea la cuestión de cómo debe responder la economía a un acuerdo de paz para favorecer la estabilización y evitar la reincidencia.

La primera gran conclusión de la literatura, sobre la cual existe evidencia empírica, es que el tamaño del Estado debe aumentar para que un posconflicto sea exitoso. Carmignani y Gauci[22], por medio de un análisis probit, estiman el efecto de la política fiscal en la probabilidad de mantener la paz en un período de posconflicto en algunos países africanos. Sus resultados indican que en este tipo de transiciones el tamaño del Estado se incrementa, especialmente en lo relativo al gasto de inversión, y no tanto al de funcionamiento, aunque a veces se encuentran aparejados. Es interesante su conclusión de que el éxito de la política fiscal depende principalmente de la fortaleza del presupuesto para responder a las nuevas necesidades económicas, más por el lado del ingreso, los *budgetary grants* en su terminología, y menos por el del endeudamiento o los recursos de capital.

Una segunda conclusión consiste en que la interacción entre economía y paz necesita de una buena relación entre economía y política y de normas flexibles para afrontar las novedades. Así las cosas, los responsables de las políticas deben poder actuar en un marco normativo amplio, que les permita, con información adecuada, ojalá cercana a la perfecta, realizar los ajustes distributivos y "solidarios"[23] necesarios para afianzar el posconflicto. Según Carmignani y Gauci[24] la estabilidad de la paz depende de cómo los diferentes actores suplan sus necesidades económicas; así, puede darse el caso de la asignación de un

21 Wennmann, "Peace Processes".

22 Fabrizio Carmignani y Adrian Gauci, "Does Fiscal Policy Differ between Successful and Unsuccessful Post-Conflict Transitions? Lessons from African Civil Wars", cap. 8 de Brauer y Goldsmith, *Contributions to Conflict Management*.

23 Brauer y Dunne, "On the Cost of Violence", afirman que los responsables de formular las políticas públicas que han de minimizar los costos del posconflicto deben (1) estar debidamente informados, (2) mantener una necesaria flexibilidad y (3) ser "sympathetic" (término que puede entenderse como 'solidarios y compasivos').

24 Carmignani y Gauci, "Fiscal Policy".

*peace payoff* (una especie de recompensa por la paz) que garantice una justa distribución y favorezca la estabilidad del acuerdo. La misma preocupación ha sido planteada por Miller[25], quien concluye que esta asignación debe preferiblemente hacerla el Ejecutivo o el Legislativo —por ejemplo, mediante "planes de desarrollo" idóneos—, y no las cortes. Y es en este momento, en la relación entre economía y política, cuando se hace necesaria la existencia de instituciones fuertes, creíbles y, sobre todo, transparentes. Al respecto, cabe anotar que se ha demostrado empíricamente que la eliminación de la violencia no es inmediata luego de alcanzados los acuerdos de paz, y que se requiere, además de fuerzas armadas, de instituciones que garanticen que la *microinseguridad* consecuente no se convierta de nuevo en una *macroinseguridad*[26] que desvirtúe el proceso de negociación culminado.

En tercer lugar, es la política macroeconómica la que parece idónea para responder a las necesidades sociales del posconflicto. Según Brauer y Dunne[27] debe contemplar tres objetivos, que menciono por su relevancia: (1) reconstruir el capital; (2) establecer un marco económico, social y legal irreversible; y (3) eliminar las condiciones económicas de desigualdad anteriores al conflicto que contribuyeron a su surgimiento, y evitar así la criminalización de la economía. A estos objetivos habría que sumarles la necesaria coordinación de los instrumentos macroeconómicos utilizados, la facilidad y practicidad en su implementación, la transparencia en su ejecución y la minimización de los problemas de información que usualmente surgen al diseñar y aplicar políticas públicas.

A continuación recojo algunas recomendaciones de política macroeconómica para el posconflicto:

1. *Incrementar los ingresos, principalmente los tributarios*. Como se mencionó, es indiscutible que en un escenario de posconflicto el tamaño del Estado aumentará. Las necesidades económicas de los actores que se reinserten en la vida civil requerirán del Estado asignaciones directas de bienes públicos, o bien indirectas, por medio del sector privado. Para sufragar estos gastos se requiere de mayores ingresos, que según un importante sector de la doctrina deben, preferiblemente, proceder del recaudo tributario y no del endeudamiento. Si, no obstante, es necesario este último, resulta fundamental el apoyo de la comunidad internacional para que la deuda pueda cancelarse a largo plazo.

25 Miller, "Effects of Invisibility".
26 Brauer y Dunne, "On the Cost of Violence".
27 *Ibid.*

También parece necesario evitar una dependencia excesiva de ingresos provenientes de la explotación de recursos naturales. Sin embargo, la literatura reconoce los problemas recurrentes de la política tributaria. Boyce, por ejemplo, menciona los problemas de información acerca de la capacidad contributiva de los agentes, que en últimas afectan la progresividad del sistema tributario —a quién gravar y cuánto— y la eficiencia de las instituciones encargadas del recaudo. La discusión sobre qué gravar también es relevante: algunos proponen gravar lo suntuario; otros, recomponer el sistema tributario según las nuevas capacidades contributivas que se identifiquen en el posconflicto y las variables económicas a incentivar —por ejemplo, exenciones de capitales—; pero existe unanimidad en cuanto a la necesidad de un compromiso político para acometer las reformas tributarias necesarias y a la importancia de los procesos de "socialización" con los diferentes actores.

2. *La recomposición del gasto*. A pesar de que con el tiempo el gasto militar disminuirá con ocasión de la cesación del conflicto, la literatura coincide en que este decrecimiento será gradual, por cuanto en la primera fase posbélica se requerirá mantenerlo o reducirlo poco, en aras de defender la paz y los acuerdos que la hayan permitido. Superada esta etapa, se impondrá la necesidad de destinar el gasto a otras partidas de inversión que requerirá la construcción del nuevo país, en materias como salud y educación. Cabe anotar que para no incurrir en déficits fiscales es deseable que ingresos y gastos aumenten en forma balanceada.

3. *El aumento de la inversión extranjera*. Como en la gran mayoría de conflictos se verifica una destrucción de activos, la literatura ha centrado sus análisis económicos sobre el posconflicto en la necesidad de reactivar la inversión extranjera, que, usualmente, ha abandonado el país por cuestiones de seguridad. El objetivo es enfocarla en el mejoramiento de la infraestructura.

4. *Una política monetaria y cambiaria controlada*. Otros aspectos discutidos son el control de la inflación, las tasas de cambio y la definición de las funciones de regulación y supervisión del sistema financiero.

5. *El diseño de políticas para la formalización de las empresas*. Para conseguir la reactivación económica es preciso diseñar líneas de crédito destinadas a la pequeña y mediana empresa, y son también necesarias políticas para combatir la informalidad empresarial. Igualmente, se recomienda reducir los costos de transacción, para que el sector empresarial sea el principal impulsor de la economía en paz.

6. *Un federalismo fiscal proactivo*. Si el propósito es tener una hacienda pública saneada, es recomendable evitar que los entes subnacionales dependan en exceso de las transferencias nacionales. Así las cosas, plantea la literatura, que estos entes realicen un esfuerzo fiscal propio es importante para el éxito de cualquier hacienda pública en el posconflicto.

La doctrina reconoce principalmente dos riesgos que pueden afectar el posconflicto y que la economía de la paz debe tener en cuenta. Por una parte, la existencia de una "violencia endémica" —en términos de Brauer y Dunne—[28], causada por grupos que no apoyan los acuerdos de paz y que puede afectar la transición. Por otra, el resurgimiento del conflicto —reincidencia—, con la consecuente amenaza para lo acordado. Ambas situaciones deben prevenirse con una destinación selectiva del gasto público, y además deben diseñarse políticas públicas idóneas que permitan tratarlas de manera expedita[29].

### C. Los actores necesarios

Para que las herramientas propuestas por la literatura funcionen de manera óptima se requiere del apoyo de al menos cinco actores: (1) el sector empresarial; (2) la comunidad internacional; (3) los poderes ejecutivo y legislativo —en su condición de hacedores de las políticas públicas—; (4) el poder judicial y (5) la comunidad en general.

Wennmann[30] considera indispensable vincular a la comunidad de negocios —el sector empresarial— para garantizar la sostenibilidad económica del posconflicto. Además, es deseable, para la transición económica, que el sector privado se caracterice por su orientación a los resultados, la disposición para resolver problemas, el liderazgo, la construcción y uso de redes relacionales y la capacidad de utilizar la experiencia obtenida en los negocios, entre otros aspectos.

Por su parte, Carmignani y Gauci, y asimismo Boyce[31], destacan la importancia de la comunidad internacional en las tareas de asesorar en aspectos económicos e institucionales —por ejemplo, en el diseño de instituciones de recaudación tributaria eficientes y de políticas eficaces contra la corrupción— y de prestar asistencia crediticia.

28 *Ibid*.
29 Los mecanismos de alerta temprana (*early warning mechanisms*) de Carmignani y Gauci, "Fiscal Policy".
30 Wennmann, "Peace Processes".
31 Carmignani y Gauci, "Fiscal Policy"; James K. Boyce, "Aid and Fiscal Capacity Building in Post-Conflict Countries", en Berdal y Wennmann *Ending Wars*, 101-119.

Los poderes públicos, en sus tareas de asignación de bienes colectivos, distribución de recursos y estabilización de la economía, siempre en busca del desarrollo económico, son determinantes en el posconflicto. Indiscutiblemente, el óptimo teórico es la elaboración de políticas públicas que consigan reducir la conflictividad, de manera que no sean los jueces quienes tengan que asignar bienes públicos o designar quién lo haga.

Finalmente, la comunidad en general debe participar en el necesario incremento de los ingresos públicos y en la distribución de los recursos disponibles. Con este fin, es indispensable el diseño de procesos de socialización, ojalá desde el momento mismo de la negociación.

## II. El caso colombiano

### A. Las mediciones

Algunos estudios han cuantificado los costos del conflicto armado para Colombia. Angelika Rettberg relaciona algunas cifras: (1) para Carrasquilla, el país hubiera sido entre un 15 y un 20% más rico si no hubiera padecido el conflicto armado en los 20 años precedentes, es decir, su cálculo es más o menos de un 1% menos de producto interno bruto (PIB) por año de conflicto. (2) Para Cárdenas, el crecimiento del PIB anual cayó en un 2% entre 1980 y el 2000 debido a los altos niveles de criminalidad asociados en gran medida a la intensificación del conflicto armado. (3) Para otros economistas, entre 1999 y el 2003 el PIB decreció en un 7,4%, algo así como una disminución anual de un 1,5%. Finalmente (4), otros calculan unos costos entre el 1,5 y 4,5% del PIB entre 1990 y 1998 (ocho años), mientras que algunos han calculado que en el período conformado por los años 2005 y 2006 hubo un decrecimiento del orden del 9% del PIB, es decir, un 4,5% anual[32].

Más recientemente, la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes[33] ha estimado los costos económicos y sociales del conflicto colombiano tomando en consideración tres sectores fundamentales de la economía, a saber, la industria manufacturera, la producción agrícola y la inversión extranjera, sin hacer un cálculo global del decrecimiento del PIB causado por el conflicto. Se destaca la

[32] Angelika Rettberg, *Explorando el dividendo de la paz: impacto del conflicto armado en el sector privado colombiano* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2008).

[33] María Alejandra Arias *et al*., eds., *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia. ¿Cómo construir un posconflicto sostenible?* (Bogotá: Facultad de Economía, Universidad de los Andes, 2014).

cuantificación de Villa, Restrepo y Moscoso[34], según la cual con una completa cesación del conflicto armado, *ceteris paribus*, el PIB departamental aumentaría anualmente en promedio 4,4 puntos. Puesto que el aumento del PIB departamental se ha cifrado en alrededor del 3,8 % para el período 2000-2009, obtendríamos un crecimiento departamental del 8,2 % en condiciones de paz.

Como se observa, no existe unanimidad con respecto al decrecimiento anual del producto nacional causado por nuestro largo conflicto armado, pero podría estar ubicado entre el 1 %, según el cálculo más optimista, y el 4,5 %, según el más pesimista.

Lo que sí es posible afirmar con contundencia es que la guerra ha sido muy costosa para nuestro país, y, de continuar, estos recursos no podrán invertirse en gasto social. Análisis sectoriales realizados por la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes presentan las siguientes estimaciones de costos: (1) en el sector manufacturero, un aumento del 10 % de la tasa de ataques por cada 100 000 habitantes incrementa la tasa de salida del mercado en aproximadamente 10,3 %[35]. (2) En el sector agrícola, el conflicto induce a los campesinos a dedicarse a cultivos de baja rentabilidad y a la producción pecuaria, que producen ingresos inmediatos, pero menores que los derivados de productos permanentes[36]. (3) La aspersión aérea de los cultivos de coca con herbicidas —glifosato— ocasiona problemas de salud que, a largo plazo, afectan el capital humano, la productividad y el desarrollo rurales[37]. (4) Entre el 22 y el 35 % de la población desplazada por la violencia sufre traumas psicológicos que aumentan su vulnerabilidad ante la pobreza; un análisis de los programas de atención muestra que la atención psicosocial representa tan sólo el 0,001 % de la inversión total por persona desplazada[38]. (5) Las reacciones de los mercados financieros a los eventos bélicos dependen del contexto político y de cómo interpreten los mercados dichos eventos[39].

34 Édgar Villa, Jorge A. Restrepo y Manuel Moscoso, "Crecimiento económico, conflicto armado y crimen organizado para Colombia", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

35 Adriana Camacho, Catherine Rodríguez y Román Andrés Zárate, "Características del conflicto armado y sus efectos sobre la salida de firmas", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

36 María Alejandra Arias y Ana María Ibáñez, "Conflicto armado en Colombia y producción agrícola: ¿aprenden los pequeños productores a vivir en medio del conflicto?", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

37 Adriana Camacho y Daniel Mejía, "Consecuencias de la aspersión aérea en la salud: evidencia desde el caso colombiano", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

38 Andrés Moya, "¿Puede la violencia y los trastornos mentales condenar a la población desplazada a una situación de pobreza crónica?", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

39 Andrés Castañeda y Juan F. Vargas, "Hitos del conflicto y riesgo país", en Arias *et al.*, *Costos económicos y sociales*.

Castellanos ha cuantificado algunos costos de la construcción del fallido proceso de paz del presidente Pastrana (1998-2002), los costos de la Política de Seguridad Democrática del gobierno de Uribe (2002-2006) y los de la Prosperidad para Todos del presidente Santos (2010-2014), todos del orden de 230 billones de pesos (88 461 millones de dólares)[40], y observa que

> […] la revisión y análisis pormenorizado de diez años de sostenimiento de la guerra permite sospechar lo que al país le costaría en los años venideros mantener el nivel de gasto bélico alcanzado tras las cuantiosas inversiones realizadas en el sector defensa, a la luz de políticas presidenciales construidas y ejecutadas por los últimos cuatro presidentes […] En 2009, profesionales de la Contraloría Delegada para la Defensa expusieron, en la revista *Economía Colombiana*, que entre el año 2013 y el año 2019 el sector defensa y seguridad nacional requeriría entre *22 y 27 billones de pesos anuales*, respectivamente, del presupuesto de la nación, si el conflicto continúa como hasta ahora ha acontecido pese a los esfuerzos por conseguir la paz […][41].

El otro camino, más rentable en términos sociales, es la paz. El actual ministro de Hacienda, Mauricio Cárdenas, ha dicho que, con la paz, la economía crecerá un 2 % anual adicional en un escenario pesimista[42], y que ese crecimiento permitirá, junto con la reducción del gasto bélico, "pagar" la paz[43]. Sin embargo, pese a las virtualidades económicas que la literatura ha reconocido al fin del conflicto, es evidente que también surgirán nuevos e importantes costos.

Diferentes cifras se han expuesto en relación con el costo de reparar a las víctimas del conflicto. Algunos consideran que la reparación sería del orden de 54 billones de pesos (20 769 millones de dólares) para diez años[44]; otros, que

40 1 dólar = 2600 pesos (en marzo del 2015).

41 Juliana Castellanos, *¿Cuánto nos cuesta la guerra? Costos del conflicto armado colombiano en la última década* (Bogotá: Politécnico Grancolombiano, 2013), 123, énfasis añadido. Las cifras corresponden a 8461 y 10 384 millones de dólares anuales.

42 Véase Agence France-Presse, "'Dividendo económico de la paz' daría a Colombia 2 puntos más de crecimiento: Minhacienda", *El Espectador*, 5 de mayo del 2014, http://www.elespectador.com/noticias/economia/dividendo-economico-de-paz-daria-colombia-2-puntos-mas-articulo-490608. Otros economistas, como Laserna y Kalmanovitz, coinciden en esta estimación.

43 Agence France-Presse, "Minhacienda: la paz contribuirá a financiar el posconflicto en Colombia", *El Espectador*, 23 de enero del 2015, www.elespectador.com/noticias/economia/minhacienda-paz-contribuira-financiar-el-posconflicto-c-articulo-539651.

44 "Últimos 10 años de guerra han costado 220 billones de pesos en defensa", *El Tiempo*, 17 de noviembre del 2013, http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13198657. Véase también Castellanos, *¿Cuánto nos cuesta la guerra?* El plan de financiación incluido en el Conpes 3712 del 2011, destinado a asegurar la sostenibilidad de las medidas contempladas en la Ley 1448 del 2011 (sobre la reparación de las víctimas del conflicto armado interno), estima que se necesitarían $54,9 billones de pesos (20 769 millones de dólares) para atender, asistir y reparar integralmente a las víctimas del conflicto, hasta el 2021.

sería de 70 billones de pesos (26 923 millones de dólares)[45]. Los costos de la reparación también se han estimado en 480 billones de pesos (184 615 millones de dólares) para los próximos veinte años[46]. Lo cierto es que no existe aún una cifra oficial, y es previsible que, conforme avance el proceso, emerjan otros costos. Así lo entiende Castellanos cuando afirma que

> Es importante plantear que en caso de producirse una verdadera desmovilización de las Farc, saldrían del anonimato un número importante de personas que aún no se han declarado víctimas del conflicto por el temor a los perjuicios que tal reconocimiento les puede traer en sus entornos. De manera que no es difícil calcular que los 54 billones de pesos aprobados para indemnizar a víctimas del conflicto no serán suficientes, y que los futuros mandatarios deberán en algún momento consolidar nuevas políticas que den vía a otros recursos para suplir el posible déficit[47].

Pero además de la "reparación", los desmovilizados, las víctimas y la comunidad en general afectada por el conflicto deberán entrar al mercado laboral y requerirán de ingresos (¿subsidios?) para sufragar los servicios públicos esenciales, por ejemplo, salud y educación.

Existe una amplia discusión respecto de las cifras mencionadas. Un reconocido analista de la hacienda pública colombiana, el exministro Juan Camilo Restrepo, estima que sólo para la implementación de los doce planes rurales que se enumeran en el primer punto del acuerdo pactado en La Habana, podrían necesitarse entre 80 y 100 billones de pesos anuales (cifras que corresponden, la primera, a 30 769 millones de dólares, y la segunda, a 38 461 millones)[48].

El presupuesto para el 2015 aprobado por el Congreso incluye partidas globales para satisfacer los mencionados servicios, pero carece de la particularización necesaria del gasto público para el posconflicto y, en general, de transparencia económica respecto de un proceso de negociación que, según las promesas del Gobierno, culminará con éxito[49]. La única cifra que se ha hecho explícita indica

45 Juan Manuel Restrepo, "Poselecciones: la paz también nos cuesta", *El Espectador*, 21 de junio del 2014, www.elespectador.com/opinion/poselecciones-paz-tambien-nos-cuesta-columna-499777.

46 Información procedente de www.noticiascaracol.com/economia/video-274190-cuanto-dinero-le-cuesta-a-colombia-la-guerra-y-la-paz, consulta realizada el 10 de marzo del 2015.

47 Castellanos, *¿Cuánto nos cuesta la guerra?*, 126.

48 "Las cuentas del posconflicto no dan", *Semana*, 8 de noviembre del 2014, www.semana.com/nacion/articulo/las-cuentas-del-posconflicto-no-dan/408351-3.

49 "Santos ofrece un presupuesto para 2015 con más gasto", *El Espectador*, 29 de julio del 2014, http://www.elespectador.com/noticias/economia/santos-ofrece-un-presupuesto-2015-mas-gasto-articulo-507394.

que para atender a 6,7 millones de víctimas se destinarán 4000 millones de dólares (aproximadamente 10,4 billones de pesos), que resultan obviamente insuficientes. Es de destacar, en el presupuesto, que a la educación se le adjudica una partida superior que a los gastos militares y que se incrementan los recursos destinados a la amortización de las deudas contraídas con el exterior. Por lo demás, este presupuesto se presentó desbalanceado (en 12,5 billones de pesos, 4807 millones de dólares), y a finales del 2014 el Gobierno tuvo que tramitar de urgencia una reforma tributaria para financiarlo[50] (Ley 1739 del 2014). En la discusión legislativa que tuvo lugar se aprobaron recursos adicionales para los tres años siguientes (en total, 54 billones de pesos hasta el 2018, 20 769 millones de dólares).

### B. La necesaria respuesta de la economía a un acuerdo de paz

Comparto la posición de Leibovich cuando afirma que la financiación del posconflicto

> […] deberá ser el resultado de una combinación de reasignación del gasto público y mayores impuestos. Esa reasignación implica recortar el gasto o parar el crecimiento en algunos renglones. Con respecto a mayores ingresos, se va a requerir una nueva reforma tributaria. Para todo lo anterior, se va a necesitar un gran liderazgo y poder de persuasión del equipo del nuevo Gobierno Nacional, trabajando de la mano con el nuevo Congreso de la República. En cuanto a la ejecución, se deberá practicar una alta cirugía a algunas de las instituciones del Estado para que tengan la capacidad de cumplir con los compromisos de manera eficaz, eficiente y proba[51].

Consideremos, a la luz de las recomendaciones ya formuladas, la necesaria respuesta de la economía colombiana, o mejor, de los hacedores de la política económica, a un acuerdo de paz. Ello, por una parte, en un marco constitucional y jurídico amplio y flexible, como el colombiano[52], que, no obstante, requiere de modificaciones legislativas; y, por otra, sin olvidar la necesidad de evitar la reincidencia en el conflicto y la formación de una violencia endémica.

50 Ley 1739 del 2014, "Por medio de la cual se modifica el estatuto tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión, y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 23 de diciembre del 2014).

51 José Leibovich, "Plan para financiar los acuerdos de paz", *Portafolio*, 10 de febrero del 2014, www.portafolio.co/columnistas/plan-financiar-los-acuerdos-paz.

52 Eleonora Lozano, "Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas". En *Constitución y democracia en movimiento* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016).

1. *El incremento de los ingresos, principalmente por vía tributaria*. Dadas la inequidad e ineficiencia del sistema tributario colombiano, es indiscutible que debe ser rediseñado en su totalidad mediante reformas legales. Hablo de inequidad por cuanto nuestra normativa contempla beneficios tributarios que quizás otrora tuvieron una finalidad social, o que fueron simplemente establecidos por presiones políticas, pero que hoy deben ser eliminados. En un reciente diagnóstico el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial concluyen que en Colombia existe una preocupante tendencia a incrementar los gastos tributarios, entendidos estos como las transferencias de recursos públicos que se llevan a cabo mediante reducciones de las obligaciones tributarias —beneficios o incentivo tributarios— con respecto de un marco tributario de referencia (*benchmark*)[53]. Según esta investigación,

> Existen alrededor de 200 gastos tributarios […] con distintos objetivos de política pública, en el impuesto sobre la renta y en el impuesto al valor agregado […] Aparte de la pérdida recaudatoria que conllevan (estimada en alrededor de *25 billones de pesos* […]), los gastos tributarios pueden tener efectos indirectos y no deseados sobre la eficiencia económica y la equidad, aumentando la complejidad del sistema tributario […] Adicionalmente, incrementan sus costos de administración y de cumplimiento, a la vez que propician nuevas formas de fraude y elusión[54].

La cifra mencionada no contempla los beneficios tributarios incluidos en la normativa para otros impuestos del orden nacional, ni tampoco los establecidos por los concejos municipales y las asambleas departamentales a nivel local.

Por otro lado, hablo de ineficiencia por estas mismas razones, y también en razón de la "inflación" o dispersión normativa a la que me referiré más adelante, que suscita problemas de interpretación y aplicación entre los operadores jurídicos y favorece una planeación tributaria agresiva que disminuye el recaudo tributario.

No obstante, las dificultades políticas del debate legislativo inducen al Gobierno a insistir en modificaciones normativas parciales. Es así como se ha conformado recientemente, por mandato legal, una comisión de expertos

53 Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial, *El gasto tributario en Colombia* (Bogotá: Banco Mundial, 2012), 25.

54 *Ibid*., 1. Énfasis añadido; la cifra corresponde a 9615 millones de dólares.

que, teniendo en cuenta las recomendaciones de política fiscal formuladas hace poco la OCDE, propondrá sucesivas reformas tributarias. Son temas obligados de la agenda de esta comisión el incremento del impuesto sobre las ventas, la imposición de tributación sobre los dividendos —hoy desgravados en nuestro país—, la redefinición del régimen tributario especial de los entes sin ánimo de lucro —más benéfico, y frecuentemente objeto de abusos— y la eliminación de los beneficios excesivos que se les han otorgado a algunos sectores de la economía.

Como se anotó, la última reforma tributaria, la Ley 1739 del 2014, fue en esencia una reforma "fiscalista", por cuanto buscaba remediar un desbalance presupuestal causado por la existencia de mayores gastos y por la caída del precio del petróleo —en un 50% aproximadamente—, última situación grave en una economía excesivamente dependiente de este tipo de recursos[55]. Así, para obtener más ingresos se revivieron el impuesto al patrimonio —ahora denominado impuesto a la riqueza— y el gravamen a los movimientos financieros, medidas que, además de obviar la falta de progresividad y de eficiencia de nuestro sistema tributario, favorecen la salida de capitales, afectan técnicamente al sistema financiero, fomentan la evasión y la búsqueda de argucias jurídicas que permitan la elusión, y deslegitiman a un Gobierno que recurrentemente incumple sus promesas electorales en materia económica[56]. Además, esta reforma incluye normas que afectan fuertemente la equidad del sistema, por cuanto permite el saneamiento de activos omitidos y de pasivos inexistentes en declaraciones pasadas y contempla mecanismos "transitorios" de terminación anticipada de procesos tributarios y condiciones especiales de pago, un tratamiento claramente favorable para los contribuyentes incumplidos.

Como se relaciona en el anexo, y teniendo en cuenta las reformas tributarias del gobierno actual[57], los impuestos del orden nacional —renta y su complementario de ganancias ocasionales, renta para la equidad, ventas, consumo, riqueza y gravamen a los movimientos financieros— y los del orden territorial —industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, predial y otros— conforman un sistema disperso y caótico.

55 Una característica, como vimos, indeseable en las finanzas del posconflicto.

56 El presidente Santos, a pesar de haber prometido en su primera campaña que no crearía más impuestos, lo hizo. En su segundo período presidencial incumplió su promesa de desmontar el gravamen a los movimientos financieros.

57 Ley 1607 del 2012, "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 26 de diciembre del 2012), y Ley 1739 del 2014.

Al observar exclusivamente los hechos económicos gravados se concluye que existen varios impuestos que gravan el *consumo* —por ejemplo, el impuesto sobre las ventas, el impuesto nacional al consumo, el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas y no alcohólicas, los impuestos al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado y de licores, vinos, aperitivos y similares, y el impuesto a la gasolina—, el *patrimonio* —impuesto a la riqueza, impuesto predial, impuesto sobre vehículos automotores, contribución de valorización, impuesto sobre degüello de ganado mayor y menor, participación en plusvalía e impuesto de delineación urbana—, la *prestación de servicios* —los impuestos sobre las ventas, de industria y comercio y de transporte de hidrocarburos, y el impuesto nacional a la explotación de oro, plata y platino—, los *juegos de suerte y azar* —impuesto sobre las ventas, impuesto complementario de ganancias ocasionales e impuestos de loterías—, las *importaciones* —impuesto sobre las ventas, impuesto sobre ingreso de mercancía extranjera al departamento de San Andrés—, los *ingresos netos* por actividades comerciales, industriales y de servicios —impuesto sobre la renta, impuesto de industria y comercio— y las *transacciones económicas* —gravamen a los movimientos financieros, impuesto de registro y contribución sobre contratos de obra pública—, entre otros.

De esta manera, y sin olvidar que los tributos han sido creados desordenadamente por el Legislador a lo largo del tiempo, se producen "dobles imposiciones internas", situaciones en las que hechos económicos idénticos o similares son gravados por dos o más tributos nacionales o subnacionales. Pese a que el derecho ha respondido a este fenómeno permitiendo que se descuenten algunos impuestos en otros —por ejemplo, que se descuente el de industria y comercio en el impuesto sobre la renta—, implica costos innecesarios e ineficiencia.

Del análisis del sistema tributario como un todo —tributos nacionales y subnacionales— se obtienen otras conclusiones. En primer lugar, la normativa que regula la materia tributaria en Colombia es dispersa y cambiante. Para comprender el sistema tributario colombiano es indispensable conocer las disposiciones constitucionales que lo regulan, las múltiples leyes que han sido expedidas y sus diferentes reglamentaciones. Para hacer más compleja la situación, la administración tributaria realiza "interpretaciones" de la normativa en los conceptos que emite, cuyo conocimiento es fundamental para conocer el curso que van a seguir las actuaciones tributarias

administrativas; además, los jueces, al resolver controversias de naturaleza tributaria, también interpretan la legislación. En suma, se trata de un panorama caótico e inestable que actúa en detrimento de la inversión y del crecimiento económico.

En segundo lugar, el listado de tributos vigentes en Colombia es extenso. En el anexo tan sólo se han revisado los hechos económicos correspondientes a los impuestos del orden nacional y algunos del ámbito territorial, pero se omite la larga lista de tasas y contribuciones vigentes también en nuestro país. Así las cosas, el número de categorías tributarias es excesivo. Seguramente un número menor permitiría un mejor control por parte de la administración tributaria y más cumplimiento por parte del contribuyente, que encontraría un esquema más simple y menos gravoso.

Pero hay otras problemáticas. Por ejemplo: el establecimiento de algunos tributos subnacionales no regulados integralmente deja a discreción de los entes subnacionales la fijación de ciertos elementos de la obligación tributaria; ello tiene incidencia sobre las capacidades contributivas y afecta la coherencia del sistema tributario. Por otro lado, la existencia de procedimientos dispendiosos ante la administración tributaria y los jueces entorpece la resolución de las discusiones tributarias entre la administración y los contribuyentes.

Lamentablemente, las últimas reformas tributarias no solucionan este caos; por el contrario, lo agravan. La Ley 1607 del 2012 aparentemente propende por que se grave más a las personas naturales y debilita la contribución de otros agentes con importantes capacidades económicas, y así afecta la equidad y progresividad del sistema. Por su parte, la Ley 1739 del 2014 estableció más impuestos para las personas naturales, que ya estaban sobrecargadas, e incrementó notablemente la tarifa del impuesto de renta para las personas jurídicas, con lo que agrava la situación de aquellas que no poseen los excesivos beneficios tributarios que otras han logrado y las hace, además, poco competitivas en el contexto internacional[58]. Además, estas normas se han concentrado en la tributación nacional y han dejado pendiente la necesaria reforma tributaria subnacional.

58 La tarifa del impuesto sobre la renta, adicionándole la del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) y su sobretasa (que también gravan los ingresos), oscilará entre un 39 y un 43% en el período comprendido entre el 2015 y el 2018.

Así, si hoy existen problemas para financiar los servicios públicos esenciales, la situación tenderá a agravarse en una situación de posconflicto que demandará la satisfacción de más servicios, y con mejor calidad. Hoy, la gran mayoría de los servicios públicos es financiada con recursos del presupuesto nacional, compuestos principalmente por tributos del orden nacional que ingresan a una bolsa común (el presupuesto), de la cual se ejecutan los gastos en virtud del principio presupuestal de "unidad de caja".

A pesar de que en nuestro país han surgido estrategias tendientes a fortalecer el esfuerzo fiscal de los entes subnacionales por medio de tributos destinados a sufragar gastos de inversión social, estos tributos aún no son suficientes, se encuentran dispersos en el régimen legal, coexisten con fuentes no tributarias y son de muy difícil control —es el caso de los impuestos a los cigarrillos y licores que deben financiar gastos en salud[59] y educación[60]—. Otros servicios públicos esenciales relacionados con el deporte, la recreación, la cultura, la vivienda, el agua y el saneamiento básico tienen múltiples fuentes de financiación, nacionales y subnacionales, aunque, de nuevo, predominan las primeras, que en últimas corresponden a tributos del orden nacional[61].

59 Entre las *fuentes tributarias* que financian la salud se encuentran las provenientes del Sistema General de Participaciones (en últimas, impuestos nacionales); los recursos del presupuesto general de la Nación para salud pública (impuestos nacionales, nutridos ahora con el CREE); el impuesto al valor agregado cedido a cervezas nacionales e importadas; el impuesto al consumo de cervezas y sifones (departamental); el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (departamental); el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares (departamental); y los recursos que destinen entidades territoriales (impuestos locales). Por su parte, las *fuentes no tributarias* están compuestas, entre otras, por los pagos (cotizaciones) que hacen empleados que devengan más de diez salarios mínimos y empleadores, y que administran entidades promotoras de salud (estos aportes se vuelven tributarios en los casos de empleadores de empleados que devengan menos de diez salarios mínimos, pues ahora pagan el impuesto nacional CREE y no pagan contribuciones parafiscales para salud); la cuenta pública Fosyga (Fondo de Solidaridad y Garantía, en el que el régimen contributivo financia al subsidiado); un porcentaje de las contribuciones parafiscales a cajas de compensación familiar; un porcentaje del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT); y las rentas obtenidas por regalías y de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores (departamentales).

60 Las fuentes de financiación de la educación en Colombia son, en esencia, tributarias. Se trata de las provenientes del Sistema General de Participaciones (en últimas, impuestos nacionales); los recursos del presupuesto general de la Nación para educación (impuestos nacionales nutridos ahora con el CREE, al tiempo que se eliminan también las contribuciones parafiscales destinadas al SENA para educación técnica); las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores y juegos de suerte y azar (no tributarias); y otros recursos que destinen las entidades territoriales (regalías, impuestos locales).

61 Para deporte, recreación y cultura: los recursos del presupuesto general de la Nación para deporte, recreación y cultura (impuestos nacionales), el impuesto nacional al consumo, el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado (departamental) y los recursos que destinen entidades territoriales (regalías, otros impuestos locales). Para vivienda: los recursos del presupuesto general de la Nación para vivienda (impuestos nacionales) y los recursos que destinen entidades territoriales (regalías, impuestos locales). Finalmente, para agua y saneamiento básico: los provenientes del Sistema General de Participaciones (en últimas, impuestos nacionales) y los recursos que destinen entidades territoriales (regalías, impuestos locales).

En conclusión, el gobierno de Santos, ante un eventual posconflicto, debe modificar la financiación de los servicios públicos esenciales —en especial, salud y educación— por medio de una reforma legal estructural de los tributos del orden nacional y subnacional, en sus aspectos sustanciales y procedimentales.

Además de las fuentes tributarias existe la posibilidad de recurrir a un mayor endeudamiento, pero debe observarse el principio de sostenibilidad fiscal establecido en la Constitución (artículo 334) y respetarse la regla fiscal definida legalmente[62]. Quizás la amortización a capital que piensa hacer el Gobierno en el 2015 busca mejorar la posición crediticia del país, con el fin de poder acudir con mayor legitimidad a la comunidad internacional para solicitar empréstitos. Sin embargo, estas soluciones, en términos fiscales, son transitorias, pues las deudas deben pagarse —no son donaciones— y sus costos tienden a ser altos. Por otra parte, las apropiaciones deberían, según la normativa, destinarse a financiar gastos de inversión y no de funcionamiento. Ya se habla de líneas de crédito del Banco Interamericano de Desarrollo[63]. El Gobierno alemán, a través del Banco de Crédito para la Reconstrucción y el Desarrollo, nos concedió recientemente un crédito por 100 millones de dólares para el proceso de paz, y están previstos además dos créditos para los próximos dos años[64]. Algunos analistas incluso afirman que muy seguramente el Gobierno deberá acudir a la emisión de deuda pública para solventar los gastos que se avecinan[65].

En conclusión, la mejor alternativa es financiar los servicios públicos esenciales por la vía de tributos resultantes de una mejor actividad económica en un escenario de paz. Así, resulta indispensable una normatividad que diseñe un sistema con menos tributos y más sencillos, y que de esta forma

62 Ley 1473 del 2011, "Por medio del cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 5 de julio del 2011), artículo 5.º: "Regla Fiscal. El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido. El déficit estructural del Gobierno Nacional Central no será mayor a 1% del PIB a partir del año 2022. Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2,3% del PIB o menos en 2014, de 1,9% del PIB o menos en 2018 y de 1,0% del PIB o menos en 2022".

63 "Gobierno y BID analizan créditos para financiar el posconflicto", *El Colombiano*, 4 de febrero del 2015, www.elcolombiano.com/gobierno-y-bid-analizan-creditos-para-financiar-el-posconflicto-MI 1219907.

64 "Alemania anuncia crédito de US$100 millones a Colombia para la paz", *El Tiempo*, 3 de noviembre del 2014, www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/alemania-anuncia-credito-de-us100-millones-a-colombia-para-la-paz/14782735.

65 Declaraciones de Juan Mario Laserna en "Conflicto cuesta $12 billones al año; en paz, PIB crecería hasta 2%", *El Tiempo*, 30 de abril del 2014, www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13904422.

favorezca la eficiencia en el recaudo. Un juicioso estudio de las capacidades contributivas debe soportar la reforma, para garantizar la equidad. Además, el proceso de socialización es fundamental, pues todos tendremos que pagar por la paz, ya que en últimas beneficia a la totalidad de la actividad económica. Este compromiso social aún no es claro en el panorama nacional.

En el orden nacional, la propuesta consiste en un "impuesto plano al ingreso global para la paz", único, es decir, que implica la eliminación del impuesto de industria y comercio local, y con muy pocos o casi nulos beneficios tributarios, de manera que sean gravados los dividendos; en un único impuesto sobre el valor agregado, con una base gravable amplia, mayor tarifa y redistribución por la vía del gasto público, al tiempo que se eliminan los múltiples impuestos específicos al consumo; y en un robusto impuesto al patrimonio, al tiempo que se eliminan otros tributos nacionales (renta presuntiva) y locales que gravan aspectos patrimoniales.

En cuanto al orden subnacional, habría que diseñar un eficiente mecanismo de transferencia de los recursos nacionales a los territorios y fortalecer el esfuerzo fiscal de estos últimos por medio de la actualización de los avalúos catastrales de los inmuebles que son objeto de tributación local —así lo permite la Constitución—. Respecto de los otros tributos territoriales hoy existentes, habría que revisar cuáles incluir en una ley que determine claramente los elementos de la obligación tributaria local.

Finalmente, en lo procedimental es fundamental el diseño de procesos menos prolongados y que conduzcan a decisiones más técnicas. Con este fin pueden determinarse jurisdicciones especiales para lo tributario o establecerse arbitrajes tributarios. Por otro lado, deben eliminarse las recurrentes "amnistías" tributarias, que son contraproducentes en términos de equidad.

2. *La recomposición del gasto*. Muy seguramente, en un escenario posbélico las partidas de gastos tendrán que reorganizarse —menos gasto militar y más en salud y educación, por ejemplo—, pero de manera gradual, como la literatura lo recomienda, en atención al riesgo de reincidencia del conflicto. Esta recomposición puede verse entorpecida por las rigideces presupuestales existentes, es decir, por la existencia de partidas de ineludible financiación, por ejemplo, el pasivo pensional[66].

66 Santiago Osorio, "El desafío pensional para el segundo periodo", *La República*, 6 de agosto del 2014, www.larepublica.co/el-desafío-pensional-para-el-segundo-periodo_153686.

Lamentablemente, en el momento en que se escribe este capítulo no se conoce la planeación definitiva del gasto para el posconflicto. El instrumento idóneo para hacerla es la ley que define el Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018, actualmente en discusión en el Congreso. En una revisión del proyecto presentado se encuentra que uno de los tres pilares del Plan Nacional de Desarrollo es la paz —los otros son la equidad y la educación—, un hecho que refleja la voluntad política del Gobierno para construirla sosteniblemente y con un enfoque efectivo de derechos (artículo 3.º). Además, se prevé un Consejo Interinstitucional del Posconflicto, órgano consultivo y coordinador que facilitará la toma de decisiones en la implementación de los eventuales acuerdos entre el Gobierno y las organizaciones armadas ilegales, conformado por los ministros de Hacienda, Interior y Defensa y otros altos dignatarios del Estado (artículo 127).

Así mismo, como una estrategia y objetivo del Plan Nacional de Inversiones 2015-2018, incluido en el Plan Nacional de Desarrollo por mandato constitucional, se destinan 137,4 billones de pesos (52 692 millones de dólares) a los temas de seguridad, justicia y democracia, en aras de la construcción de la paz. Esta cifra representa un 19,4 % del total de las inversiones a realizar en el período. El mayor aporte lo realiza el Gobierno central, directamente o por medio transferencias a los entes territoriales (artículo 5.º)[67]. Con esta estrategia-objetivo se busca facilitar el acceso a los servicios de justicia, apoyar los mecanismos que intervendrán en la transición hacia la paz, asegurar que las víctimas gocen efectivamente de sus derechos, garantizar el respeto de los derechos humanos, fortalecer la seguridad y defensa del territorio nacional, financiar una política criminal con enfoque restaurativo, atacar el problema de las drogas y emprender una acción integral contra las minas antipersonas.

Además, se enfatiza la necesidad de cerrar las brechas de desigualdad entre las ciudades y el campo, en especial en lo que respecta a los altos niveles de pobreza y a las deficiencias en la cobertura de servicios públicos de salud y educación, por medio de una actualización catastral y una reforma del

67 Se propone financiar esta estrategia así: 129,6 billones de pesos (49 846 millones de dólares) aportados por Gobierno central; 0,1 billones de pesos (38,4 millones de dólares), por el sector descentralizado; 2,6 billones de pesos (1000 millones de dólares), por los entes territoriales; 0,4 billones de pesos (153,8 millones de dólares) por el sector privado; 4,3 billones de pesos (1692 millones de dólares) por transferencias de la Nación (Sistema General de Participaciones); y 0,3 billones de pesos (115,3 millones de dólares) procedentes de la explotación de recursos naturales no renovables (Sistema General de Regalías).

impuesto predial que deben hacer más eficiente su recaudo en los municipios. Esta última propuesta es loable; sin embargo, empeora el caos tributario en la medida en que una ley no tributaria modifica aspectos tributarios, aumenta la complejidad del sistema e impide una discusión sistemática, en el Legislativo, de lo tributario.

3. *El aumento de la inversión extranjera*. Durante los últimos gobiernos, que han fortalecido la seguridad, la inversión extranjera ha aumentado en Colombia. De conseguirse la paz, podría crecer más —siempre y cuando el sistema tributario lo permita— e impulsar una decidida reactivación económica.

4. *Una política monetaria y cambiaria controlada*. Colombia se ha caracterizado por una política monetaria y cambiaria técnica y controlada, principalmente por el riguroso actuar del Banco de la República. Además, las funciones de regulación y supervisión bancaria son realizadas por instituciones tradicionalmente fuertes y creíbles. Sin embargo, dada la necesidad de coordinar las políticas económicas, definida constitucionalmente, y la presencia del ministro de Hacienda en calidad de presidente de la junta directiva del Banco de la República, deberán concertarse los esfuerzos fiscales y monetarios para solventar las problemáticas económicas del posconflicto.

5. *El diseño de políticas para la formalización de las empresas*. De la simplicidad de la normativa tributaria y laboral dependerá en gran medida la formalización empresarial. Insisto en la necesidad de un sólido proceso de socialización de estas reformas con el sector empresarial, para que este lidere, de la mano del Gobierno, el proceso económico del posconflicto.

6. *Un federalismo fiscal proactivo*. Dado el limitado esfuerzo fiscal que en lo tributario realizan los entes subnacionales, dependen excesivamente de la explotación de recursos naturales no renovables —regalías— y de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación a las entidades territoriales —en esencia, tributos nacionales, Sistema General de Participaciones—, una situación que no se aviene con el enfoque descentralizador de la Constitución.

   En cuanto al Sistema General de Regalías, el problema principal de la inversión de estos recursos ha sido la corrupción, pese a la participación ciudadana y al control que ejercen las contralorías territoriales. Para combatir esta y otras deficiencias del sistema, en el 2011 (Acto Legislativo n.º 5) se modificó su procedimiento de reparto por medio de unos fondos[68] que, según algunos entes territoriales, por su tecnicismo y consecuentes costos

transaccionales resultan de muy difícil acceso. Además, es claro que estos recursos disminuirán debido a la caída del precio del petróleo.

La principal discusión en relación con el Sistema General de Participaciones versa sobre la fórmula del incremento anual de su monto, por cuanto su fijación constitucional ha sido objeto de múltiples reformas. Inicialmente era el "promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores", pero, por razones eminentemente fiscales, la más reciente reforma constitucional al respecto determinó un incremento igual a la tasa de inflación más una tasa de crecimiento del 3 % para los años 2011 al 2016. Con posterioridad a este último año tendrá que darse de nuevo la discusión en instancias legislativas para modificar la fórmula constitucional.

### C. Los actores y arreglos institucionales necesarios

Ante un acuerdo de paz todos los actores económicos ya relacionados, a saber: el sector empresarial[69], la comunidad internacional[70], los hacedores de políticas públicas, el poder judicial y la comunidad en general serán fundamentales para mitigar el riesgo de reincidencia en el conflicto, y el de que se perpetúe (violencia endémica).

Con miras a cumplir ese objetivo en indispensable una sólida capacidad institucional en materia de "provisión de seguridad, protección de los derechos de propiedad, administración de justicia, recaudo de impuestos y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, y provisión de bienes y servicios públicos", como lo precisa Arévalo[71]. Leibovich[72], examinando el primer punto

68 Compensación Regional; Ciencia, Tecnología e Innovación; Desarrollo Regional; y Ahorro y Estabilización.

69 Angelika Rettberg ha estudiado los efectos del conflicto en el sector privado colombiano. En encuestas los empresarios han afirmado que, en ausencia de conflicto, invertirían más en productividad, en innovación y en emplear más trabajadores. Los costos del conflicto son altos no sólo por su impacto directo, sino también por los elevados costos de transacción que produce, las consecuencias para la inversión, la limitación de las oportunidades de expansión empresarial y los efectos sobre el comportamiento de los consumidores. Rettberg, *Explorando el dividendo*, 40.

70 El Banco Mundial asesoró al Gobierno nacional en la creación de un Fondo Multidonante para la Paz y el Posconflicto que administrará las donaciones que realicen gobiernos extranjeros. Ya el Gobierno sueco donó siete millones de dólares, y se espera otra donación de Canadá. En noviembre del 2014 el presidente Santos realizó una gira por seis capitales europeas en busca de apoyo político para el proceso de paz y de recursos para financiarlo.

71 Julián Arévalo Bencardino, "Construcción de paz y un nuevo modelo de construcción de Estado: una lectura de los dos primeros acuerdos de La Habana", *Revista de Economía Institucional* 16, n.º 30 (primer semestre del 2014): 131-169.

72 Leibovich, "Plan para financiar".

de la agenda de la negociación de La Habana, sobre la política de desarrollo agrario integral, afirma que no sólo se requiere de importantes recursos para cumplir las tareas acordadas, sino también de una institucionalidad transparente y eficiente.

Propuestas como la de crear el Ministerio de la Seguridad Ciudadana[73] pueden disminuir la probabilidad de que en el posconflicto la microinseguridad se vuelva macroinseguridad, como se observó en la parte teórica[74].

## Conclusión

Este capítulo evaluó, con base en la literatura internacional, algunos aspectos a considerar en el diseño de una política económica que satisfaga las necesidades del posconflicto en Colombia. En primer término se expusieron algunas estimaciones del cambio del producto mundial en una hipotética cesación de las guerras, y proyecciones económicas nacionales del incremento probable del producto tras un eventual acuerdo de paz en nuestro país, todo ello a partir de estimaciones de los costos asociados a los conflictos. Pese a las problemáticas que afectan la medición, es claro que un escenario de paz es mejor desde una perspectiva económica que uno de conflicto, pero también se concluyó que, además de los ajustes que hay que realizar en materia de inversión extranjera, política monetaria y formalización empresarial, entre otros, el mayor esfuerzo habrá de realizarse en materia fiscal, tanto a nivel nacional como subnacional.

Aunque no se profundizó en el marco constitucional económico colombiano, se mencionó su amplitud y flexibilidad, que pueden favorecer un rediseño normativo del sistema tributario que persiga la simplicidad, equidad y eficiencia en lo sustancial y en lo procedimental. También se mencionaron los ajustes presupuestales graduales que resultan necesarios para la recomposición del gasto en el posconflicto, y los problemas actuales de su estimación numérica.

73 "Santos promete crear ministerio de la Seguridad Ciudadana", *El Espectador*, 28 de abril del 2014, www.elespectador.com/noticias/politica/santos-promete-crear-ministerio-de-seguridad-ciudadana-articulo-489323.

74 Al respecto, Angelika Rettberg, remitiéndose a la ONU, habla de las "acciones dirigidas a identificar y apoyar estructuras tendientes a fortalecer y solidificar la paz para evitar una recaída al conflicto", y construye una interesante matriz sobre las interpretaciones de la construcción de la paz en las perspectivas minimalista y maximalista, en la que relaciona importantes aspectos institucionales. Rettberg, "Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el postconflicto", *Revista de Estudios Sociales*, n.º 15 (junio del 2003): 15-28, véase, especialmente, el cuadro 1.

Indiscutiblemente, todo lo anterior será posible si hay una proactiva participación del sector empresarial, la comunidad internacional, los hacedores de políticas públicas, el poder judicial y la comunidad en general en la discusión, aprobación, interpretación y aplicación de las reformas mencionadas, que deberán acompañarse de un aparato institucional fuerte, legítimo y, sobre todo, transparente.

## Referencias

Álvarez, Stephanie y Angelika Rettberg. "Quantifying the Economic Effects of Conflict: An Exploration on the Costs and the Studies on the Costs of the Colombian Armed Conflict". *Colombia International*, n.º 67 (enero-junio del 2008): 14-37.

Arévalo Bencardino, Julián. "Construcción de paz y un nuevo modelo de construcción de Estado: una lectura de los dos primeros acuerdos de La Habana". *Revista de Economía Institucional* 16, n.º 30 (primer semestre del 2014): 131-169.

Arias, María Alejandra, Adriana Camacho, Ana María Ibáñez, Daniel Mejía y Catherine Rodríguez, eds. *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia. ¿Cómo construir un posconflicto sostenible?* Bogotá: Facultad de Economía, Universidad de los Andes, 2014.

Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial. *El gasto tributario en Colombia*. Bogotá: Banco Mundial, 2012.

Berdal, Mats y Achim Wennmann, eds. *Ending Wars, Consolidating Peace: Economic Perspectives*. Nueva York: Routledge e International Institute for Strategic Studies, 2010.

Blattman, Christopher y Edward Miguel. "Civil War". *Journal of Economic Literature* 48, n.º 1 (marzo del 2010): 3-57.

Boyce, James K. "Aid and Fiscal Capacity Building in Post-Conflict Countries". En *Ending Wars, Consolidating Peace: Economic Perspectives*, editado por Mats Berdal y Achim Wennmann, 101-119. Nueva York: Routledge e International Institute for Strategic Studies, 2010.

Brauer, Jurgen y Benjamin E. Goldsmith, eds. *Contributions to Conflict Management, Peace Economics and Development 14*. Emerald: Bingley, 2010.

Brauer, Jurgen y John P. Dunne. "On the Cost of Violence and the Benefit of Peace". *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 16, n.º 2 (1.º de diciembre del 2010): 1-12.

Brauer, Jurgen y John Tepper Marlin. "A Method to Compute a Peace Gross World Product by Country and by Economic Sector". En Brauer y Goldsmith, *Contributions to Conflict Management, Peace Economics and Development 14*, 13-30.

Carmignani, Fabrizio y Adrian Gauci. "Does Fiscal Policy Differ between Successful and Unsuccessful Post-Conflict Transitions? Lessons from African Civil Wars". En Brauer y Goldsmith, *Contributions to Conflict Management, Peace Economics and Development 14*, 123-145.

Castellanos, Juliana. *¿Cuánto nos cuesta la guerra? Costos del conflicto armado colombiano en la última década*. Bogotá: Politécnico Grancolombiano, 2013.

Heinemann, Alessandra y Dorte Verner. *Crime and Violence in Development : A Literature Review of Latin America and the Caribbean*. Washington, D. C.: World Bank, 2006.

Lozano, Eleonora. "Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas". En *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.

Miller, Zinaida. "Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice". *International Journal of Transitional Justice* 2 (2008): 266-291.

Rettberg, Angelika. "Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el postconflicto". *Revista de Estudios Sociales*, n.º 15 (junio del 2003): 15-28.

Rettberg, Angelika. *Explorando el dividendo de la paz: impacto del conflicto armado en el sector privado colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.

Wennmann, Achim. "Peace Processes, Business and New Futures after War". En *Ending Wars, Consolidating Peace: Economic Perspectives*, editado por Mats Berdal y Achim Wennmann, 1-31. Nueva York: Routledge e International Institute for Strategic Studies, 2010.

**Anexo.** Sistema tributario colombiano actual: dispersión y caos

| Tributo | Nivel | Hecho económico gravado |
|---|---|---|
| Impuesto sobre la renta y su complementario de ganancias ocasionales | Nacional | Obtención de ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio.<br>Obtención de ingresos extraordinarios según la ley. |
| Impuesto CREE y sobretasa | Nacional | Obtención de ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio. |
| Impuesto sobre las ventas | Nacional | Venta e importación de bienes corporales muebles.<br>Prestación de servicios.<br>Circulación, venta y operación de juegos de suerte y azar. |
| Impuesto nacional al consumo | Nacional | La prestación o la venta al consumidor final o la importación por parte del consumidor final de algunos bienes y servicios (telefonía móvil; expendio de comidas y bebidas en restaurantes y similares; vehículos automotores y motocicletas; yates, barcos y demás embarcaciones de recreo o deporte, y aeronaves). |
| Impuesto a la riqueza y complementario de normalización tributaria | Nacional | Posesión de riqueza (patrimonio líquido) desde el 1.º de enero del 2015 cuyo valor sea superior a $1 000 000 000 de pesos colombianos.<br>Complementario. Posesión de activos omitidos y pasivos inexistentes a 1.º de enero del 2015, 2016 y 2017. |
| Gravamen a los movimientos financieros | Nacional | Transacciones financieras. |
| Impuesto predial | Municipal | Predios, urbanos o rurales, con o sin edificaciones. |
| Impuesto de industria y comercio (ICA) y su complementario de avisos y tableros | Municipal | Actividades industriales, comerciales y de servicios.<br>Colocación de avisos en el espacio público. |
| Impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. | Nacional cedido (departamento, distrito capital) | Consumo de cerveza, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con no alcohólicas. |
| Impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado | Departamental | Consumo de cigarrillos y tabaco elaborado. |
| Impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares | Departamental | Consumo de vinos, licores, aperitivos y similares. |
| Impuesto de registro | Departamental. Bogotá (30 %) | Actos, contratos y negocios que deban registrarse en oficinas de registro de instrumentos públicos o cámaras de comercio. |

(continúa)

| Tributo | Nivel | Hecho económico gravado |
|---|---|---|
| Impuesto sobre vehículos automotores | Departamental y distrito capital. | Vehículos. |
| Impuesto nacional a la gasolina y al ACPM | Nacional | Venta, retiro, importación para el consumo propio o importación para la venta de gasolina y ACPM. |
| Contribución de valorización | Nacional, departamental y municipal (entidad que realice las obras) | Obras de interés público que reporten un beneficio a la propiedad inmueble. |
| Degüello de ganado mayor y menor | Departamental y municipal | Ganado. |
| Impuesto de loterías foráneas y sobre premios de lotería | Departamental | Venta de billetes de loterías foráneas y ganar premios de loterías. |
| Impuesto al consumo sobre ingreso de mercancía extranjera al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina | Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina | Ingreso de mercancías al departamento. |
| Contribución para el uso de la infraestructura pública turística en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina | Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina | Uso de la infraestructura pública turística. |
| Contribución sobre contratos de obra pública | Nacional, departamental y municipal (nivel de la entidad contratante) | Contratos de obra pública y adiciones. |
| Impuesto al transporte de hidrocarburos | Municipal | Transporte de crudo o gas por oleoductos o gasoductos. |
| Impuesto nacional a la explotación de oro, plata y platino | Municipal | Extracción de oro, plata y platino. |
| Participación en la plusvalía | Municipal y distrital | Usos del suelo. |
| Impuesto de delineación urbana | Municipal | Construcción de nuevos edificios o refacción de los existentes. |
| Algunas contribuciones parafiscales (salud mayor a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y cajas de compensación) | Nacional | Celebración contratos de trabajo. |

Fuente: Elaboración propia con base en la normatividad vigente (incluidas las leyes 1607 del 2012 y 1739 del 2014).

# REFLEXIONES SOBRE LA FORMALIZACIÓN DEL EMPLEO COMO HERRAMIENTA CONTRA LA POBREZA

Laura Porras Santanilla*

## Aclaración previa

El primer punto de la agenda de negociación entre el Gobierno y las FARC, que hace referencia a una política de desarrollo agrario integral, comprende algunas propuestas mínimas para conseguir la dignificación del trabajo y la formalización laboral en el campo. La intención de la mesa de negociación fue discutir puntos concretos relacionados con las causas que llevaron a las FARC a alzarse en armas, y ello implicaba excluir de la discusión problemas apremiantes no relacionados con las causas estructurales de este conflicto. De esta manera, en lo que tiene que ver con trabajo y formalización laboral, la intención no fue nunca discutir el problema en general, sino enfocarse en cómo resolver la problemática en el campo.

En materia de dignificación del trabajo y de trabajo asalariado en el campo las FARC le entregaron al grupo negociador del Gobierno diez propuestas mínimas el 13 de marzo del 2013. Desde mi perspectiva, las propuestas contemplaban unos planes A, B y C, a saber: plan A: renta básica rural universal e incondicional; plan B: acceso a la tierra para campesinos minifundistas y dotación con medios de producción; plan C: laboralización del trabajo asalariado en el campo. El acuerdo del primer punto de la agenda, socializado en enero del 2014, se centró en la implementación de los planes B y C: apoyar el autoempleo y garantizar el cumplimiento de las normas laborales para asalariados y jornaleros. No se mencionó la posibilidad de la renta básica rural[1].

En este texto, sin embargo, hago énfasis en la informalidad urbana y planteo una discusión basada en nueve meses de trabajo de campo en dos barrios de la localidad de Ciudad Bolívar[2] y seis meses en dos barrios de la localidad de

* Profesora de carrera académica de la Universidad del Rosario y candidata del Doctorado en Derecho de la Universidad de Ottawa (laura.porras@urosario.edu.co).

1 Colombia, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, documento de trabajo PO3-#00293 (propuesta de las FARC en materia de dignificación del trabajo y del trabajo asalariado en el campo); y Gobierno de Colombia y FARC, "Informe conjunto de la mesa de conversaciones" (La Habana: 2014).

2 La observación participativa con vendedores ambulantes, trabajadores de famiempresas y otros "rebuscadores" se realizó en los barrios San Francisco (sector el Líder) y Sierra Morena (sector Tres Esquinas) de la localidad de Ciudad Bolívar, desde septiembre del 2012 hasta agosto del 2013.

Suba[3], en Bogotá. Discutir sobre la informalidad urbana es fundamental para el proceso de paz, no sólo porque la mayoría de los empleos precarios está concentrada en las grandes ciudades, sino porque la "nueva clase trabajadora" a la que me referiré es en su mayoría población que trabaja por cuenta propia, no asalariada y urbana. Su potencial político es inmenso, y es indispensable conocer sus necesidades para construir un discurso sólido que la pueda atraer en términos políticos y para darles respuesta a sus necesidades más apremiantes. No por eso me parece menos importante estudiar la informalidad rural. Es una deuda histórica que, como tantas otras, tenemos con el campo, y que es urgente también saldar[4].

## Introducción

En el debate sobre la formalización del empleo existen creencias básicas que se dan por ciertas; muchas de ellas son parte de un discurso que suele considerarse técnico y verdadero. Colombia parece tener claro, por ejemplo, que la formalización del empleo (urbano y rural) debe ser parte de las estrategias de la lucha contra la pobreza. Pero, ¿es cierta esa creencia?, ¿realmente es técnica y evidente? Este tipo de preconceptos deben ser cuestionados y revisados de tanto en tanto, para evitar fundamentar análisis y propuestas en presupuestos errados, al menos parcialmente.

[3] El trabajo en la localidad de Suba, en los barrios Rincón y Lisboa, se realizó entre el 15 de enero y el 15 de junio del 2013, en el marco de un grupo liderado por el profesor César Giraldo (Universidad Nacional de Colombia) que fue contratado por la Alcaldía de Suba para proponer políticas públicas destinadas a mejorar las condiciones de los vendedores ambulantes del sector. El producto final del trabajo fue un texto titulado "Construcción participativa de política pública dirigida a vendedores ambulantes de la localidad de Suba". Se trata de un documento interno inédito. Durante el proyecto se realizaron seis grupos focales, 42 entrevistas estructuradas y semiestructuradas y dos encuestas. De estas últimas, una se realizó con 144 vendedores ambulantes localizados en el barrio Rincón y otra con 56 vendedores ubicados en el barrio Lisboa.

[4] Los mercados laborales rurales tienen una lógica y un funcionamiento diferentes de los que caracterizan a los urbanos, y por eso requieren estudios diferenciados. En el campo, gran parte del trabajo se concentra en la finca y en actividades de autoconsumo que son imposibles de medir con la batería estándar de preguntas sobre mercado laboral que se incluye en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) que realiza el DANE. La información cuantitativa sobre los mercados laborales rurales es escasa (y la cualitativa lo es más), aunque desde hace algunos años contamos con la información brindada por la Encuesta Longitudinal Colombiana, realizada por la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes. Esta encuesta comprende preguntas que en conjunto permiten comprender mejor el funcionamiento del mercado laboral y la situación de los trabajadores en las zonas rurales. Entre los hallazgos más importantes se encuentran los siguientes: (1) las diferencias de género son aún más marcadas en los mercados laborales rurales que en los urbanos; (2) más de la mitad de los hombres trabajan como jornaleros, y un tercio más como asalariados; (3) el trabajo asalariado requiere de mayor cualificación que el de jornalero: mientras que el porcentaje de individuos que trabaja como asalariados crece con la educación, el porcentaje de individuos que trabajan como jornaleros decrece a medida que aumenta la educación. Véase "Encuesta Longitudinal Colombiana de la Universidad de los Andes", http://encuestalongitudinal.uniandes.edu.co.

El propósito de este documento es, precisamente, mirar de forma crítica la tesis de que la formalización del empleo debe considerarse una herramienta para combatir la pobreza. Para el efecto haré cuatro cosas. Primero, evidenciaré que no tenemos claro de qué hablamos cuando nos referimos a la *informalidad laboral*, pues se trata de una categoría inestable, confusa y en disputa, cuya definición depende en gran medida de la tendencia ideológica que se asuma. En segundo lugar, destacaré que la informalidad laboral no es igual a la ausencia de regulación de la labor; es decir, que un trabajo no se rija por la ley laboral estándar no implica que se trate de una labor no regulada. En tercer lugar, propondré una subdivisión del trabajo informal en tres categorías básicas y argumentaré que la noción de *informalidad* en general no es útil; el trabajo informal se debe pensar con base en categorías básicas que distingan las labores que, aun siendo informales, son alternativas laborales menos indignas que las alternativas formales reales a las que tiene acceso la población más pobre. Finalmente, me referiré con brevedad a las iniciativas más importantes que este gobierno ha presentado en materia de formalización del empleo, con el fin de mostrar que pueden ser útiles para algunas personas que laboran informalmente, pero no para todas, ni siquiera para la gran mayoría.

Concluiré que la discusión actual acerca de cuál es el marco regulatorio capaz de convertir más trabajadores "informales" en trabajadores "formales" debe replantearse. Debemos buscar un marco regulatorio que mejore las condiciones de los trabajadores informales de manera diferenciada, de forma que tenga en cuenta el grado de precariedad de la informalidad y el grado de dignificación laboral que ofrecen las alternativas reales de formalización. El reto, al repensar jurídicamente la informalidad, es que el derecho pueda funcionar más como un escudo que protege y no como una espada que lesiona.

## I. No tenemos claro de qué hablamos cuando hablamos de informalidad

Comúnmente se piensa que el trabajo formal es aquel que implica horario, continuidad y subordinación, y al cual están asociadas una serie de prestaciones sociales reguladas por la ley. Por oposición, el trabajo informal estaría constituido por aquellos empleos que funcionan al margen de la regulación asociada con el trabajo formal. Lo primero que quiero destacar es que la medición oficial de la informalidad en Colombia no tiene nada que ver con la definición planteada. El DANE mide la informalidad con base en el tamaño de la empresa. En general, se considera que son trabajadores informales quienes laboran en una

empresa de menos de cinco trabajadores —antes la cifra era de diez—, excluyendo los independientes que se dedican a su oficio y los empleados del gobierno[5]. En ese sentido, cuando leemos que para el trimestre de agosto a octubre del 2012 la proporción de ocupados informales en Colombia fue del 51,3%, debemos entender que un poco más de la mitad de los ocupados laboraban en empresas de menos de cinco trabajadores. No sabemos más. No sabemos, por ejemplo, si las empresas clasificadas como "formales" cumplen con los marcos regulatorios establecidos, o si las clasificadas como "informales" los incumplen. La medición nada nos dice al respecto.

Ahora bien, si el DANE incluyera elementos regulatorios en la definición oficial y midiera la informalidad basándose, por ejemplo, en el incumplimiento de la ley laboral estándar, probablemente resultaríamos con un dato tan escandaloso como inútil. En el 2006 tan sólo el 2,41% de la población colombiana recibía todas las prestaciones legales asociadas con el trabajo formal[6]; ello implicaría una informalidad cercana al 97,59%. Se trata, sin duda, de un dato realmente escandaloso porque muestra un alto grado de desconocimiento de la ley laboral y da pistas importantes sobre el nivel de precariedad de la inmensa mayoría de los empleos en Colombia. Sin embargo, también es un dato inútil, porque la informalidad es una categoría con la que se pretende caracterizar a los trabajadores que se encuentran en condiciones más precarias. Si la medición arroja que casi la totalidad de la población trabaja en la informalidad, no se logra el objetivo de caracterizar la situación de los trabajadores que se encuentran en peores condiciones.

El DANE realiza la medición con base en recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo también adoptadas por la mayoría de los países en vía de desarrollo, y por lo tanto muchos otros países no tienen en cuenta criterios regulatorios en la medición de la informalidad. No obstante, es frecuente que analistas de centro-izquierda sigan vinculando su definición de la informalidad a la regulación, aunque la acompañen de mediciones que no están relacionadas[7].

5 El DANE realiza la medición con base en la Resolución 15 de 1993 de la Organización Internacional del Trabajo y las recomendaciones del Grupo de Delhi. Para consultar las ocho características que hacen operativa la definición véase Colombia, DANE, "Metodología Informalidad. Gran Encuesta Integrada de Hogares - GEIH", 30 de diciembre del 2009, www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/metodologia_informalidad.pdf.

6 Con *prestaciones legales asociadas* me refiero a contribuciones a salud, pensión y riesgos profesionales; vacaciones pagadas; cesantía y prima; y al subsidio de transporte en casos de empleados con un salario igual o menor a dos salarios mínimos. Colombia, Departamento Nacional de Planeación (DNP), "Encuesta Continua de Hogares de 2009", citado en Raquel Bernal, "The Informal Labor Market in Colombia: Identification and Characterization", *Desarrollo y Sociedad* 63 (2009): 1-64.

La razón de este proceder tiene que ver con su objetivo político. Para la centro-izquierda es importante insinuar que el trabajo es digno mientras exista regulación —especialmente en materia laboral— y esta se cumpla. La informalidad implicaría trabajo no digno. Como los economistas neoclásicos y la postura de centro-derecha promueven la desregulación en materia laboral, el mensaje implícito es que también promueven el crecimiento del porcentaje de trabajo no digno.

Algunos analistas neoclásicos, por su parte, no involucran elementos relacionados con la regulación laboral en su definición de la informalidad, pero sí algunos elementos regulatorios relacionados con la seguridad social. Por ejemplo, Bernal define a los trabajadores informales como aquellos que no hacen parte del sistema contributivo en salud y pensión, y presenta la medición correspondiente. Usando esta definición, el 74,19 % de la población colombiana en el 2006 era informal[8]. Mondragón-Vélez, Peña y Wills adoptan una definición más restringida, que considera informales a los trabajadores que no hacen parte del sistema contributivo en salud. De acuerdo con esta definición, en el 2010 el 66,75 % de la población era informal[9]. En tanto injieren elementos regulatorios, en concreto en materia de seguridad social, ambos analistas se apartan de la definición del DANE, y también de la de centro-izquierda, que se preocupa particularmente por la regulación en materia laboral. El Gobierno, por su parte, tampoco usa una definición unívoca. Dependiendo del momento y de la entidad gubernamental en cuestión, las definiciones pueden cambiar sustancialmente[10].

Lo importante acá es demostrar que la informalidad laboral es una categoría inestable, confusa y en disputa, sobre la cual nos falta mucho por aprender. Los

7 Joan Benach y Carles Muntaner, *Empleo, trabajo y desigualdades en salud: una visión global* (Barcelona: Icaria, 2010) y José Luis Daza Pérez, "Legal Determinants of Labour Informality", en *In Defence of Labour Market Institutions: Cultivating Justice in the Developing World,* Janine Berg y David Kucera, eds. (Nueva York: Organización Internacional del Trabajo, 2008), 218-233. Los analistas de centro-izquierda suelen definir la informalidad como una serie de actividades económicas que no están reguladas, o bien como la situación en que no se cumple la regulación. Sin embargo, no siempre, al hablar de regulación, los analistas se refieren especialmente a regulación en materia laboral: algunos se refieren a todo tipo de regulación, en sentido más amplio. Siendo así, el argumento se vuelve muy confuso. ¿Hablan de derecho laboral, de derecho tributario, de seguridad social o de todas las anteriores?, ¿qué pasa cuando la actividad económica de trabajadores pobres —por ejemplo, la de los vendedores ambulantes— está regulada por los derechos policivo, urbanístico y constitucional; y cuando no lo está por el derecho laboral pero sí por el tributario?, ¿los vendedores ambulantes harían parte del sector formal o del informal?

8 Bernal, "Informal Labor Market in Colombia".

9 Camilo Mondragón-Vélez, Ximena Peña y Daniel Wills, "Labor Market Rigidities and Informality in Colombia", *Documentos CEDE* (2010): 1-32.

10 Distintas definiciones de informalidad se pueden consultar en los documentos del DNP y el Ministerio de Trabajo disponibles en las direcciones electrónicas https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/Presentaciones_Escobar/Presenta_Escobar_Informalidad%28Oct_04_07%29.pdf y http://www.mintrabajo.gov.co/buscar.html?searchword=informalidad&ordering=&searchphrase=all.

abogados estamos particularmente en mora. Hemos dedicado mucho tiempo a estudiar el modelo normativo estándar del trabajo formal y sus desviaciones más cercanas, pero hemos descuidado el estudio de la informalidad, por tratarse, supuestamente, de un ámbito no regulado. A esta última suposición, que considero falsa, me referiré a continuación.

## II. Informalidad laboral no es igual a ausencia de regulación de la labor

En otras palabras, que un trabajo no se rija por la ley laboral estándar no implica que se trate de una labor no regulada. Distintas actividades informales suelen estar altísimamente reguladas, incluso al detalle, aunque de manera dispersa y confusa. Tomemos el ejemplo de una persona que vende en la calle. El derecho llama a esa persona de distintas maneras, y al hacerlo pone en juego diferentes marcos regulatorios. Como *venta ambulante* la actividad está regulada por la copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y por varios decretos nacionales, distritales y municipales. Como *ocupación ilegal del espacio público* la actividad está regulada por el Código de Policía y otros actos administrativos expedidos principalmente por las administraciones locales. Si se usan los rótulos de *emprendedor de la economía popular* (como se le llama en Bogotá al vendedor ambulante), *emprendedor por necesidad* (como le dicen algunos documentos del Conpes), *trabajador informal por subsistencia* (como se le dice en la ley del primer empleo) o simplemente *trabajador independiente* o *informal* (como se le clasifica en materia de riesgos profesionales) intervienen otros marcos regulatorios.

Además, como ciudadanos pobres —y por pobres—, los vendedores ambulantes están más expuestos a ser sujetos del derecho policivo, administrativo y penal. Ya existe una amplia literatura —aunque poca en Colombia— que así lo señala[11]. Los pobres son frecuentemente acusados de lesiones personales, incumplimiento de normas urbanísticas y otras faltas. La clasificación de *pobres y vulnerables* reclama asimismo el marco regulatorio del Sisbén y, por tanto, programas focalizados entre los que se encuentran el Régimen Subsidiado de Salud y Familias en Acción[12].

11 Véase Loïc Wacquant, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity* (Durham: Duke University Press, 2009); Philippe Bourgois, *In Search of Respect: Selling Crack in El Barrio* (Nueva York: Cambridge University Press, 2003); Adrienne Pine, *Working Hard, Drinking Hard. On Violence and Survival in Honduras* (Berkley: University of California Press, 2008) y Marie-Eve Sylvestre, "Disorder and Public Spaces in Montreal: Repression (and Resistance) through Law, Politics and Police Discretion", *Urban Geography* 31, n.º 6 (2010): 803-824.

12 Ello sin mencionar la cantidad de reglas informales que regulan desde múltiples puntos de vista las actividades productivas de los más pobres, y así mismo las reglas —incluso formales— naturalizadas que sostienen las relaciones sociales de dominación. Por ejemplo, el derecho a la propiedad.

Todo ello se entrecruza, con frecuencia y de diversas maneras, con su actividad productiva, y esta circunstancia debe tenerse presente.

Así pues, el derecho nombra a los trabajadores pobres de muchas maneras, y no debe suponerse que lo haga de manera coherente, ni lógica, ni asequible, ni ordenada, ni que haya tenido en cuenta los incentivos por los que quienes trabajan en condiciones precarias pueden optar por permanecer en la informalidad. Las leyes sobre el emprendimiento, por ejemplo, están especialmente dirigidas a quienes tienen capacidad de acumulación. A los trabajadores más precarios se les nombra, pero más para diferenciarlos que para establecer algún mecanismo específico de protección. Además, así el derecho se refiera de múltiples maneras a distintas categorías de trabajadores precarios, y así esté presente en sus vidas casi a diario, lo cierto es que normalmente no lo está para protegerlos. Todo lo contrario. No hay suficiente espacio para demostrarlo acá detenidamente, pero piénsese —aunque sea sólo un pequeño ejemplo— que un vendedor ambulante bogotano en su día a día tiene más contacto con la Policía que con el Instituto para la Economía Social (IPES). Tratándose de trabajadores pobres, el derecho suele funcionar más como espada que como escudo. El reto es reversar esa tendencia.

Si el propósito es pensar cómo mejorar las condiciones de trabajo de distintos subgrupos que se encuentran en la informalidad, la primera tarea es ponerle orden y darle alguna coherencia al complejo entramado que regula las actividades de cada subgrupo. Sin embargo, es riesgoso subdividir la informalidad por actividades, pues este procedimiento se puede volver inmanejable y aumentar el caos. A continuación propondré una subdivisión por posición ocupacional. La subdivisión se limita a tres categorías amplias que, sin embargo, arrojan pistas claves sobre el fenómeno.

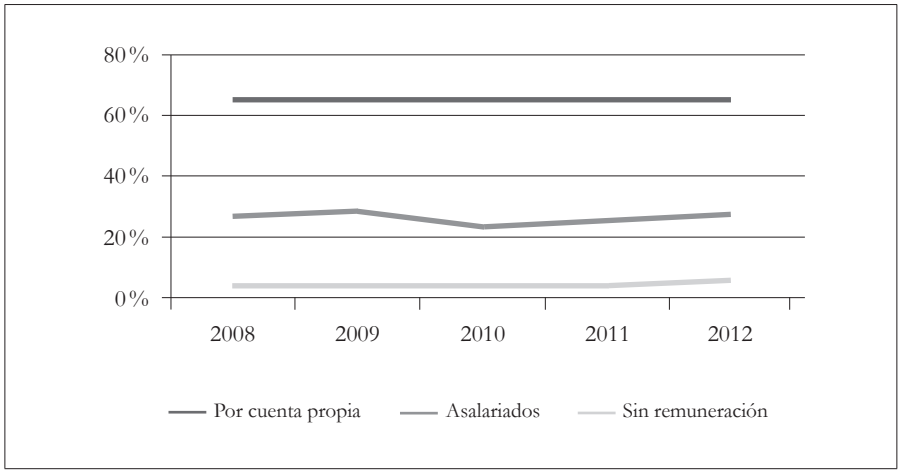
### A. La informalidad se debe dividir en subgrupos. El trabajo formal no es necesariamente mejor que el informal

El DANE, en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), divide a los ocupados informales en siete subgrupos por posición ocupacional[13]. Para efectos del presente análisis propongo agrupar los siete subgrupos en tres, que considero nos dan pistas fundamentales. Dichos grupos son: asalariados informales,

[13] Los siete subgrupos son: empresa particular, empresa doméstica, jornaleros o peones, trabajadores sin remuneración en empresas de otros hogares, trabajadores familiares sin remuneración, por cuenta propia y patrones o empleadores.

trabajadores informales por cuenta propia —también llamados independientes o emprendedores— y trabajadores informales sin remuneración[14]. Al dividir la informalidad de esa manera, la primera gran sorpresa es que la mayoría de los trabajadores informales no son asalariados. De hecho, durante los últimos cinco años, el porcentaje de población asalariada dentro de la informalidad ha fluctuado entre el 25,4 y el 28,3 %[15], mientras que el porcentaje de población informal por cuenta propia ha fluctuado entre el 65,9 y el 67,5 %[16].

**Gráfico 1.** Trabajadores "informales" según su posición ocupacional




Fuente: Elaboración propia con base en la GEIH del DANE; datos del trimestre agosto-octubre, 2008-2012.

Por lo tanto, la mayoría de la población informal ocupada —cerca del 70 %—, a la que equivocadamente se ha caracterizado como trabajadores *independientes* o *emprendedores*, no es asalariada[17]. El nombre *emprendedor* es normalmente asociado

14 El primero de los tres grupos, que denominé *asalariados informales*, está compuesto por quienes trabajan como empleados de una empresa particular o doméstica y quienes trabajan como jornaleros o peones en unidades productivas de menos de cinco trabajadores. El común denominador es que exista subordinación, y por lo tanto se trata de trabajo asalariado. El segundo grupo, que denominé *trabajadores informales por cuenta propia*, está compuesto por quienes trabajan por cuenta propia y por quienes son empleadores informales. El tercero, denominado *trabajadores informales sin remuneración*, está compuesto por trabajadores familiares sin remuneración (el DANE excluye de este grupo a quienes cumplen funciones de cuidado en el hogar) y trabajadores sin remuneración en empresas de otros hogares.

15 Produje los datos con base en Colombia, DNP, *Gran Encuesta Integrada de Hogares del DANE, trimestre agosto-octubre, 2008-2012*.

16 DANE, GEIH, trimestre agosto-octubre, 2008-2012.

17 Por el contrario, la mayoría de los empleados formales son asalariados (entre el 80,5 y el 83,3 %), y sólo una minoría (entre el 16,1 y el 18,9 %) no lo son. Estas cifras también fueron derivadas de la GEIH, trimestre agosto-octubre, 2008-2012.

con individuos que identifican una oportunidad de negocio, organizan los recursos necesarios para ponerlo en marcha y asumen el riesgo económico. Son, en otras palabras, pequeños capitalistas, y la política nacional está pensada para que ellos crezcan y constituyan micros, pequeñas y medianas empresas (mipymes). Como en Colombia la mayoría de la población informal por cuenta propia no entra en dicha definición, recientemente la Ley 1429 del 2010 dividió la informalidad entre quienes tienen capacidad de acumulación y quienes realizan la actividad por simple necesidad de subsistencia, para poder garantizar su mínimo vital. En este último grupo se incluye a los vendedores ambulantes, la señora que vende empanadas o buñuelos en un local pequeño, la que vende cerveza en un barrio de invasión, el reciclador que vende sus residuos en bodegas y otros. Hay una característica de gran importancia en este grupo, que se debe mencionar: la mayoría son mujeres[18].

Lo relevante es que, se reconozca abiertamente o no, ellos son quienes conforman la nueva clase trabajadora. El mundo cambió y el obrero asalariado ya no es el protagonista. La mayoría de los trabajadores más pobres y vulnerables están en el sector informal, y dentro del sector informal los trabajadores por cuenta propia constituyen la amplia mayoría. Una breve anécdota puede aclarar lo que estoy sugiriendo. Recientemente, uno de los asistentes a la mesa de concertación del salario mínimo me dijo que se había aburrido y no quería volver. La razón era simple: ni los trabajadores ni los empresarios de hoy están representados por quienes se sientan en la mesa. Tratándose de una persona particularmente interesada por los trabajadores más precarios, su apreciación me pareció más que razonable. La mayoría de los trabajadores más precarios ni son asalariados ni están representados por las centrales obreras —la sindicalización en Colombia, desafortunadamente, no llega ni al 3%—, y quienes tienen el poder, por parte de los empresarios, ya no son los gremios sino los grandes grupos económicos.

Así parecen haberlo entendido las últimas alcaldías de Bogotá, que han sido más cercanas a los sectores populares. En lugar de una Secretaría de Trabajo centrada en el trabajo asalariado, gana importancia el IPES. En el futuro cercano, el IPES se perfila como el encargado de acompañar las iniciativas de los "emprendedores de la economía popular" en sus múltiples variantes, y, en consecuencia, como el precursor del Ministerio del Trabajo del futuro.

[18] Según las cifras de la GEIH hay más mujeres que hombres en la informalidad. Durante los años 2008-2012 (trimestre agosto-octubre) el porcentaje de mujeres que trabajaba en la informalidad varió entre el 54,1 y el 56,1%. Desafortunadamente, no contamos con datos que nos permitan confirmar si el porcentaje de mujeres es mayor tratándose de informalidad por subsistencia que de informalidad por acumulación, aunque la intuición así lo indicaría.

Las preguntas que surgen, entonces, son: ¿por qué la mayoría de los trabajadores informales son trabajadores por cuenta propia?, ¿cómo se explica que la mayoría de ellos sean mujeres?, ¿es porque nadie las ha querido emplear y esperan una oportunidad?, ¿o tienen incentivos adicionales para permanecer en la informalidad?

Como mencioné en la introducción, realicé un trabajo de campo con trabajadores de condiciones precarias en dos barrios de la localidad de Ciudad Bolívar, desde septiembre del 2012 hasta agosto del 2013. Ciudad Bolívar tiene uno de los porcentajes más altos de la ciudad en lo concerniente a población en pobreza y miseria[19]. Las observaciones que se presentarán surgieron específicamente de la observación de dos grupos: uno de vendedores ambulantes, cerca de 38, ubicados en el barrio San Francisco, en el sector conocido como El Líder, que venden algunas verduras —mercancía que ellos llaman "líchigo"—; y otro de vendedores informales que venden sus productos en construcciones precarias —no en la calle—, construidas todas en un barrio de invasión. Estos últimos se encuentran ubicados en el barrio Sierra Morena, específicamente en el sector Tres Esquinas. En el análisis siguiente también se incluye información cualitativa y cuantitativa resultante del trabajo de campo que realicé en los barrios Rincón y Lisboa de la localidad de Suba entre el 15 de enero y el 15 de junio del 2013 con un grupo de trabajo liderado por el profesor César Giraldo, de la Universidad Nacional[20].

Como es de esperarse, en los barrios donde realicé el trabajo de campo la mayoría de los ocupados no son asalariados, y son mujeres cabeza de familia con escasa formación escolar. Según las cifras de la GEIH del DANE durante el período comprendido entre el 2008 y el 2012 (trimestre agosto-octubre) el porcentaje de mujeres que trabajaba en la informalidad fluctuaba entre el 54,1 y el 56,1 %. Mi trabajo de campo así lo confirma. Por ejemplo, del grupo de 38 vendedores ambulantes situados en el barrio San Francisco (Ciudad Bolívar)

[19] Sólo para tener un punto de comparación, el ingreso per cápita de una localidad como Chapinero es 8,5 veces más alto que el de Ciudad Bolívar.

[20] Mis observaciones, en general, están basadas en un ejercicio etnográfico basado en una muestra no representativa, por lo cual no se pueden generalizar para Ciudad Bolívar ni Suba, ni para barrios urbanos periféricos, ni mucho menos para la llamada informalidad a nivel nacional. Los pocos estudios sobre la informalidad en el sector rural que se llevan a cabo en la actualidad, en particular los del grupo de trabajo del profesor César Giraldo, de la Universidad Nacional, sugieren que en el campo las dinámicas pueden ser diferentes. Sin embargo, en Colombia la mayoría de la población se concentra en las grandes ciudades, la mayoría de quienes trabajan en condiciones precarias viven en barrios urbanos periféricos y los ejercicios prolongados de observación cualitativa para entender qué sucede en la informalidad son prácticamente inexistentes. Dada esta situación, mis observaciones pueden dar pistas claves sobre las dinámicas de la nueva clase trabajadora.

el 55% son mujeres, de las cuales el 36% se consideran jefas de hogar. Lo anterior concuerda con la percepción de los vendedores. A la pregunta de cuál es el género que ellos consideran predominante en su oficio tan sólo el 6,4% respondió que el masculino, mientras que el 45,1% respondió que el femenino.

Al menos la mitad de los trabajadores con quienes tuve contacto habían trabajado en empleos formales en algún momento de su vida, pero no querían volver a un trabajo formal. El discurso tradicional sobre la informalidad indicaría que el objetivo de esta nueva clase trabajadora es formalizarse, pero a la pregunta, formulada por el DANE, de si aceptarían un trabajo formal en que les pagaran lo mismo que ganaban entonces más prestaciones sociales el 50% de los trabajadores informales por cuenta propia encuestados respondió que no lo haría[21]. Es de destacar que la pregunta propone la opción, poco realista, de que los vendedores accedieran a empleos en que se les pagara su salario actual —normalmente, mayor a un mínimo— más las prestaciones legales asociadas. ¿Por qué casi a la mitad no parece interesarles un trabajo asalariado, aunque se le sumen los beneficios asociados al empleo formal?, ¿qué incentivos tienen para permanecer en el trabajo por cuenta propia, el rebusque y las ventas ambulantes?

Entre las razones que fundamentan su decisión se encuentran:

1. *La cuantía de los ingresos*: El ingreso promedio de las personas es mayor que el que obtendrían en un trabajo formal por el que se les pagara el salario mínimo, aun en la hipótesis poco probable de que se tratara de un empleo en que se pagaran todas las prestaciones sociales asociadas. Los ingresos de la mayoría de los vendedores ambulantes encuestados durante mi trabajo de campo en Suba, tanto en la plaza de Rincón como en la de Lisboa, eran iguales o mayores que los que hubieran obtenido con un trabajo formal en que se les pagara el salario mínimo. A la pregunta de cuánto sumaban sus ingresos mensuales, para cuya respuesta se propusieron ciertos rangos, el 73,2% afirmó ganar entre 294 751 y 884 250 pesos. Sin embargo, sólo el 14,2% dijo gastar de sus ingresos menos de 600 000 pesos al mes, lo cual nos permite inferir que el grueso de los vendedores tienen ingresos entre 600 000 y un millón de pesos mensuales.

   Cabe resaltar que, en el caso de Suba, el entrevistado acababa de conocer al entrevistador, quien además aclaró hacer parte de un proyecto financiado por la Alcaldía. Es muy probable que los vendedores afirmaran tener

21 Al respecto se puede consultar Bernal, "Informal Labor Market in Colombia".

menos ingresos de los que realmente percibían, pues su permanencia en la calle dependía, entre otros factores, de probar su vulnerabilidad en materia económica. En los ejercicios de observación participativa que realicé en Ciudad Bolívar, en cuya ocasión no hacía parte de ningún grupo de trabajo, surgió una mayor confianza, y los vendedores solían afirmar que sus ingresos fluctuaban entre 800 000 y 1 500 000 pesos, dependiendo de la temporada. Además, como la mayoría de ellos viven en la misma localidad donde trabajan, se ahorran la plata del transporte y en ocasiones de la comida —que puede sumar hasta un cuarto del salario mínimo por mes.

2. *La estabilidad laboral*: A pesar del acoso constante de la Policía, la calle parece dar mayor estabilidad que las cooperativas de trabajo asociado y que los contratos de prestación de servicios a término definido, cortos y mal pagos, que constituyen las alternativas laborales *reales* de la mayoría de los trabajadores informales, tanto en el sector privado como en el sector público. Entre las alternativas laborales que ofrece el IPES, por ejemplo, se encuentran la de ser contratado en Misión Bogotá y la de acceder a un cupo en ferias itinerantes no permanentes. Pero en Misión Bogotá sólo pueden trabajar jóvenes por un tiempo máximo de un año, y las ferias itinerantes, como su nombre lo indica, no tienen vocación de permanencia y por lo tanto no pueden garantizan estabilidad laboral a largo plazo. Por el contrario, los vendedores ambulantes con los que tuve contacto en la localidad de Suba han trabajado en su oficio un promedio de 16,8 años y han ocupado un puesto estable, tanto en la plaza de Rincón como en la de Lisboa, durante 11,2 años en promedio.

   Pero eso no es todo. Un trabajador en condiciones precarias contratado por medio de una cooperativa de trabajo asociado o de un contrato de prestación de servicios puede hacer poco cuando lo despiden o se acaba su contrato "formal". Por el contrario, ser informal implica tener poder político y la posibilidad de defenderse, junto con un número considerable de personas, de, por ejemplo, ser desalojado de la calle o del barrio de invasión donde se ejerce una actividad productiva. Además, la informalidad permite despreocuparse de la amenaza constante de perder el empleo por motivos como un insuficiente nivel escolar, la edad, problemas médicos y el lugar de residencia. La mayoría de las familias han logrado vivir de esos ingresos por muchos años.

3. *La ayuda de la familia y los vecinos*: Como la actividad productiva normalmente se desarrolla cerca del hogar, es frecuente que otros miembros de la familia

—hijos, hermanos, padres— e incluso vecinos ayuden en su desarrollo. Uno de los tres grupos en los que propuse dividir a los ocupados informales al principio de esta sección es el conformado por los trabajadores informales sin remuneración. Dichos trabajadores suelen ser, precisamente, familiares o vecinos cercanos de quien ejerce la actividad informal. Su número no es despreciable. Según cifras del DANE (2008-2012), los trabajadores informales sin remuneración representan entre el 4,6 y el 5,9 % de la población ocupada informal[22].

La encuesta que realizamos en Rincón y en Lisboa sugiere que el porcentaje en Suba es más alto. El 12,3 % de los encuestados dijo tener alguna relación de parentesco con su empleado. Sin embargo, puede existir un subregistro considerable, pues la pregunta de la cual se deduce la información no estuvo bien planteada. Primero se le preguntó al encuestado si tenía personas empleadas, y luego, solamente si la respuesta era positiva, se le preguntó si tenía alguna relación de parentesco con su empleado. Muchas de las personas que reciben ayuda de su familia no consideran a su padre o hijo como "empleado", por lo cual pudieron haber respondido negativamente la primera pregunta. Lo cierto es que es muy frecuente que los niños ayuden cuando llegan del colegio y que los adultos mayores lo hagan durante distintos momentos del día. A la pregunta realizada en un grupo focal de Suba a un grupo vendedores ambulantes: "¿Podría afirmar que la ayuda de su familia es fundamental para realizar su trabajo?", todos contestaron: "Síííí. No diría mentiras", y un vendedor agregó: "La mayoría es así… Es como una cadena familiar. Si se rompe un eslabón todo el mundo queda fregado".

4. *La ausencia de subordinación*: No tienen horario, no tienen que responderle a nadie y no tienen que "soportar humillaciones". En los barrios urbanos periféricos con frecuencia la socialización de niños y niñas, desde muy pequeños, tiene lugar en ambientes violentos. Especialmente a los hombres se les enseña a no dejarse "mandar" de nadie, más aún si quien quiere mandar es una mujer. La subordinación que implica el empleo asalariado, en un mundo donde el empleo se concentra principalmente en el sector feminizado de bienes y servicios, es interpretada como una humillación que prefieren evitar. De hecho, algunos de ellos perdieron sus empleos luego de

[22] Cifras producidas con base en la GEIH del DANE, trimestre agosto-octubre, para los años 2008 al 2012.

ser tildados de groseros o violentos. El autoempleo les permite mostrar su descontento —para bien o para mal— de una manera más sincera.

5. *Un seguro de salud estable*: A pesar de que de conformidad con el artículo 46 de la Ley 1429 el cupo de beneficiarios del Régimen Subsidiado en Salud se mantendrá hasta por los dos años siguientes a la vinculación laboral, lo cierto es que las experiencias —aunque están mejorando— no son muy buenas y la gente prefiere no correr el riesgo de perder la afiliación estable por el Sisbén.

En particular, las mujeres tienen tres razones adicionales para permanecer en la informalidad. La más importante de todas es que les permite cumplir con las *funciones de cuidado* que todavía se les atribuyen, en condiciones desiguales. La informalidad brinda la posibilidad de tomar pausas o ausentarse del trabajo sin perderlo, de cuidar hijos, ancianos y enfermos, y de ofrecer cuidados especiales por problemas frecuentes, como el abuso del alcohol o de drogas, los intentos de suicidio y la violencia sexual. También permite tomar pausas cuando la trabajadora misma está enferma o simplemente exhausta, o cuando —y esto es muy importante— se necesita tiempo para hacer diligencias. Ser pobre significa más tiempo para tomar una cita médica, para competir por los pocos subsidios disponibles, para conseguir los cupos de los hijos en el colegio; y también para defenderse del Estado por ocupar el espacio público, por carecer de las licencias necesarias para desarrollar diferentes actividades productivas, etc. Poder cumplir con las funciones de cuidado es tan importante que, como me lo dijo una vendedora, el trabajo formal se convierte en un "lujo" que sólo se pueden dar las mujeres "sin responsabilidades"[23] y con una familia que "las cubra" en el resto de las funciones de cuidado que se les adjudican.

Una vendedora de líchigo de Ciudad Bolívar afirmó: "Un empleo genera un horario, ¿cierto? […] En un empleo uno entra a las 8 a. m. y salgo a las 5 p. m. [*sic*] […] No puedo, yo tengo dos hijos […], para mí es redifícil, yo no sé qué haría con un empleo formal […]. En cambio en la calle le digo a mi compañera: 'Cuídeme acá, voy a hacer una vuelta'… Y voy y los atiendo". "¿Y los hombres?", pregunté yo. La mujer rio a carcajadas y agregó: "El hombre se levanta, se viste y se va". Un vendedor joven que estaba cerca protestó. Afirmó que él también cuidaba y respondía por sus hijos.

[23] En el contexto se entiende que una mujer sin responsabilidades es aquella que tiene máximo un hijo, no tiene que pagar arriendo, no vive sola y tiene una familia que se encarga de las labores del hogar y de cuidar a su hijo.

Además, para las mujeres es de vital importancia acceder a programas focalizados para la población más vulnerable, como Familias en Acción. A pesar de que, conforme al artículo 46 de la Ley 1429, los beneficios derivados de los programas que utilicen como criterio de identificación y focalización el Sisbén no podrán suspenderse durante el año siguiente al año en que el beneficiario haya sido vinculado por un contrato de trabajo vigente, lo cierto es que para ellas el ingreso de un trabajo formal asalariado no compensa la suma del ingreso del trabajo informal y las ayudas de los programas focalizados, y por esta razón la oferta de mantener las ayudas durante un año —oferta que en su mayoría desconocen— no es atractiva.

Finalmente, el trabajo informal les da a las mujeres cierta sensación de libertad. En medio de una estructura patriarcal tan arraigada, el trabajo no sólo les permite ser autosuficientes en términos económicos y no tener que depender de un hombre, sino que también les brinda la posibilidad de crear y afianzar lazos sociales y de tomar decisiones acerca de su sexualidad con mayor libertad. No tengo la menor duda de que los cambios estructurales que tienen lugar en el mercado laboral están modificando las relaciones de poder entre hombres y mujeres en los sectores populares.

Con lo anterior no quiero decir, de ninguna manera, que el trabajo informal por cuenta propia en sus versiones más precarias sea ideal ni digno. Sería un error craso idealizar la informalidad. Normalmente se trata de trabajos física y emocionalmente agotadores, que enferman muy rápidamente a quienes los realizan y que implican poco descanso y largas horas. Eso, sin contar con las múltiples formas en que otros actores se aprovechan y explotan la pobreza[24], y sin contar con la incertidumbre continua a la que estos trabajadores se ven sometidos en vista de las posibles actuaciones —a veces arbitrarias y humillantes— de distintos miembros de la Administración pública y, especialmente, de la Policía. Mis observaciones son útiles únicamente en la medida en que pueden ayudarnos a entender por qué la mayoría de los trabajadores informales son trabajadores por cuenta propia, por qué la mayoría son mujeres y por qué el 50% respondió, en la encuesta del DANE, que no aceptarían un trabajo formal aunque les pagaran lo mismo que se ganaban entonces, más las prestaciones sociales. Al contrario de lo que algunos economistas, como Bernal, piensan, no creo que se trate de un

[24] Por ejemplo, como el trabajador precario por cuenta propia en general no puede acceder al sistema financiero, hay filas de prestamistas que financian el "plante" (o la inversión inicial) por medio del sistema conocido como "gota a gota" (préstamos con duración variable y aproximadamente 20% de interés diario). El incumplimiento es mínimo porque las reglas informales son claras respecto a la sanción, que normalmente comprende el uso de la fuerza.

problema de libre escogencia[25]. En esa "escogencia" hay muy poca libertad. A mayor pobreza y precariedad, mayores los constreñimientos estructurales que limitan las respuestas de los individuos. No nos podemos quedar tranquilos pensando que una madre cabeza de familia que no cuenta con el apoyo del padre de sus hijos ni de su familia y que debe pagar un arriendo y alimentar a sus hijos "escogió" quedarse en la informalidad. Equivocaríamos el análisis de la realidad de los trabajadores informales.

Hasta ahora he hablado mucho de los trabajadores informales por cuenta propia —porque son la mayoría—, pero no he hablado de los trabajadores informales asalariados, que pueden llegar a ser cerca del 30% de la población ocupada. ¿Quiénes son ellos? Dada la forma de medición del DANE, una parte de ellos puede estar constituida simplemente por trabajadores de empresas que tienen menos de cinco empleados. Según mis observaciones, sin embargo, gran parte de ellos están en condiciones más difíciles que los informales por cuenta propia. Es muy común ver que estos últimos "contraten" individuos que les ayuden en sus labores diarias —por ejemplo, a cortar verduras, vender empanadas, servir cerveza—. Mientras que el ingreso promedio de un trabajador informal por cuenta propia en las condiciones más precarias suele superar el salario mínimo, el ingreso promedio del trabajador asalariado al que me refiero no suele llegar ni a la mitad. ¿Por qué entonces no busca convertirse en un informal por cuenta propia? Porque normalmente se trata de personas particularmente vulnerables que, por distintas razones, no tienen o no creen tener la disciplina, la fuerza física o la astucia necesarias para ser trabajador por cuenta propia. Se trata sobre todo de madres adolescentes o de personas muy jóvenes —algunas con problemas por el consumo de alcohol—, ancianos, desplazados o personas enfermas o discapacitadas. Para este grupo el gran sueño sí es acceder a un trabajo asalariado por el que se les pague el salario mínimo.

En conclusión, no tiene mucho sentido pensar en políticas no diferenciadas para los trabajadores informales. El trabajo informal se debe pensar con base en categorías básicas que distingan las labores que, aun siendo informales, son alternativas laborales menos indignas que las alternativas formales reales a las que tiene acceso la población más pobre. Muchos informales por cuenta propia, por ejemplo, no están esperando ser contratados por un salario mínimo, así se trate de un vínculo laboral formal, mientras que para un asalariado informal se trataría probablemente de una gran oportunidad. La promesa de formaliza-

25 Bernal, "Informal Labor Market in Colombia".

ción del empleo, en consecuencia, no siempre implica dignificación del trabajo. De nuevo: no quiero decir que la informalidad sea deseable. Quiero subrayar que las alternativas "formales" al alcance de los trabajadores más precarios son frecuentemente peores, en especial porque no tienen en cuenta las necesidades básicas de las mujeres.

## III. Hay que repensar jurídicamente la informalidad. Las iniciativas del Gobierno no son útiles para la mayoría de los trabajadores informales

Las dos iniciativas más importantes que el gobierno del presidente Santos ha presentado en materia de formalización del empleo son la Ley 1429 del 2010 —o ley del primer empleo— y la Ley 1607 del 2012 —una reforma tributaria—. El objetivo básico de la primera es ofrecerles estímulos a las empresas grandes y pequeñas para que vinculen a población con problemas de empleabilidad[26]. Para el efecto el Gobierno ofrece —por un tiempo determinado y dependiendo del caso— descontar del impuesto de renta el valor de los aportes parafiscales y un porcentaje de los aportes en salud y pensiones que deben pagarse por dichos trabajadores[27]. Dos años después de su implementación los resultados eran ligeramente favorables, aunque modestos[28], y por lo tanto el Gobierno quiso ir más allá con la reforma tributaria. Esta vez el objetivo fue reducir sustancialmente los parafiscales del empleador privado, eliminándolos para todos los empleados con salarios inferiores a diez salarios mínimos mensuales. Lo anterior implicó una reducción en los impuestos que gravan el empleo del 29,5 al 16 %, con lo cual el Gobierno espera abaratar los costos laborales, incentivar la creación de empleo y reducir el desempleo y la informalidad.

La filosofía neoclásica detrás de ambos proyectos es la misma que presume que la informalidad y el desempleo tienen su origen en la rigidez laboral y por lo tanto

26 Específicamente, los incentivos se ofrecen por vincular a jóvenes menores de 28 años, mujeres mayores de 40 años que lleven por lo menos un año sin un contrato formal, madres cabeza de familia de los niveles uno y dos del Sisbén, reinsertados, personas con discapacidad, desplazados o cualquier persona que devengue menos de 1,5 salarios mínimos mensuales y que no haya cotizado antes a la seguridad social.

27 También busca crear incentivos para la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas, de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse. Ello eximiendo a las empresas del deber de pagar matrícula mercantil, contribuciones parafiscales e impuesto a la renta por un tiempo, y luego permitiéndoles pagar tarifas reducidas por un período adicional.

28 En agosto del 2010, cuando Juan Manuel Santos asumió la presidencia de Colombia, la tasa de desempleo era del 11,2 % para todo el país y la tasa de ocupación del 55,6 %. Casi dos años después, en junio del 2012, la tasa de desempleo bajó al 10 % (variación de 1,2 puntos porcentuales) y la ocupación subió al 58,8 % (variación de 3,2 puntos porcentuales).

considera necesario flexibilizar el mercado laboral. La pregunta que se hace es: ¿por qué la informalidad es tan alta y qué podemos hacer para combatirla? La respuesta neoclásica es que la regulación es responsable de la rigidez que desincentiva la creación de empleos. La solución es desregular; en este caso, disminuyendo los costos asociados a la nómina y abaratando los costos salariales[29]. Los intervencionistas están en desacuerdo. Su principal argumento es que luego de años de implementación de políticas de flexibilización laboral no se han logrado disminuir considerablemente la informalidad ni el desempleo, y sí se ha desprotegido a los trabajadores. Sostienen que la injusticia no se resuelve con una mayor injusticia y que las políticas neoclásicas, en el mediano y largo plazos, terminan por aumentar la inequidad. "La mano invisible del mercado está cubierta con un guante pagado por las clases populares"[30], dice Benach. Concluyen que la justicia social no se va a materializar si no es incentivada por la regulación y por la transferencia periódica de poder a los grupos más vulnerables[31].

Lo importante, para nosotros, es que tanto los críticos como el Gobierno se han centrado en discutir cuál es el marco regulatorio capaz de convertir más trabajadores "informales" en "formales". En otras palabras, la "discusión" se concentra en la franja divisoria[32]. Quisiera sugerir que la discusión se debería

29 La respuesta neoclásica abarca un extenso cuerpo de literatura. Véanse, entre otros, Bernal, "Informal Labor Market in Colombia"; Mondragón-Vélez, Peña y Wills, "Labor Market Rigidities"; Jairo Núñez, "Empleo informal y evasión fiscal en Colombia" (documento 210, DNP, Archivos de Economía, 2002); Raquel Bernal y Mauricio Cárdenas, "Determinants of Labor Demand in Colombia, 1976-1996" (documento de trabajo n.º 10077, NBER), en *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*, J. Heckman y C. Pagés, eds. (Washington, D. C.: NBER y Banco Interamericano de Desarrollo, 2003); Adriana Kugler, "The Effect of Job Security Regulations on Labor Market Flexibility: Evidence from the Colombian Labor Market Reform", en Heckman y Pagés, *Law and Employment*; Adriana Kugler y Maurice Kugler, "The Labor Market Effects of Payroll Taxes in a Middle Income Country: Evidence from Colombia", *Economic Development and Cultural Change* 57, n.º 2 (2009): 335-358; James Heckman y Carmen Pagés, capítulo introductorio a *Law and Employment*; y Juan Carlos Echeverry y Mauricio Santa María, *The Political Economy of Labor Reform in Colombia* (Washington, D. C.: Banco Mundial, 2004).

30 Benach y Muntaner, *Empleo, trabajo y desigualdades*, 405.

31 En favor de dichas conclusiones véanse Benach y Muntaner, *Empleo, trabajo y desigualdades*, y los siguientes textos recogidos en Berg y Kucera, *In Defence*: Jesús Felipe y J. S. L. McCombie, "What Can the Labour Demand Function Tell Us about Wages and Employment? The Case of the Philippines"; María Luz Vega Ruiz, "New Trends in Latin American Labour Reforms: The Law, its Reform and its Impact in Practical Terms"; Janine Berg y David Kucera, "Labour Institutions in the Developing World: Historical and Theoretical Perspectives"; François Eyraud y Catherine Saget, "The Revival of Minimum Wage Setting Institutions"; y Sangheon Lee y Deirdre McCann, "Measuring Labour Market Institutions: Conceptual and Methodological Questions on 'Working Hours Rigidity'".

32 Puse la palabra *discusión* entre comillas porque las peleas entre ambos bandos se han intensificado a tal punto que es difícil que exista un diálogo entre ellos. Mientras los neoclásicos consideran que los argumentos de los intervencionistas son técnicamente débiles y se limitan a buenas intenciones —en el mejor de los casos, cuando no se trata de analistas bien pagados para defender los intereses de unos pocos sindicatos—, los intervencionistas piensan que los neoclásicos son también técnicos bien pagados pero esta vez para elaborar discursos complejos que defiendan los intereses

abordar en otros términos. La promesa de "formalizar" el empleo no necesariamente implica, como se suele equivocadamente pensar, que el nuevo trabajador asalariado tenga acceso a las prestaciones que por ley están asociadas con el trabajo formal, ni que el trabajo sea digno y de calidad. Como se mencionó, el DANE realiza las mediciones de la informalidad con base en el tamaño de la empresa. En concordancia, lo que el Gobierno pretende, para dar un parte de triunfo, es que haya más trabajadores contratados en empresas de más de cinco empleados. Que en Colombia las empresas crezcan es de la mayor importancia, pero una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. Como no conocemos el tipo de vínculo a través del cual se contrata al empleado, pero sí sabemos que sólo la inmensa minoría accede a trabajos con acceso a las prestaciones asociadas al vínculo formal, no es descabellado pensar que muchos de los empleos que se creen —si efectivamente se crean, y las empresas no se quedan con los excedentes— se establecerán por medio de contratos de prestación de servicios —generalizados, por ejemplo, en el sector público—[33], cooperativas de trabajo asociado —generalizadas, por ejemplo, en el sector de la salud—[34], contratos sindicales[35] u otras figuras por cuyo medio se suele eludir el pago de las prestaciones legales. En suma, la suposición de que trabajo "formal" es trabajo digno no es necesariamente cierta.

Además, hoy en el país el sector informal no está mayoritariamente conformado por trabajadores que estén esperando ser contratados con un vínculo formal, ni por un ejército industrial de reserva en el sentido marxista. Los proyectos del Gobierno pueden beneficiar a una parte de la población informal, en especial a una parte de la minoría asalariada que está en condiciones claramente más

---

de las corporaciones y el gran capital. El primer grupo estaría protegiendo a los sindicatos y el segundo a las corporaciones. Ninguno estaría ocupando sus esfuerzos en proteger a los trabajadores más vulnerables.

33 En febrero del 2012 el ministro de Trabajo Rafael Pardo reconoció que en las entidades territoriales por cada 100 empleados de planta había 107 por orden de prestación de servicios. La cifra se desprende de un nuevo informe del Departamento de Función Pública (véase "Por cada 100 empleados de planta, hay 107 con prestación de servicios", *El Espectador*, 10 de febrero del 2012, www.elespectador.com/noticias/nacional/cada-100-empleados-de-planta-hay-107-prestacion-de-serv-articulo-325969).

34 Según Álvaro Delgado, "tanto la Ley 1429 de 2010, que en su art. 63 prohíbe a las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) hacer intermediación laboral en labores misionales de las empresas, como el Decreto 2025 de 2011, que reglamenta tal artículo, vienen siendo violados extensivamente. El año pasado había 280.000 trabajadores de la Salud Pública, de los cuales solo 30.000 tenían vinculación laboral directa, y apenas 13.000 de estos estaban afiliados al principal sindicato nacional de la rama (Anthoc); el resto, 250.000, trabajaban para contratistas, cuya mayoría pertenecía a CTA' (Álvaro Delgado, "¡La formalización laboral, doctor Santos!", *Arcoíris*, 31 de julio del 2012, http://www.arcoiris.com.co/2012/07/la-formalizacion-laboral-doctor-santos/).

35 Figura poco conocida y estudiada —pero en franco crecimiento— por la cual el sindicato de asalariados se convierte en una "empresa" que hace contratación civil con otras empresas. Está regulada por el Decreto 1429 del 2010.

precarias que los asalariados formales, pero difícilmente pueden beneficiar a la mayoría de los empleados por cuenta propia. En ese sentido, más que limitarnos a discutir cuál es el marco regulatorio capaz de convertir a más trabajadores "informales" en "formales", debemos pensar de manera diferenciada en marcos regulatorios estructurales que mejoren las condiciones de trabajo de distintos subgrupos que trabajan en la informalidad, pues, como se argumentó, la mayoría de los trabajos informales no son dignos ni nos pueden dejar tranquilos.

¿Cómo hacerlo? Definitivamente, hay que empezar por subdividir la informalidad, porque de lo contrario la categoría es simplemente inútil, y hay que pensar en políticas diferenciadas. Yo sugerí dos posibilidades. Subdividirla por actividad, opción que considero riesgosa porque puede resultar inmanejable, o subdividirla por posición ocupacional, una alternativa para la que planteé tres categorías, tal vez demasiado amplias. El verdadero esfuerzo está en determinar subdivisiones intermedias: ni por actividad, ni por categorías tan amplias como informal asalariado y no asalariado. Se deben buscar patrones comunes a las distintas actividades, principios rectores que permitan crear una nueva dogmática de la informalidad, como se ha hecho para la formalidad.

Esa nueva dogmática debe tener en cuenta los incentivos que encuentran los trabajadores para permanecer en la informalidad, y poner énfasis en los incentivos que encuentran las mujeres, pues no por casualidad somos la mayoría. Si se ordena jurídicamente y se clasifica la informalidad se puede empezar a pensar —como se ha hecho en países desarrollados con distintas formas de trabajo precario— en soluciones que beneficien a sectores amplios y les permitan tener condiciones de trabajo más dignas. El verdadero reto no es pensar el problema para unos pocos, sino para tantos como sea posible cuandoquiera que sus actividades compartan principios rectores básicos. Las soluciones deben procurar, en lo posible, modificar las arraigadas estructuras de dominación, de manera que el derecho pueda funcionar, finalmente, más como escudo que como espada para los más pobres y los más sometidos. Antes, por ejemplo, que poner más guarderías para ayudar a las mujeres en las funciones de cuidado que se les adjudican, o de pensar en facilitar su vinculación asalariada a contratos de tiempo parcial, una posible solución es pensar en un sistema que garantice la equidad de género y en el que la disposición de los tiempos de trabajo permita que hombres y mujeres puedan en igualdad de condiciones cumplir con las funciones de cuidado[36].

[36] Sobre esto se está pensando hace varios años en países en desarrollo. Véase, especialmente Alan, Supiot, dir., *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (París: Flammarion, 1999), y Leah Vosko, *Managing the Margins: Gender, Citizenship, and the International*

Un comentario final. No pretendo tirar al bebé junto con el agua de la bañera. Yo defiendo las prestaciones mínimas que han conseguido los trabajadores formales asalariados en luchas históricas. Crear empleos formales de calidad me parece indispensable; hacer todo lo posible por aumentar la sindicalización es esencial, lograr que el Código Laboral se cumpla —así sea para la minoría— es muy importante. Mi punto es que la tendencia, para el futuro, no es ser empleado formal asalariado sino informal por cuenta propia. En ese sentido, tenemos que dejar de prometer paraísos poco probables, y pensar en mejorar ya las condiciones de la mayoría.

## Referencias

Benach, Joan y Carles Muntaner. *Empleo, trabajo y desigualdades en salud: una visión global*. Barcelona: Icaria, 2010.

Berg, Janine y David Kucera, eds. *In Defence of Labour Market Institutions: Cultivating Justice in the Developing World*. Nueva York: Organización Internacional del Trabajo, 2008.

Berg, Janine y David Kucera. "Labour Institutions in the Developing World: Historical and Theoretical Perspectives". En Berg y Kucera, *In Defence of Labour*, 233-256.

Bernal, Raquel. "The Informal Labor Market in Colombia: Identification and Characterization". *Desarrollo y Sociedad* 63 (2009): 1-64.

Bernal, Raquel y Mauricio Cárdenas. "Determinants of Labor Demand in Colombia, 1976-1996". Documento de trabajo n.º 10077, NBER. En *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*, editado por James Heckman y Carmen Pagés. Washington, D. C.: NBER y Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

Bourgois, Philippe. *In Search of Respect: Selling Crack in El Barrio*. Nueva York: Cambridge University Press, 2003.

Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia. "Gran Encuesta Integrada de Hogares GEIH". 2009. http://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/207.

*Regulation of Precarious Employment* (Oxford: Oxford University Press, 2010). En Colombia hay que empezar a hacerlo seriamente.

Daza Pérez, José Luis. "Legal Determinants of Labour Informality". En Berg y Kucera, *In Defence*, 218-233.

Echeverry, Juan Carlos y Mauricio Santa María. *The Political Economy of Labor Reform in Colombia*. Washington D. C.: Banco Mundial, 2004.

Eyraud, Francois y Catherine Saget. "The Revival of Minimum Wage Setting Institutions". En Berg y Kucera, *In Defence*, 233-256.

Felipe, Jesús y McCombie, John. "What Can the Labour Demand Function Tell Us about Wages and Employment? The Case of the Philippines". En Berg y Kucera, *In Defence*, 119-150.

Heckman, James y Carmen Pagés, capítulo introductorio a *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*, editado por James Heckman y Carmen Pagés. Washington, D. C.: NBER y Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

Kugler, Adriana. "The Effect of Job Security Regulations on Labor Market Flexibility: Evidence from the Colombian Labor Market Reform". En *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*, editado por James Heckman y Carmen Pagés. Washington D. C.: NBER y Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

Kugler, Adriana y Maurice Kugler. "The Labor Market Effects of Payroll Taxes in a Middle Income Country: Evidence from Colombia". *Economic Development and Cultural Change* 57, n.º 2 (2009): 335-358.

Lee, Sangheon y Deirdre McCann. "Measuring Labour Market Institutions: Conceptual and Methodological Questions on 'Working Hours Rigidity'". En Berg y Kucera, *In Defence*, 233-256.

Mondragón-Vélez, Camilo, Ximena Peña y Daniel Wills. "Labor Market Rigidities and Informality in Colombia". *Documentos CEDE* (2010): 1-32.

Núñez, Jairo. "Empleo informal y evasión fiscal en Colombia". Documento n.º 210, Departamento Nacional de Planeación, Archivos de Economía, 2002.

Pine, Adrienne. *Working Hard, Drinking Hard. On Violence and Survival in Honduras*. Berkley: University of California Press, 2008.

Supiot, Alan, dir. *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. París: Flammarion, 1999.

Sylvestre, Marie-Eve. "Disorder and Public Spaces in Montreal: Repression (and Resistance) through Law, Politics and Police Discretion". *Urban Geography* 31, n.º 6 (2010): 803-824.

Vega Ruiz, María Luz. "New Trends in Latin American Labour Reforms: The Law, its Reform and its Impact in Practical Terms". En Berg y Kucera, *In Defence*, 233-256.

Vosko, Leah. *Managing the Margins: Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Wacquant, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

# ¿LA PIPA DE LA PAZ? LOS DERECHOS HUMANOS, EL MEDIO AMBIENTE Y LA REFORMA DE LAS POLÍTICAS SOBRE DROGAS EN EL (POS)CONFLICTO COLOMBIANO

Sebastián Rubiano Galvis*

Julián Martín Berrío**

El narcotráfico y las políticas empleadas por el Estado colombiano para contrarrestarlo han producido graves consecuencias en la observancia de los derechos humanos y en la preservación del medio ambiente y los recursos naturales[1]. Distintas agencias de la Organización de las Naciones Unidas han señalado que, a pesar de que las convenciones de Viena —que respaldan la guerra contra las drogas y que Colombia ha ratificado— persiguen un fin loable, a saber, la promoción de la salud pública, estrategias como la penalización de la producción, distribución y consumo de drogas han entrado en tensión con la garantía de los derechos a la salud, la vida, la dignidad, la libertad, el agua, la alimentación, la autonomía personal, la no discriminación y otros. La Corte Constitucional colombiana ha dicho, por su parte, que las obligaciones del Estado en materia

* Estudiante del Doctorado en Ciencias Ambientales, Política y Gestión de la Universidad de California, Berkeley. Investigador del Grupo de Derecho Ambiental de la Universidad de los Andes.

** Profesor de Sociología del Derecho y de Investigación Dirigida de la Universidad de los Andes e investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la misma institución.

1 Véase Francisco Thoumi y Carolina Navarrete, *Drogas ilegales y derechos humanos de campesinos y comunidades indígenas: el caso de Colombia*, serie Políticas Sociales, n.º 15 (París: Unesco, 2005); Damon Barret, "Reflections on Human Rights and International Drug Control", en *Governing the Global Drug Wars* (Londres: London School of Economics, 2012); y Rodrigo Uprimny y Diana Guzmán, "Pensar en el problema de las drogas junto a la paz", *Razón Pública*, 4 de noviembre del 2013, www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7170-pensar-el-problema-de-las-drogas-junto-a-la-paz.html. La literatura crítica de las políticas antidrogas en Colombia es extensa. Francisco Thoumi, "La normatividad internacional sobre drogas y la evaluación de los resultados sobre la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas", *Razón Pública*, 3 de julio del 2008; "Sueños de reforma de las políticas contra las drogas y del régimen internacional de control de drogas" (documento de política n.º 37, Fescol, Bogotá, 2011); Ricardo Vargas, "Cultivos ilícitos, conflicto y proceso de paz", en *Plan Colombia: ensayos críticos*, Jairo Estrada, ed. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001); y Rodrigo Uprimny, "Reformular la política frente a las drogas: desafío ineludible para Colombia", *Razón Pública*, 9 de enero del 2012, http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/2646-reformular-la-politica-frente-a-las-drogas-desafio-ineludible-para-colombia.html, por ejemplo, han analizado los costos sociales, políticos y económicos de la lucha contra las drogas. Recientemente, los estudios recogidos por Alejandro Gaviria y Daniel Mejía, eds., *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011) han avanzado en la evaluación de los éxitos y los fracasos de la lucha contra las drogas. La discusión sobre los costos ambientales es más incipiente, pero viene creciendo; véase Colombia, Ministerio del Medio Ambiente, *Medio ambiente, cultivos ilícitos y desarrollo alternativo. Memorias* (Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, 2000); y Liliana Dávalos *et al*., "Forests and Drugs: Coca-Driven Deforestation in Tropical Biodiversity Hotspots", *Environmental Science and Technology* 45, n.º 4 (2011).

de derechos humanos y de protección ambiental en ocasiones discuerdan con el propósito y los métodos de la lucha contra las drogas[2], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió por primera vez en el 2014 una audiencia para discutir el impacto de las políticas antidrogas sobre los derechos humanos.

La relación entre las políticas sobre drogas y el régimen de protección ambiental es particularmente compleja en los países productores, como Colombia, puesto que la interdicción de la producción suele acudir a estrategias como la aspersión de herbicidas tóxicos para erradicar cultivos ilícitos y el bombardeo de los laboratorios de procesamiento, cuyos efectos ambientales apenas son objeto de consideración. En Colombia, un país megadiverso, con una necesidad imperiosa de adaptarse al cambio climático y, muy posiblemente, cercano a una etapa de posconflicto que probablemente aumentará la presión sobre recursos naturales como los bosques, el agua y el suelo —como ha ocurrido en otros países donde han tenido lugar posconflictos, en África, Asia y Centroamérica—[3], las discusiones sobre la relación entre la reforma de las políticas sobre drogas, por un lado, y la protección del ambiente, la reparación de sus daños, el ordenamiento territorial, el acceso al agua potable y la seguridad alimentaria, por el otro, son especialmente relevantes desde un punto de vista jurídico y político.

En general, el proyecto de paz y posconflicto que se elabora en La Habana tiene dos ejes, uno correspondiente a los derechos y otro al territorio, que tienen injerencia en todos los acuerdos y en las medidas que deben implementarlos[4]. Es inevitable preguntarse hasta qué punto el acuerdo sobre la reforma de las políticas sobre drogas ilícitas puede contribuir a revertir, al menos parcialmente, los graves efectos del prohibicionismo sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Una lectura del acuerdo atenta a las dimensiones jurídicas de la protección de los derechos humanos y de la sostenibilidad ambiental territorial contribuye a responder este interrogante. Esos lentes, además, permiten realizar un análisis más integral de los alcances y límites de los acuerdos, no sólo en el tema de las drogas, sino en otros, como los de tierras y participación política, como se mostrará más adelante. Además, hacen visibles temas no considerados en la mesa, como el de la reparación de los daños causados al medio ambiente

2 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-176 del 12 de abril de 1994 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero).

3 PNUD y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Consideraciones ambientales para la construcción de una paz territorial estable, duradera y sostenible en Colombia. Insumos para la discusión* (Bogotá: 2014); United Nations Environment Programme, *From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment* (Nairobi: United Nations Environment Programme, 2009).

4 Sergio Jaramillo, "The Transition in Colombia and the Process to Build a Territorial Peace" (conferencia, Harvard University, Cambridge, Ma., 2014), https://www.youtube.com/watch?v=8fvjib1xT5o.

con ocasión el conflicto armado, y otros considerados tangencial o indirectamente, como el de las políticas de ordenamiento territorial.

Para los algonquinos norteamericanos y los mapuches chilenos fumar la pipa de la paz es un ritual que no sólo representa el fin de una confrontación, sino también la superación de profundos desacuerdos entre contradictores. Tomando prestada esta bella metáfora, y partiendo de la premisa de que replantear las políticas sobre drogas pasa por hacerlas compatibles con la protección de las personas y del medio ambiente, el capítulo analiza el acuerdo entre el Gobierno y las FARC sobre drogas ilícitas como una instancia más de un proceso hacia la paz, no sólo con el grupo guerrillero sino con las drogas mismas[5]. Es elemental reconocer que un acuerdo con las FARC no acabará el narcotráfico ni la guerra contra las drogas, dado que las convenciones internacionales prohibicionistas siguen siendo un límite importante y que la reforma global es un proceso que depende de muchos más actores, en distintas escalas. Reconociendo estas limitaciones, quizás la mejor forma de entender el acuerdo es como un espacio estratégico para impulsar la reforma estructural de las políticas sobre drogas[6], mas no como una instancia definitiva[7].

Nuestra lectura es que, aunque hubo avances significativos, en La Habana se dieron pasos tímidos para hacer la paz con las drogas; así, el grueso de la labor queda para los escenarios internacionales y para terceros estados dispuestos a dar pasos más audaces. Para justificar esta posición expondremos tres argumentos. El primero es que las negociaciones ni siquiera cuestionaron algunas premisas erróneas del régimen prohibicionista internacional, ni sus graves efectos sobre los derechos humanos y el medio ambiente. El segundo es que, si bien el acuerdo incluye aspectos relevantes que pueden hacer avanzar la discusión acerca de las políticas sobre drogas que tiene lugar en el país desde antes del proceso de paz, también presenta vacíos, ambigüedades y retrocesos importantes que afectan negativamente la discusión de estas políticas y ponen en riesgo el objetivo general de una paz con énfasis en el aspecto territorial y en los derechos. Y el tercero es que, aunque el acuerdo representa el triunfo de la tesis de que las posibilidades de una reforma legal en materia de drogas no

5 Por hacer la paz con las drogas entendemos replantear la guerra contra ellas. Véase Michael Keane, "A Roadmap to Peace in the War on Drugs", *IPA Review* (2012).

6 Amira Armenta y Ross Eventon, "El mercado ilícito de drogas en el contexto agrario colombiano. ¿Por qué el tema de los cultivos ilícitos es relevante para el proceso de paz?" (informe sobre políticas de drogas n.º 40, Transnational Institute, 2013).

7 Si el proceso de paz fracasa, la discusión sobre la reforma de las políticas sobre drogas deberá continuar.

dependen de Colombia sino de una renegociación de los tratados internacionales, el espacio jurídico y político para la reforma legal era, y es, más amplio de lo que se concluyó en La Habana.

Estos argumentos se desarrollan en tres secciones. En la primera presentamos un balance crítico de las políticas sobre drogas vigentes en Colombia en materia de producción, tráfico y consumo, las cuales se basan en buena medida en el régimen internacional. Mostramos los principales debates sobre estas políticas y las críticas que señalan su ineficacia, sus altos costos y su falta de consideración por los derechos humanos y por la protección y uso sostenible del medio ambiente. En segundo lugar, situamos el acuerdo entre el Gobierno y las FARC en el contexto más amplio, y previo, de los debates acerca de políticas sobre drogas y discutimos en qué medida lo acordado aporta a esos debates, en el sentido de si tiene o no la potencialidad de superar los problemas de las políticas vigentes. Finalmente, discutimos los pasos pendientes —más allá del acuerdo con las FARC— para avanzar hacia una reforma integral de las políticas sobre drogas en Colombia, una reforma que adopte una verdadera perspectiva de derechos, incluya consideraciones medioambientales y tenga la potencialidad de favorecer, en la discusión internacional, la postura de la paz con las drogas.

## I. El punto de partida: un corte de cuentas a las políticas sobre drogas vigentes

Según el Informe Mundial de Drogas del 2013 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc)[8], Colombia es uno de los tres mayores productores de cocaína a nivel mundial y es también un productor importante de marihuana y heroína. El país ha emprendido una ardua lucha contra la producción y el cultivo por medio de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y del Código Penal. La Ley 30 estableció que cultivar marihuana, coca o amapola constituye un delito que se sanciona con prisión. De igual forma, varios artículos del Código Penal establecen que cultivar, conservar o financiar plantaciones de cultivos ilícitos o almacenar más de un kilo de semillas de plantas que puedan producir drogas ilícitas son conductas sancionadas con prisión[9]. Pero la interdicción de la oferta no se ha limitado a penalizar a los cultivadores y productores. El marco normativo también ha amparado una serie de estrategias para erradicar los cultivos como tales.

8 Unodc, *Informe mundial sobre las drogas 2013* (Viena: Unodc, 2013).

9 Ley 30 de 1986, "Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 31 de enero de 1986), artículos 345 y ss.

La preeminencia de Colombia como país *productor* y el empeño en erradicar los cultivos han oscurecido un aspecto importante de los debates: el hecho de que también somos un país *consumidor*. Unodc[10] estima que al menos 245 millones de personas de todo el mundo (un 5% de la población entre 15 y 64 años de edad) consumieron sustancias ilícitas como mínimo una vez en el 2013. Se calcula que aproximadamente la mitad de ellos eran consumidores habituales. En Colombia el consumo ha aumentado en los últimos años, no sólo porque hay más consumidores, sino también porque se ha incrementado la variedad de sustancias disponibles[11]. A título de comparación, no estamos entre los países con niveles de consumo más altos[12], pero, en todo caso, tenemos niveles cercanos al promedio mundial.

Por lo anterior, una revisión integral de las políticas y normas sobre drogas debe incluir sus dos grandes pilares: por un lado, la reducción de la oferta por medio de medidas penales y administrativas que sancionan el cultivo y la producción y distribución; y por el otro, la reducción de la demanda por medio de la prohibición del consumo y la implementación de programas de prevención y tratamiento para consumidores problemáticos. A continuación mostramos un balance general de las políticas que buscan reducir la oferta por medio de programas de erradicación de cultivos ilícitos y de la persecución del narcotráfico, y mostramos sus principales aspectos críticos. Hacemos lo propio con la normatividad sobre el consumo y reducción de la demanda. Esta normatividad es un desarrollo doméstico de los tratados internacionales de Naciones Unidas acerca de las drogas[13].

10 Unodc, *Informe mundial*.

11 Organización Panamericana de la Salud (OPS), *La política de drogas y el bien público* (Washington, D. C.: OPS, 2010), http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/planesnacionales/docs/La%20politica%20de%20drogas%20y%20el%20bien%20publico.pdf.

12 Adriana Camacho, Alejandro Gaviria y Catherine Rodríguez, "El consumo de droga en Colombia", en *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Alejandro Gaviria y Daniel Mejía, eds. (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011).

13 La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1972) estableció la prohibición de las "drogas controladas", y admitió su uso o producción sólo en casos de "necesidad médica o investigación científica". No se obligó a los estados partes a usar el derecho penal para controlar el surgimiento de mercados de drogas "ilegales". Se adoptaron las listas I, II, III y IV, en las cuales clasificaron todas las "drogas controladas", separando aquellas cuyo uso estaba totalmente prohibido de aquellas cuyo uso debía ser controlado. Por su parte, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 se concentró en la regulación de las "drogas sintéticas o alucinógenas", estableció las reglas que los gobiernos debían seguir para otorgar licencias de producción de estas sustancias y precisó cuáles quedaban totalmente prohibidas. Asimismo, incorporó mecanismos para la cooperación internacional en la persecución del tráfico, "invitó" a los estados a tomar "medidas adecuadas" respecto del consumo (no estableció ninguna obligación concreta) e incluyó en las listas I, II, III y IV de la Convención Única de 1961 un conjunto significativo de drogas sintéticas. Finalmente, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 tuvo por objeto atacar el tráfico de drogas y aumentar los compromisos de los estados partes al respecto. En esta convención se hace obligatoria la penalización

El principio fundamental de estos tratados es que el uso de las drogas debe limitarse a fines médicos o de investigación científica; cualquier otro uso está prohibido. En consecuencia, las partes de las convenciones de 1961 y 1988 se comprometen a erradicar los cultivos ilícitos y a arrestar y enjuiciar a traficantes y transportadores de droga como narcotraficantes; además se les insta a criminalizar a los compradores y a esforzarse por prevenir el consumo de drogas entre los jóvenes.

### A. La erradicación forzosa y la política de criminalización del narcotráfico

El Convenio contra el Tráfico Ilícito de 1988 obliga al país a penalizar todos los aspectos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, entre ellos el cultivo, la fabricación, la distribución, la venta y el lavado de activos[14]. Los programas de erradicación forzosa han sido fundamentalmente dos: el primero es el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Glifosato (Pecig), que contempla la aspersión aérea de este herbicida sobre los cultivos de coca, principalmente, y que ha estado vigente desde 1986 hasta el 2015[15]. El glifosato, conocido en el mercado como Roundup, es un herbicida no selectivo de amplio espectro que también se usa para controlar la maleza y que contiene agentes químicos y agentes biológicos, entre estos últimos el hongo *Fusarium oxysporum*[16]. Durante la vigencia del Plan Colombia en el país se usó un glifosato 26 veces más tóxico que el que se usa en Estados Unidos con fines agrícolas[17]. Entre 1999 y 2013 se fumigaron en el país 1,6 millones de hectáreas de cultivos ilícitos[18]. Las convenciones de Viena no ordenan su uso, y en el 2015 Colombia era el único país

del consumo, pero se señala que cada país puede establecer la gravedad de esa conducta, tipificándola como un delito o como una contravención.

14 Con esta Convención surge también el concepto de lavado de activos y se empieza a formalizar la lucha contra esta actividad. No estudiamos aquí este aspecto de las políticas antidrogas dado que en el acuerdo de La Habana y en las conversaciones con las FARC no se ha discutido ni se han hecho propuestas al respecto.

15 El artículo 91 de la Ley 30 de 1986 le asigna al Consejo Nacional de Estupefacientes la función de disponer la destrucción de "cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país".

16 Mary García y Nubia Mejía, "El impacto de las fumigaciones aéreas", en Estrada, *Plan Colombia: ensayos críticos*, 133.

17 Elsa Nivia, "Las fumigaciones aéreas sobre cultivos ilícitos sí son peligrosas. Algunas aproximaciones", en *El Plan Colombia y la intensificación de la guerra*, Jairo Estrada, comp. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002).

18 "Policía se defiende tras condena por fumigación", *Semana*, 28 de febrero del 2013, http://www.semana.com/nacion/articulo/policia-defiende-tras-condena-fumigacion/334928-3.

del mundo que asperjaba glifosato para erradicar cultivos ilícitos. En el 2015 el Ministerio de Salud, con base en un informe de la Organización Mundial de la Salud, le recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes suspender el uso del glifosato debido a sus potenciales efectos cancerígenos. Actualmente el proceso de suspensión está en curso, pues aún debe revocarse la licencia ambiental que autoriza el uso del herbicida.

El segundo programa de erradicación forzosa contempla la operación de los llamados Grupos Móviles de Erradicación. Estas brigadas se crearon en el 2005, en el marco del Plan Colombia, y están conformadas por militares, policías y civiles que van a regiones donde la aspersión aérea es difícil para erradicar manualmente cultivos de coca, marihuana y amapola. En los primeros años de operación, en Putumayo y Nariño, murieron varios miembros de los grupos debido a la explosión de minas antipersonas plantadas por grupos armados ilegales en los campos de coca[19]. Por ello, el Gobierno decidió retornar a la aspersión aérea, pero sin abandonar la erradicación manual en las zonas en que las condiciones de seguridad lo permitan[20].

Ha habido múltiples discusiones sobre los programas de erradicación y sus aspectos problemáticos. En primer lugar, estos programas se basan en dos supuestos cuestionables: que los cultivos ilícitos funcionan como monocultivos extensos y que es posible erradicarlos por completo. Las plantaciones de coca rara vez son extensas; por el contrario, usualmente están dispersas en el interior de los bosques, y por esta razón la aspersión aérea y la erradicación manual no consiguen erradicarlas. Por lo demás, la meta de erradicar los cultivos es ilusoria en un territorio como el colombiano, cuya vastedad y complejidad favorece su rápida reproducción[21]. En el 2011 el Gobierno colombiano reportó la erradicación manual de 34 170 hectáreas de coca y la aspersión de 103 302; el total de la erradicación, manual y por aspersión aérea, sumó ese año 137 472 hectáreas, un 6 % menos que el año anterior[22]. En general, la evidencia muestra que en el mediano y largo plazo no se ha logrado una reducción sustantiva y sostenida

19 Daniel Mejía, María José Uribe y Ana María Ibáñez, *Una evaluación del Plan de Consolidación Integral de la Macarena (PCIM)* (Bogotá: Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, 2011).

20 Ricardo Vargas, "Fumigaciones y política de drogas en Colombia: ¿fin del círculo vicioso o un fracaso estratégico?", en *Guerra, sociedad y medio ambiente*, Martha Cárdenas y Manuel Rodríguez, comps. (Bogotá: Foro Nacional Ambiental, 2004); Transnational Institute, "Al calor del debate. Fumigaciones y conflicto en Colombia" (documento de debate, serie Drogas y Conflicto, n.º 2, Ámsterdam, 2001).

21 Vargas, "Cultivos ilícitos".

22 Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (Simci), *Cultivos de coca. Estadísticas municipales. Censo 31 de diciembre de 2011* (Bogotá: Unodc, 2012).

de los cultivos de coca por medio de estos procedimientos[23]. La reducción de la productividad de los cultivos de marihuana y amapola tampoco ha sido muy significativa[24].

En segundo lugar, los mencionados programas, y sobre todo el de aspersión aérea, suponen contradicciones con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en lo relativo a la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente. La siembra de cultivos produce impactos ambientales considerables. Se estima que para plantar una hectárea de marihuana, coca o amapola se deben remover 1,5, 2,5 y 4,5 hectáreas de ecosistemas naturales, respectivamente. Se estima también que para sembrar una hectárea de coca los cultivadores tienen que destruir cuatro hectáreas de selva húmeda[25], y para sembrar una de amapola se deben deforestar 2,5 hectáreas de bosque andino[26]. Según Unodc[27], en el período comprendido entre el 2001 y el 2013 se deforestaron 275 588 hectáreas para la siembra directa de coca. En el 2002 el porcentaje de los cultivos de coca que causaron deforestación era del 46 %, y se redujo a 25 % en el 2011[28]. Otro impacto se deriva del uso y vertimiento de sustancias químicas y precursores para la producción de pasta de coca sobre suelos y aguas[29]. El Estado no es quien siembra la coca, y en principio estos impactos no le serían atribuibles, pero el cumplimiento de su deber de prevenir el deterioro ambiental se ve en entredicho cuando los cultivos ilícitos aumentan de forma exponencial.

Ahora bien, el impacto ambiental de los cultivos y del procesamiento de sus productos se ve agravado por los efectos perversos de las políticas que pretenden erradicarlos. El hecho de que el glifosato sea un herbicida no selectivo hace que sus agentes químicos y biológicos también afecten a otras plantas, al suelo, la fauna y los cuerpos de agua[30]. La Corte Constitucional ha dicho

23 Ricardo Vargas, "Drugs and the Peace Process in Colombia" (informe de política, Noref, noviembre del 2012).

24 Simci, *Cultivos de coca*.

25 Dávalos *et al*., "Forests and Drugs".

26 Colombia, Ministerio del Medio Ambiente y Departamento Nacional de Planeación, *Política de bosques*, documento Conpes n.º 2834 (Bogotá: DNP, 1996).

27 Unodc, *Informe mundial*.

28 A pesar de que el área sembrada con coca en el 2013 se mantuvo casi igual que en el 2012, 16 334 hectáreas de los bosques que existían en el 2012 se talaron para siembra directa de coca (1027 hectáreas más que en el 2012); el 58 % de estas 16 334 hectáreas corresponde a bosques primarios de alta complejidad, biodiversidad y riqueza. Véase Unodc, *Informe mundial*.

29 Germán Quimbayo, "Cultivos de uso ilícito y ecocidio. ¿Es realmente el cultivo ilícito el principal responsable del daño ecosistémico en Colombia?" (informe sobre políticas de drogas n.º 28, Transnational Institute, 2008).

30 Transnational Institute, "Al calor del debate"; García y Mejía, "El impacto de las fumigaciones aéreas"; Nivia, "Las fumigaciones aéreas"; Olga Castillo, Juan Ferro y Carlos Ortiz, "Fumigación y cultivos ilícitos: los efectos contradictorios de la política de erradicación y sustitución", *Revista*

que la protección ambiental es un límite de las políticas contra el narcotráfico y que el Estado tiene el deber de evaluar siempre el eventual perjuicio que estas políticas puedan causarle al medio ambiente[31]. No obstante, pese a la ya señalada evidencia científica acerca de las consecuencias del uso del glifosato en el ambiente[32], en el país se ignoró por mucho tiempo este mandato. Entre el 2003 y el 2013 incluso se asperjó sobre plantaciones de coca en áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en virtud de una resolución del Consejo Nacional de Estupefacientes. El Consejo de Estado, que durante casi dos décadas se había negado a aplicar el principio de precaución ambiental[33] para suspender las fumigaciones, sosteniendo reiteradamente que no se había demostrado con plenitud probatoria que esta práctica causara daños graves e irreversibles en la salud[34], en un fallo del 2013 cambió su jurisprudencia y anuló aquella resolución para aplicar por fin el mencionado principio[35]. En el 2015, a raíz de la clasificación del glifosato como sustancia potencialmente cancerígena, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales siguió la recomendación del Ministerio de Salud y suspendió los permisos que autorizaban las fumigaciones con glifosato[36]. A pesar de este avance, aún se discute si se debe seguir

---

*Javeriana* 139, n.º 692 (marzo del 2003); Tomás León *et al*., *Observaciones al "Estudio de los efectos del programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente"* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e Instituto de Estudios Ambientales, 2005).

31 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994: las políticas de erradicación de los cultivos ilícitos "no pueden traducirse en operaciones que puedan atentar contra el medio ambiente", pues "es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente" (artículo 79 superior) y "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental" (artículo 80 superior). Véanse, entre otras, del mismo tribunal, las sentencias T-411 del 17 de junio de 1992 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero) y C-058 del 17 de febrero de 1994 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero).

32 Ecuador, Comisión Científica Ecuatoriana, *El sistema de aspersiones aéreas del Plan Colombia y sus impactos sobre el ecosistema y la salud en la frontera ecuatoriana* (Quito: 2007).

33 Este principio forma parte de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y ha sido recibido en el orden interno como parámetro de la política ambiental —Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-293 del 23 de abril del 2002 (magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra)—. En virtud de este principio, cuando exista peligro de daño grave e irreversible la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

34 Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de julio de 1993 (consejero ponente: Daniel Suárez Hernández); Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de octubre del 2004 (consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda). Recientemente, el Consejo expidió una sentencia en la que condena a la Nación por los daños causados a unas familias en zonas en que no había cultivos ilícitos, pero el fallo no cuestiona la aspersión en sí misma, sino el hecho de que se haya realizado en un lugar donde no procedía. Véase Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero del 2012 (consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera).

35 Mediante las resoluciones 0013 y 0015 del 2003 se permitió esta práctica en parques nacionales naturales, siempre y cuando se presentaran planes y estudios de viabilidad. Una sentencia del Consejo de Estado anuló estas resoluciones con base en el principio de precaución. No obstante, el fallo sólo prohibió las aspersiones en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

36 Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Resolución 1214 del 2015.

asperjando con otro herbicida, y no se ha dado la discusión sobre las reparaciones de las personas afectadas y de los ecosistemas que han sido asperjados por más de tres décadas.

Las fumigaciones no sólo han vulnerado obligaciones constitucionales y legales, sino también obligaciones internacionales derivadas del Convenio de Diversidad Biológica[37], la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible[38] y la Convención de Ramsar relativa a la protección de humedales[39], entre otros instrumentos que exigen la protección de la biodiversidad, los ecosistemas y recursos como el agua, los bosques y humedales y la adopción de una postura precautoria. Además, las fumigaciones adelantadas entre el 2000 y el 2006 en el departamento de Putumayo, en la zona fronteriza con Ecuador, provocaron que en el 2008 este país demandara a Colombia ante la Corte Internacional de Justicia por daños a sus recursos naturales y a la salud de sus pobladores. En el 2013 Ecuador desistió de la demanda pues en el marco de una conciliación acordó con Colombia que no habría fumigaciones en la zona de frontera. El Gobierno colombiano solicitó a Ecuador que se redujera el área de la franja en la que se acordó no fumigar. No obstante, en el resto de Colombia se siguió fumigando hasta junio del 2015.

En tercer lugar, los programas de erradicación han causado múltiples amenazas y violaciones contra los derechos humanos. Las consecuencias ambientales del uso del glifosato son también violaciones de los derechos al agua y a la alimentación de las comunidades locales, por cuanto la aspersión contamina fuentes hídricas, suelos y cultivos, debido a la solubilidad del herbicida[40]. La aspersión de glifosato dificulta el acceso al agua potable, limita la disponibilidad de alimentos e impide la realización de cultivos, y así afecta no sólo la seguridad sino también la soberanía alimentaria. El agua contaminada es ingerida por peces y animales, y se conforma de esta manera una cadena de toxicidad cuyo alcance es aún desconocido. En varias ocasiones el Consejo de Estado ha condenado a la Nación por los daños a predios y cultivos de campesinos que no tenían por qué sufrir los efectos de la aspersión.

37 Aprobado por la Ley 165 de 1994. Véase Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-328 del 27 de julio de 1995 (magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

38 Los principios de esta Declaración, incluido el de precaución, han sido incorporados en el orden interno por medio de la Ley 99 de 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 22 de diciembre de 1993), artículo 1.º, numerales 1.º y 6.º. Véase la ya citada Sentencia C-293 del 2002 de la Corte Constitucional.

39 Aprobada por la Ley 357 de 1997.

40 Transnational Institute, "Al calor del debate", y Thoumi y Navarrete, *Drogas ilegales*.

Uno de los aspectos más delicados de las aspersiones son sus efectos negativos en la salud, entre estos una mayor incidencia de abortos y los problemas dermatológicos que padecen personas que habitan áreas asperjadas, aun cuando estas consecuencias no siempre se presentan de forma inmediata[41]. Pero quizás el mayor riesgo está asociado a los posibles efectos cancerígenos del glifosato[42]. Por eso, fumigar no sólo implica una vulneración injustificada y desproporcionada del derecho a la salud de los afectados individualmente considerados, sino que se convierte en un problema de salud pública para el cual el Estado no tiene una respuesta. Las aspersiones también han producido desplazamientos forzados de poblaciones campesinas, indígenas y afrocolombianas[43], en contravía con las disposiciones nacionales e internacionales acerca de los derechos humanos[44]. Por otra parte, aunque la Corte Constitucional ha señalado que existe la obligación de garantizarles el derecho a la consulta previa a los grupos étnicos cuando se vaya a asperjar en sus territorios[45], en la práctica esta obligación nunca se cumplió: las avionetas asperjaron siempre sin consultar a la población y pusieron en riesgo su integridad física y cultural.

Además de estas medidas de erradicación, las políticas de reducción de la oferta contemplan medidas penales que sancionan otros eslabones del narcotráfico, como la producción y la distribución. Estas actividades están prohibidas por la Convención de 1988, y en consecuencia la Ley 30 y el Código Penal las penalizan a nivel interno. Una consecuencia de la prohibición de la producción y la distribución es la existencia de un mercado ilícito que genera corrupción y violencia[46]. Valga anotar que estos efectos son consecuencia de la prohibición, y no de las sustancias en sí mismas. La diferenciación se apoya en la distinción entre daños primarios y secundarios de las drogas propuesta por Nadelman y Hulsman: mientras que los primeros resultan directamente del consumo de las

41 García y Mejía, "El impacto de las fumigaciones aéreas", y Daniel Mejía y Adriana Camacho, "Consecuencias de la aspersión aérea en la salud: evidencia desde el caso colombiano", en *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia*, Ana María Ibáñez *et al*., comps. (Bogotá: Universidad de los Andes, 2014).

42 International Agency for Research on Cancer, "Some Organophosphate Insecticides and Herbicides: Tetrachlorvinphos, Parathion, Malathion, Diazinon and Glyphosate" (IARC Working Group, Lyon, 3 al 10 de marzo del 2015).

43 Transnational Institute, "Al calor del debate"; Mary García, "El Plan Colombia: las fumigaciones aéreas son un atentado a la salud pública y ambiental de los colombianos. Algunas aproximaciones", en Estrada, *El Plan Colombia y la intensificación de la guerra*; Nivia, "Las fumigaciones aéreas"; Thoumi y Navarrete, *Drogas ilegales*, 23.

44 Así lo ha constatado la Corte Constitucional en los autos 004 y 005 del 2009.

45 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-383 del 13 de mayo del 2003 (magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis).

46 Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*.

drogas, los segundos surgen de las políticas adoptadas por los Estados para controlarlas. El narcotráfico sería un problema secundario: el prohibicionismo motiva el surgimiento del narcotráfico, y no al contrario[47].

La prohibición del narcotráfico ha suscitado reformas que han limitado duramente las garantías procesales y han aumentado las penas para los delitos relacionados con las drogas[48]. Estos endurecimientos de la justicia penal resultan desproporcionados y antidemocráticos, pues en algunos países de América Latina las penas para delitos vinculados con el narcotráfico son mucho más severas que para delitos como el homicidio o las agresiones sexuales[49]. Además, la penalización estricta ha llevado a las cárceles a personas que ocupan los eslabones menos importantes en la cadena de producción de drogas, como los campesinos cultivadores y los pequeños distribuidores, y también a los consumidores. Un estudio de Uprimny, Guzmán y Parra[50] señala que cerca del 98% de las personas encarceladas por delitos de narcotráfico son pequeños distribuidores, cultivadores y consumidores. La encarcelación de estos eslabones débiles no tiene consecuencias relevantes en la cadena del narcotráfico, pues son actores fácilmente reemplazables. El sistema penal, entonces, no ataca a los grandes capos ni tampoco el lavado de activos; por el contrario, criminaliza a los eslabones más débiles y así agrava el hacinamiento en las prisiones colombianas y la violación masiva y sistemática de derechos humanos en estos establecimientos[51]. La política criminal contra el narcotráfico no sólo es ineficaz, sino que acentúa los efectos negativos de la prohibición.

Aparte de los efectos negativos sobre los derechos humanos y la protección ambiental, quizás el principal problema de los programas de reducción de la oferta es que han demostrado ser ineficaces para reducir los cultivos y, en general, la oferta de drogas ilícitas. Estos programas tienden a producir lo que la literatura llama el *efecto globo* o de desplazamiento: al erradicar cultivos en una zona,

47 Ethan Nadelman, "Thinking Seriously about Alternatives to Drug Prohibition", *Daedalus* 121, n.º 3 (verano de 1992), y Louk Hulsman, "The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies", *Israel Law Review* 25 (1991).

48 Manuel Iturralde y Libardo Ariza, "El tratamiento penal del narcotráfico y delitos conexos", en Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*.

49 Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán y Jorge Parra, "Diálogos de paz y drogas: posibilidades en medio y más allá del prohibicionismo", *Foro* 78 (noviembre del 2012).

50 *Ibid*.

51 Iturralde y Ariza, "El tratamiento penal", y Rodrigo Uprimny y Diana Guzmán, "Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia", en *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Pien Metaal y Coletta Youngers, comps. (Ámsterdam y Washington, D. C.: WOLA y TNI, 2010). Además, el beneficio de la vigilancia electrónica como alternativa a la privación física de la libertad no aplica para delitos de tráfico de drogas.

poco tiempo después reaparecen en otras[52] —lo mismo ocurre con las organizaciones criminales, que al ser perseguidas se desplazan a otras regiones—. Este efecto empeora el daño ambiental del cultivo de coca y de su subsecuente erradicación: ante la presión, los cultivadores y productores se internan cada vez más en los bosques para sembrar, y aumentan así las áreas geográficas en las que debe emprenderse la erradicación[53]. Por otra parte, hay suficiente evidencia de que, antes que el cultivo, es más efectivo atacar otros eslabones de la cadena productiva del narcotráfico, como el transporte, la comercialización y la producción de sustancias químicas para el procesamiento de la pasta de coca[54].

En síntesis, las políticas de erradicación forzosa y de criminalización del narcotráfico han sido ineficaces, son desproporcionadas y han producido daños ambientales y múltiples amenazas y violaciones de derechos humanos que no han sido debidamente reparados.

### B. La erradicación voluntaria: sustitución de cultivos y programas de desarrollo alternativo

Como se mencionó, la normatividad nacional criminaliza el cultivo, la producción y el tráfico de forma severa. Sin embargo, existe un marco contradictorio y ambiguo en el que, a pesar de la ilegalidad de la producción, el Estado mismo reconoce la necesidad de darles un tratamiento diferenciado a algunos cultivadores de coca y de ofrecerles alternativas económicas lícitas[55]. Este es el propósito de las políticas de desarrollo alternativo. Según Unodc, el desarrollo alternativo es un proceso que apunta a prevenir y eliminar los cultivos ilícitos "mediante la adopción de medidas de desarrollo rural expresamente concebidas con tal fin, y que se lleva a cabo en el contexto de un crecimiento económico nacional sostenido y de los esfuerzos por alcanzar un desarrollo sostenible de los países que están tomando medidas contra las drogas, teniendo presentes las características socioculturales especiales de las comunidades y grupos destinatarios […]". Para cumplir estos objetivos es preciso fortalecer la institucionalidad en las zonas

52 Vargas, "Cultivos ilícitos", y Simci, *Cultivos de coca*.

53 Castillo, Ferro y Ortiz, "Fumigación y cultivos ilícitos".

54 Daniel Mejía y Daniel Rico, "La microeconomía de la producción y el tráfico de cocaína en Colombia", en Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*.

55 Thoumi y Navarrete, *Drogas ilegales*. En documentos del Plan Colombia, del Consejo Nacional de Política Económica y Social y del Plan Nacional de Lucha contra las Drogas se hace una diferenciación entre grandes y pequeños cultivadores y se establece que estos últimos deben ser beneficiarios de programas de desarrollo alternativo. Colombia, Defensoría del Pueblo, *Las fumigaciones y los derechos humanos* (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2002), citado en Thoumi y Navarrete, *Drogas ilegales*, 22.

productoras y promover opciones lícitas de empleo e ingresos en las comunidades que se comprometan a mantener sus tierras libres de cultivos ilícitos[56].

En las últimas tres décadas el Estado colombiano ha adelantado dos programas de desarrollo alternativo[57]: (1) Familias Guardabosques y Proyectos Productivos, que les presta apoyo económico a familias campesinas para que desarrollen actividades lícitas con la tierra como proyectos agrícolas y agroforestales de mediano y largo plazo; y (2) un conjunto de programas de fortalecimiento institucional, desarrollo social y monitoreo que apoyan a campesinos que se comprometen a no sembrar o resembrar, les brindan acompañamiento a las organizaciones rurales y certifican las zonas libres de cultivos ilícitos[58]. El de más largo aliento ha sido Familias Guardabosques.

Entre los años 2002 y 2010 los dos programas se implementaron autónomamente en distintas regiones como parte de una política pública integral denominada Planes de Consolidación Territorial. Estos planes tenían por objetivo consolidar la presencia estatal en algunas regiones del territorio particularmente afectadas por la presencia de cultivos ilícitos. El gobierno de Juan Manuel Santos integró los programas contra los cultivos ilícitos en el marco de una única Política Nacional de Consolidación y Reconstrucción Territorial. En correspondencia, se creó una Dirección de Programas contra Cultivos Ilícitos en la Unidad Administrativa para la Consolidación Territorial, con la misión de consolidar zonas libres de cultivos ilícitos y recuperar o establecer de manera definitiva el control institucional y legal del territorio[59]. De este modo, en la actualidad, los tres programas mencionados se han transformado en un único plan de cultivos ilícitos cuyo responsable a nivel nacional es la Unidad de Consolidación Territorial del Departamento para la Prosperidad Social[60]. El actual plan incorpora objetivos comunes de los tres programas desarrollados hasta entonces[61].

56 Carlos Zorro, "Políticas de desarrollo alternativo en Colombia (1982-2010)", en Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*, 102.

57 Decreto 100 del 2004, "Por el cual se suprime un programa presidencial" (Colombia, Presidente de la República, 21 de enero del 2004), y Colombia, DNP, "Programa de desarrollo alternativo 2003-2006" (documento Conpes n.º 3218, 3 de marzo del 2003).

58 Colombia, DNP, "Programa de desarrollo alternativo 2003-2006", 11, y Colombia, DNP, "Política Nacional de Erradicación Manual de Cultivos Ilícitos y Desarrollo Alternativo para la Consolidación Territorial" (documento Conpes n.º 3669, 28 de junio del 2010), 12-16.

59 Decreto 4161 del 2011, "Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial y se determinan sus objetivos, estructura y funciones" (Colombia, Presidente de la República, 3 de noviembre del 2011).

60 Decreto 4161 del 2011.

61 Esta política única de consolidación territorial se expone en la página web www.consolidación.goc.co; aún no se encuentra desarrollada en detalle en documentos del Conpes ni en un decreto exclusivo para tal fin. El Decreto 4161 del 2011, por medio del cual se crea la Unidad Administrativa

Pese a estos ajustes institucionales y normativos recientes, los programas de desarrollo alternativo, igual que los de erradicación forzosa, enfrentan múltiples dificultades jurídicas y de política. Un problema es que usualmente estos programas no se consultan ni con los grupos étnicos ni con las comunidades campesinas, y esta omisión vulnera los derechos a la consulta previa y a la participación ciudadana. Por ello, se demanda recurrentemente una mayor participación de las comunidades locales en la concertación de los proyectos de desarrollo alternativo[62]. Una consideración adicional es que con frecuencia se imponen cultivos que no se corresponden con la vocación cultural y agrícola del territorio[63]. La situación refleja una visión miope del ordenamiento territorial y un desconocimiento de la oferta natural del suelo, un recurso que será fundamental en la construcción de una paz con un componente territorial[64].

Otro aspecto problemático de estos programas es que tienden a plantearse objetivos simultáneos que a veces resultan contradictorios o difíciles de alcanzar de forma paralela, como la erradicación de cultivos en el corto plazo, el sostenimiento económico y la conservación de los bosques. La duración de los programas de proyectos productivos es muy corta —entre tres y cuatro años—, y ello hace difícil que sean sostenibles en el tiempo. Además, en casos como el de la Sierra Nevada de Santa Marta, en Familias Guardabosques la participación de las autoridades locales ha sido casi nula, y ha sido escasa la coordinación entre las distintas entidades encargadas de sacar adelante los proyectos productivos. La falta de claridad en materia de propiedad y tenencia de la tierra también ha sido un obstáculo para el funcionamiento del programa[65], pues ha ocasionado problemas, como divisiones internas entre las comunidades, que han dificultado el acceso al programa.

Uno de los objetivos de los programas de desarrollo alternativo es la sostenibilidad ambiental, pero este propósito no ha sido contemplado de forma real y efectiva en ellos[66]. En general, los cultivos, la sostenibilidad y recuperación de los suelos, la vegetación, la fauna y el agua afectadas por los cultivos ilícitos y las políticas empleadas para erradicarlos no son considerados en los programas de

Especial de Consolidación Territorial, expone algunos lineamientos del Plan, pero no incluye una reglamentación detallada.

62 Zorro, "Políticas de desarrollo".

63 Colombia, Ministerio del Medio Ambiente, *Medio ambiente*, y Quimbayo, "Cultivos de uso ilícito".

64 PNUD y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Consideraciones ambientales*.

65 Diana Bocarejo, "Alternative Approaches to Forced Eradication: The Dilemma of Sustainability" (documento, seminario Coca at the Crossroads, Brown University, 2014).

66 Colombia, Ministerio del Medio Ambiente, *Medio ambiente*.

reducción de la oferta; esta omisión demuestra la falta de sintonía entre estos programas y la normatividad ambiental, una falencia que puede ser crítica en el posconflicto[67]. Por ejemplo, en el Urabá chocoano, debido a una gestión inadecuada del programa Familias Guardabosques, cientos de hectáreas de bosque húmedo —ecosistema protegido por la Unesco y el Convenio sobre la Diversidad Biológica— terminaron convertidas en monocultivos de palma africana[68].

Pero quizás la objeción más frecuente y aguda contra los programas de desarrollo alternativo es que incluso cuando logran una sustitución efectiva de cultivos ilícitos rara vez garantizan que existan cadenas de comercialización que permitan que los productos alternativos lleguen al mercado a precios competitivos[69]. Esta dificultad obedece, en parte, a la falta de infraestructura[70], pero también a la ausencia de demanda a nivel local. En el Vaupés, por ejemplo, el programa Familias Guardabosques funcionó durante tres años, pero como en ese departamento no hay carreteras ni vías y el transporte sólo puede efectuarse por vía aérea y fluvial, no era rentable la venta de los productos alternativos[71]. Algo similar ha ocurrido en el departamento del Magdalena, donde la falta de coordinación institucional ha impedido que se comercialicen efectivamente los productos[72]. La distancia geográfica y económica entre el productor y los potenciales consumidores incide para que muchos campesinos reincidan en el cultivo de la coca como medio de subsistencia[73]. En el 2012 los departamentos en los que más invirtió el programa fueron Huila y Antioquia, seguidos de un segundo grupo conformado por Cauca, Caldas, Córdoba y Magdalena, un tercero conformado por Putumayo y Guainía y, finalmente, Caquetá[74]. En la actualidad, el programa no funciona en regiones con ecosistemas de bosques húmedos, como Vaupés o Chocó; en las regiones en las que sigue operando persisten muchos de los problemas mencionados.

67 PNUD y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Consideraciones ambientales*.

68 Mortiz Tenthoff, "El Urabá: donde el desarrollo alternativo se confunde con intereses económicos y la reinserción del paramilitarismo" (documento, informe sobre políticas de drogas n.º 27, Transnational Institute, 2008).

69 Ibán de Rementería, "Utilidad económica y ecológica de los cultivos ilícitos en el oriente de Colombia", en *Amazonia colombiana, imaginarios y realidades*, Juan Álvaro Echeverri y Catalina Pérez Niño, eds. (Bogotá: Imani y Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, 2011).

70 Vargas, "Drugs".

71 Entrevistas a pobladores locales de Mitú, febrero del 2013.

72 Entrevistas a pobladores locales de Ciénaga, marzo del 2013.

73 Mejía y Rico, "La microeconomía"; Armenta y Eventon, "El mercado ilícito".

74 Observatorio Colombiano de Drogas, Mapas y Reportes de Estadísticas Nacionales, http://www.odc.gov.co/MAPAS-Y-REPORTES/Reportes/Estad%C3%ADsticas-Nacionales.

### C. La regulación del consumo

Como se señaló al inicio del texto, la reducción de la demanda por medio de la prohibición del consumo y de programas de prevención y tratamiento para consumidores problemáticos es el segundo pilar sobre el que descansa la política nacional antidrogas. La regulación de la demanda de drogas se ha enfocado en dos aspectos. Por un lado, en la prevención del consumo y el tratamiento médico y psicológico de consumidores, y, por otro, en el control judicial y policial del porte y consumo de estupefacientes. En relación con la prevención del consumo y el tratamiento médico y psicológico, en el 2007 el Ministerio de Protección Social adoptó la Política Nacional para la Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas. Este instrumento se propuso guiar el diseño, a nivel regional y local, de planes y programas para tratar el consumo por medio de la prevención, mitigación y superación de los riesgos y daños asociados a estas sustancias. La principal apuesta de la política fue la prevención y mitigación del consumo por las vías de la educación, el deporte y el fortalecimiento de las redes sociales de apoyo que pueden identificar casos de consumo problemático.

En materia de superación de riesgos y daños fue objetivo de la política promover la inclusión de los trastornos asociados al consumo de sustancias psicoactivas en los planes de beneficios de los regímenes de salud[75]. Esta política se ha mantenido vigente, y con ella la Resolución 1315 del 2006 del Ministerio de Protección Social, en la que se establecen las reglas de funcionamiento de los Centros de Atención a Drogodependientes[76]. Por último, está la Ley 1566 del 2012, que ordena que toda patología derivada del uso de sustancias psicoactivas sea atendida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que los medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos necesarios sean incluidos en los planes obligatorios de salud. Esta ley fue desarrollada en la Resolución 1441 del 2013 del Ministerio de Salud, en la que se fijan los criterios de la habilitación de la atención a consumidores problemáticos y se definen los protocolos de tratamiento médico que deben seguir las entidades prestadoras del servicio de salud.

75 "Plan Nacional para la Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas", 22, http://www.descentralizadrogas.gov.co/portals/0/Politica%20nacional%20SPA.pdf (el enlace ya no se encuentra disponible).

76 En el país existen 358 Centros de Atención a Drogodependientes, de los cuales el 82,3 % corresponden a oferta privada y el 17,7 % a oferta pública. El establecimiento de los requisitos mínimos para el funcionamiento de los centros se encuentra en la Resolución 1315 del 2006 del Ministerio de la Protección Social.

En cuanto al control judicial y policial del consumo de drogas, puede afirmarse que hoy en Colombia está prohibido pero no criminalizado. Tampoco está criminalizado el porte, mientras no se superen las cantidades admisibles para "uso personal"[77] o no se supere lo que la justicia penal ha entendido como "la dosis de aprovisionamiento"[78]. Aunque algunos cambios legislativos realizados entre el 2009 y el 2011 propiciaron el surgimiento de interpretaciones jurídicas que daban por hecho el retorno a la criminalización[79], la Corte Constitucional se encargó de despejar cualquier duda sobre el alcance de estas reformas y en diferentes sentencias señaló, por un lado, que la intención de la reforma constitucional del 2009 no es buscar una penalización sino adoptar un enfoque de salud pública que propenda por la atención y rehabilitación del consumidor[80]; y por otro lado, que en Colombia el porte y consumo de la dosis personal no se encuentran criminalizados en ninguna circunstancia[81]. A pesar de la aclaración de la Corte, la interdicción del consumo se sigue aplicando y se manifiesta de dos formas. Primero, en las sanciones administrativas, como los decomisos y detenciones transitorias en las llamadas "unidades permanentes de justicia" de la Policía. Estas sanciones se imponen en virtud de los códigos de policía nacional y distritales y de otras reglamentaciones que prohíben el consumo en sitios y eventos públicos y en presencia de menores de edad y lo tipifican como

77 El artículo 2.º, numeral j de la Ley 30 de 1986 —el Estatuto Nacional de Estupefacientes— define el concepto de dosis para uso personal como "la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo".

78 La "dosis de aprovisionamiento" es entendida como la cantidad de sustancia controlada que, a pesar de superar ligeramente la dosis para consumo, sigue teniendo una finalidad de uso personal y, en consecuencia, no da lugar a acción penal. Este concepto ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia. En especial se puede revisar la Sentencia de la Sala Penal del 8 de julio del 2009 (magistrado ponente: Yesid Reyes Bastidas).

79 El acto legislativo 2.º del 2009, que reformó el artículo 49 de la Constitución, estableció la prohibición del consumo de drogas salvo prescripción médica e introdujo la obligación de implementar medidas legislativas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para la atención de los consumidores. Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1453 del 2011 reformó el Código Penal y eliminó la expresión "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal" dentro del tipo penal de "tráfico, fabricación o porte de estupefacientes" (artículo 376).

80 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-574 del 22 de julio del 2011 (magistrado ponente: Juan Carlos Henao): "[El informe de ponencia para primer debate] señala que el proyecto de reforma constitucional [trata] la farmacodependencia como un problema de salud pública que como se afirmó en la Sentencia T-684 de 2002, es una enfermedad y no meramente un problema policivo, fallo que se acogió, según el Informe de Ponencia, en la Sentencia T-760 de 2008, en donde se garantizará al adicto o su familia, la cobertura médica y sicológica para atender el problema de la drogadicción".

81 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 28 de junio del 2012 (magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas): "[…] La introducción de los incisos 6 y 7 del artículo 49 de la C.P. por el Acto Legislativo 02 de 2009, no establece un nuevo parámetro constitucional que permita la penalización del porte y consumo de sustancia prohibida en cantidad considerada como dosis personal, comoquiera que contempla una prohibición seguida de medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico y terapéutico para el adicto, estrategias que lejos de amparar una opción represiva para la persona narcodependiente, propenden por su atención, acompañamiento y rehabilitación".

contravención. En segundo lugar, la interdicción del consumo se manifiesta en las sanciones penales que recaen sobre el consumidor cuando el porte excede la dosis personal permitida, ocasiones en las que se configura el delito de narcotráfico.

En síntesis, en Colombia el consumo de drogas está prohibido pero no criminalizado, y los consumidores, hoy, son sujetos de ciertas garantías que deben ser brindadas por el Estado, principalmente en materia de atención en salud. Sin embargo, se puede advertir que en el marco normativo persisten algunas ambigüedades y problemas que afectan o amenazan con afectar los derechos de los consumidores. Primero, en contravía con la evidencia científica que muestra que no es posible erradicar el consumo y que no todo consumo es problemático ni genera dependencia[82], las políticas no distinguen entre distintos tipos de consumidores ni entre distintos tipos de sustancias. Por el contrario, parten del supuesto equivocado e irreal de que es posible erradicar el consumo de drogas en una sociedad por la vía de la prohibición. De acuerdo con el marco vigente todo tipo de consumo merece algún tipo de tratamiento o atención en salud; en consecuencia, es imposible poner en marcha programas de reducción de riesgos y daños que diferencien el uso recreativo y no problemático de drogas. Esta situación tiene un efecto considerable sobre el derecho fundamental de los consumidores al libre desarrollo de la personalidad.

Un segundo problema es, justamente, la ausencia de programas de reducción de daños[83]. Si bien el Plan Nacional del 2007 habla de "reducción de riesgos" y el Acto Legislativo 2.º del 2009 pone el énfasis en el consumo como un asunto de salud pública, Colombia aún carece de una política o plan nacional que fomente prácticas que contribuyan a reducir los riesgos que recaen sobre la salud de los consumidores. Salvo el hasta ahora excepcional programa Cambie implementado en Pereira, en general no existen planes distritales ni municipales que faciliten el suministro de jeringas para reducir la incidencia del VIH y la hepatitis en consumidores de drogas inyectadas, ni programas para la promoción del cultivo de uso personal. A pesar del consenso internacional respecto a que los

82 Jorge Larreamendy y María Fernanda Vence, "La demanda como drama: la prevención y el tratamiento del uso de drogas en Colombia", en Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*, 137 y ss.; Comisión Asesora de Política de Drogas, *Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas*, Bogotá, mayo del 2013, www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/politDrogas/Lineamientos5318-CA.pdf.

83 Harm Reduction International define la reducción de daños como las políticas, los programas y prácticas que buscan reducir los daños asociados al uso de sustancias psicoactivas en personas sin voluntad o sin capacidad de parar su consumo. Se caracteriza por enfocarse en la prevención de los daños, más que en la prevención del consumo en sí mismo, y sus acciones se dirigen principalmente a personas que hacen un uso continuado de sustancias psicoactivas. Esta definición es acogida por la Comisión Asesora de Política de Drogas, *Lineamientos*.

programas de reducción del daño no contravienen las obligaciones derivadas de las convenciones de Naciones Unidas[84], en Colombia prácticamente no se han emprendido iniciativas de este tipo, y las existentes han sido aisladas y no han seguido lineamientos claros. Este vacío expone a algunos consumidores a problemas de salud y estimula la interacción con el mercado negro del narcotráfico.

El tercer problema consiste en la aplicación selectiva de sanciones judiciales y administrativas a los usuarios de drogas. Como lo demuestran Lemaitre y Albarracín[85] en un estudio sobre Bogotá, la interdicción del consumo se aplica de forma desproporcionada a consumidores jóvenes de bajos ingresos, que habitan zonas marginales de la ciudad y que se encuentran en el rango de edad comprendido entre los diecisiete y los treinta años. El control policial es más represivo y directo con estos individuos, que están expuestos a un tratamiento más severo por parte de las autoridades. También hay evidencia de que el control judicial y policial que recae sobre el consumidor varía peligrosamente, por ejemplo, en los casos en que es evidente que el usuario porta una cantidad inferior a la dosis mínima. En esta circunstancia, la persona tiende a quedar en libertad después de una breve negociación con el funcionario o policía de turno. No obstante, esta decisión sobre la libertad, que tiene un impacto sensible sobre los derechos al debido proceso y a la libre locomoción, suele ser tomada por el funcionario de turno sin que sean claros los criterios que debe seguir. En otras ocasiones las personas que son sorprendidas consumiendo se ven sujetas a una retención administrativa transitoria que se justifica por el "alto grado de excitación" en que pueden encontrarse[86].

Según Uprimny, Guzmán, Bernal y Parra[87], una vez están en el proceso penal los consumidores se ven abocados a optar por la única opción de defensa jurídica posible, que consiste en intentar demostrar la condición de adicto, pues con el marco legal vigente no hay otra forma de justificar el porte para no ser

84 Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, "Los límites de la flexibilidad: las convenciones de control de drogas de la ONU" (serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 18, Transnational Institute, 2012).

85 Julieta Lemaitre y Mauricio Albarracín, "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre consumo de drogas ilícitas en Colombia", en Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*.

86 *Ibid*.; Uprimny *et al*., "Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia", en *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, Catalina Pérez y Coletta Youngers, eds. (México D. F.: Smile, 2014). Encontrarse en "alto grado de excitación" en espacios públicos es una contravención del Código Nacional de Policía —Decreto 1355 de 1970, "Por el cual se dictan normas sobre Policía" (Colombia, Presidente de la República, 4 de agosto de 1970), artículo 207—, y si bien no está vinculada directamente con el consumo, en la práctica es usada como una fórmula para justificar la retención transitoria de usuarios de drogas.

87 Uprimny *et al*., "Políticas frente al consumo de drogas", 83.

penalizado por narcotráfico. Esta circunstancia tiene la potencialidad de minar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que la persona se vea constreñida a aducir un consumo problemático, aun cuando no sea su caso. Como resultado, en la práctica los consumidores ocasionales y los pequeños distribuidores lucen ante el sistema penal como enfermos o grandes narcotraficantes, un hecho que reafirma la miopía, ineficacia y desproporción de las sanciones penales, a las que ya se hizo referencia en la primera sección de este documento.

El cuarto problema es que la atención en salud a usuarios problemáticos y adictos afronta múltiples obstáculos y carencias. La investigación empírica de Uprimny y sus colaboradores[88] sobre el tema revela que en Colombia ninguna de las dimensiones del derecho humano a la salud[89] se les garantiza a los consumidores. En primer lugar, la oferta de los servicios de salud para consumidores está concentrada en las ciudades capitales y es mayoritariamente privada; además, la mayor parte de los centros de atención en drogadicción opera de manera clandestina, pues no están habilitados legalmente. En segundo lugar, a pesar de que los tratamientos para consumidores problemáticos están cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social, a menudo los usuarios deben pagarlos por su cuenta o interponer acciones de tutela para que se los brinden, pues las entidades prestadoras de salud aún son reticentes a hacerlo. A ello debe sumarse que la oferta de programas de rehabilitación, sobre todo para poblaciones vulnerables, es reducida. En tercer lugar, la calidad de los servicios de salud también es deficiente. El estudio menciona la falta de coordinación institucional a nivel municipal y departamental y la carencia de recursos físicos y de personal, entre otros problemas.

La problemática de la regulación del consumo que hemos caracterizado implica que existen riesgos y fallas en la protección de los derechos de los consumidores de drogas. Si bien es evidente que el denominado enfoque de salud pública supone un avance en relación con la mera criminalización, este a su vez omite la distinción entre tipos de consumidores y de esta forma obstaculiza la posibilidad de poner en marcha iniciativas más respetuosas del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como el cultivo para uso personal, los programas de reducción del daño o la regularización del mercado de ciertos tipos de sustan-

88 Uprimny *et al.*, "Políticas frente al consumo de drogas".

89 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general n.º 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Véase http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symboñ)/E.C.12.2000.4.Sp.

cias psicoactivas con fines recreativos. Igualmente, la ausencia de criterios claros para orientar la labor judicial y policial en relación con los consumidores, y con ella la aplicación selectiva de la ley, ponen en alto riesgo garantías constitucionales como la que consagra el debido proceso. También existen múltiples problemas para garantizar el derecho de los consumidores a la salud.

## II. ¿Reformismo en medio del prohibicionismo? Análisis del acuerdo entre el Gobierno y las FARC

Con estas consideraciones como telón de fondo, a continuación discutimos en qué medida los resultados de la negociación entre el Gobierno y las FARC[90] contribuyen a avanzar en el propósito de solucionar los problemas actuales de la política nacional sobre drogas. Siguiendo el mismo esquema de la sección anterior, en esta estudiamos el acuerdo en lo que tiene que ver con la reducción de la oferta de drogas por medio de programas de erradicación, desarrollo alternativo y narcotráfico, y en lo relativo a la demanda y el consumo de estas sustancias. Antes de proceder a este análisis describimos brevemente el proceso de negociación y de debate público que lo precedió.

### A. El proceso de negociación, la participación de la sociedad civil y las discusiones públicas en materia de drogas

En los meses previos a las negociaciones había un entorno favorable a la discusión sobre el tema de las drogas. En el 2012 el Gobierno había creado una comisión de expertos en política de drogas y le había encargado proponer reformas. La comisión presentó en el 2013 un informe sobre el consumo, y ha hecho recomendaciones acerca de varios temas. Pero quizás el paso más audaz del Gobierno fue cuando, en el 2012, el Ministerio de Justicia presentó el borrador de proyecto del Estatuto Nacional sobre Drogas y Sustancias Psicoactivas con el fin de reemplazar el expedido en 1986, que sigue vigente hoy. Este proyecto de ley ha sido quizás la propuesta más progresista y garantista que ha anunciado el Gobierno en tres décadas. En materia de oferta incluía medidas como la posibilidad de establecer cultivos regularizados y controlados por el Estado

[90] El cuarto punto del acuerdo de La Habana del 26 de agosto del 2012 se denominó "Solución al problema de las drogas ilícitas" e incluyó tres ítems: "1) Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos. 2) Programas de prevención del consumo y salud pública. 3) Solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos".

para fines lícitos, rigurosas restricciones ambientales a las fumigaciones aéreas y la posibilidad de renunciar a la persecución penal contra cultivadores e incluso contra algunos traficantes cuando su participación en el delito no hubiera sido significativa. En el tema del consumo se redefinía ampliamente el enfoque de salud pública, se incluían medidas de prevención, incluso en entornos laborales y en el sistema penitenciario, y se abogaba por la despenalización de la dosis mínima de drogas sintéticas, entre otras propuestas.

Un aspecto positivo del proyecto es que era compatible en varios aspectos con las propuestas que hasta entonces habían formulado las FARC en materia de drogas. En un documento sobre ordenamiento territorial publicado a comienzos del 2013 las FARC lanzaron varias propuestas que coincidían con las del Gobierno, como fijar una política criminal diferenciada para los cultivadores, restringir las aspersiones aéreas y analizar la posibilidad de legalizar algunos cultivos con fines legales. Otras iban incluso más allá, y apuntaban a la legalización de cultivos para otra serie de usos, incluido el recreativo, la desmilitarización de la política sobre drogas y otros temas[91]. Varios medios de comunicación destacaron las coincidencias entre el Gobierno y las FARC. Con este precedente comenzaron las negociaciones en La Habana.

Y una vez comenzaron, se incrementaron la expectativa y la discusión pública sobre el posible alcance de los acuerdos y las premisas del diálogo. En términos generales, surgieron dos posturas. Por un lado estaban quienes proponían que fueran supuestos de la discusión el fracaso del prohibicionismo[92] y la necesidad de replantear y reinterpretar las políticas antidrogas para darles un enfoque basado en los derechos humanos[93]. Algunos incluso propusieron aprovechar la ocasión para discutir la regulación de las sustancias psicoactivas en general, incluidas las legales[94], y para avanzar en la redistribución de la propiedad agraria, a propósito de los programas de desarrollo alternativo[95]. La otra postura era más prudente; sostenía que un eventual acuerdo no acabaría con el narcotráfico, pues las FARC no eran el único actor en este negocio, y que cambiar el enfoque de las políticas nacionales sobre drogas, aun sin hacerles cambios

91 Andrés Bermúdez Liévano, "Seis razones por las que la propuesta de drogas de las FARC tiene sentido", *La Silla Vacía*, 23 de enero del 2013, http://lasillavacia.com/historia/seis-razones-por-las-que-la-propuesta-de-drogas-de-las-farc-tiene-sentido-41105.

92 Armenta y Eventon, "El mercado ilícito".

93 Uprimny y Guzmán, "Pensar".

94 Elías Sevilla, "Paz entre los colombianos y con los psicoactivos", *Razón Pública*, 16 de diciembre del 2013, www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7251-paz-entre-los-colombianos-y-con-los-psicoactivos.html.

95 Armenta y Eventon, "El mercado ilícito".

radicales, sería ya un avance importante para armonizarlas con la protección de los derechos humanos[96].

Bajo estas dos posturas subyacen visiones particulares acerca de la reforma del régimen internacional sobre drogas. La primera visión sostiene que las convenciones de Viena no son tan rígidas como la Junta Internacional Fiscalizadora de Estupefacientes pretende, y que las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos prevalecen sobre los tratados que versan sobre drogas. De acuerdo con esta visión, los Estados pueden reinterpretar las obligaciones derivadas de las convenciones de Viena con el fin de armonizarlas con sus obligaciones en materia de derechos humanos y protección ambiental[97]. La postura más prudente, en cambio, señala que Colombia no puede regular el tema unilateralmente y que, en la medida en que las convenciones de Viena son el fundamento del prohibicionismo, reformarlas exige una discusión y un consenso globales. Como lo advirtieron Armenta y Eventon[98], la mesa de La Habana puede ser una oportunidad importante, pero no definitiva, para avanzar en la reforma de las políticas sobre drogas.

La mesa de La Habana les pidió al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y a la Universidad Nacional organizar unos foros sobre el tema de las drogas ilícitas, con el fin de recibir aportes de expertos y de la sociedad civil. Se realizaron dos encuentros, uno en Bogotá y otro en San José del Guaviare, que es una de las zonas más afectadas por la economía ilegal del narcotráfico, y en ellos se reflejaron las dos posturas ya descritas respecto al alcance de los acuerdos, aunque predominó la más ambiciosa y optimista. En San José del Guaviare se escucharon testimonios de gobernantes locales y regionales, y los campesinos cultivadores describieron una situación caracterizada por la carencia de alternativas distintas a los cultivos ilícitos para obtener ingresos

96 Véase Angélica Durán Martínez, "La negociación con las FARC y el debate sobre la política antidrogas", *Razón Pública*, 18 de noviembre del 2013, www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7200-la-negociación-con-las-farc-y-el-debate-sobre-la-política-antidrogas.html. Algunos analistas, como Rodrigo Uprimny, defendieron tesis intermedias según el tema específico (oferta o consumo), e incluso moderaron su postura a medida que avanzaba la negociación.

97 Ha habido varias iniciativas en el seno de Naciones Unidas para ajustar las políticas sobre drogas a los derechos humanos, pero han resultado bastante tímidas o han sido vetadas por los órganos asociados al régimen prohibicionista. Sólo hasta el 2008 la Comisión de Estupefacientes expidió una resolución sobre drogas y derechos humanos, aunque bastante general y sin detalles. Varios procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, como las relatorías especiales sobre tortura y salud, han advertido de los efectos de la prohibición sobre los derechos humanos. En el 2012 Unodc expidió unos lineamientos generales para incorporar la protección de estos derechos en las políticas antidrogas.

98 Armenta y Eventon, "El mercado ilícito".

y por la violencia y otros efectos derivados de la prohibición y criminalización del cultivo[99]. Las más de trescientas personas que participaron en este diálogo también hablaron sobre la importancia de concentrar las condenas en los actores más fuertes de la producción y no en los campesinos, indígenas y afrodescendientes cultivadores. "La persecución debe ser a los grandes beneficiarios del tráfico de drogas", dijo entonces un representante del PNUD.

Según Borda[100], al menos tres aspectos distinguieron esta negociación sobre drogas de la discusión del tema en procesos de paz anteriores. Primero, en el acuerdo preliminar el Gobierno se distanció del discurso del narcoterrorismo que primó durante la década pasada en Colombia, y así amplió las posibilidades del debate. En segundo término, el acuerdo tuvo lugar en un contexto de discusión internacional y nacional favorable a reformar las políticas antidrogas. Y en tercer lugar, la disminución de los recursos provenientes del Plan Colombia redujo la dependencia respecto de Estados Unidos en la definición de las prioridades de la lucha contra la droga, y ello permitió ensanchar aún más el espacio del diálogo. Valdría la pena añadir un cuarto aspecto: el papel que jugó la sociedad civil. Los espacios de participación abiertos a la discusión pública y el envío de propuestas nutrieron la discusión, a pesar de que las negociaciones fueron cerradas. No obstante, los resultados del acuerdo muestran que el margen de la discusión no se expandió tanto como se esperaba; por el contrario, no supuso demasiados avances y en algunos puntos fue incluso regresivo. Además, el efecto de la participación pudo limitarse a una legitimación previa de los diálogos[101], ya que la mayoría de las propuestas, sobre todo las más audaces, no fueron siquiera consideradas.

El 16 de mayo del 2014 la mesa de La Habana expidió el comunicado conjunto n.º 36, con el que anunció el acuerdo sobre el tema de "solución al problema de las drogas ilícitas". En los considerandos del comunicado se señala que "la persistencia de los cultivos está ligada en parte a la existencia de condiciones de pobreza, marginalidad, débil presencia institucional, además de la existencia de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico". Se dice también que "[l]a producción y comercialización de drogas ilícitas y las economías criminales

99 PNUD, "ONU y Universidad Nacional concluyen Foro sobre la solución al problema de las drogas ilícitas en San José del Guaviare", 2014, www.unodc.org/colombia/es/press/octubre/balanceforospnud.html.

100 Sandra Borda, "The Search for a Negotiated Peace in Colombia and the Fight against Illegal Drugs" (informe para Noref, septiembre del 2013).

101 Julieta Lemaitre, *La participación directa y los acuerdos de paz. Entre el buen gobierno, la escucha atenta y el poder del pueblo* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2013).

han tenido graves efectos sobre la población colombiana, afectando el goce y ejercicio de sus derechos y libertades. El cultivo, la producción y comercialización de las drogas ilícitas también han atravesado, alimentado y financiado el conflicto interno". Se acuerda diseñar una visión nueva y alternativa del tema de las drogas que atienda a la evidencia, apunte al bienestar de las comunidades afectadas por los cultivos, asuma un enfoque de salud pública ante el consumo y al tiempo intensifique la lucha contra las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, aunque con consideración especial por los eslabones más débiles de la cadena. Se dice que las políticas tendrán un "enfoque territorial" basado en la participación ciudadana y en la presencia y el fortalecimiento de las instituciones responsables de la atención social, la seguridad y la protección de las comunidades, siempre con especial atención a los derechos humanos. Se reconoce, en todo caso, que las reformas relativas a este tema dependen también de "consensos y definiciones de alcance global por parte de todos los estados".

Es pertinente observar varios aspectos del comunicado. El primero es que, aunque en el diagnóstico y en los acuerdos se destaca la importancia de los derechos y las libertades, se ignora que las consecuencias negativas no provienen sólo de "la producción de drogas y las economías criminales", sino también de las políticas que las atacan. En otras palabras, no hubo reconocimiento explícito de que las políticas antidrogas también han producido graves efectos sobre los derechos humanos y la protección de los recursos naturales. El segundo es que, al menos en teoría, parece que hay consenso respecto a la adopción de un tratamiento del problema que privilegie el punto de vista de la salud pública, redefinir la política criminal, darle un trato especial al cultivador y atender al bienestar de las comunidades afectadas por el narcotráfico. El tercer aspecto, el llamado enfoque territorial, que ha orientado las negociaciones[102], es quizás la columna vertebral del acuerdo. A continuación analizamos en detalle los puntos del acuerdo en materia de sustitución de cultivos, narcotráfico y consumo.

### B. Desarrollo alternativo, erradicación y lucha contra el narcotráfico

El primer punto del acuerdo sobre programas de sustitución de cultivos de uso ilícito se compone de tres medidas generales. Por un lado, la creación de un Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, cuyo objetivo será concertar con las comunidades locales cultivadoras planes integrales y municipales de sustitución y desarrollo alternativo. El programa y los planes

[102] Jaramillo, "The Transition in Colombia".

serán el producto de un proceso de planeación participativa que les dará cabida a las instituciones locales. La erradicación forzosa se integra en los programas de desarrollo alternativo como opción en caso de que los acuerdos para la sustitución no prosperen o se incumplan. Esta erradicación será principalmente manual, pero se mantiene su condición forzosa, y se admite la aspersión. Sin embargo, este último asunto quedó replanteado cuando en el 2015 se suspendió el uso del glifosato por recomendación del Ministerio de Salud. Finalmente, se acordó que habrá un programa de desminado en virtud del cual las FARC suministrarán información sobre la localización de las minas antipersonas que permita removerlas; se espera que estas acciones favorezcan el éxito del programa de sustitución de cultivos, y de la erradicación forzada cuando esta proceda.

Este primer punto supone algunos avances en relación con los problemas actuales de las políticas de desarrollo alternativo y de erradicación de cultivos. El acuerdo sobre el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito implica un proceso de planeación participativa que apuntaría a resolver la falta de participación por parte de las comunidades beneficiarias y de las instituciones locales, y a subsanar la omisión de las consultas. El compromiso de acompañar los proyectos productivos sugiere que el Gobierno se esforzará por construir mercados e infraestructura con el fin de hacer viables productos diferentes de la coca. El programa de desminado es un acierto que no sólo favorecerá el avance de los programas de desarrollo alternativo y erradicación, sino que además contribuirá a hacer efectivos el derecho a la verdad y la garantía de no repetición para las víctimas del conflicto y a prevenir vulneraciones contra la vida y la integridad de los ciudadanos. Colombia comenzará, de paso, a cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención de Ottawa sobre desminado. Además, privilegiar la sustitución concertada y participativa de cultivos sobre la erradicación es un acierto en términos de fijación de prioridades.

A pesar de estos avances, en las medidas propuestas persisten algunos aspectos problemáticos y hay también silencios notables, cuestiones que se explican, en parte, por el hecho de que se trata un acuerdo general susceptible de desarrollarse. Esta generalidad no impide, en todo caso, hacer algunos comentarios críticos. Lo primero es que, evidentemente, el acuerdo permanece anclado en el prohibicionismo e insiste en el objetivo de erradicar o sustituir los cultivos. En contra de lo que esperaban los optimistas, el cuestionamiento del régimen prohibicionista no sólo no fue una premisa del debate, sino que ni siquiera hizo parte del acuerdo. Si bien en los considerandos se reclama un nuevo enfoque, en materia de oferta este enfoque novedoso no cuestiona la prohibición, sino

que insiste en ella. No se contemplaron medidas tendientes a la legalización de cultivos ni de la producción con fines lícitos, a pesar de que ya las había propuesto el Gobierno en el anteproyecto de ley del 2012 y de que las FARC también las habían mencionado. Puede que la regulación de la producción de drogas para fines médicos no fuera discutida pues ya está genéricamente autorizada por las convenciones internacionales, pero lo cierto es que, más allá de la "reivindicación del uso ancestral de la hoja de coca", la opción de regularizar la producción de otras drogas para fines lícitos quedó como una posibilidad de difícil realización[103].

En el acuerdo también quedó claro que la primera opción para acabar con los cultivos ilícitos será la erradicación voluntaria con planeación participativa, luego la erradicación manual forzosa y, como última instancia, la fumigación. Si un campesino no quiere acogerse a la planeación participativa de la sustitución, el Estado procederá a la erradicación forzosa. El mensaje es que, en el fondo, no hay cambio de visión; solamente se dan más garantías para participar en los procesos de erradicación y sustitución. El acuerdo vincula la erradicación con la reforma rural que se acordó en el primer punto de las negociaciones, pero no queda claro cómo los proyectos de desarrollo alternativo se integrarán con los acuerdos del tema agrario ni con preocupaciones más generales desde el punto de vista del ordenamiento del territorio[104]. Al parecer, se insiste en una política fallida, pero con otro lenguaje. A pesar de que las fumigaciones con glifosato se suspendieron, aún se ignora si se seguirá fumigando con otro herbicida, incertidumbre que sugiere que pudo haber un cambio en los medios pero no en los fines.

La prosecución de las aspersiones aéreas con glifosato fue un punto crítico. Aunque en los considerandos se dijo que el acuerdo se basó en la evidencia científica, en este punto tal evidencia pareció ignorarse por completo. En contra de toda la evidencia que demuestra los gravísimos efectos del glifosato para el ambiente y la salud y la ineficacia de la fumigación en lo concerniente a erradicar los cultivos, el Gobierno no concedió este punto en la negociación. Este hecho

103 De manera paralela a las negociaciones, el Gobierno expidió el Decreto 2467 de diciembre del 2015 sobre la regulación de la producción y el consumo de marihuana para fines medicinales. No obstante, en esta norma persisten aspectos problemáticos, pues no aborda puntos importantes para regularizar la producción e impone requisitos difíciles de cumplir para pequeños productores, indígenas, campesinos y colectivos que desde hace años vienen produciendo marihuana para fines medicinales, que los obligan a asociarse con grandes empresas de la industria química y farmacéutica. Un análisis de los alcances y debilidades de este decreto promulgado por el Gobierno puede leerse en Pablo Arenas, "Cannabis medicinal a la colombiana" (Transnational Institute, 2016), https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/cannabis-medicinal-a-la-colombiana.

104 PNUD y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Consideraciones ambientales*.

también sorprende porque el mismo Gobierno había propuesto en el anteproyecto del 2012 una serie de controles ambientales para las fumigaciones, que iban desde la exigencia de licencia ambiental hasta un plan operativo y uno de mitigación de daños. Un diagnóstico inicial sugería que en este tema no sólo no se avanzó, sino que se retrocedió sustancialmente. No obstante, la terminación del uso del glifosato decretada en el 2015 al menos abre una puerta para replantear una de las estrategias claves de la política antidrogas.

El silencio con respecto a posibles medidas de recuperación ambiental de los territorios con cultivos de coca y afectados por los programas de erradicación es otro punto negativo. En el acuerdo general se había sugerido que este sería un asunto a tratar en las negociaciones sobre el tema de las drogas, pero sorpresivamente no se dice nada. Se menciona, eso sí, que la erradicación continuará de manera que sea respetuosa con los derechos humanos y el medio ambiente, un propósito, como explicamos en la primera sección del capítulo, de difícil realización. Pero nada se dice sobre la responsabilidad de reparar daños ambientales como la deforestación resultante de la siembra de cultivos de coca y amapola, la contaminación de suelos y aguas con químicos usados en la fabricación de pasta de coca y los daños causados a la vegetación, la fauna, los suelos y el agua por las fumigaciones con glifosato. Este silencio demuestra que las implicaciones ambientales de las políticas de drogas son todavía un aspecto marginal en la discusión sobre el impacto y pertinencia de estas políticas. Un reciente informe presentado por el Estado a la secretaría del Convenio de la Diversidad Biológica señala que los cultivos ilícitos han sido una causa determinante de pérdida de biodiversidad[105] y que la discusión del tema en La Habana permitirá recuperar y gestionar mejor las áreas afectadas. Aunque este efecto sobre la biodiversidad no se ha cuantificado con precisión, se sabe que es considerable[106]. No parece que el asunto se haya discutido a profundidad. En un país megadiverso en el que existe un alto riesgo de que aumenten los conflictos motivados por los recursos naturales, incluso en caso de que lleguen a buen término los diálogos de La Habana, este silencio es preocupante[107].

En el ámbito de la reducción de la oferta también hubo acuerdo sobre la lucha contra el narcotráfico. El tercer punto del acuerdo relativo a la solución del

105 Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Quinto informe al Convenio de Diversidad Biológica* (Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014).

106 Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos-PNGIBSE* (Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible e Instituto Alexander von Humboldt, 2012).

107 PNUD y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, *Consideraciones ambientales*.

fenómeno de la producción y comercialización de narcóticos reiteró asimismo la postura prohibicionista. Se contempla, fundamentalmente, una renovación de las estrategias con que se lucha contra el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de activos y la corrupción de las instituciones vinculada con el tráfico ilegal de drogas, y también se prevén controles estatales sobre la producción, importación y comercialización de insumos y precursores químicos. En cierta forma, se acordó un giro en la política criminal contra el narcotráfico. La novedad se basa en el fortalecimiento de la presencia institucional en el territorio y de la capacidad para investigar, judicializar y sancionar los delitos asociados a la producción y comercialización de drogas ilícitas, y en el tratamiento diferenciado que se les dará a los campesinos y pobladores rurales vinculados a la explotación de cultivos de uso ilícito. Se acordó también crear un nuevo estatuto contra el lavado de activos y emprender campañas contra la corrupción para promover el rompimiento de los vínculos entre el narcotráfico y todos los sectores de la sociedad. Las FARC, además, se comprometieron a poner fin a cualquier relación que hubieran tenido con el narcotráfico, y el Gobierno, a su vez, se comprometió a promover una cumbre internacional en el seno de Naciones Unidas para "hacer una evaluación objetiva de la política de lucha contra las drogas y avanzar en la construcción de consensos en torno a los ajustes que sea necesario emprender".

El acuerdo no renuncia a la guerra contras las drogas, pero le hace algunos ajustes a la política criminal y crea espacios para ajustar algunos aspectos nocivos de la lucha contra el narcotráfico. En términos generales, el acuerdo se centrará en atacar amenazas criminales, más que en perseguir al cultivador. El trato diferenciado de los cultivadores es sin duda un aspecto positivo. La cuestión se venía debatiendo desde que el Gobierno presentó en el 2012 el proyecto del Estatuto de Drogas, que incluso contemplaba que algunos narcotraficantes que no hubieran participado de forma decisiva en el delito podrían beneficiarse del principio de oportunidad. Esta última disposición no se incluyó en el acuerdo, aunque hubiera constituido un avance importante.

Para el experto Ricardo Vargas considerar la aplicación del principio de oportunidad para cultivadores es positivo, pues de esta manera se pone el énfasis en la conducta del narcotráfico y se flexibiliza la posición con respecto a los productores y los consumidores[108]. Otro punto positivo es el compromiso,

[108] Daniel Pacheco, "Revive pulso por la dosis personal", *El Espectador*, 13 de marzo del 2012, http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/revive-pulso-dosis-personal-articulo-332022.

asumido por las FARC, de decir la verdad sobre su vinculación con el narcotráfico. Según *La Silla Vacía*, la agrupación podría revelar "información valiosa sobre rutas, sobre lavadores de activos (algunos de ellos elegantemente camuflados en la alta sociedad), sobre las alianzas con la Fuerza Pública, los empresarios y los políticos que son cómplices de los ilegales. Identificar esos 'enlaces grises' […] podría ayudar a desarticular de manera más estructural y definitiva el negocio"[109].

La insistencia en la persecución penal de los narcotraficantes y, con menor intensidad, de los cultivadores, productores y consumidores, reproduce los efectos negativos de las políticas de narcotráfico sobre los derechos humanos en el contexto del sistema penitenciario. Una de las medidas consiste, justamente, en fortalecer el sistema penal y endurecer su capacidad. Respecto al tema hay un par de vacíos que llaman la atención. Por un lado, no se dice nada sobre el control judicial y policial de los consumidores. En muchas unidades permanentes de justicia y establecimientos penitenciarios existe hacinamiento debido, en parte, a la reclusión de eslabones débiles de la cadena del narcotráfico, como consumidores y pequeños distribuidores. Dado que en el sistema penitenciario colombiano se vulneran masiva y sistemáticamente los derechos fundamentales, es indispensable discutir temas como la adopción de medidas de excarcelación y la concesión de beneficios administrativos penitenciarios para estos eslabones débiles de la cadena, cuya reclusión no afecta el tráfico. Por otra parte, no se dijo nada sobre la extradición de los jefes y cabecillas guerrilleros involucrados en el narcotráfico; probablemente esta cuestión se tratará en conexión con el tema de los derechos de las víctimas, en particular el derecho a la verdad y a la justicia.

Finalmente, llama la atención que el Gobierno se haya comprometido a promover un diálogo a nivel internacional. Este compromiso es un reflejo de una de las premisas del acuerdo: que Colombia depende de las restricciones jurídicas y políticas del derecho internacional sobre drogas. Triunfó la tesis más conservadora en relación con las posibilidades de realizar una reforma legal en materia de prohibicionismo. Considerando los antecedentes y los debates y propuestas previas a la negociación, parece que en este punto se perdió algo de voluntad política. En la sección final del texto volveremos sobre este punto, pero por ahora valga decir que esta premisa de la imposibilidad de hacer reformas unilaterales o lideradas por Colombia explica parcialmente el alcance limitado y el

[109] Juanita León y Andrés Bermúdez, "Lo bueno, lo revolucionario y lo invisible del acuerdo de drogas con las FARC", *La Silla Vacía*, 18 de mayo del 2014, http://lasillavacia.com/historia/lo-bueno-lo-revolucionario-y-lo-invisible-del-acuerdo-de-drogas-con-las-farc-47429.

carácter regresivo de varios puntos de los acuerdos en materia de erradicación, desarrollo alternativo y lucha contra el narcotráfico. En síntesis, los acuerdos sobre estos temas constituyen algunos avances en medio del prohibicionismo, pero, a juzgar por el estado actual de las cosas, se hizo poco para intentar remediar algunos de los aspectos más problemáticos de estas políticas, sobre todo su ineficacia y sus efectos negativos sobre el goce de los derechos humanos y sobre la protección ambiental.

### C. Políticas sobre el consumo

En relación con este tema el acuerdo se puede resumir en dos puntos fundamentales. Primero, el compromiso gubernamental de crear un Programa Nacional de Intervención Integral frente al Consumo de Drogas Ilícitas. El acuerdo plantea la necesidad de evaluar y replantear la política actual en lo concerniente al tratamiento que se les da a los consumidores, por medio de un proceso participativo que atienda a las diferencias territoriales y adopte un enfoque de salud pública, diferencial y de género. El Gobierno asume el compromiso de crear una instancia nacional con representantes de las autoridades que tengan competencia en el tema, instituciones científicas, centros especializados, instituciones educativas, asociaciones de padres de familia, comunidades religiosas y consumidores, con el objetivo de que esta instancia supervise el diseño y la implementación del Plan de Intervención que se busca poner en marcha. En el segundo punto, el Gobierno asume el deber de diseñar un Sistema Nacional de Atención al Consumidor de Drogas Ilícitas que adopte un enfoque territorial y contemple acciones complementarias de rehabilitación e "inserción social". Con base en el Plan Nacional de Intervención y análisis territoriales del consumo de drogas ilícitas se facultará y apoyará a las autoridades locales en la formulación y ejecución participativa de planes de acción departamentales y municipales en materia de consumo, de acuerdo con los diferentes grupos poblacionales y las particularidades de los territorios.

En suma, el acuerdo alcanzado apuesta por desarrollar políticas que busquen la prevención del consumo y que garanticen la atención integral y la inclusión social de los usuarios de drogas. De esta forma, supondría dos avances parciales en relación con el estado actual de la normatividad y las políticas públicas sobre el consumo. Por un lado, en la medida en que concluye con el compromiso de evaluar las normas que orientan las acciones del Gobierno para dotarlas de un enfoque territorial, participativo, diferencial y de género, el acuerdo abre la puerta para que la nueva política se ajuste a las recomendaciones más recientes del

Consejo Asesor de Política de Drogas[110] y responda a las necesidades en materia de atención identificadas en el *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013*[111]. Estas recomendaciones propenden por que se sustenten las políticas con evidencia científica. En tanto incentiva la participación de la comunidad científica, los centros especializados y la academia, el nuevo Plan puede adoptar ideas reiteradas en estos sectores, como la necesidad de distinguir entre distintos tipos de consumidores y distintos tipos de sustancias[112] y la de prevenir el aumento del consumo de marihuana con fines recreativos por la vía de la pedagogía[113]. Otra estrategia que se puede incorporar en el Plan es la atención para efectos producidos por drogas sintéticas, que hoy no merecen la atención del Estado aun cuando pueden adquirirse legalmente sin prescripción médica y su uso desmedido puede acarrear consecuencias graves para la salud[114].

Por otro lado, insistiendo en el cambio de un enfoque represivo por uno de salud pública y enfatizando la importancia de fortalecer las instituciones estatales con más recursos y mejor infraestructura en aras de garantizar una atención en salud adecuada, el acuerdo pretende corregir una deficiencia estructural del actual sistema. En los últimos años, la reducción de la demanda no ha recibido más del 4% del presupuesto nacional destinado al tema de las drogas[115]. Además, la mayoría de los centros de atención de pacientes con consumo problemático opera en la clandestinidad, como consecuencia de la debilidad de las instituciones estatales responsables de asegurar la calidad de los tratamientos existentes y de controlar la adecuación de las instituciones prestadoras de servicios, sean públicas, privadas o mixtas[116]. El acuerdo abre la posibilidad de que se legisle sobre los procedimientos y la metodología por medio de la cual el Estado someterá a evaluación a las instituciones que atiendan a usuarios de drogas.

110 Comisión Asesora de Política de Drogas, *Lineamientos*.

111 Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social, *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013. Informe final* (Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social, 2014), https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_unodc.pdf.

112 Comisión Asesora de Política de Drogas, *Lineamientos*; Uprimny *et al*., "Políticas frente al consumo de drogas"; y Uprimny y Guzmán, "Políticas de drogas".

113 Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social, *Estudio nacional*.

114 *Ibid*.

115 Diana Esther Guzmán Rodríguez, "Las puertas que se abren desde La Habana", *Dejusticia*, 30 de mayo del 2014, www.dejusticia.org/#!/actividad/2179.

116 Augusto Pérez Gómez, "Propuestas concretas para tratar el consumo de drogas", *Razón Pública*, 9 de octubre del 2013, www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7112-propuestas-concretas-para-tratar-el-consumo-de-drogas.html; Uprimny *et al*., "Políticas frente al consumo de drogas".

No obstante, el acuerdo presenta un vacío notable. Se trata de la mención general y poco desarrollada de la posibilidad de adoptar medidas para reducir los daños derivados del consumo entre las alternativas del nuevo Plan Nacional. Estas medidas significan un verdadero progreso en la protección de los derechos humanos de los consumidores, y por ello ya han sido implementadas con éxito en países como Holanda, Australia y Portugal. Además, en general existe un consenso respecto a que no están en contradicción con las convenciones de Naciones Unidas[117]. Entre las medidas destinadas a la reducción de daños que hubieran podido incluirse en los programas de atención a usuarios se cuentan la legalización del cultivo para uso personal, que les evita a los consumidores exponerse a sustancias de mala calidad provenientes del mercado negro; los programas de suministro de agujas y jeringas; la creación de centros controlados de consumo y la terapia de sustitución de opioides para usuarios de la heroína. Existe suficiente evidencia de la eficacia de estas estrategias y de sus beneficios, principalmente en la reducción de enfermedades y problemas de salud derivados del uso drogas de calidad deficiente[118].

Vacíos como este impiden que el acuerdo supere la contradicción entre no criminalización y prohibición del consumo, que influye en el funcionamiento desarticulado e inconsistente de las instituciones y los programas responsables de la atención a usuarios de drogas. Así mismo, impiden mitigar un efecto ampliamente documentado de las políticas, que consiste en condenar al consumidor a procurarse su consumo en el mercado negro a pesar de los riesgos que ello supone en materia de protección de los derechos a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

Aunque el nuevo Plan abre la puerta para introducir una política que distinga entre tipos de consumidores, el acuerdo no menciona la necesidad de atender los consumos no problemáticos por medio de programas de reducción de daños, y además desconoce la necesidad de introducir protocolos de tratamiento policial para consumidores que sean sorprendidos portando una cantidad de drogas que no supere la dosis de "uso personal" o "de aprovisionamiento". Se ignora que el enfoque de salud pública no es en sí mismo progresista, y que tratar al consumidor no como criminal sino como enfermo es un cambio

117 Dave Bewley-Taylor, "Hacia una revisión de las convenciones de drogas de la ONU", serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 19 (Transnational Institute, 2012); OPS, *La política de drogas*; United Nations, Comission on Narcotic Drugs, "Preventing the Transmission of HIV among Drug Abusers: A Position Paper of the United Nations System" (documento de Naciones Unidas E/CN.7/2002/CRP.5, 12 de marzo del 2002).

118 Bewley-Taylor, "Hacia una revisión"; OPS, *La política de drogas*.

que puede volverse en contra de la autonomía de los consumidores mientras no estén regulados explícitamente los procedimientos con base en los cuales ellos mismos pueden buscar apoyo en las políticas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas del Estado. Por ejemplo, el acuerdo deja intacta la Resolución 1441 del 2013 del Ministerio de Salud, que obliga a que todos los centros de tratamiento sean dirigidos por psiquiatras y sigan en sus procedimientos un modelo médico-farmacológico cuya eficacia ha sido amplia y agudamente cuestionada[119].

Por último, el acuerdo en materia de demanda y consumo de drogas permite afirmar que ni el Gobierno ni las FARC dieron pasos que se esperaba estuvieran dispuestos a dar en materia de reducción de daños y clasificación de sustancias y tipos de consumidores. Estos avances estaban incluidos, por un lado, en el proyecto de Estatuto de Drogas presentado por el Gobierno en el primer trimestre del 2013. Este texto contemplaba explícitamente la prevención en grupos vulnerables, incluso en entornos laborales y en el sistema penitenciario, y la despenalización de dosis mínimas de drogas sintéticas como el éxtasis y algunas anfetaminas. También establecía la obligación de realizar los estudios epidemiológicos de consumo con cierta periodicidad. Todos estos progresos previos quedaron eclipsados por el resultado final del acuerdo. Puede decirse que la negociación con las FARC no era un escenario idóneo ni legítimo para discutir el tema de la demanda y el consumo, pues este es un fenómeno que precede y trasciende el conflicto armado. Pero en aras de avanzar en la discusión sobre cómo reformar las políticas sobre drogas, más allá del proceso de paz, es útil situar los acuerdos en perspectiva y establecer si contribuyen o no a ese propósito de más largo aliento que es hacer la paz con las drogas. En cualquier caso, y al margen de si las FARC eran o no interlocutores legítimos para discutir la política de regulación de la demanda, en este tema los avances fueron sumamente tímidos.

## Conclusión: de la guerra a la paz con las drogas

En este documento analizamos desde una perspectiva jurídica el acuerdo sobre drogas concertado entre el Gobierno y las FARC, y argumentamos que es un paso importante pero insuficiente en pos del objetivo de cambiar el enfoque de las políticas sobre drogas y de armonizarlas con las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos y el medio ambiente. Una razón es que, pese a contener avances en algunos aspectos en los temas de

[119] Pérez Gómez, "Propuestas concretas".

regulación de la oferta y de la demanda, el acuerdo conserva posturas que se han probado problemáticas, por ejemplo, no reconocer el fracaso del enfoque prohibicionista y sus altos costos, no hacer nada por superar la contradicción entre prohibir la producción y distribución y al tiempo permitir el consumo, y pensar el consumo con una idea de salud pública estrecha y problemática que riñe con los derechos de los consumidores. La dimensión ambiental de las políticas antidrogas también es relegada a un segundo plano y se mantiene la idea de que la erradicación de los cultivos ilícitos no sólo es deseable y posible, sino que es una precondición y un medio para realizar transformaciones más amplias en temas agrarios, de ordenamiento territorial y lucha contra el crimen organizado. Estos presupuestos incidieron en que los avances de los acuerdos contrastaran con sus vacíos, ambigüedades e incluso retrocesos en la discusión general sobre la reforma de las políticas antidrogas.

Parte de la explicación de este balance tiene que ver con el triunfo de la tesis conservadora acerca de las posibilidades de reforma en medio del prohibicionismo. La mesa de negociación hizo una interpretación restringida de las convenciones de Viena. El acuerdo, explícitamente, reconoce que su alcance está limitado por el derecho internacional sobre drogas e insta al Gobierno a abrir la discusión sobre la reforma de este derecho en un eventual foro internacional. Aunque a nivel internacional se ha abierto cierto espacio para adoptar medidas regulatorias alternativas, el acuerdo con las FARC muestra que esos avances no se consideran suficientes para que Colombia dé un paso importante. El derecho fue protagonista en la negociación, al punto de ser un límite infranqueable para pensar en posturas alternativas. Pero prevaleció *cierta* interpretación de lo jurídico: una muy restringida. No obstante, hay varios argumentos jurídicos y políticos para sostener que es posible, y necesario, hacer una interpretación más flexible del derecho internacional sobre drogas. Si aún no hay voluntad de hacer la paz con las drogas, al menos es posible hacer una tregua por ahora, dado que el régimen jurídico aplicable y el contexto político internacional lo permiten.

En primera instancia, hoy hay un entorno internacional más favorable a distintas formas de regularización de la producción y el consumo de ciertas sustancias, como la marihuana, y de algunos usos de la coca. Casos como el de la legalización regularizada de la marihuana en Uruguay y en Italia, la cruzada de Bolivia en Naciones Unidas para defender el uso tradicional de la hoja de coca y las reformas de varios estados de la Unión —Alaska, Colorado, Oregon y Washington— para permitir el uso recreativo del cannabis son pruebas de que los estados pueden desafiar el régimen internacional con más posibilidades de

éxito que hace diez o veinte años. El hecho de que Estados Unidos esté entre esos "estados piratas" —como los ha denominado la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes— que han desafiado a las convenciones de las Naciones Unidas debería llamar la atención. Si es cierto que en la actualidad Colombia es menos dependiente de Estados Unidos en materia de política sobre drogas[120], este contexto nos da capital político suficiente para sumarnos a las voces que desafían el prohibicionismo con medidas y no sólo con discursos. Habrá que indagar más acerca de qué llevó a la mesa de La Habana a no aprovechar este espacio y sobre por qué el Gobierno tomó por fuera de la negociación decisiones como la de la suspensión del glifosato.

En segunda instancia, como lo han señalado varios expertos[121], Colombia tiene suficiente experiencia y experticia científica para liderar un debate regional y global con miras a revisar el régimen internacional sobre drogas. Sorprende la moderación general de los acuerdos de cara a dicho objetivo. El proceso de paz con las FARC era una oportunidad muy valiosa para consolidar ese liderazgo en el debate global, como resultado de un acuerdo de paz que ha recibido apoyos de decenas de estados y de las Naciones Unidas. No obstante, como se vio en el texto, el alcance de dicho acuerdo fue más limitado de lo esperado. Persiste el progresismo en el discurso del Gobierno, pero el conservatismo en las medidas que se atreve a tomar o acordar. No obstante, aún hay una oportunidad para profundizar e incluir temas en la reglamentación de los programas propuestos, si es que el acuerdo llega a ser refrendado.

En consonancia con lo anterior, es necesario abandonar la idea de que existe un único régimen global de interdicción de las drogas. Los estados pueden adoptar los tratados internacionales en el nivel doméstico según sus necesidades, contextos locales y sobre todo sus obligaciones internacionales y constitucionales entendidas en conjunto. Para eso existen figuras como las denuncias de los tratados, las reservas y otras. Así mismo, la primacía de una suerte de "espíritu de las convenciones de Viena" debe cuestionarse. Los tratados sobre drogas no pueden interpretarse de forma rígida y aislada. Por el contrario, deben leerse de forma íntegra y armónica con otras obligaciones internacionales de mayor jerarquía. Este es, justamente, un cuarto punto. Como lo han sostenido varias organizaciones y un amplio sector de la doctrina, los tratados sobre derechos humanos y sobre el medio ambiente son prevalentes en el orden internacional.

120 Borda, "Search".
121 Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga*; Uprimny, "Reformular la política"; Ricardo Vargas, "Drugs".

Por un lado, la protección de los derechos humanos se deriva de la Carta de las Naciones Unidas. Pero, además, principios como el de *in dubio pro homine* y el de *in dubio pro ambiente* son parámetros que se deberían usar para resolver tensiones entre las políticas sobre drogas y los regímenes de protección de los derechos humanos y del ambiente.

Finalmente, el Gobierno colombiano perdió la oportunidad de darles un espaldarazo a algunos gobiernos locales que ya vienen avanzando en verdaderos tratamientos alternativos del consumo de drogas. Por ejemplo, en Bogotá se han dispuesto los Centros de Atención Médica a Drogodependientes (Camad), que cuentan con psiquiatras, psicólogos, médicos y enfermeros. Las personas atendidas en estos centros están en situación de riesgo o exclusión social debido a su dependencia de las drogas, están vinculadas a actividades delictivas asociadas con el consumo y el expendio de drogas y padecen enfermedades mentales asociadas o derivadas del consumo problemático[122]. Otro ejemplo es el programa Cambie de intercambio de agujas y jeringas promovido por la alcaldía de Pereira para reducir los riesgos de infecciones por VIH entre jóvenes que consumen heroína. En este aspecto el régimen internacional de drogas es similar a otros regímenes internacionales, como los que se refieren al cambio climático, a la gestión del riesgo de desastres y a la atención del desplazamiento y de las solicitudes de refugio. En relación con estos regímenes los gobiernos locales han adquirido un gran protagonismo. Hoy las ciudades se posicionan como agentes decisivos del cambio, en vista de la imposibilidad de establecer acuerdos sostenibles en la escala global. De los estados depende apoyar y dar lineamientos a estas iniciativas locales y posicionarlas en el plano internacional.

En el tema del consumo se hubieran podido hacer los cambios más profundos, pero en tanto permanece en la contradicción entre no criminalizar pero sí prohibir el consumo, el acuerdo pierde una oportunidad muy valiosa para proponer una política sobre atención a los usuarios de drogas que supere los estereotipos sobre la materia y asuma una visión más realista. Un ejemplo por destacar es el tema de la reducción del daño. Aunque a nivel internacional existe cierto desacuerdo jurídico sobre qué gama de acciones de reducción de daños no contravienen directamente las obligaciones internacionales de los estados, como se dijo, el enfoque de reducción de daños y mitigación de riesgos para el consumidor se adapta legalmente al "espíritu" de los tratados sobre el control de

[122] Julián Quintero, "Los centros de atención médica a drogadictos: entre el discurso político y la acción técnica", serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 22 (Transnational Institute, 2012).

drogas[123]. En esta medida, el acuerdo hubiera podido consolidar verdaderos avances, aun dentro de los márgenes de acción que ofrecen las convenciones, de haber establecido, por ejemplo, programas de reducción de daños entre las medidas obligatorias que deben implementar las autoridades territoriales en la atención a usuarios de drogas. Igualmente, hubiera podido establecer respuestas diferenciadas para los casos de uso problemático y los de uso recreativo, de modo que descartara la posibilidad de que todos los tipos de usuarios sean tratados según el rótulo de adicción o enfermedad característico del actual enfoque de salud pública. Por último, y no había obstáculo que lo impidiera, se hubiera podido considerar la legalización de ciertos tipos de producción y reconocer el uso recreativo de algunas sustancias.

Existe soporte para ese tipo de medidas. Se puede decir que alternativas como el cultivo para uso personal se basan en la Convención de 1988. Distintas fuentes[124] afirman que el documento de comentarios de la Convención[125] abordó el asunto del consumo y producción con fines no médicos cuando hizo referencia a la posesión intencional, la compra y el cultivo de sustancias controladas para consumo. Se ha sostenido que el tratamiento punitivo recae principalmente sobre la posesión con fines de tráfico, que se distingue claramente de la posesión con fines de uso[126]. Además, distinguir los distintos tipos de usuarios y promover programas de entrega de agujas y jeringas son recomendaciones frecuentes en trabajos de expertos, e incluso son acciones implementadas por los países que han liderado cambios en la materia, como Holanda y Portugal[127].

Todos estos elementos muestran que las restricciones jurídicas y políticas, en general, no eran tan rígidas como terminó por concluir la mesa de La Habana. Faltó, en ambas partes, voluntad política para hacer verdaderas reformas y para conseguir que el proceso de paz fuera un espacio donde empezar a hacer la paz con las drogas. Primó una interpretación conservadora del derecho de drogas y de su relación con otros estándares jurídicos relevantes. En este sentido,

123 Bewley-Taylor y Jelsma, "Los límites", 9. Para un análisis detallado de los argumentos jurídicos acerca de las intervenciones concretas destinadas a la reducción de daños y las convenciones de control de drogas de Naciones Unidas veánse, entre otros, Dave Spivak, *A fourth International Convention for Drug Policy: Promoting Public Health Policies* (París: The British Institute of International and Comparative Law y Senlis Council, 2003), e I. Malkin *et al*., "Supervised Injecting Facilities and International Law", *Journal of Drug Issues* 33 (2003): 539-578.

124 Bewley-Taylor y Jelsma, "Los límites", 5; Comisión Asesora de Política de Drogas, *Lineamientos*.

125 Unodc, *E/CN.7/590. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1998).

126 N. Boister, *Penal Aspects of the* UN *Drug Conventions* (La Haya: Kluwer Law, 2001); Bewley-Taylor y Jelsma, "Los límites".

127 Bewley-Taylor, "Hacia una revisión".

Colombia dejó pasar una oportunidad valiosa para convertirse en un impulsor activo a nivel internacional de la reforma del régimen prohibicionista, y de ponerse al día en el cumplimiento de sus obligaciones en derechos humanos y en protección ambiental.

En el 2016 habrá una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas cuyo tema central será, justamente, la revisión de las políticas antidrogas y de los tratamientos hasta ahora implementados. Cada vez más voces coinciden en la inconveniencia de insistir en políticas que se han probado fracasadas e ineficaces, como la persecución penal del narcotráfico, la interdicción del consumo, las fumigaciones y, en general, los programas que pretenden acabar con los cultivos ilícitos. El acuerdo con las FARC no era el punto de llegada, pero sí puede ser un punto de partida para tomarse en serio la necesidad de revisar a fondo estas políticas de cara a dicha Asamblea General, espacio en el que Colombia podría y debería ser protagonista.

De lograrse la paz territorial que tanto han prometido los negociadores, ello puede representar un paso decisivo para hacer también la paz con las drogas y abandonar la guerra contra ellas. Pero incluso si no se firma un acuerdo, no debe perderse de vista que el proceso global de reforma del prohibicionismo ha comenzado y apunta en esa dirección. El alcance y la magnitud de la reforma dependerán del papel de países como Colombia. Además, la reparación de los derechos de las víctimas y de los daños causados al agua, los bosques, la fauna y los suelos son pasos pendientes, no sólo en el ajuste de las políticas de drogas, sino como soporte jurídico y político de la implementación de acuerdos como los de desarrollo rural, participación e incluso justicia y reparación.

## Referencias

Alviar, Helena e Isabel C. Jaramillo. *Perspectivas jurídicas para la paz*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.

Armenta, Amira y Ross Eventon. "El mercado ilícito de drogas en el contexto agrario colombiano. ¿Por qué el tema de los cultivos ilícitos es relevante para el proceso de paz?". Informe sobre políticas de drogas n.º 40, Transnational Institute, 2013.

Barret, Damon. "Reflections on Human Rights and International Drug Control". En *Governing the Global Drug Wars*. Londres: London School of Economics, 2012.

Bewley-Taylor, Dave. "Hacia una revisión de las convenciones de drogas de la ONU". Serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 19, Transnational Institute, 2012.

Bewley-Taylor, Dave y Martin Jelsma. "Los límites de la flexibilidad: las convenciones de control de drogas de la ONU". Serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 18, Transnational Institute, 2012.

Bocarejo, Diana. "Alternative Approaches to Forced Eradication: The Dilemma of Sustainability". Documento presentado en el seminario Coca at the Crossroads, Brown University, 2014.

Borda, Sandra. "The Search for a Negotiated Peace in Colombia and the Fight against Illegal Drugs". Informe para Noref, septiembre del 2013.

Boister, N. *Penal Aspects of the UN Drug Conventions*. La Haya: Kluwer Law, 2001.

Camacho, Adriana, Alejandro Gaviria y Catherine Rodríguez. "El consumo de droga en Colombia". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

Castillo, Olga, Juan Ferro y Carlos Ortiz. "Fumigación y cultivos ilícitos: los efectos contradictorios de la política de erradicación y sustitución". *Revista Javeriana* 139, n.º 692 (marzo del 2003).

Colombia, Defensoría del Pueblo. *Las fumigaciones y los derechos humanos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2002.

Colombia, Dirección Nacional de Estupefacientes y Ministerio de la Protección Social. *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia, 2008*. Bogotá: Dirección Nacional de Estupefacientes y Ministerio de la Protección Social, 2008. http://es.scribd.com/doc/19901527/informe-colombia-drogas.

Colombia, Ministerio del Medio Ambiente. *Medio ambiente, cultivos ilícitos y desarrollo alternativo. Memorias*. Bogotá: Ministerio de Medio Ambiente, 2000.

Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus Servicios Ecosistémicos-PNGIBSE*. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible e Instituto Alexander von Humboldt, 2012.

Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Quinto informe al Convenio de Diversidad Biológica*. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014.

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social. *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Colombia 2013. Informe final*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio de Salud y Protección Social, 2014. https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_unodc.pdf.

Colombia, Ministerio del Medio Ambiente y Departamento Nacional de Planeación. *Política de bosques*. Documento Conpes n.º 2834. Bogotá: DNP, 1996.

Comisión Asesora de Política de Drogas. *Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas*. Bogotá: 2013. www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/politDrogas/Lineamientos5318-CA.pdf.

Comisión Científica Ecuatoriana. *El sistema de aspersiones aéreas del Plan Colombia y sus impactos sobre el ecosistema y la salud en la frontera ecuatoriana*. Quito: 2007.

Dávalos, Liliana, Adriana Bejarano, Mark A. Hall, Leonardo Correa, Angelique Corthals y Óscar Espejo. "Forests and Drugs: Coca-Driven Deforestation in Tropical Biodiversity Hotspots". *Environmental Science and Technology* 45, n.º 4 (2011): 1219-1227.

De Rementería, Ibán. "Utilidad económica y ecológica de los cultivos ilícitos en el oriente de Colombia". En *Amazonia colombiana, imaginarios y realidades*, editado por Juan Álvaro Echeverri y Catalina Pérez Niño. Bogotá: Imani y Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, 2011.

García, Mary. "El Plan Colombia: las fumigaciones aéreas son un atentado a la salud pública y ambiental de los colombianos. Algunas aproximaciones". En *El Plan Colombia y la intensificación de la guerra*, compilado por Jairo Estrada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

García, Mary y Nubia Mejía. "El impacto de las fumigaciones aéreas". En *Plan Colombia: ensayos críticos*, editado por Jairo Estrada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Gaviria, Alejandro y Daniel Mejía, eds. *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

Guzmán Rodríguez, Diana Esther. "Las puertas que se abren desde La Habana". *Dejusticia*, 30 de mayo del 2014. www.dejusticia.org/#!/actividad/2179.

Guzmán Rodríguez, Diana Esther. "Menos cárcel, más salud". *Dejusticia*, 29 de mayo del 2014. www.dejusticia.org/#!/actividad/2178.

Guzmán, Diana y Rodrigo Uprimny. "La prohibición como retroceso. La dosis personal en Colombia". Serie Reforma Legislativa en Materia de Drogas, n.º 4, TNI y WOLA, 2010.

Hulsman, Louk. "The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies". *Israel Law Review* 25 (1991).

Iturralde, Manuel y Libardo Ariza. "El tratamiento penal del narcotráfico y delitos conexos". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

Jaramillo, Sergio. "The Transition in Colombia and the Process to Build a Territorial Peace". Conferencia en pronunciada en Harvard University, Cambridge, Ma., 2014. https://www.youtube.com/watch?v=8fvjib1xT5o.

Jelsma, Martin. "El retiro de la prohibición de la masticación de la coca. Propuesta de Bolivia para modificar la Convención Única de 1961". Serie Reforma Legislativa en Materia de Drogas, n.º 11, Transnational Institute, 2011.

Larreamendy, Jorge y María Fernanda Vence. "La demanda como drama: la prevención y el tratamiento del uso de drogas en Colombia". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

Lemaitre, Julieta. *La participación directa y los acuerdos de paz. Entre el buen gobierno, la escucha atenta y el poder del pueblo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.

Lemaitre, Julieta y Mauricio Albarracín. "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre consumo de drogas ilícitas en Colombia". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

León, Tomás, Javier Burgos, Catalina Toro, César Luengas, Claudia Natalia Ruiz y Claudia Patricia Romero. *Observaciones al "Estudio de los efectos del programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente"*.

Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e Instituto de Estudios Ambientales, 2005.

Malkin, I. *et al.* "Supervised Injecting Facilities and International Law". *Journal of Drug Issues* 33 (2003): 539-578.

Mejía, Daniel. "Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

Mejía, Daniel y Adriana Camacho. "Consecuencias de la aspersión aérea en la salud: evidencia desde el caso colombiano". En *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia*, compilado por Ana María Ibáñez, Adriana Camacho, María Alejandra Arias, Daniel Mejía y Catherine Rodríguez. Bogotá: Universidad de los Andes, 2014.

Mejía, Daniel y Daniel Rico. "La microeconomía de la producción y el tráfico de cocaína en Colombia". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

Mejía, Daniel, María José Uribe y Ana María Ibáñez. *Una evaluación del Plan de Consolidación Integral de la Macarena (PCIM)*. Bogotá: Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, 2011.

Nadelman, Ethan. "Thinking Seriously about Alternatives to Drug Prohibition". *Daedalus* 121, n.º 3 (verano de 1992): 85-132.

Nivia, Elsa. "Las fumigaciones aéreas sobre cultivos ilícitos sí son peligrosas. Algunas aproximaciones". En *El Plan Colombia y la intensificación de la guerra*, compilado por Jairo Estrada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc). *E/CN.7/590. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988*. Nueva York: ONU, 1998.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc). *Informe mundial sobre las drogas, 2013*. Viena: Unodc, 2013.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc). *Colombia. Monitoreo de cultivos de Coca 2013*. Unodc y Gobierno de Colombia, 2014.

Organización Panamericana de Salud (OPS). *La política de drogas y el bien público.* Washington, D. C.: OPS, 2010. www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/planesnacionales/docs/La%20politica%20de%20drogas%20y%20el%20bien%20publico.pdf.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Colombia rural. Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011*. Bogotá: PNUD, 2011.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "ONU y Universidad Nacional concluyen foro sobre la solución al problema de las drogas ilícitas en San José del Guaviare". 2014. www.unodc.org/colombia/es/press/octubre/balanceforospnud.html.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Consideraciones ambientales para la construcción de una paz territorial estable, duradera y sostenible en Colombia. Insumos para la discusión*. Bogotá: 2014.

Puentes, Astrid. "Fumigando la democracia". *Mama Coca*, octubre del 2004. http://www.mamacoca.org/Octubre2004/doc/Fumigando_la_democracia.htm#_ftnref1.

Quimbayo, Germán. "Cultivos de uso ilícito y ecocidio. ¿Es realmente el cultivo ilícito el principal responsable del daño ecosistémico en Colombia?". Informe sobre políticas de drogas n.º 28, Transnational Institute, 2008.

Quintero, Julián. "Los centros de atención médica a drogadictos: entre el discurso político y la acción técnica". Serie Reformas Legislativas en Materia de Drogas, n.º 22, Transnational Institute, 2012.

Room, Robi, ed. *Roadmaps to Reforming the UN Drug Conventions*. Oxford: Beckley Foundation, 2012. http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/roadmaps_to_reform.pdf

Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (Simci). *Cultivos de coca. Estadísticas municipales. Censo 31 de diciembre de 2011*. Bogotá: Unodc, 2012.

Spivak, Dave. *A Fourth International Convention for Drug Policy: Promoting Public Health Policies*. París: British Institute of International and Comparative Law y Senlis Council, 2003.

Thoumi, Francisco. "Sueños de reforma de las políticas contra las drogas y del régimen internacional de control de drogas". Documento de política n.º 37, Fescol, Bogotá, 2011.

Thoumi, Francisco y Carolina Navarrete. *Drogas ilegales y derechos humanos de campesinos y comunidades indígenas: el caso de Colombia.* Serie Políticas Sociales, n.º 15. París: Unesco, 2005.

Tenthoff, Mortiz. "El Urabá: donde el desarrollo alternativo se confunde con intereses económicos y la reinserción del paramilitarismo". Informe sobre políticas de drogas n.º 27, Transnational Institute, 2008.

Transnational Institute. "Al calor del debate. Fumigaciones y conflicto en Colombia". Documento de debate, serie Drogas y Conflicto, n.º 2, Ámsterdam, 2001.

United Nations, Comission on Narcotic Drugs. "Preventing the Transmission of HIV among Drug Abusers: A Position Paper of the United Nations System". Documento E/CN.7/2002/CRP.5, 12 de marzo del 2002.

United Nations Environment Programme. *From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment.* Nairobi: United Nations Environment Programme, 2009.

Uprimny, Rodrigo y Diana Guzmán. "Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia". En *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, compilado por Pien Metaal y Coletta Youngers. Ámsterdam y Washington, D. C.: WOLA y TNI, 2010.

Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán y Jorge Parra. "Diálogos de paz y drogas: posibilidades en medio y más allá del prohibicionismo". *Foro* 78 (noviembre del 2012).

Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán y Jorge Parra. *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina.* Bogotá: Dejusticia, 2012.

Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán, Jorge Parra y Carolina Bernal. "Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia". En *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, editado por Catalina Pérez y Coletta Youngers. México D. F.: Smile, 2014. www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.628.pdf.

Vargas, Ricardo. "Cultivos ilícitos, conflicto y proceso de paz". En *Plan Colombia: ensayos críticos*, editado por Jairo Estrada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

Vargas, Ricardo. "Fumigaciones y política de drogas en Colombia: ¿fin del círculo vicioso o un fracaso estratégico?". En *Guerra, sociedad y medio ambiente*, compilado por Martha Cárdenas y Manuel Rodríguez. Bogotá: Foro Nacional Ambiental, 2004.

Vargas, Ricardo. "La economía ilegal de las drogas en Colombia: ¿un escenario confuso?". En *Amazonia colombiana, imaginarios y realidade*s, editado por Juan Álvaro Echeverri y Catalina Pérez Niño. Bogotá: Imani y Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, 2011.

Vargas, Ricardo. "USAID's Alternative Development Policy in Colombia. A Critical Analysis". Serie Drug Policy Briefing, n.º 38, Transnational Institute, octubre del 2011.

Vargas, Ricardo. "Drugs and the Peace Process in Colombia". Informe de política, Noref, noviembre del 2012.

Zorro, Carlos. "Políticas de desarrollo alternativo en Colombia (1982-2010)". En Gaviria y Mejía, *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*.

# LA PARTICIPACIÓN DIRECTA Y LOS ACUERDOS DE PAZ: ENTRE EL BUEN GOBIERNO, LA ESCUCHA ATENTA Y EL PODER DEL PUEBLO

Julieta Lemaitre Ripoll*

La participación política tiene un lugar central en las negociaciones de paz del Gobierno nacional con las FARC, y lo tendría en la paz que puede derivarse de ellas. Desde el inicio se incluyó en la agenda de discusión el tema de los mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa. Si bien el grueso de la discusión, y de los acuerdos, parece girar en torno a las garantías para la oposición y las formas de la democracia representativa, la participación directa aparece una y otra vez. Aparte de la mención obligada en el segundo punto en discusión (participación), el tema se convierte en un eje que une los demás puntos y pretende anticiparse a los posibles conflictos entre el Gobierno y la ciudadanía en la toma de decisiones sobre asuntos potencialmente conflictivos, por ejemplo, la forma en que se adelantará la sustitución de cultivos ilícitos. El constante recurso a la participación directa conduce a una pregunta obligada para los interesados en el tema: ¿de qué tipo de participación están hablando?, ¿será la misma la participación directa que propone la guerrilla la que se imagina el Gobierno?

Como en las negociaciones, la participación ciudadana aparece una y otra vez en el texto constitucional y en numerosas normas de derecho público. La participación es tanto un principio rector de la Constitución de 1991 como parte del contenido específico de numerosos artículos constitucionales. Su desarrollo legislativo y jurisprudencial y su creciente presencia en las políticas públicas dan cuenta de la primacía legal de un concepto de participación directa que se entiende como el derecho a ser escuchados en las decisiones que nos atañen. Sin embargo, hay otros conceptos de participación que influyen en la interpretación del texto constitucional y en las expectativas ciudadanas. Este capítulo explora tres conceptos distintos de participación ciudadana y las tensiones entre

* Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. La autora agradece a Helena Alviar e Isabel C. Jaramillo la revisión editorial de este texto, así como a Guillermo Otálora, Juan Camilo Rivera y Juliana Vargas por su ayuda en diversas etapas de la investigación. También le agradece a René Urueña su generosa explicación del sistema del *rulemaking* en el derecho administrativo norteamericano. Los errores que permanezcan en el texto son, por supuesto, responsabilidad exclusiva de la autora.

ellos, sostiene que estas tensiones pueden obstaculizar la comunicación entre el Gobierno y la insurgencia y sugiere formas de superar estas tensiones.

Las tensiones surgen de la diferencia entre los conceptos de participación directa como mera escucha de las propuestas ciudadanas y como toma efectiva de decisiones por parte de los ciudadanos. Lo cierto es que la toma directa de decisiones es la forma excepcional de la participación ciudadana en el actual sistema legal, y la regla es la participación ciudadana consultiva. En la práctica, sin embargo, hay frecuentes conflictos entre las autoridades y los ciudadanos cuando estos descubren que la escucha de las propuestas ciudadanas no obsta para que las autoridades conserven su discrecionalidad a la hora de tomar decisiones, e incluso para que las decisiones sean contrarias a los deseos expresados por la ciudadanía. La obligación de disponer espacios participativos es, en principio, una mera obligación de escuchar o de consultar, no de obedecer la voluntad popular. Existen mecanismos, como el referendo, que sí implican la obligación de obedecer la voluntad de la ciudadanía expresada de forma directa a través del voto, pero son la excepción.

Que la participación directa se plantee como una mera consulta no compromete su relevancia en la vida cotidiana de la Administración pública. De hecho, en la práctica es cada vez más influyente el concepto de participación como una herramienta de "buen gobierno", útil para el fortalecimiento de la Administración pública y de su transparencia. Por ello se encuentran referencias constantes a la participación en los documentos de políticas públicas, y las diversas instancias administrativas disponen múltiples espacios de participación, sin aclarar que se trata de actividades meramente consultivas, o incluso, como se dice coloquialmente, de "socializaciones" de una política pública o de un reglamento determinado.

Sin embargo, es importante aclarar que en la tradición de la izquierda radical en que se inscriben las FARC existe una tradición de educación popular y de organización de base que reclama un mayor poder para las personas comunes, y que ejerce este poder por medio de la toma de decisiones en asambleas populares. Se trata de un poder bastante mayor del que usualmente permiten los esquemas de participación entendidos como herramientas de buen gobierno o gobernanza, como los llamaré en adelante. Y en esta tradición de movilización de las bases la misma organización de base se llama participación, y sus órganos y comités esperan ser decisorios antes que consultivos, con la ilusión del "poder popular". Este tipo de participación directa tiene también raíces importantes

en el contexto local, en la crítica de las izquierdas radicales a la democracia representativa y en los diversos experimentos comunistas y socialistas que les entregaron a comités ciudadanos la facultad de decidir.

Esta diferencia hace pensar que es posible que surjan tensiones entre ambos conceptos de participación. Lo cierto es que el texto constitucional, y su interpretación, permiten ambas formas de participación directa, la decisoria y la consultiva. Además, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales proponen un tercer concepto de participación, esta vez como un derecho expresivo, por el cual la escucha conlleva la responsabilidad de dar respuesta. Este tercer concepto puede, sugiero, mediar entre diversos modelos y propósitos de la democracia directa, con base en el texto de la Constitución de 1991.

Con el fin de explorar las mencionadas tensiones y la forma como el derecho puede mediar entre ellas, este capítulo, en primer lugar, señala la relevancia de la discusión sobre la participación directa en el proceso de paz. En segundo lugar, explica la concepción de la participación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En tercer lugar, presenta tres conceptos distintos de participación directa, y así muestra que *participación* no es un término unívoco. Por último, formula algunas sugerencias sobre cómo, desde el derecho, sortear las tensiones que surjan entre los conceptos.

## I. La participación directa en el proceso de paz con las FARC

La comprensión de las tensiones entre diversas prácticas y conceptos de participación ciudadana puede facilitar el diálogo entre los representantes del Gobierno y los de las FARC. Podemos suponer que la discusión abocará a un enfrentamiento entre visiones de la participación directa, según les den a los ciudadanos más o menos poder para decidir. Al parecer, esta discusión hasta ahora no se ha dado, y probablemente no se dará hasta la implementación de los acuerdos, de llegarse a esta instancia. La agenda establecida por el "Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", firmado entre el Gobierno nacional y las FARC el 26 de agosto del 2012, establece como segundo punto la participación política. Este punto, a su vez, comprende, como segundo numeral de discusión, los "mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas".

Es difícil dar un concepto sobre lo acordado hasta este momento (junio del 2015) en La Habana entre el Gobierno nacional y las FARC. En primer lugar,

porque desde el inicio de las conversaciones se dijo que "nada está acordado hasta que todo esté acordado". Lo que se sabe hoy sobre los acuerdos puede ser provisional. En segundo lugar, porque los acuerdos publicados en la prensa y difundidos por el Gobierno son bastante generales, y su implementación puede realizarse por medio de diversos diseños institucionales, sin que por ello se modifique lo acordado. Sin embargo, es posible aventurar unas reflexiones a partir de lo que hasta ahora se ha hecho público.

El grueso del acuerdo publicado sobre el segundo numeral de la agenda, que concierne a la participación, se refiere a las garantías para la oposición, en especial en materia de acceso a los medios, seguridad y representación. El acuerdo menciona también, en diversas ocasiones, el fortalecimiento de las "organizaciones y movimientos sociales" —aunque no define qué se entiende por tales— y el mejoramiento de "los espacios de participación para que ese ejercicio de participación ciudadana tenga incidencia y sea efectivo"[1]. Contempla la elaboración de un proyecto de ley con este objeto, que debe conducir a una "ley de garantías y promoción de la participación ciudadana y de otras actividades que puedan realizar las organizaciones y movimientos sociales"; y precisa que en la elaboración de este proyecto participarán las organizaciones y movimientos sociales más representativos. El acuerdo incluye asimismo un conjunto de acciones para fortalecer dichas organizaciones y movimientos sociales y mejorar los espacios de participación, que comprenden la creación de un registro, la asistencia legal y técnica, el intercambio de experiencias exitosas, la financiación de proyectos, la promoción de redes y el diseño de metodologías y otros recursos[2]. Además, el documento menciona la existencia de un acuerdo para revisar la participación en la planeación y fortalecer "los diseños institucionales

1 Mesa de Conversaciones, "Segundo informe conjunto de la mesa de conversaciones de paz entre el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), sobre el punto 2 de la agenda del Acuerdo General de La Habana, 'Participación política'" (8 de diciembre del 2013), 1.

2 *Ibid*., 4. El texto contempla también el "acceso a mecanismos de difusión para hacer visible la labor y la opinión de las organizaciones y movimientos sociales; en las instancias de participación ciudadana se ampliará y garantizará la representatividad de las organizaciones y los movimientos sociales; diseñar metodologías que contribuyan a la efectividad e incidencia de las instancias de participación e interlocución; poner en marcha instancias de seguimiento y verificación del cumplimiento por parte de las autoridades de las obligaciones, compromisos y garantías, en cuanto al establecimiento, funcionamiento y eficacia de los espacios de participación ciudadana; crear una herramienta que permita valorar, hacer visible e incentivar la gestión de las autoridades públicas, con respecto a la participación de las organizaciones y movimientos sociales; se garantizará el intercambio de experiencias exitosas de participación ciudadana entre las organizaciones sociales y las autoridades", e igualmente "la construcción de agendas de trabajo locales, municipales, departamentales y nacionales […] que permitan la atención temprana de las peticiones y propuestas de los diferentes sectores".

y la metodología"; sin embargo, el único diseño institucional concreto presente es el de los presupuestos participativos en el nivel local[3].

La participación directa se entiende de manera similar en los otros acuerdos que se han dado a conocer. Por ejemplo, la declaración conjunta de principios para la discusión del quinto punto de la agenda, sobre las víctimas, con fecha del 7 de junio del 2014, dice que es necesaria la participación de las víctimas "por diferentes medios y en diferentes momentos". El comunicado n.º 36, publicado el 16 de mayo del 2014 de forma conjunta por el Gobierno y las FARC, informa que han llegado a unos acuerdos sobre el punto tres, "solución al problema de drogas ilícitas". Este comunicado considera la participación ciudadana un aspecto fundamental de la solución del problema y afirma que la política que se ocupe del tema "debe tener un enfoque territorial basado en la participación ciudadana"[4]. Menciona específicamente que, en lo que se refiere a la sustitución de cultivos, la política se desarrollará con participación de la comunidad y se conformarán unas asambleas comunitarias cuyas propuestas serán la base de los planes municipales de sustitución de cultivos[5].

¿Cómo se van a implementar estos acuerdos?, ¿qué conceptos de participación serán la base de las propuestas del Gobierno y de las propuestas de las FARC? Es razonable suponer que existe un potencial conflicto entre las partes, que han promovido conceptos distintos de participación: el presente gobierno le ha dado protagonismo a una participación entendida como una herramienta de buen gobierno, en la que se consulta a los interesados pero no se les entrega el poder de confrontar al Estado ni el de tomar decisiones. Se trata de espacios técnicos en que los ciudadanos auxilian al Gobierno brindándole información sobre sus preferencias e intereses y sobre las dinámicas locales. Esta práctica da pie a confusiones, pues los líderes populares con frecuencia tienen diferentes expectativas respecto del proceso participativo, y a frustraciones en la interlocución entre los funcionarios y los líderes de base[6].

3 *Ibid*., 8.

4 Dice que la sustitución de cultivos se llevará a cabo por medio de un programa que "requiere la más amplia participación de las comunidades, incluyendo las directamente involucradas con el cultivo, para formular, ejecutar y hacer seguimiento a los Planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo, mediante un proceso de planeación participativa".

5 El texto del acuerdo está disponible en "Comunicado Conjunto # 36", *El Tiempo*, 16 de mayo del 2014, www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/comunicado-sobre-el-acuerdo-sobre-cultivos-ilicitos-/13998996.

6 Para una descripción de estos encuentros, en el caso específico de la reglamentación de la ley de víctimas, véase Julieta Lemaitre, "Diálogo sin debate: la participación ciudadana en los decretos de la Ley de Víctimas", *Revista de Derecho Público*, n.º 31 (2013): 1-37.

Estas tensiones surgen de la diferencia entre una participación entendida como herramienta de buen gobierno y un concepto de participación tradicionalmente asociado a la izquierda radical, que se fundamenta en un traslado del poder de decisión a los espacios de participación directa. Estos son espacios con poder ciudadano, y lo son también de visibilización de las contradicciones inherentes a los intereses de los diversos grupos sociales. Es decir, son espacios intensamente políticos, y no espacios técnicos; espacios donde disputan los grupos y líderes conforme a una concepción de la política como confrontación entre enemigos de clase que, sin recurrir a las armas, son irreconciliables.

Por supuesto, el planteamiento de este posible conflicto entre visiones requiere un esfuerzo de imaginación para atribuirles a las FARC una propuesta sobre lo que puede ser la participación directa de la ciudadanía. Es cierto que las FARC, en ciertas épocas, han controlado territorios y poblaciones, y que, en esa medida, algunos frentes han asumido funciones de gobierno. Pero, primero, se sabe muy poco sobre las formas estatales adoptadas por la guerrilla, más allá del cobro ilegal de impuestos, los juicios populares, los manuales de convivencia y el reclutamiento forzado. Por lo demás, lo poco que se sabe sucede en la guerra, por lo tanto se trata de circunstancias excepcionales, que no prefiguran la propuesta de la guerrilla sobre las formas del gobierno legítimo una vez superado el conflicto armado. En consecuencia, este capítulo es altamente especulativo, y asume que las formas políticas propuestas por la izquierda radical en América Latina son las que las FARC anhela. Si lo son, hay claras tensiones entre esa participación directa propuesta por la izquierda radical y el concepto del actual gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018), e incluso de sus predecesores.

Es importante advertir que estas diferencias de conceptos no tienen que resultar en desacuerdos sin solución entre el Gobierno y una izquierda radical desmovilizada. De hecho, el texto constitucional, y la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional del derecho a participar, permiten una enorme variedad de experimentación institucional respecto de los mecanismos de democracia directa, y esta variedad incluye tanto los modelos de "buen gobierno" (o gobernanza) como los de movilización popular contestataria[7]. El reto de los acuerdos de paz será permitir una suficiente diversidad y favorecer la experimentación institucional territorial, para que puedan convivir ambos conceptos. El derecho vigente, en tanto no excluye ni la participación como herramienta de gobierno ni

7 Un estudio extenso de la forma como el derecho permite la experimentación institucional puede encontrarse en Roberto Unger, *Democracy Realized* (Londres: Verso, 1998).

la participación como movilización popular, permite llegar a este tipo de acuerdos. A continuación se examina la jurisprudencia sobre participación directa, para demostrar esta flexibilidad del texto y de la interpretación constitucionales.

## II. Aporte jurídico: el derecho a la participación en la Constitución de 1991

Uno de los propósitos que orientaron la redacción de la Constitución de 1991 fue adoptar procedimientos que hicieran más participativa y directa la democracia. El texto constitucional establece de forma expresa diversos mecanismos de participación directa. Está, en primer lugar, el listado del artículo 103, que enuncia una serie de formas en las que la participación directa es generalmente decisoria. Se trata, generalmente, de casos en que las autoridades convocan a la ciudadanía —plebiscito, referendo, consulta popular— o la ciudadanía se convoca ella misma —cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato—. Todas estas formas de participación directa, salvo el cabildo abierto y la iniciativa legislativa, implican una votación cuyo resultado es obligatorio. El cabildo abierto se corresponde mejor con lo que usualmente sucede en los espacios llamados participativos en la administración pública, a saber, que las autoridades —en este caso el concejo municipal— escuchan a la ciudadanía. La iniciativa legislativa, por su parte, es una propuesta de ley que, previa recolección de firmas, la ciudadanía le presenta al Congreso para que este debata y vote sobre la propuesta. Tampoco es decisoria, por supuesto.

Aparte de estas formas de participación directa, la Constitución hace un llamado a la participación ciudadana en los servicios de salud (artículo 49) y educación (artículo 68), en las asociaciones comunales (artículo 38) y en la planeación de la economía (artículos 342 y 340). Además, como lo ha indicado la Corte Constitucional[8], la participación democrática permea la comprensión de la vida política y social de las personas, e incluso de las relaciones en el ámbito privado, que informa la Constitución. La Corte también ha enfatizado que el listado de procedimientos de participación directa de la Constitución no es taxativo, y que, en especial tratándose de los mecanismos que no son decisorios, como el caso específico de las veedurías ciudadanas, pueden surgir múltiples procedimientos nuevos.

[8] Véase, en especial, Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-089 del 3 de marzo de 1994 (magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Si bien la Constitución Política tiene en la participación un principio rector, esta adopción no la vincula a un solo concepto de participación. Permite, sin duda, un desarrollo vigoroso de la participación ciudadana, en la tradición de la autodeterminación del pueblo de Rousseau, ya que el artículo 3.º dice de manera explícita que "la soberanía reside exclusivamente en el pueblo" y que "el pueblo la ejerce *en forma directa* o por medio de sus representantes" (énfasis añadido). No obstante, cuando se trata del diseño institucional que ha de materializar esta soberanía, en la doctrina, es decir, en los comentarios de los especialistas en derecho público, la lista del artículo 103, ya mencionada, se considera restrictiva. Esta es una interpretación que la Corte Constitucional no comparte. En cambio, el tribunal ha reiterado que los espacios de participación directa no se limitan a los del artículo 103. Lo ha dicho de forma general cuando ha explicado que el derecho a la participación es de ampliación progresiva[9] y se irradia a todos los campos de la vida[10]. Además, la Corte ha afirmado la relevancia de una participación robusta como derecho y deber de los ciudadanos en las declaratorias de constitucionalidad de las leyes estatutarias que han reglamentado los mecanismos directos de participación[11], las juntas de acción comunal[12] y las veedurías ciudadanas[13], y asimismo en la sentencia que declaró la exequilibilidad de la ley que reglamentó el voto programático[14]. También ha defendido el derecho de los padres de familia a participar en las decisiones de los planteles educativos[15], el derecho de petición como parte de la participación ciudadana[16] y el derecho de los vendedores ambulantes[17] a participar en la elaboración de las políticas públicas que los afectan. A esto se le suma una extensa jurisprudencia en materia de consulta previa a favor de los pueblos afrocolombianos e indígenas[18].

9 Colombia, Corte Constitucional, sentencias SU-747 del 2 de diciembre de 1998 (magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-1338 del 4 de octubre del 2000 (magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger).

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994 (magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara).

11 *Ibid.*

12 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-580 del 6 de junio del 2001 (magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández).

13 Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-1338 del 4 de octubre del 2000 y C-292 del 8 de abril del 2003 (magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett).

14 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-179 del 12 de marzo del 2002 (magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra).

15 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-143 del 5 de marzo de 1999 (magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz).

16 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-596 del 1.º de agosto del 2002 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza).

17 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-772 del 4 de septiembre del 2003 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

La Corte ha expresado en diversos ámbitos que en Colombia el derecho a participar les garantiza a los ciudadanos intervenir en las decisiones que los afectan, y hacerlo en formas no contempladas entre los mecanismos de participación directa y representativa del texto constitucional. Esta precisión implica que, dentro del marco de la Constitución, sea posible experimentar con diferentes formas de participación directa de los ciudadanos. Sin embargo, debe aclararse que el derecho a participar, en principio, no está contemplado en la legislación y la institucionalidad actual como un derecho a decidir, sino a ser escuchado.

Son pocos los espacios decisorios de la participación directa, en especial porque la Ley Estatutaria 134 de 1994, que estableció las formas de la democracia participativa, lo hizo ateniéndose a la lista del artículo 103 constitucional. Estas formas son: la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular en los órdenes nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto. La mencionada ley fue considerada en su momento restrictiva, pues limitó las posibilidades institucionales de la democracia directa a la lista del artículo 103[19].

La ley nueva estatutaria de participación, Ley 1757 del 2015, que reemplazó a la Ley 134 de 1994, amplía las formas de participación, pero lo hace sólo para mejorar la transparencia de la administración pública y no para fortalecer el ejercicio directo de la democracia con nuevas instituciones que admitan la toma directa de decisiones. El Gobierno, en todo caso, ha dicho que la ley estatutaria no derogará la Ley 134 de 1994, a pesar de que esta ha sido criticada por ser restrictiva en lo relativo a los mecanismos de participación y a los requisitos que se deben satisfacer para convocar las diversas instancias de participación directa[20]. La nueva ley estatutaria, básicamente, flexibiliza algunos requisitos de la revocatoria del mandato e incluye algunas nuevas instituciones de participación, en el espíritu del proyecto que Santos caracteriza como un "buen gobierno". Es decir, se trata de la participación entendida como procedimientos que permiten gobernar mejor, pero no como procedimientos para trasladarle el gobierno al

18 Gloria Amparo Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas de Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014) y César Rodríguez Garavito, "Ethnici. gov: Global Governance, Indigenous Peoples and the Right to Prior Consultation", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18, 1.

19 Fabio E. Velázquez, "El proyecto de ley estatutaria de participación: una propuesta que se queda a mitad de camino", *Viva la Ciudadanía*, febrero del 2012, www.viva.org.co/cajavirtual/svc0291/articulo03.html; Fabio E. Velázquez, "Una nueva ley estatutaria de participación", *Razón Pública*, www.razonpublica.com/index.php/recomendado/2359-una-nueva-ley-estatutaria-de-participacion.html.

20 Velázquez, "El proyecto de ley" y "Una nueva ley".

ciudadano de a pie. Las nuevas instancias de participación se enfocan en mejorar la administración pública recurriendo a la fiscalización ciudadana, por ejemplo, mediante la rendición de cuentas, las veedurías ciudadanas y el llamado control social. La ley, además, crea una institucionalidad y pone recursos al servicio de estas figuras[21]. El proyecto fue inicialmente presentado por el gobierno de Juan Manuel Santos como parte del paquete normativo de su Plan de Desarrollo 2010-2014, en el que la participación es fundamental para el "buen gobierno". En el espíritu del "buen gobierno", la ley establece mecanismos más exigentes para realizar la rendición de cuentas y asegurar la transparencia administrativa, y le da una estructura legal a la elaboración participativa del presupuesto. Incluso describe como una forma de participación las alianzas entre los sectores público y privado destinadas a trabajar por fines propios del Estado —las alianzas para la prosperidad—. En suma, la ley es más amplia que la Ley 134, pero se restringe al modelo de la participación como buen gobierno; deja de lado, en gran medida, la propuesta de entender la participación como movilización social y no es la ley de garantías mencionada en los acuerdos con las FARC. Sin embargo, sí menciona la existencia de fondos destinados al apoyo de la participación ciudadana, sin amarrarlos a una forma participativa en particular y dejando abierta la puerta para la financiación de modalidades de participación adicionales a las descritas en la Constitución y la ley.

La acotación del contenido de la ley estatutaria de participación depende más de decisiones políticas que del texto constitucional o de su interpretación por parte de la Corte Constitucional. De hecho, la interpretación de la Corte sí limita instancias de participación en que los ciudadanos toman decisiones, por oposición a aquellas en las que son escuchados, pero lo hace por considerar que sobre la toma directa de decisiones recae una exigencia de desarrollo normativo que no recae sobre la participación consultiva[22]. Así, la Corte diferencia dos momentos de la democracia participativa: la toma de decisiones, "altamente institucionalizada", y el control del poder público, que está "sujeto a la dinámica social"[23]. Además, justifica el aumento de los espacios participativos en la Constitución de 1991 como un recurso para legitimar la creciente actividad estatal; este

21 Colombia, Congreso de la República, "Informe de conciliación al proyecto de Ley Estatutaria número 227 de 2012 Senado 134 de 2011, Cámara Acumulado con el 133 de 2011", *Gaceta del Congreso*, 12 de junio del 2012.

22 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-747 del 2 de diciembre de 1998 (magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz). Véase Francisco Gutiérrez-Sanín, *Participación ciudadana y pobreza en Colombia* (Bogotá: DNP, 2007), un detallado análisis que muestra que la democracia participativa en Colombia es consultiva y no decisoria.

23 Sentencia C-292 del 8 de abril del 2003.

aumento constituye un eco de la tendencia mundial a incrementar los mecanismos de participación a partir de la capacidad regulatoria de las agencias estatales[24].

A pesar de limitar los espacios participativos decisorios a los reglamentados por ley, y de señalar que deben estar altamente institucionalizados, la Corte le da un alto contenido simbólico a la participación y a la defensa de derechos y principios democráticos en general. La participación es parte esencial de los derechos y la democracia, y quizá el derecho fundamental, porque les permite a los ciudadanos expresar sus necesidades, deseos e intereses, y a la comunidad política deliberar sobre cuándo se trata de verdaderos derechos exigibles. Es el derecho "madre", el que les permite a las personas tener voz en una democracia, y sin el cual no hay democracia[25].

Aun así, la Corte es reacia a darle poder decisorio a estas instancias menos regladas, pues considera que el principio de la participación es el "interés general" y que a menudo estas son instancias de expresión de los intereses privados[26]. Queda claro, entonces, que el derecho a la participación se da para la Corte en el contexto de un Estado que escucha. Una escucha cuyo valor es fuertemente simbólico, ya que, en todo caso, las autoridades conservan el poder de decidir de "manera autónoma" y en aras de proteger el "interés general". En este sentido la participación, aun extendida a escenarios distintos de los previstos en el artículo 103 de la Constitución, no es *per se* un derecho a decidir. La decisión corresponde a las autoridades, a quienes igualmente corresponde escuchar a los ciudadanos.

Pero también es claro que la flexibilidad del derecho a la participación permite la creación y reglamentación de espacios decisorios que no figuran en la lista del artículo 103. Y permite incluso experimentar con instituciones ciudadanas que pueden tener diversos grados de poder e independencia. A propósito, Roberto Unger[27] ha definido el experimentalismo democrático como la búsqueda de

24 Véanse, por ejemplo, los manuales publicados por la banca multilateral para incluir la participación en los proyectos de desarrollo: World Bank, *The World Bank Participation Sourcebook* (Washington, D. C.: World Bank, 1996), www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/02/01/000009265_3961214175537/Rendered/PDF/multi_page.pdf; y Banco Interamericano de Desarrollo, *El libro de consulta sobre participación del BID* (Washington, D. C.: BID, 1997).

25 La Corte dice que la participación ciudadana "[c]omporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional". Sentencia C-180 del 14 de abril de 1994. Este replanteamiento implica la participación permanente "en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida". El tribunal llama a la participación "el principio fundante del Estado" y el "fin esencial de su actividad". Sentencia C-103 del 7 de marzo de 1996 (magistrado ponente: Fabio Morón Díaz).

26 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-891 del 22 de octubre del 2002 (magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería).

27 Unger, *Democracy Realized.*

alternativas institucionales que favorezcan el progreso material y la emancipación individual, en contra de la explotación y la subordinación. Esta postura ha sido recuperada por varios autores, que han formulado propuestas concretas para diseñar instituciones que, teniendo claras las aspiraciones de bienestar y de emancipación, sean capaces de aprender de sus aciertos y errores[28] en sus experimentos con la participación directa[29].

Sin embargo, la posibilidad de la experimentación institucional no se compromete con un tipo particular de reforma. Se propone, precisamente, implementar y evaluar reformas que, compartiendo el ideal último de bienestar y emancipación, materialicen diversas propuestas tendientes a hacerlo realidad. Los siguientes apartados exploran tres conceptos diferentes de participación que inciden en la construcción de espacios institucionales para la participación: la garantía de la participación, entendida esta como el mero derecho a ser escuchado o como el derecho a tomar decisiones finales; la promoción de espacios de participación como una forma más eficiente de gobierno y administración pública; y la participación como un mecanismo de movilización y organización política de la base. Cada uno de estos conceptos, se argumenta, tiene implicaciones en el diseño y la experimentación institucionales. Para terminar, se analizan las tensiones entre los tres conceptos y las instituciones que de ellos se pueden derivar.

## III. Explicación y discusiones: los tres conceptos de participación

La Constitución no contiene un concepto unívoco de participación. En las discusiones sobre la participación política pueden tener cabida diversos conceptos: algunas posiciones privilegian la concepción de la participación que permite hacerse oír, pero no decidir; otras van más allá y contemplan los espacios participativos como escenarios de decisión. Las diferencias entre estos conceptos también tienen que ver con el propósito mismo de la participación. Para unos se trata de fomentar el buen gobierno; para otros la participación es un valor importante en sí mismo. A continuación me detengo en los tres conceptos de participación mencionados arriba, pues lo considero útil para analizar las coincidencias y diferencias de opinión que surgirán eventualmente entre el Gobierno y las FARC. Los tres conceptos son: (1) la participación como derecho, (2) la

[28] Michael Dorf y Charles Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Columbia Law Review* 98, n.º 2 (marzo de 1998): 267-473.

[29] Archon Fung, *Empowered Participation: Reinventing Urban Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2004); Archon Fung y Erik Olin Wright, *Deepening Democracy* (Londres y Nueva York: Verso, 2003).

participación como buen gobierno o gobernanza y (3) la participación como movilización social o poder para los excluidos.

### A. La participación como derecho

Tanto el texto constitucional como la interpretación judicial desarrollan un concepto específico de participación ciudadana: el que la entiende como un derecho garantizado por el diseño institucional. La genealogía de la participación entendida como derecho es compleja. Es posible remontarla a la tradición colonial del cabildo abierto, creado por los gobiernos coloniales para escuchar las quejas y reclamos de los ciudadanos. También a la fuerte presencia, en las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, de la participación directa de los diversos estamentos sociales, que iba de la mano con la representación política. Un precedente más reciente es la formulación, en las redes transnacionales de derechos humanos, de la participación como un derecho indispensable para la garantía de otros derechos —la garantía de los derechos humanos, a su vez, se entiende como un aspecto determinante del desarrollo económico—[30]. En estas genealogías la participación, entendida como derecho, es el resultado del ejercicio de la ciudadanía[31].

Sin embargo, en la presentación actual del derecho a participar en el ordenamiento jurídico colombiano, esta genealogía ligada a la ciudadanía se invoca con más frecuencia para fundamentar los mecanismos de la democracia representativa y los de los espacios reglados de la democracia directa por medio del voto que para invocar otras posibilidades de participación[32]. En cambio, cuando se

[30] J. Gaventa y G. Barret, "So what Difference Does It Make. Mapping the Outcomes of Citizen Engagement" (documento de trabajo, IDS), 247, describen el rol de la participación en el indicador Panel, en Naciones Unidas, y la influencia de las concepciones del desarrollo y los derechos humanos de Amartya Sen. Véase, no obstante, la crítica de Peter Uvin, *Human Rights and Development* (Bloomfield: Kumarian Press, 2004), quien argumenta que la incorporación de los derechos humanos no cambia las estructuras de poder.

[31] Por lo general es un derecho humano de los ciudadanos, o modelado sobre el ideal del ciudadano, y ello implica unos estándares para el sujeto que participa, en particular el ser capaz de seguir unas reglas básicas de deliberación. Por ejemplo, se espera el uso de argumentos racionales que apelen a valores compartidos por la colectividad, generalmente valores constitucionales, y se espera el respeto de los procedimientos de argumentación, el estar dispuesto a la escucha sincera de los argumentos del otro y la renuncia al uso privado de la violencia. En general, este uso de argumentos resulta en la puesta en escena de una identidad eurocéntrica.

[32] Al respecto, las principales sentencias de la Corte Constitucional son la C-180 de 1994, SU-747 de 1998, C-891 del 2002 y C-292 del 2003. En la primera la Corte declara constitucional la que será la Ley Estatutaria de participación, Ley 134 de 1994. Afirma que la participación "irradia todos los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en los distintos campos y esferas de la vida social". En la Sentencia SU-747 de 1998 la Corte acumula una serie de tutelas sobre participación y señala que el derecho a la participación es de ampliación progresiva y corresponde a la profun-

trata de la participación de ciudadanos en espacios de discusión poco reglados, la Corte Constitucional ha tendido a fundamentar la participación ciudadana en el derecho a la dignidad humana antes que en el autogobierno ciudadano. Este es el concepto de participación manifiesto en su práctica de la revisión de tutela, en sus respuestas a los reclamos por los derechos de los más desprotegidos, en su invitación amplia a audiencias públicas, en la defensa efectiva de los derechos humanos que ha adoptado como imperativo moral, en su sustentación de los ideales democráticos de autogobierno y en su definición amplia de la dignidad humana[33].

La genealogía que vincula el derecho a la participación con la protección de la dignidad humana —antes que entenderlo como expresión de la ciudadanía y ejercicio de autogobierno— es especialmente evidente en las órdenes de la Corte Constitucional que, desde la Sentencia T-025 del 2004, han insistido en el derecho de los desplazados y sus organizaciones a participar en las políticas que les afectan[34]. En numerosos autos de seguimiento la Corte ha mencionado este derecho, e incluso creó un indicador de participación para supervisar la superación del estado de cosas inconstitucional. Según el indicador, se superará dicho estado cuando los desplazados puedan "efectivamente" participar en las decisiones de política pública que les conciernen[35], es decir, cuando puedan acudir a los espacios pertinentes y ser escuchados por las autoridades.

---

dización de la democracia. En la C-292 del 2003 declara la exequibilidad de la Ley de Veedurías Ciudadanas y señala que hay una diferencia importante entre la "ii) democracia participativa en el momento de la decisión, igualmente institucionalizada y, (iii) democracia participativa en el momento del control, escasamente institucionalizada". En la Sentencia C-891 del 2002 la Corte declaró inconstitucional el Código de Minas por haber faltado la consulta previa. En la T-772 del 2003 le ordenó a la Alcaldía de Bogotá incluir la participación de los representantes de los vendedores ambulantes en sus políticas de manejo del espacio público, ya que la Constitución ordena "facilitar la inclusión y participación de los débiles, marginados y vulnerables en la vida económica y social de la nación" y, en particular, garantiza la participación efectiva en las políticas públicas que los afectan.

33 En términos de filosofía del derecho, esta posición acuerda con las referencias hechas por la Corte a autores como Dworkin, Rawls y Sen. Sin embargo, otros autores han realizado exposiciones más completas del tema de la participación como derecho, en particular Iris Young. Al respecto, son también muy relevantes el libro de Judith Shklar titulado *Los rostros de la injusticia* (*Faces of Injustice*, 1988) y un artículo de Upendra Baxi, antiguo magistrado de la Corte Constitucional de la India, titulado "El sufrimiento en serio" ("Taking Suffering Seriously").

34 Esta posición se consolidó con el liderazgo del magistrado Manuel José Cepeda, quien como consejero para la Constitución en el gobierno de César Gaviria también apoyó la inclusión de mecanismos de democracia directa en la Carta de 1991.

35 En el Auto 116 del 13 de mayo del 2008 la Corte Constitucional establece los siguientes indicadores complementarios: escenarios adecuados para participar, condiciones adecuadas para participar, garantías para participar y una respuesta adecuada por parte de las instituciones a las sugerencias y observaciones. El Gobierno, en particular Acción Social, por medio del Decreto 1997 del 1.º de enero del 2009, adoptó un protocolo de participación para la población desplazada, y dispuso un aplicativo del protocolo.

Otros grupos protegidos de la misma forma por la Corte son los indígenas y los afrocolombianos. En varias sentencias, y en dos grandes autos de seguimiento del fallo T-025 (004 y 005), la Corte Constitucional ha tratado el derecho de estos pueblos a la consulta previa como un derecho fundamental, que se extiende a las normas que los afectan. Pero incluso en el caso de la consulta previa, en el que cabe pensar que debe haber reconocimiento del autogobierno indígena, se trata casi siempre de un derecho expresivo. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-129 del 2011, en la que la Corte aclara su jurisprudencia sobre la consulta previa, la define como "un diálogo entre iguales" en el cual los organismos estatales y concesionarios del Estado "puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma". La Corte ha sido reacia a decir que la comunidad puede vetar un proyecto en principio —esto lo ha decidido más bien caso por caso, y sólo cuando ha existido una gran afectación del territorio y se ha podido optar por una conducta "menos lesiva"[36]—. Incluso entonces el consentimiento es un fin que se debe buscar, pero no necesariamente una condición sin la cual no se pueda realizar el proyecto, o aprobar el decreto.

Una lectura cuidadosa de las sentencias muestra que, en todos estos casos, para la Corte Constitucional el derecho a participar es un derecho cuya garantía expresa el valor de la dignidad humana, antes que un derecho ciudadano a tomar decisiones, aun cuando lo considera basado en el imperativo del autogobierno[37]. Es decir que, en principio, el derecho a participar no es un derecho a decidir, sino a ser escuchado. Sin embargo, es importante aclarar que esto se refiere al derecho cuando, como es el caso de la consulta previa, no existe un sustento legal que desarrolle el mecanismo de participación, de manera que se aplica directamente el texto constitucional; en los casos en que hay una ley que desarrolla la institucionalidad de la participación directa, esta puede ser decisoria.

En conclusión, por no haber un desarrollo legal que diga lo contrario, la participación, entendida como derecho de aplicación directa, se limita a la expresión

36 En los siguientes eventos: cuando la obra implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, cuando se trate del almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras de grupos étnicos y cuando los proyectos tengan un "alto impacto social, cultural y ambiental" en la comunidad que "conlleva a [*sic*] poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros".

37 Incluso en los casos de las minorías étnicas, por lo general se trata de que la participación de las comunidades, "en la medida de lo posible", sea "clave" en las decisiones que se tomen (sentencias T-769 del 2009 y T-188 de 1993). En la Sentencia T-769 se dijo que la consulta debía tender hacia el consentimiento y, adoptando los criterios del sistema interamericano, se afirmó que la consulta es una relación de "comunicación y entendimiento".

de preferencias. De acuerdo con este concepto, aparte de los mecanismos de democracia electoral y democracia directa ejercida a través del voto, el fin de participar es ser escuchado, que no es lo mismo que tener el derecho de decidir. Esto puede vincularse con el hecho de que la justificación de la participación, y de la consulta previa como una expresión particular suya, no se encuentra solo en el derecho al autogobierno. En cambio, la Corte parece considerar la participación de los indígenas, en cuanto grupo vulnerable, así como de los desplazados y, suponemos, de las víctimas en general, un derecho ligado, como dice en la Sentencia T-025, al principio *pro homine*, es decir, a "la interpretación que propenda por el respecto de la dignidad humana"[38]. Se trata del derecho a ser escuchado por las autoridades porque así lo exige el respeto a la dignidad humana, y por lo tanto constituye un derecho humano básico. En la concepción de la participación como derecho humano esta se define como un bien social en sí misma, importante para el derecho constitucional y los derechos humanos por lo menos por tres razones: porque favorece la inclusión política, porque es lo justo y porque es parte de la posibilidad del autogobierno. A continuación explico cada una de estas razones.

- *La inclusión política*. La participación en políticas públicas es un derecho que permite la expresión de experiencias, necesidades, preferencias e intereses, en particular de grupos e individuos que usualmente están excluidos de la toma de decisiones porque carecen de poder político y económico. Sin la participación quedan silenciadas las voces de muchos ciudadanos, y así queda silenciada no sólo la expresión de sus intereses y preferencias, sino, lo que es más grave, la expresión de su sufrimiento y de las violaciones a su dignidad humana. Escuchar es, en sí mismo, un bien de la democracia y una responsabilidad del Estado, no un medio para realizar un gobierno eficiente y eficaz[39].

[38] Esta postura se desarrolla en los autos de seguimiento en que la Corte precisa que uno de los veinte derechos mínimos de los desplazados, cuyos indicadores indican la superación del estado de cosas inconstitucional, es la participación "de manera oportuna, significativa y efectiva en la adopción de las decisiones estatales que les interesan y los afectan" (Auto 008 del 26 de enero del 2009). Los derechos para los cuales se adoptaron indicadores de goce efectivo son: (1) vida; (2) integridad personal; (3) libertad; (4) vivienda; (5) salud; (6) educación; (7) alimentación; (8) generación de ingresos; (9) identidad; (10) estabilización socioeconómica; (11) prevención del desplazamiento; (12) retorno; (13) subsistencia mínima; (14) reunificación familiar; (15) seguridad personal; (16) participación; (17) enfoque diferencial: niños, niñas y adolescentes desplazados; (18) enfoque diferencial: pertenencia étnica y cultural; (19) enfoque diferencial: género; (20) verdad, justicia, reparación y no repetición. El Auto 383 del 2010 señaló las múltiples deficiencias de este sistema de participación.

[39] Puede sorprender que insista en que el derecho a participar es el derecho a ser escuchado y no a tener un poder real en la toma de decisiones. Este poder real sí existe en otras formas de participación política, como el voto en las elecciones o ciertos mecanismos de democracia directa, por ejemplo, el referendo. Sin embargo, en general el derecho a la participación ciudadana en las diversas etapas de la política pública no requiere un poder real de decisión. En el caso de la

- *La justicia*. La participación es una obligación, un imperativo moral del Estado. Es requerida por el tipo de justicia que está implícito en un Estado social de derecho. Me explico: el sistema constitucional colombiano implica la adopción de un Estado que aspira a ser justo en la distribución de unos bienes sociales primarios. Este criterio de justicia, que pide darle a cada quien lo que "se merece", necesariamente está incompleto si no existe la posibilidad de escuchar a aquellos ciudadanos que manifiestan que son víctimas de injusticia[40]. Si bien ello no implica que el Estado va a distribuir los bienes sociales de acuerdo a todos los reclamos, sí requiere *que se les escuche* para decidir si hay un imperativo moral que justifique la redistribución que reclaman.

- *El autogobierno*. La participación, concebida como un derecho, es parte esencial del principio de autogobierno, que es la base de la democracia. La filosofía política ha señalado los múltiples límites que le impiden a la democracia exclusivamente electoral realizar el ideal de democracia. Varios sistemas de gobierno conservan formas antiguas de democracia directa, por ejemplo, en los cantones de Suiza o algunas municipalidades del noreste de Estados Unidos, pues consideran que la democracia directa está más cerca del ideal del autogobierno que fundamenta las democracias liberales. En este sentido, la participación ciudadana en políticas públicas es una materialización del derecho básico al autogobierno, aunque generalmente con una comunidad distinta a la unidad política del municipio o el cantón.

Para terminar, debe aclararse que el hecho de que la participación directa sea principalmente un derecho expresivo cuya garantía es exigida por la dignidad humana, pero que sólo excepcionalmente sea decisorio, no le excluye de cobijar diseños institucionales distintos del actual. Por el contrario, la justificación del concepto de participación como derecho, sus raíces en la inclusión política, la justicia y el autogobierno, permiten que cobije otras expresiones institucionales. En la actual jurisprudencia, sin embargo, estas nuevas formas institucionales deben, preferiblemente, sustentarse en un desarrollo legislativo, como el que debe venir con los acuerdos de paz.

---

salud, la participación colectiva de pacientes y otros grupos ciudadanos no quiere decir que son ellos los que toman las decisiones de política. La toma de decisiones sigue siendo prerrogativa y responsabilidad del Gobierno. Lo que es parte del núcleo del derecho a la salud es el derecho a ser realmente escuchado, y así mismo la creación de condiciones que faciliten la participación. De hecho, en general la jurisprudencia de la Corte sobre la participación sólo exige el consenso en circunstancias muy limitadas, cuando se juega la afectación directa de los derechos territoriales de grupos indígenas y afrocolombianos.

40 Judith Shklar, *Faces of Injustice* (New Haven: Yale University Press, 1999).

### B. La participación como gobernanza

El concepto de la participación como derecho es distinto del que se pone en práctica en muchos ámbitos de la Administración pública cuando se invita a las personas a participar con la idea de que así se hace mejor la tarea de gobernar bien. A este último lo denomino concepto de participación como gobernanza. Una manifestación frecuente es la participación en los procesos de creación de los reglamentos que las agencias gubernamentales deben aplicarles a grupos poblacionales específicos, por ejemplo, los reglamentos de seguridad industrial o los protocolos de atención al público. La creación participativa de estos reglamentos tiene una larga historia en el derecho administrativo y surge de la necesidad de las agencias gubernamentales de escuchar a los afectados por tales reglas.

En los Estados Unidos se llama *notice and comment rulemaking*, y el derecho administrativo de ese país contiene, en su Código Procesal Administrativo, un procedimiento específico que deben observar las diversas agencias de la rama ejecutiva cuando establecen reglas. El Código prescribe que todas las agencias deben disponer oportunidades para que los afectados participen en la definición de las reglas, por lo menos en unas etapas de publicidad de la reglamentación propuesta, recepción de comentarios y respuestas a estos[41]. En el *rulemaking* intervienen los grupos afectados por las normas de una agencia gubernamental, a menudo grupos de interés poderosos y asesorados por abogados, como en los casos de las industrias vigiladas por una institución análoga a una superintendencia. Es un procedimiento que propende por un gobierno más eficaz, eficiente y sensible a las necesidades e intereses de las personas a las cuales vigila y administra, y la participación es una herramienta para cumplir este propósito.

Una visión similar de la participación se encuentra en la institución equivalente en el derecho colombiano. Los artículos 37 y 38 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo prevén que se notifique previamente a terceros antes de la expedición de actos administrativos que puedan

41 El proceso se conoce como *rulemaking* y está en la Administrative Procedure Act (5 USC 561 y ss.). El caso principal ante la Corte Suprema es Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. Natural Resources Defense Council, en el que la Corte estableció unos estándares mínimos de participación. Para una descripción de los fundamentos de este proceso véase Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review* 88, n.º 8 (junio de 1975). Stewart afirma que el desarrollo de este proceso surgió de la necesidad de legitimar el creciente protagonismo de las agencias estatales, desde los años treinta, en los Estados Unidos —agencias con gran discrecionalidad y pocas credenciales democráticas—. Una crítica del proceso de participación en la elaboración de reglas puede verse en Jim Rossi, "Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking", *Northwestern University Law Review* 92, n.º 1 (1997). Agradezco a René Urueña estas referencias.

afectarlos. De igual manera, varias entidades regulatorias, como las comisiones de regulación creadas por la Ley 142 de 1994, someten los borradores de sus regulaciones generales al examen de los regulados y de los usuarios, antes de expedirlas de manera definitiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que "la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados"[42]. De hecho, la doctrina del derecho administrativo incluye abundantes referencias a la participación. Por ejemplo, para Santofimio es un elemento fundamental del Estado[43], para Younes es un principio orientador del ordenamiento jurídico y un presupuesto de la validez de las decisiones de la Administración pública[44], y para Quintero la participación es, en virtud del diseño procesal del Código de Procedimiento Administrativo, una etapa fundamental de la formación del acto administrativo[45].

Además del derecho administrativo, otra raíz de la participación en su acepción de 'herramienta de gobierno' es su adopción por parte de los modelos de desarrollo neoliberales. El presupuesto es que un Estado más pequeño y eficiente debe, antes de implementar proyectos de desarrollo a gran escala, escuchar las necesidades y recomendaciones de los que se verán afectados por estos proyectos. Hay muchas formas de escuchar, y entre ellas el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han promovido activamente la participación[46]. En general, la concepción de la participación como buen gobierno fue el correlato de las políticas de ajuste estructural en los países "en vías de desarrollo" promovida por los dos bancos multilaterales[47].

El concepto en cuestión figura en una voluminosa literatura que considera que la participación ciudadana en diversos aspectos de las políticas públicas es una

42 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-150 del 25 de febrero del 2003 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

43 Jaime Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, t. I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

44 Diego Younes Moreno, *Curso de derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 2007). Younes encuentra la materialización de este principio en la Ley 489 de 1998, que consagra la posibilidad administrativa de convocar audiencias públicas y de apoyar las veedurías ciudadanas.

45 Gustavo Quintero Navas, "Panorama del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011", en *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, Miguel Malagón Pinzón, coord. (2013).

46 Lawrence Salmen, *Listen to the People: Participant Observation Evaluation of Development Projects* (Nueva York: Oxford University Press, 1987); World Bank, *Participation Sourcebook*; BID, *El libro de consulta*; Paul Francis, "Participatory Development and the World Bank", en *Participation: The New Tyranny?*, Bill Cooke y Uma Koothari, eds. (Londres: Zed, 2001). Consúltese además el sitio web del Banco Mundial, por ejemplo, el documento "Beneficiary Assessment", siteresources.worldbank.org/INTPSIA/Resources/490023-1121114603600/beneficiary_assessment.pdf.

47 Gaventa y Barret, "Difference".

forma eficiente de gobernar con un Estado reducido a "lo necesario"[48]. Este es un enfoque esencialmente pragmático, que dice evitar las discusiones ideológicas sobre principios e ideales para, una vez establecidos unos propósitos generales de justicia y equidad, concentrarse en la solución de problemas prácticos y puntuales del gobierno[49]. De acuerdo con esta postura pragmática la participación es una buena forma de gobernar por muchas razones, entre las cuales se destacan cuatro: permite obtener información útil, les da mayor legitimidad a las autoridades y a sus decisiones, favorece la transparencia y apoya la rendición de cuentas, y mejora la eficiencia. A continuación explico cada una de estas razones.

- *La participación aporta información*. Las personas comunes y corrientes que se ven afectadas por las políticas públicas con frecuencia conocen particularidades locales que resultan necesarias para gobernar de forma eficaz y eficiente. Pueden conocer hechos que desconocen los gobernantes, o tener preferencias marcadas que es importante conocer para poder gobernar bien. Además de brindar información concreta, la participación, en el sentido de la gobernanza, es útil para idear soluciones de problemas concretos, en la medida en que consigue que personas con diversos conocimientos y experticias trabajen juntos con este fin.

- *La participación le brinda legitimidad al gobierno*. Los procesos participativos producen consensos que favorecen la gobernabilidad, sea porque las personas se sienten escuchadas y eso legitima al gobierno, sea porque efectivamente el gobierno responde a sus necesidades y preferencias concretas. La estructura procedimental de la participación, si es exitosa, redunda en una percepción de justicia que tiene altos réditos en materia de legitimidad[50].

48 Un documento guía para aproximarse a esta literatura puede ser el muy citado del World Bank, *Participation Sourcebook*; consúltense también las políticas actuales del Banco Mundial sobre participación. Desde una posición política más de centro-izquierda que la del Banco Mundial, pero también con la idea básica de la eficiencia del gobierno democrático, ha surgido en los Estados Unidos una variante que enfatiza el potencial democrático de estos métodos en un contexto de recorte de la inversión social. Algo similar sucede en el BID con *El Libro de consulta*. En la disciplina del derecho se considera un clásico, en este tema, el artículo de Dorf y Sabel, "A Constitution of Democratic Experimentalism", inspirado en la teoría social de Unger, *Democracy Realized*. Otro documento importante, desde el punto de vista del estudio de las políticas públicas, es Fung, *Empowered Participation*, y lo mismo cabe decir de Fung y Wright, *Deepening Democracy*. Estos últimos autores combinan el empoderamiento de los ciudadanos del común (en cuanto individuos) con el fin explícito de mejorar la calidad del gobierno local.

49 A pesar de que dice evitar tomar una posición política, es por lo general evidente que esta literatura es muy afín con la concepción neoliberal de un Estado pequeño y eficiente dentro de una economía de mercado fuerte.

50 Tom Tyler, *Why People Obey the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2006).

- *La participación fomenta la transparencia y hace más exigente la rendición de cuentas del gobierno*. La participación es un mecanismo útil para reducir la corrupción y la ineficiencia de los funcionarios públicos, pues los espacios de participación se convierten en espacios de denuncia y control ciudadanos. Estas son funciones especialmente importantes cuando se procura aumentar el traslado de recursos y responsabilidades a los gobiernos locales.

- *La participación es eficiente*. Los modelos participativos de gobernanza conllevan muy bajos costos. El trabajo de los asistentes es gratis o recibe una remuneración simbólica. Incluso, en muchos casos, los mismos asistentes cubren sus gastos de traslado y comida, además de aportar su propio tiempo. Pero la principal ventaja no es esta —y hay cada vez más esquemas que consideran compensar a los participantes—, sino la eficiencia que se deriva de tomar mejores decisiones en tiempos más cortos.

El modelo implícito, el ideal a seguir de acuerdo con este concepto de participación es la buena administración de empresas públicas y privadas. De conformidad con esta acepción la participación es una herramienta más para satisfacer las características del "buen gobierno", que, según la fundación creada por Juan Manuel Santos que tiene por nombre precisamente esta expresión, son "la gobernabilidad democrática", "la legitimidad del Estado" y "los principios de transparencia, equidad, compromiso social, pluralismo y eficacia". En realidad, la participación, así concebida, es especialmente útil para la eficacia; en tal sentido pueden entenderse las palabras que pronunció Santos al inicio de su gobierno: "el mercado hasta donde sea posible, el Estado hasta donde sea necesario"[51]. La participación como gobernanza los combina: la empresa privada se convierte en el modelo de un Estado legítimo y eficiente.

De hecho, este es el modelo de participación implícito en buena parte de la abundante normatividad sobre la participación en políticas públicas adoptada a partir de la Constitución de 1991: orientado a la eficiencia y legitimidad del gobierno, con algunas excepciones que admiten la participación de personas pobres en programas de desarrollo. El Plan Nacional de Desarrollo Prosperidad para Todos (2010-2014) no fue una excepción: enfocado en el "buen gobierno", hace de la participación uno de sus principios rectores, junto con la transparencia y la rendición de cuentas. El Plan Nacional de Desarrollo del

51 Camila Osorio, "La fundación Buen Gobierno se traslada a Palacio (y muere)", *La Silla Vacía*, 29 de septiembre del 2010; "La tercera vía de Santos", *Semana*, 28 de junio del 2010, www.semana.com/politica/articulo/la-tercera-via-santos/118654-3.

segundo período de Santos, Todos por un Nuevo País (2014-2018), no es diferente en ese aspecto. Sin embargo, en ocasiones a esta forma de participar se le reprocha no ser una participación auténtica, si se considera auténtica la participación que implica un efectivo traslado de poder a las organizaciones de base, y no la que solamente mejora el ejercicio del poder por parte del Estado.

### C. La participación como poder para los excluidos

Una parte importante de la literatura sobre la participación, en particular en las disciplinas de la ciencia política y la antropología política, la concibe como una forma de movilización ciudadana. Esta concepción es cercana a la tradición de izquierda radical que dio origen a las FARC[52], y su propósito es traspasar efectivamente el poder de decidir sobre lo público de los actores que usualmente lo detentan a las personas del común. Pero, así entendida, la participación no es sólo un traslado del poder de decidir, es también una escuela de formación y transformación democráticas en la que las personas excluidas adquieren conciencia de las estructuras opresivas y adquieren recursos, materiales y simbólicos, para cambiarlas.

En cuanto espacios de poder ciudadano, los espacios de participación se estructuran para facilitar la formación de ciudadanos con el poder y la capacidad para retar los poderes establecidos y así cambiar el mundo social. A menudo, pero no siempre, la participación se acompaña de otras manifestaciones, entre ellas diversas formas de protesta social —marchas, expresiones artísticas, piquetes, huelgas, paros, carteles—. La participación es, entonces, una forma de movilización social, un medio para convocar a las personas a movilizarse en favor de sus intereses y necesidades, a conocerlas y articularlas, a unirse a otros que se encuentran en situaciones similares y a conseguir un verdadero poder para cambiar la sociedad.

Esta idea de participación surgió en América Latina durante las décadas de 1960 y 1970, con una gran diversidad de experiencias y posturas orientadas a la trans-

[52] Un proceso institucional afín a las FARC puede encontrarse en el llamado "poder popular", en Venezuela, desarrollado por medio de numerosas leyes y reglamentaciones. Su institución más llamativa son los consejos comunales, en los que la comunidad, directamente, elabora y ejecuta presupuestos. Los consejos comunales fueron creados por la Constitución Bolivariana de 1999 y están regulados por la Ley de Consejos Comunales del 2006. En su artículo 2.º la Ley los define como "instancias de participación, articulación e integración entre las diversas organizaciones comunitarias, grupos sociales y los ciudadanos y ciudadanas, que permiten al pueblo organizado ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social".

formación social. Su pensador más reconocido es Paulo Freire, que propuso una forma de alfabetización de adultos que motivaba procesos profundos de empoderamiento y transformación social —la conocida "pedagogía de los oprimidos"—. Por esta época la teología de la liberación propició la creación de comunidades eclesiales de base con las que la Iglesia católica apoyaba la concientización y organización de las personas pobres y estimulaba sus iniciativas de autoayuda y su resistencia al poder con modelos educativos similares a los propuestos por Freire. En Colombia el gran exponente de esta corriente fue Orlando Fals Borda, quien junto con los intelectuales del grupo llamado La Rosca de Investigación y Acción Social adoptaron una propuesta para transformar la investigación, hacerla participativa y convertirla en una herramienta de transformación social (de allí la definición de investigación-*acción*). Esta propuesta es similar a la de hacer una sociología comprometida de Alain Touraine, un sociólogo francés bastante influyente en la misma época. La teología de la liberación, y con ella la pedagogía de los oprimidos y la investigación-acción participativa, alimentaron variaciones como la "filosofía de la liberación", el "arte de la liberación", el "teatro de los oprimidos" y, quizá su variante más persistente en la región, la llamada educación popular, que también busca hacer de la educación una herramienta de transformación social. Esta es una forma de trabajo usual entre las organizaciones no gubernamentales que hacen presencia en la región y están comprometidas con la justicia social.

En Colombia la concepción de la participación como transformación social ha dado lugar a varios experimentos sociales de largo alcance. El primero lo constituyeron las juntas de acción comunal[53]. Con este modelo el Estado promovía la definición de los pobladores marginales de las ciudades como personas capaces e inteligentes y les delegaba poder para decidir de forma autónoma e independiente sobre una serie de aspectos del gobierno y desarrollo de sus barrios[54]. Decidían sobre el gasto de algunos recursos y tomaban decisiones sobre escuelas, restaurantes escolares, prácticas de saneamiento y, en especial, la construcción y mejora de viviendas y de espacios públicos. Con el tiempo, muchas juntas de acción comunal se han visto afectadas por la corrupción, la fragmentación y la influencia de los partidos políticos, pero no sin antes haber jugado un papel

53 Martha Liliana Peña, *El programa CINVA y la acción comunal: construyendo ciudad a través de la participación comunitaria* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010), 199, y Gutiérrez-Sanín, *Participación ciudadana*.

54 En 1959 Jorge Gaitán Cortés dijo de estas comunidades que estaban compuestas por "seres capaces, inteligentes, de una extraordinaria ingeniosidad, a quienes nos empeñamos en no permitir que hagan su aporte de esfuerzo para solucionar sus propios problemas y en no facilitar que gobiernen sus propias comunidades locales". Citado en Peña, *El programa CINVA*.

importante en la construcción de las grandes ciudades y en la colonización agrícola, con su variante rural, las juntas de acción comunal veredales.

La Asociación Nacional de Usuarios Campesinos es otro proceso que, como el de las juntas, produjo una transformación a gran escala por medio de la participación comunitaria[55]. La Asociación fue convocada por el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966-1970) como una organización de base cuya función era organizar la demanda de tierra para la reforma agraria, y que lideró la redistribución de tierras y la protesta campesina, formó numerosos líderes campesinos y desarrolló el repertorio de la protesta rural, por ejemplo, con la invasión de haciendas. Otro experimento más reciente de este tipo de participación es el Programa de Paz y Desarrollo del Magdalena Medio, que crea alianzas entre programas de desarrollo y organizaciones de base para promover que estas manejen sus propios recursos y protagonicen su desarrollo. También se han visto en Colombia procesos de presupuestos participativos, en los que los ciudadanos votan en qué quieren que se inviertan los recursos estatales; por ejemplo, en asambleas constituyentes departamentales y municipales que funcionan como órganos de control y de toma de decisiones, en especial para establecer directrices de inversión y desarrollo[56].

Todos estos espacios de participación se caracterizan porque favorecen la transformación social por medio de la agregación de intereses individuales en procedimientos de decisión directa sobre el bien común. Es posible que este sea el único tipo de participación que la izquierda más radical tenga en mente. Implica, por lo menos, los siguientes elementos: la formación de espacios igualitarios, la aspiración a la transformación social y colectiva y el traslado del poder del gobierno a los sectores populares.

- *Espacios igualitarios*. Desde el punto de vista de la transformación social, la participación es deseable en cuanto es un proceso igualitario que parte de la base de que todas las personas tienen la misma capacidad y derecho para expresar lo que sienten y piensan. Ello incluye a los funcionarios públicos, de quienes se espera que participen en la interlocución en igualdad de condiciones con los representantes de la comunidad. Sin embargo, existe un especial interés en garantizar la dignidad de las personas excluidas y privadas de poder. El espacio igualitario implica un *ethos* igualitario que suspenda las

55 León Zamosc, *Los usuarios campesinos y las luchas por la tierra en los años 70* (Bogotá: Cinep, 1983).
56 Colombia, Defensoría del Pueblo, *Sociedad de emergencia: acción colectiva y violencia en Colombia* (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005).

diferencias entre las jerarquías, de manera que todos participen sin importar si saben o tienen más o menos.

- *Transformación social*. Se espera que los espacios de participación sean catalizadores de transformaciones individuales y sociales positivas. La transformación que se busca consiste, esencialmente, en la creación de una conciencia de pertenecer a un grupo social con problemas característicos, y en la comprensión de la situación de este grupo en el interior de la sociedad en general. Es un conocimiento que permite y propicia la acción política, y por eso es movilizador. Pero hay otras transformaciones deseables, como la educación y sensibilización de los funcionarios con respecto a los derechos humanos y el surgimiento de liderazgos en los grupos de ciudadanos.

- *Empoderamiento*. El espacio participativo lo es de empoderamiento, pero en un sentido particular de este concepto. El concepto de la participación como gobernanza incluye su propia versión del empoderamiento, que consiste en la educación de los líderes y el traslado de recursos a las comunidades. En el sentido transformador el empoderamiento significa que el grupo que participa adquiere poder político a través de la participación. Es *un poder real* para decidir, para exigir la rendición de cuentas e incluso para redistribuir recursos, que se espera que pase del Gobierno a las organizaciones de base. Esto tiene una finalidad democrática: que las personas comunes y corrientes adquieren y ejerzan un poder real frente al gobierno[57]. Sin embargo, no se trata del poder por el poder, o del mero cambio de los individuos o grupos en el poder, sino de un poder que transforme las estructuras que mantienen a unos grupos excluidos y oprimidos.

  El modelo del empoderamiento se nutre de la visión liberal-radical, socialista y populista de la ciudadanía, parte intrínseca de la historia de la democracia liberal, capturada a menudo en la frase "la voz del pueblo es la voz de Dios". Implica comprender a los sujetos de la participación como grupos

[57] Cuando en los otros dos conceptos se habla de poder, ello tiene implicaciones distintas. En la participación como gobernanza el empoderamiento se refiere a que las personas comunes y corrientes sean capaces de gestionar soluciones a sus propios problemas en lugar de esperar asistencia externa. En el contexto de la participación implica que sean capaces de participar de forma efectiva y eficiente para que el gobierno pueda hacer mejor su trabajo. En la participación como derecho el acceso al poder está bastante reglado, de manera que, en realidad, sólo de forma excepcional los colectivos sociales toman directamente decisiones en materia de políticas públicas. Los procedimientos, por lo general, conservan el poder en manos del gobierno, que tiene por supuesto la responsabilidad de escuchar. Cuando se trata de la participación como derecho el empoderamiento se refiere al poder de hablar y ser escuchado, no al de tomar decisiones. En cambio, el empoderamiento de la participación como transformación social implica la redistribución del poder y de los recursos en favor de los grupos —no sólo de los líderes— sociales.

sociales que, en una democracia, deben tener el poder. Y si no lo tienen, es por injusticia. Así, usualmente, en América Latina se habla del "pueblo" para referirse a las mayorías excluidas del gobierno y de las promesas de justicia de la democracia liberal. Y la historia de las democracias está llena de diversos intentos de llevar al poder al "pueblo", y también de mantener su exclusión real con mecanismos de inclusión formal. En conclusión, si el discurso insurgente de la guerrilla está acompañado de expectativas sobre un diseño institucional concreto, este ha de ser el tipo de participación acorde con los ideales políticos que aquella manifiesta perseguir.

### D. Síntesis

Los tres conceptos de participación se sintetizan en la siguiente tabla.

| | **Participación como derecho** | **Participación como gobernanza** | **Participación como poder para los excluidos** |
|---|---|---|---|
| Origen | Tradición colonial e ideología liberal. | Procesos neoliberales de gobernanza e ideas de "buen gobierno". | Pedagogía de los oprimidos, teología de la liberación, investigación-acción participativa. |
| Características | Derecho humano ligado a la ciudadanía y a la dignidad humana. Bien social en sí mismo. | Herramienta de gestión administrativa. Buena forma de gobernar. | Busca la emancipación social por medio de la adquisición de conciencia política, poder y recursos para los grupos excluidos. |
| Beneficios | - Inclusión política.<br>- Justicia.<br>- Autogobierno. | - Información para instancias de decisión.<br>- Legitimidad para el gobierno.<br>- Transparencia y rendición de cuentas.<br>- Eficiencia. | - Espacios igualitarios.<br>- Transformación social.<br>- Empoderamiento. |

## Conclusiones

Los conceptos de participación estudiados en este capítulo no se excluyen entre sí; por el contrario, son complementarios y tienen la posibilidad de enriquecerse mutuamente y conformar círculos virtuosos. Así, el poder de las organizaciones y de los ciudadanos les puede llevar a ser más transparentes, eficientes e informados, lo cual a su vez facilita el cumplimiento de los objetivos del "buen gobierno" y, por supuesto, robustece la garantía de los derechos. De hecho, difícilmente se dará una administración eficiente, eficaz y legítima de una trans-

formación social radical, como la que requiere la paz, sin contar con una ciudadanía empoderada y digna, pero esta condición exige, por supuesto, resolver las circunstancias más angustiosas de la pobreza. Además, sin una administración pública eficiente, eficaz y, sobre todo, legítima difícilmente se harán realidad las órdenes de la Corte Constitucional que conminan a responderles a los sectores más vulnerables de la sociedad y garantizarle a la ciudadanía el derecho a participar. La coexistencia de los tres conceptos, y la realización de un círculo virtuoso, dependen hasta cierto punto de la capacidad del país para, con el fin del conflicto, adentrarse por los caminos de la experimentación institucional.

Y si un objetivo es auspiciar la experimentación institucional es importante insistir en que la Constitución no prevé una sola visión de la participación. En cambio, admite diversas concepciones y puede permitir, en principio, que se formule un derecho a la participación con un contenido más favorable al poder decisorio y con un mayor potencial para la transformación social. También puede permitir que experimentemos con instituciones que desarrollen los espacios de la participación ciudadana.

Por último, es también importante destacar que el desarrollo actual de la concepción de la participación como derecho le traslada al Congreso la tarea de materializar instituciones en las que la participación directa sea no sólo consultiva sino también decisoria. La jurisprudencia constitucional indica que el ejercicio de la imaginación institucional para crear nuevas formas de participación directa cabe dentro de la expansión del principio de participación. En consecuencia, es posible que de la negociación que busca ponerle fin al conflicto armado surjan propuestas para crear nuevas instituciones y emprender procesos inéditos: el tipo de paz que resulte, sin duda, estará condicionado por las instituciones que se adopten para materializar el derecho constitucional a la participación ciudadana. El ejercicio vigoroso de la imaginación institucional, y la voluntad generosa de establecer puentes entre los diferentes conceptos de participación, tienen un enorme potencial para enriquecer la democracia colombiana y la calidad de vida de los ciudadanos.

## Referencias

Arnstein, Sherry R. "A Ladder of Citizen Participation". *Journal of the American Planning Association* 35, n.º 4 (julio de 1969): 216-224.

Banco Interamericano de Desarrollo. *El libro de consulta sobre participación del* BID. Washington, D. C.: BID, 1997.

Bank Information Center. *Cómo poner en práctica la participación en el Banco Interamericano de Desarrollo*. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2000.

Baxi, Upendra. "Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India". *Third World Legal Studies* 4 (1985).

Chambers, Robert. *Rural Appraisal: Rapid, Relaxed and Participatory*. Documento de debate n.º 311, Institute for Development Studies, Londres, 1997.

Colombia, Congreso de la República. "Informe de conciliación al proyecto de Ley Estatutaria Número 227 de 2012 Senado 134 de 2011, Cámara Acumulado con el 133 de 2011". *Gaceta del Congreso*, 12 de junio del 2012.

Colombia, Defensoría del Pueblo. *Sociedad de emergencia: acción colectiva y violencia en Colombia*. Mauricio García Villegas, director del equipo de investigación. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.

Cooke, Bill y Uma Kothari, eds. *Participation: The New Tyranny?* Londres: Zed, 2001.

Cornwall, Andrea. "Unpacking Participation: Models, Meanings and Practices". *Community Development Journal* 43, n.º 3 (julio del 2008): 269-283.

Cornwall, Andrea y John Gaventa. "From Users and Choosers to Shapers and Makers". Documento de trabajo n.º 127, Institute for Development Studies, Brighton, 2001.

Dagnino, Evelina, Alberto Olvera y Aldo Panfichi. *La disputa por la construcción democrática en América Latina*. México D. F.: Ciesas, 2006.

Dorf, Michael y Charles Sabel. "A Constitution of Democratic Experimentalism". *Columbia Law Review* 98, n.º 2 (marzo de 1998): 267-473.

Fals Borda, Orlando. *Participación popular*. Bogotá: Iepri, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Francis, Paul. "Participatory Development and the World Bank". En Cooke y Kothari, *Participation: The New Tyranny?*

Fung, Archon. *Empowered Participation: Reinventing Urban Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

Fung, Archon y Erik Olin Wright. *Deepening Democracy*. Londres y Nueva York: Verso, 2003.

Gaventa, John y Gregory Barrett. "So What Difference Does It Make? Mapping the Outcomes of Citizen Engagement". Documento de trabajo n.º 347, Institute for Development Studies, Brighton, 2010.

Gutiérrez-Sanín, Francisco. *Participación ciudadana y pobreza en Colombia*. Bogotá: DNP, 2007.

Lemaitre, Julieta. "Diálogo sin debate: la participación ciudadana en los decretos de la Ley de Víctimas". *Revista de Derecho Público*, n.º 31 (2013): 1-37.

Peña, Martha Liliana. *El programa CINVA y la acción comunal: construyendo ciudad a través de la participación comunitaria*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.

Quintero Navas, Gustavo. "Panorama del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011". En *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, coordinado por Miguel Malagón Pinzón. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.

Rodríguez Garavito, César. "Ethnici.gov: Global Governance, Indigenous Peoples and the Right to Prior Consultation". *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18, 1.

Rodríguez, Gloria Amparo. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.

Rossi, Jim. "Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking". *Northwestern University Law Review* 92, n.º 1 (1997).

Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Shklar, Judith. *Faces of Injustice*. New Haven: Yale University Press, 1988.

Stewart, Richard B. "The Reformation of American Administrative Law". *Harvard Law Review* 88, n.º 8 (junio de 1975).

Touraine, Alain. *The Voice and the Eye: An Analysis of Social Movements*. Cambridge, Ing.: Cambridge University Press, 1981.

Tyler, Tom. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

Unger, Roberto. *Democracy Realized*. Londres: Verso, 1998.

Uvin, Peter. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, 2004.

World Bank. *The World Bank Participation Sourcebook*. Washington, D. C.: World Bank, 1996. http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/02/01/000009265_3961214175537/Rendered/PDF/multi_page.pdf

World Bank. *Empowerment and Poverty Reduction*. Washington, D. C.: World Bank, 2002.

Younes Moreno, Diego. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 2007.

Young, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

Zamosc, León. *Los usuarios campesinos y las luchas por la tierra en los años 70*. Bogotá: Cinep, 1983.

# SEGUNDA PARTE

# POLITIZAR EL DERECHO

# ¿AYUDA LA INTERNACIONALIZACIÓN? UN ANÁLISIS DEL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO DE 1998*

Jorge L. ESQUIROL**

Mientras que por décadas los gobiernos colombianos se resistieron a la internacionalización del conflicto interno, en los últimos meses de 1998 el nuevo gobierno de Andrés Pastrana comenzó a buscar el apoyo financiero de Estados Unidos y Europa, a aceptar condiciones externas y a invocar normas internacionales. Este nuevo enfoque le ofrecía diferentes posibilidades a la resolución de un conflicto que ya duraba cuarenta años. Una internacionalización de este corte no significaba, sin embargo, la aplicación obligatoria de tratados entre estados, ni tampoco el sometimiento a instancias internacionales; más bien expresaba un intento de manejar el conflicto interno por medio de fórmulas legales internacionales, en lugar de sólo medios nacionales y constitucionales. La legalidad internacional parecía ofrecer un idioma neutral en el cual conducir las conversaciones de paz. Más aún, era de presumir que la orientación general del derecho internacional serviría al propósito de promover la paz y humanizar la guerra. La internacionalización, en este sentido, también incluía la asistencia financiera de la comunidad internacional. La solución de las múltiples dimensiones del conflicto colombiano requería recursos considerables, y asegurar el apoyo necesario era inexcusable en un acuerdo de paz exhaustivo.

Sin embargo, el terreno del derecho internacional en Colombia, en aquel momento, parecía liderado por expertos que no veían fácil una solución política negociada dentro de las estrechas limitaciones de la legalidad internacional. Los internacionalistas colombianos rutinariamente invocaban el derecho internacional para frenar las negociaciones y las concesiones por parte del Gobierno. Sus interpretaciones de la legalidad internacional, en tanto rechazaban innecesariamente posibles salidas legales, no se correspondían, no obstante, con las prácticas internacionales contemporáneas. De esta manera, en vez de ofrecer mayores opciones para la paz, el derecho internacional —tal como era explicado

* Este ensayo es una versión más corta de "Can International Law Help? An Analysis of the Colombian Peace Process", *Connecticut Journal of International Law* 16 (2000). Mis agradecimientos a Lisbeth D'Lima por su traducción al español.

** Profesor de Derecho, Florida International University, Miami, Florida. Abogado de la Escuela de Derecho de Harvard y doctor en Derecho de la misma institución. Además, es graduado de Georgetown University, con estudios en Finanzas.

por los juristas más prominentes del país— censuraba las diversas tentativas de negociación. Por otra parte, el enfoque internacionalista del Gobierno colombiano adelantado en estrecha relación con Estados Unidos rápidamente dejó ver que negociar la guerra de guerrillas no era la prioridad para estos últimos. Los intereses nacionales estadounidenses, entre ellos los beneficios políticos de la lucha contra las drogas, dominaban el panorama.

En este texto identifico los argumentos jurídicos relacionados con ese primer esfuerzo internacionalista para conseguir la paz en Colombia. En particular, examinaré detenidamente las principales interpretaciones del derecho internacional de los juristas colombianos que, en ese momento, ocupaban una posición de autoridad con respecto a las reglas del juego. Específicamente, me enfoco en dos temas principales: el primero, el estatus de las fuerzas guerrilleras colombianas según la doctrina del derecho internacional concerniente a la beligerancia, que aparentaba ofrecerles a los alzados en armas la posibilidad del reconocimiento internacional. Las guerrillas reclamaban este estatus de derecho internacional y el Gobierno se oponía por temor a socavar su propia posición soberana. De hecho, el tema de la beligerancia resultó un gran escollo para las tentativas de negociación.

El segundo tema se refiere a las reglas internacionales de conducta en una guerra no internacional, y a su aplicabilidad a la situación colombiana de aquel momento. La normativa relevante es el artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo II de 1977. Estas estipulaciones establecen la regulación de los conflictos internos y les permiten a las partes en conflicto realizar acuerdos humanitarios por su cuenta. En Colombia, la lectura idiosincrática de estos tratados, y del derecho internacional en general, limitaba demasiado el reconocimiento de su aplicabilidad obligatoria y las tentativas de una solución negociada instigada por la sociedad civil.

La última parte de este artículo examina el significado de la internacionalización del conflicto colombiano con respecto a Estados Unidos. En esta sección me enfocaré en la preeminencia que tenía para Estados Unidos la guerra contra las drogas, por encima del conflicto interno. El problema, en este caso, no era la excesiva rigidez en la interpretación del derecho internacional, como entre los internacionalistas colombianos. Por el contrario, la política doméstica de Estados Unidos amenazaba con atropellar la primacía formal de las prioridades soberanas de la nación colombiana. Convertir el proceso de paz entre rivales políticos internos en un campo de batalla internacional contra las drogas pondría los intereses de Estados Unidos por encima de la voluntad del pueblo

colombiano, por medio de la palanca de la ayuda internacional y en contravención de los plebiscitos nacionales que mayoritariamente apoyaban una solución negociada de la guerra con las guerrillas.

Una versión más amplia de este artículo fue publicada por primera vez en inglés en el 2000, mientras transcurría el proceso de paz que se describe, y por esta razón está redactado en tiempo presente. Para su traducción y publicación en esta colección se decidió mantener los tiempos, con el fin de no desfigurar las impresiones de ese momento con cambios verbales y observaciones posteriores. Así pues, el lector tendrá la oportunidad de sentir en las líneas que siguen las discusiones de entonces.

## I. Antecedentes

La violencia política, y específicamente la guerra de guerrillas, han sido casi permanentes en la historia de Colombia[1]. Los temas y los actores han cambiado con el tiempo, pero la violencia ha permanecido como una modalidad política consistente, y, por supuesto, problemática[2]. Las luchas internas han concernido a cuestiones de organización política del país, al poder regional y a la representación institucional. Durante la mayor parte de los siglos XIX y XX la rivalidad entre los partidos políticos fue una constante fuente de luchas, que tuvieron características parecidas a las de las luchas étnicas en otras regiones del mundo.

En este contexto, la historia de Colombia está marcada por los esfuerzos de sus líderes para resistir a los grupos de oposición por los medios simultáneos de la exclusión y cooptación. El Estado actual se ha preservado por medio de la cooptación repetida de enemigos implacables, ofreciéndoles una cuota del poder, mientras se excluyen y se reprimen las fuerzas menos poderosas. Irónicamente,

1 Véase Eduardo Pizarro Leongómez, *Insurgencia sin revolución: la guerrilla en Colombia en una perspectiva comparada* (Bogotá: Iepri y Tercer Mundo, 1996), 114. Pizarro afirma que la violencia política es característica de toda América Latina; en contraste, una historia de violencia guerrillera es más específica de Colombia.

2 Malcolm Deas destaca la complejidad de la violencia política en Colombia y rechaza las explicaciones totalizantes. Subraya que "[l]a violencia prolongada no ha convencido a los colombianos de que solamente funcionarían soluciones drásticas, o que cualquier autoridad es mejor que ninguna". Malcolm Deas, "Violent Exchanges: Reflections on Political Violence in Colombia", en *The Legitimation of Violence*, David E. Apter, ed. (Nueva York: New York University Press, 1997), 389. Mientras que rechaza la explicación de que Colombia está condenada a la violencia política únicamente por herencia, no le concede suficiente peso a la tradición particular de la violencia como explicación, que no es tan diferente: "Uno puede comenzar a aislar la naturaleza particular del conflicto político colombiano en el siglo XIX. Pareciera haber involucrado a más estratos de la sociedad local, […] con mayor frecuencia y repetición […] y el conflicto tampoco resolvió nunca […] la división liberal-conservadora. Yo sugeriría que esta naturaleza particular es parte de una explicación del persistente alto nivel de violencia política en Colombia". *Ibid.*, 354.

este sistema, con su manera cerrada de compartir el poder, a veces *de iure* y a veces *de facto*, ha podido mantenerse a sí mismo y es responsable de la ostensible continuidad de la democracia en Colombia.

Sin embargo, durante los últimos cuarenta años la violencia guerrillera ha azotado a la nación. En la izquierda ha crecido una insurgencia bien armada que continúa avanzando contra el Estado. En la derecha están los paramilitares, que surgieron como una fuerza organizada y armada desde los años ochenta. En todo este tiempo no ha cesado el terrorismo relacionado con las drogas. A finales de los ochenta, los capos de las drogas retaron directamente al Gobierno y perdieron, pero el enfrentamiento supuso unos costos enormes para el país y para su población. No obstante, los masivos ingresos derivados de las drogas nunca dejaron de entrar al país y alimentaron una violencia generalizada en la sociedad.

El examen de la preocupante situación de Colombia no puede pasar por alto las limitaciones del sistema político actual. Además de terminar con la guerra, el proceso de paz tendrá que dirigirse a las características institucionales que favorecen la violencia política. Así pues, una internacionalización del conflicto, destinada al cumplimiento de los derechos humanos y al mismo tiempo a la lucha contra las drogas, debe poner de relieve el marco institucional en el que tendrían que efectuarse tales políticas. A la luz de ello, el análisis que sigue es un esfuerzo por considerar la internacionalización, no como obstáculo para el actuar del Estado, por miedo a perder la propia soberanía, sino al contrario, como posible palanca para una reforma política e institucional. Solamente con la estabilidad política y social pueden efectivamente enfrentarse los problemas que representan la droga, la criminalidad y la violencia política.

### A. El proceso de paz de Pastrana

La administración de Andrés Pastrana (1998-2002) fue elegida bajo la bandera de la paz. La idea del Gobierno es atraer a las guerrillas al marco de las instituciones del Estado. Durante su campaña política para conseguir la presidencia, Pastrana estableció canales de comunicación con las FARC. La imagen de un candidato presidencial que esperaba reunirse con los líderes de la guerrilla causó una expectativa suficiente para decidir la elección a su favor.

En cualquier caso, la administración de Pastrana convirtió el proceso de paz en su prioridad[3]. Los críticos aseguran que este énfasis operó en detrimento de

[3] El primer alto comisionado para la paz fue Víctor G. Ricardo, un político de carrera. A pesar de

otras cuestiones políticas domésticas. Por ejemplo, la economía colombiana, a finales de 1999, estaba en medio de una de sus peores recesiones del siglo[4]. Sin embargo, el líder del partido Conservador logró el respaldo de la clase política tradicional[5]. No menos importante fue haber establecido una estrecha relación de trabajo con el presidente Clinton y el Gobierno de Estados Unidos. Su Plan Colombia fue preparado en concierto con los consultores de la Casa Blanca, y su programa claramente se armonizó con las políticas de Washington.

El proceso de paz ha avanzado por dos vías diferentes: una con las FARC y la otra con el ELN. Poco después de asumir la presidencia, Pastrana aclaró el camino para las conversaciones de paz declarando la desmilitarización de una zona localizada en el sudeste de Colombia: los militares fueron retirados de cinco municipalidades (aproximadamente 42 000 $km^2$). Esta concesión motivó una intensa controversia dentro y fuera de Colombia, sobre todo por lo concerniente a la extensión del área y a las actividades de la guerrilla en ella. El primer ministro de Defensa de Pastrana y un cierto número de militares de alto rango renunciaron por este asunto. El gobierno de Estados Unidos, por su parte, expresó su preocupación de que la zona desmilitarizada se usara para el narcotráfico. En un principio se pensó que Estados Unidos podría tratar de frustrar este paso en el proceso de paz, para defender sus propios intereses de seguridad nacional; sin embargo, el Departamento de Estado emitió una declaración en la que expresó que no interferiría en el proceso de paz colombiano.

Los contactos con el ELN no fueron liderados por el Gobierno sino por representantes de la sociedad civil. La reunión con el ELN, en la ciudad de Maguncia, Alemania, se realizó con el auspicio de la Iglesia católica. El grupo negoció un acuerdo humanitario internacional y acordó el borrador de una agenda para la realización de más conversaciones de paz.

---

la prioridad que le dio Pastrana al proceso de paz, su asesor fue muy cuestionado por su falta de conocimiento del área. Ricardo renunció al cargo a finales de abril del 2000, en medio de serias amenazas de muerte por parte de los paramilitares. Su sucesor fue Camilo Gómez, secretario privado del presidente desde 1998 y negociador del Gobierno en el actual proceso de paz. Véase "Camilo Gómez, nuevo comisionado de paz", *El Tiempo*, 27 de abril del 2000.

4 James Wilson, "Civil Strife Holds Bogota in Thrall", *Financial Times*, 16 de mayo del 2000, 52.

5 La administración Pastrana sobrellevó una batalla importante con el Congreso colombiano en mayo del 2000. La crisis se desató cuando el presidente reaccionó con fuerza a la masiva evidencia de fraude por parte de líderes del Congreso. Legisladores de alto rango implicados se negaron a renunciar. El presidente lanzó un proyecto de referéndum para realizar elecciones adelantadas y escoger un nuevo Congreso. En reacción, los legisladores, liderados por la oposición liberal, propusieron someter al presidente mismo a nuevas elecciones. Al final, la administración Pastrana retrocedió. Véase "¿Supervivencia o chantaje?", *El Tiempo*, 14 de mayo del 2000.

## II. El estatus de la guerrilla

Alegando que controlan grandes extensiones en pueblos y áreas rurales, las guerrillas reclaman el estatus legal de beligerantes en guerra. Según la doctrina legal tradicional, de otorgársele el estatus de beligerancia una guerrilla disfrutará de los mismos derechos que el Estado colombiano. Desde el punto de vista de la guerrilla, este constituye un paso previo, aunque no necesario en sí mismo, para reclamar reconocimiento absoluto como único gobierno de Colombia, o bien para reclamar el reconocimiento como Estado separado dentro del territorio de la nación.

El Estado colombiano cree que las armas legales e institucionales que tiene a su disposición sufrirían un serio revés si la comunidad internacional le otorgara a la guerrilla el estatus de beligerante. El estatus de beligerancia podría acabar, en teoría, con el acceso del Estado a asistencia externa, e incluso podría darle pie a una intervención extranjera que favoreciera a la guerrilla. En consecuencia, el Gobierno ha sido cuidadoso en exceso sobre su campo de acción. Su política exterior, la ratificación de tratados y las negociaciones con los rebeldes han estado marcadas por una aprehensión fuerte respecto de este asunto.

Sin embargo, la preocupación por la beligerancia es el resultado de una mala lectura del estado actual del derecho internacional. La interpretación predominante del derecho internacional en Colombia es responsable de esta orientación idiosincrática, y los internacionalistas colombianos, voluntaria o involuntariamente, han dirigido equivocadamente las políticas del Gobierno y han restringido su radio de acción. La consecuencia es que el Estado ha perdido capacidad para maniobrar en pos de una transformación interna y de alternativas para el conflicto armado.

En la siguiente sección examinaré las interpretaciones parcializadas del derecho internacional que revelan la orientación que denomino internacionalismo ortodoxo colombiano. También muestro los defectos de los argumentos legales en los que este se apoya.

### A. Ratificación del Protocolo II

Un ejemplo del impacto del pensamiento ortodoxo en las políticas del Gobierno es la demora en la ratificación del Protocolo II de la Convención de Ginebra[6].

[6] El Protocolo II de las Convenciones de Ginebra fue adoptado en 1994 en Colombia de acuerdo con la Ley 171 de 1994, revisada constitucionalmente y refrendada por la Corte Constitucional,

Los tratados humanitarios internacionales, como el Protocolo II, son un cuerpo principal de ley aplicable al conflicto colombiano[7]. Específicamente, la pieza central de la regulación internacional es el artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra de 1949[8], que fija los lineamientos de conducta para las guerras internas. El Protocolo II de 1977 amplía el contenido del artículo 3.º común.

La ratificación del Protocolo II se demoró años en Colombia[9], hasta que finalmente se concretó el 16 de febrero de 1996[10]; con todo, su efectividad sigue siendo objeto de debate. La resistencia al Protocolo está fundamentada en el temor de socavar el Estado[11]. Reconocer la aplicabilidad de la ley humanitaria internacional y, específicamente, del Protocolo II, se presenta como conceder la existencia de un estado de beligerancia. La idea es apoyada por una lectura muy peculiar del derecho internacional[12].

En el corazón de la objeción del Gobierno colombiano subyacen ciertas nociones formales acerca de la diferencia legal entre insurgencia y beligerancia[13].

---

Sentencia C-225 de 1995. Se trata, exactamente, del Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y en Relación a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales, 8 de junio de 1977 (ONU, doc. A/32/144, 16 I.L.M. 1442, 1977; en adelante, Protocolo II). Véase, en general, Sylvie Junod, "Additional Protocol II: History and Scope", *American University Law Review* 33 (1983): 29.

7 Un repaso de la Ley Internacional Humanitaria puede encontrarse en Adam Roberts y Richard Guelff, eds., *Documents on the Laws of War* (Oxford: Clarendon Press, 1982).

8 Colombia adoptó la Convención de Ginebra de 1949 en 1960 (Ley 5.ª de 1960).

9 El Protocolo II es la extensión de las obligaciones de las partes en los conflictos armados no internacionales. Fue desarrollado en respuesta a los lineamientos abreviados previstos en el artículo 3.° común de las Convenciones de Ginebra.

10 Frits Kalshoven, "El Protocolo II, la CDDH y Colombia", en *Derecho internacional humanitario aplicado: los casos de Colombia, Guatemala, El Salvador, Yugoeslavia y Ruanda. Memorias del Seminario Internacional Realidades y Perspectivas del Derecho Internacional Humanitario* (Bogotá: Tercer Mundo, 1998), 37-78. Kalshoven describe el fuerte rechazo inicial de los gobiernos colombianos al Protocolo II y el cambio subsiguiente al respecto. Refrendar el Protocolo II fue un aspecto esencial de las políticas de paz de Samper. Véase también Arturo Carrillo-Suárez, "Hors de Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law as Applied to Internal Armed Conflict", *American University International Law Review* 15, n.º 1 (1999): 1-150, que destaca el protagonismo de las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales en la presión para que se adoptara el Protocolo II.

11 Véase Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, serie Textos de Divulgación, n.º 8 (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1994). También, Héctor Charry Samper, "La aplicación del Protocolo II en derecho humanitario", *El Tiempo*, 8 de febrero de 1989, citado en Alejandro Valencia Villa, *La humanización de la guerra (derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes y Tercer Mundo, 1991). El embajador de Colombia ante la Conferencia Diplomática, responsable por el Protocolo II, declaró que el vago alcance del documento en cuanto a su aplicabilidad dejaba la puerta abierta para que terceros estados lo interpretaran y, en consecuencia, "colocaran al Estado en dificultades internacionales de orden diverso". Véase, en general, Carrillo-Suárez, "Hors de Logique".

12 Por ejemplo, Arturo Carrillo-Suárez describe los esfuerzos de una organización no gubernamental en particular para contrarrestar la visión idiosincrática sobre la beligerancia, que frustró por un largo período la adopción del Protocolo II en Colombia. Carrillo-Suárez, "Hors de Logique": 49.

13 Véase, en general, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público,* 2.ª ed. (Bogotá: Temis, 1986).

Mientras que estas doctrinas sobre los conflictos internos son completamente obsoletas en la práctica internacional, son de importancia crucial en Colombia, porque se consideran decisivas para el éxito o el fracaso de la guerrilla, y pieza clave en la política del Gobierno colombiano. Se cita el siguiente párrafo del Protocolo II:

> El presente Protocolo, que desarrolla y completa el Artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por [el Protocolo I] y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo[14].

Para los internacionalistas colombianos, los elementos "control del territorio", "estructura administrativa organizada" y "habilidad de ejecutar obligaciones bajo el Protocolo II" son problemáticos, pues están en paralelo estrecho con los elementos tradicionales de la beligerancia[15], y la ratificación del Protocolo II podría llevar a conceder el estatus de beligerancia. Pero el mismo texto del Protocolo II rechaza esta lectura[16], pues hace un llamado a una aplicación que concuerde con las estipulaciones internas del documento. El objetivo es ampliar el alcance de la aplicabilidad de la ley humanitaria internacional a todos los conflictos internos. A su vez, el Protocolo II trata de evitar la situación temida precisamente por los gobiernos de Colombia: que la implementación del tratado se convierta en la base para que los rebeldes reclamen un mayor estatus legal[17].

14 Protocolo II, 1443.

15 Véase, en general, Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*. También, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, 3.ª ed. (Bogotá: Temis, 1995), 134-135. El libro de texto del profesor Monroy Cabra afirma que uno de los efectos del reconocimiento de la beligerancia es la aplicación de la ley humanitaria internacional, esencialmente de las Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos protocolos de 1977. A esta observación le sigue una disertación en la que se discuten los elementos constitutivos de la beligerancia esencialmente en los mismos términos que en el Protocolo II, artículo I.

16 Protocolo II, 1443-1444.

17 International Committee of the Red Cross, "Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949" (1987). Con relación a las Convenciones de Ginebra de 1949, las minutas registran la preocupación de los delegados sobre el artículo 3.° común, por la posibilidad de que favoreciera la posición política de los insurgentes. Se destacó el asunto en términos del reconocimiento implícito de los derechos beligerantes por medio del reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 3.° común. El texto del artículo fue escrito explícitamente para rechazar su uso como un predicado para la cesión de derechos de beligerancia. En cualquier caso, esta discusión histórica refleja el interés en la doctrina de la beligerancia inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, la discusión no se extendió a las prácticas contemporáneas. Incluso en el momento

De cualquier forma, no siendo esta la única interpretación posible (no obstante el texto), los internacionalistas ortodoxos igualaron la adopción del Protocolo II con el hecho de concederles el estatus de beligerantes a las guerrillas[18].

La exposición que sigue no tiene la intención de ser un argumento doctrinal a favor o en contra de las demandas de la condición de beligerancia por parte de la guerrilla, con base en esta figura histórica del derecho. Habría argumentos doctrinales a favor y en contra, y es difícil decidir con contundencia en favor de unos u otros[19]. No obstante su obsolescencia actual en la práctica del derecho internacional, la descripción de los elementos históricamente reconocidos de la figura de beligerancia tiene como propósito aquí, no el de proponer un argumento jurídico en el presente basado en esta doctrina, sino el de iluminar la discusión sobre este concepto que tiene lugar en Colombia.

---

de la negociación del Protocolo II, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja era que "[l]a institución del reconocimiento de la beligerancia ha demostrado ser muy difícil de aplicar y ha dado origen a muchas controversias. [A] menudo, aunque incorrectamente, ha sido invocado como consecuencia de la aplicación del artículo 3.° común y el Protocolo II". "Commentary".

18 Véase Kalshoven, "El Protocolo II, la CDDH y Colombia", 44. El autor argumenta que Héctor Charry Samper, el delegado colombiano en la conferencia diplomática que redactó el Protocolo II, trató de insertar la concesión del estado de beligerancia como condición para la aplicabilidad del Protocolo. Como mínimo, Charry Samper trató de someter la aplicabilidad del Protocolo II a la discrecionalidad del Estado. Su enmienda, que no fue aprobada, decía: "La determinación de las condiciones referidas arriba será un asunto del Estado dentro del cual ocurra el conflicto".

19 La doctrina de la beligerancia les ofrece derechos a ambas partes. A continuación menciono algunos ejemplos de las reglas, muchas de las cuales pueden favorecer a cualquiera de las dos partes: (1) el reconocimiento formal por parte de cualquier gobierno titular implica asimismo el reconocimiento por parte de un tercer Estado; (2) que un Estado titular tome la postura de beligerante con respecto a un movimiento interno, automáticamente implica el reconocimiento; (3) el intento por parte del gobierno titular de asumir la postura de un beligerante, incluso si el intento no es exitoso, como lo fuera el establecer un bloqueo naval ineficaz, da como resultado la concesión del estado de beligerancia automáticamente; (4) terceros estados individuales realizan consideraciones independientes —no están sujetos a la determinación de un gobierno diferente o de un gobierno titular— respecto a si se han satisfecho las condiciones de hecho de la beligerancia o no; (5) incluso la aceptación de ciertas características del tipo de la beligerancia por parte del gobierno titular no resultan en la concesión de derechos de beligerancia en su totalidad. Derivándose de una u otra de estas interpretaciones, las acciones de hecho también pueden favorecer a cualquiera de las partes. Algunas acciones del Gobierno colombiano a la fecha podrían calificar como de reconocimiento: por ejemplo, la guerra declarada a las narcoguerrillas; la guerra integral de César Gaviria en 1990 y el compromiso de amplios sectores de civiles (paramilitares) en el combate; y la sanción oficial sobre los grupos de autodefensa (Convivir). El encarcelamiento de los insurgentes, más allá de sus sentencias meramente penales (hasta donde esto ocurre) también puede constituir un reconocimiento de su estatus de beligerantes. Véase Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge University Press, 1947), 158-226. También hay argumentos que afirman lo contrario: las guerrillas colombianas no controlan territorios de forma ininterrumpida (aún más, la guerra de guerrillas puede no satisfacer los requerimientos de la beligerancia); las guerrillas no se adhieren al derecho internacional humanitario; son activas en el narcotráfico; secuestran civiles para obtener rescates; no han formado gobierno estable (razón expresa de la negación de Estados Unidos a concederle derechos de beligerancia a la insurrección cubana de 1868-1878); y ningún tercer país (más allá del reconocimiento de su estatus de insurgentes) se ha visto en la necesidad de extender el estatus internacional con la finalidad de proteger sus intereses soberanos (razón expresa por la cual la Gran Bretaña y Estados Unidos negaron los derechos de beligerancia de los rebeldes polacos de 1831 y de la revolución húngara de 1848).

En el pasado, los comentaristas internacionales han diferido en lo que concierne al contenido específico y los efectos del estatus de beligerancia. Pero, en general, se considera que los elementos de la doctrina son los siguientes: conflicto armado de carácter general; insurgentes que ocupan y administran una porción sustancial del territorio nacional; hostilidades insurgentes conducidas de acuerdo con las reglas de la guerra y bajo una autoridad responsable; y, finalmente, circunstancias que necesariamente precipitan a terceros estados, en defensa de sus intereses soberanos, a reconocer la beligerancia de las fuerzas irregulares[20].

Tradicionalmente, las distinciones entre rebelión, insurgencia y beligerancia tenían por intención regular la intervención de terceros en un conflicto nacional[21]. Ninguna de estas categorías jamás fue hermética, pero los tratadistas trataban de distinguir asuntos puramente nacionales de aquellos de incumbencia internacional. Las rebeliones localizadas llegaban a ser puramente responsabilidad de la jurisdicción del Estado. Las revueltas más generalizadas se consideraban insurgencia cuando eran reconocidas como tales por el gobierno o por terceros estados. Pero estaban sujetas a la rigurosidad de la ley del Estado en cuestión. Además, los gobiernos involucrados retenían el monopolio del apoyo internacional, aun cuando los gobiernos extranjeros decidían cuánto apoyo brindarían, si era del caso. Sin embargo, era únicamente cuando una guerra interna se elevaba al nivel de beligerancia que terceros estados podían optar por posiciones abiertas de apoyo a los oponentes del Estado o decidir mantenerse neutrales.

Generalmente, el estatus de beligerancia significaba que el conflicto interno había dado el paso a un nivel de guerra a gran escala[22]. Los gobiernos asediados tenían amplia discreción para decidir si reconocían o no el estado de beligerancia[23]. Este reconocimiento podía hacerse explícito, por medio de una declaración de guerra, o implícito, por medio del bloqueo de un puerto nacional, un intercambio de prisioneros o acuerdos de paz[24]. El reconocimiento, por parte

20 Véase James Brown Scott, ed., *Resolutions of the Institute of International Law* (Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1916). También, Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 176.

21 Scott, *Resolutions*, artículo 2.°. Véase también la Convención de La Habana del 20 de febrero de 1928, artículo 2.°. Véase, en general, Richard A. Falk, *The International Law of Civil War* (Baltimore: Johns Hopkins Press, 1971), 11.

22 Norman J. Padelford, *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife* (Nueva York: Macmillan, 1939), 7-23.

23 Diversos escritores doctrinarios convencionales no están de acuerdo en cuanto a las condiciones; sin embargo, hay suficientes bases para concluir que los gobiernos titulares pueden declarar el estado de beligerancia independientemente de la situación fáctica. Es decir, las condiciones que supuestamente rigen el reconocimiento por parte de los gobiernos extranjeros no aplicarían. Véase, en general, Charles Zorgbibe, *La guerre civile* (París: Presses Universitaires de France, 1975).

24 *Ibid*., 36-47.

de un gobierno involucrado, les confería ciertos derechos y obligaciones a los insurgentes y al gobierno mismo. El mayor beneficio para el gobierno era el de dejar de tener la responsabilidad por los actos de los insurgentes contra otros estados y sus habitantes[25]. El gobierno también quedaba en libertad para actuar en términos de una guerra a gran escala, entonces menos protección legal le debía a la población que estaba bajo el control de los beligerantes o les era leal.

Las fuerzas beligerantes, de acuerdo con esta doctrina, tenían derechos, en su condición de enemigos externos, como el de la protección total para los prisioneros de guerra, y estaban cobijadas por las leyes de guerra[26]. Esta última es la razón fundamental que esgrimían los tratadistas a favor de tal reconocimiento —en la actualidad, obsoleto también por la extensión de las mismas obligaciones internacionales a casos de guerra interna—. No obstante, su consecuencia sería, en teoría, que los beligerantes tendrían, ante los estados que así los reconocieran, el derecho de visitar y registrar embarcaciones mercantes neutrales y el de condenar embarcaciones que rompieran un bloqueo o que cargaran contrabando o municiones para el enemigo.

Se discutía en la doctrina internacional antigua que una vez el gobierno afectado emprendiera acciones de las que se dedujera un reconocimiento de la beligerancia, los demás estados podían, y hasta debían, reconocerla[27]. Esta amenaza es una premisa fundamental de los juristas ortodoxos colombianos. Su evaluación constante de las acciones gubernamentales busca evitar este reconocimiento forzoso de la beligerancia a nivel internacional. De acuerdo con esta línea de pensamiento, los estados extranjeros pueden encontrarse en la obligación legal de reconocer a las guerrillas y terminar con cualquier asistencia que favorezca al gobierno actual.

25 Padelford, *International Law and Diplomacy*, 2-3, 197; Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 247-248. Lauterpacht argumenta que no solamente no son responsables los gobiernos ante estados extranjeros por los actos de fuerzas beligerantes, sino que tampoco son responsables por los actos de los insurgentes en áreas que "no están bajo su control de hecho".

26 Otros derechos adjuntos a la obtención del estatus de beligerancia incluyen "el derecho a obtener crédito en el extranjero, entrar a puertos extranjeros, mantener bloqueos, practicar procedimientos de allanamiento y la confiscación de contrabando". Richard A. Falk, "Janus Tormented: The International Law of Internal War", en *The International Aspects of Civil Strife*, James N. Rosenau, ed. (Princeton: Princeton University Press, 1964), 185.

27 Véase, en general, Arnold McNair, "The Law Relating to the Civil War in Spain", *Law Quarterly Review* 53 (octubre de 1937): 471-500. También, George Grafton Wilson, "Insurgency and International Maritime Law", *American Journal of International Law* 1 (1907): 46-53. Un estado extranjero está obligado a reconocer un acto de un insurgente como apropiado si algún estado extranjero ha reconocido a los insurgentes como beligerantes.

Sin embargo, también dentro de las interpretaciones tradicionales, los estados extranjeros pueden hacer sus propias determinaciones de beligerancia, si las precondiciones de hecho existen, e incluso si el gobierno de turno no da ningún paso en esta misma dirección. Si tal fuera el caso, es de esperarse que estos estados se abstengan de ayudar a cualquiera de los dos bandos, si es que se proponen no participar en el conflicto. Estos terceros estados pueden, por ejemplo, acordar respetar el bloqueo de embarcaciones comerciales impuesto por los rebeldes. También pueden acordar que únicamente responsabilizarán a la comunidad beligerante por daños a sus ciudadanos y a sus propiedades. Por supuesto que los estados extranjeros pueden también reconocer una situación de beligerancia únicamente para unirse a la lucha con uno u otro bando[28].

A lo largo del siglo xx la solvencia de la doctrina de la beligerancia fue retada ampliamente. Incluso académicos convencionales de esta disciplina llegaron a aceptar que era considerablemente maleable[29]. En los primeros debates la polémica se enfocó no tanto en los elementos de la doctrina legal, sobre los cuales generalmente hubo un acuerdo, sino más bien sobre la naturaleza legal de la doctrina[30]. Los legalistas insistían que una vez se cumplían las precondiciones de hecho, los estados que eran terceras partes estaban en la obligación de reconocer la beligerancia de los insurgentes[31]. Pero, por otra parte, los críticos

28 Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 175-176.

29 William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, 8.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1924), 36-39, sostiene que el concepto que la beligerancia "es, desde un punto de vista legal, una concesión de pura gracia". Véase también Hilaire McCoubrey y Nigel D. White, *International Organizations and Civil Wars* (Aldershot: Dartmouth, 1995), 72-74.

30 Incluso la controversia tradicional sobre la confrontación entre la teoría constitutiva y la teoría de la declaratoria de reconocimiento subestima el escepticismo acerca de la doctrina de la beligerancia. Es decir, incluso la teoría más legalista, que dice que el estatus de beligerancia se crea cuando se satisfacen sus condiciones y que el reconocimiento simplemente da cuenta de esta situación, debe enfrentar el hecho de que la beligerancia de cara a un tercer Estado surge por definición únicamente cuando los intereses soberanos de ese Estado han sido afectados. Véase Ti-Chiang Chen, *The International Law of Recognition*: *With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*, L. C. Green, ed. (Londres: Stevens and Sons, 1951), un esfuerzo por defender la naturaleza legal de los derechos de beligerancia, de distinguir entre condiciones objetivas, que sean claramente legales, y condiciones subjetivas, que el autor trata de minimizar. Cf. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 77-78, quien argumenta que "el elemento de afectar los intereses soberanos", que es parte de las precondiciones de la beligerancia, no echa por tierra la objetividad legal de la doctrina, simplemente hace más estrecho el alcance de los terceros estados que están en posición de decidir el asunto. En este caso, sin embargo, el deber legal que pudiesen reclamar los insurgentes es bastante limitado en su alcance.

31 El proponente más sofisticado de esta postura fue Hersh Lauterpacht, quien basó su posición en la práctica actual de los estados. A pesar de la abundancia de evidencia en contra, trató de crear un deber legal, mayormente derivado de las prácticas de Estados Unidos y Gran Bretaña, de respetar los bloqueos de los gobiernos titulares a ciertos puertos nacionales bloqueados por los insurgentes. Lauterpacht creía que "[e]n ocasiones los gobiernos enfatizan el amplio elemento de la discreción que tienen en el asunto (determinación de la beligerancia). Pero la discreción que

sostuvieron que no existía un derecho legal de los insurgentes y que, a la inversa, la decisión de ser reconocidos por terceros estados obedecía únicamente a los propios intereses soberanos de estos últimos[32].

La inoperancia de la doctrina como regla legal objetiva ha sido ejemplificada con eventos de la Guerra Civil Española[33]. En ese caso, la situación de beligerancia de las fuerzas nacionalistas de Franco nunca fue reconocida, ni siquiera después haber ganado la guerra[34]. Es más, el hecho mismo de controlar más de la mitad del territorio durante el conflicto no fue suficiente para asegurarle el reconocimiento del estatus de beligerancia[35].

Los desacuerdos doctrinales fueron numerosos durante la primera mitad del siglo xx, y este hecho demuestra la existencia de una significativa cantidad de

---

invocan es la discreción de estimar la existencia de las condiciones para el reconocimiento tal y como han sido estipuladas en el derecho internacional. No apelan a una arbitraria libertad de acción luego de que la existencia de esas condiciones ha sido comprobada claramente". Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 158. Por lo demás, Lauterpacht se casó con la columna vertebral de la doctrina, que dice que el derecho a la independencia nacional, en ausencia de una institucionalidad internacional capaz de asegurar los derechos fundamentales de los individuos, requiere que los conflictos internos tengan por resultado la neutralidad o la no intervención de estados terceras partes. En otras palabras, los gobiernos titulares y los insurgentes deben ser dejados a sus propios manejos, incluso antes de la satisfacción de las condiciones de la beligerancia: "Cualquier concesión de ventajas unilateral o extendida al gobierno legal incluso antes del reconocimiento de los insurgentes como beligerantes es igual a interferencia y a la negación del derecho de una nación a decidir por sí misma" por concurso físico, si fuera necesario, entre las fuerzas rivales: la naturaleza y la forma de su Gobierno. Esto es así especialmente cuando alguno, pero no todos los requerimientos del reconocimiento de la beligerancia están presentes. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 233. Para Lauterpacht cualquier cosa que no sea la no intervención en un conflicto interno equivale a una interferencia en la independencia nacional. Así, su doctrina sobre la beligerancia argumenta su calidad de deber legal que incumbe a terceras partes y con un umbral relativamente bajo.

32 Véase McNair, "The Law Relating to the Civil War in Spain": 471. También, Padelford, *International Law and Diplomacy*, 8, que sostiene que "se acuerdan los derechos beligerantes cuando la situación de hecho y los intereses personales de Estados extranjeros coinciden de tal manera que hacen que el movimiento sea expedito o necesario".

33 Padelford, *International Law and Diplomacy*, 119, hablando de la Guerra Civil Española, escribe: "[la] 'práctica normal' en tiempos de insurgencia, […] se le debió permitir al Gobierno establecido la compra de abastecimientos para la supresión de la revuelta legal, […] los derechos de la beligerancia debieron ser acordados cuando el conflicto llegó a la magnitud y naturaleza de una guerra civil entre dos regímenes organizados, […] los estados extranjeros debieron haberse hecho a un lado y dejar que los disturbios tomaran su curso natural. Un vistazo a las guerras e insurrecciones civiles más importantes del último siglo y cuarto revelará que ha habido mucho menos de la así llamada práctica común de lo que se supone normalmente".

34 Padelford, *International Law and Diplomacy*, 8-9.

35 El control de un territorio vasto, en el caso de los nacionalistas españoles, se consideró meramente incidental en relación con el estatus de insurgencia. "La admisión de insurgencia le quita al gobierno la responsabilidad sobre los actos políticos y militares de los insurgentes en el territorio bajo su control, y normalmente trae como resultado el trato de los insurgentes como prisioneros de guerra y no como traidores […]. La admisión de insurgencia por parte de terceros estados confirma su existencia de facto, y hasta ese punto les da una posición y una personalidad, aunque anormal y temporal. Admite que de hecho ejercen control sobre propiedades y personas extranjeras dentro del área territorial sujeta a su control físico". Padelford, *International Law and Diplomacy*, 2-4.

autoridades contrarias a la posición ortodoxa expresada en Colombia[36]. Nuevamente, mi objetivo aquí no es presentar argumentos doctrinales para refutar el punto de vista ortodoxo. Por el contrario, es demostrar la posibilidad de adoptar una multiplicidad de posiciones doctrinales, si se toma la ley de beligerancia seriamente.

Simplemente, como ejemplo, también son relevantes para la situación colombiana los efectos diferenciales del reconocimiento. Algunos comentaristas identifican diferentes efectos para el gobierno afectado cuando el reconocimiento de la beligerancia lo hace ese mismo gobierno y cuando el reconocimiento lo hace un tercer Estado[37]. En el primer caso se considera que el gobierno, en lugar de perder estatus, ha retenido la soberanía nacional y que "les concede a los insurgentes meramente una cierta personalidad legal que los hace sujetos de derechos y de deberes dentro del confinamiento de las leyes de la guerra"[38]. Lo contrario le conferiría al gobierno en cuestión demasiado poder para imponer el estado de beligerancia, con la limitación de la responsabilidad estatal que esto significa ante terceros estados. El argumento prosigue afirmando que son los terceros estados los que deben estar en capacidad de extender estos derechos, basados en su propia estimación de sus intereses. De acuerdo con este principio legal, entonces, el Gobierno colombiano no socavaría su soberanía como consecuencia de, simplemente, insinuar una de las condiciones de la doctrina de la beligerancia. De nuevo, este no es un intento de formular un argumento relevante para la situación actual del país con base en la doctrina de la beligerancia; en cambio, es un intento de demostrar la gran variabilidad existente dentro de esta doctrina, incluso cuando estaba vigente.

Más allá de los muchos resquicios del concepto, los internacionalistas de la época de la Guerra Fría también notaron, de manera perspicaz, la función de la doctrina de la beligerancia en tanto arma ideológica[39]. El acto de reconoci-

36 Una exposición interesante de la doctrina afirma que "[l]a verdad es que […] el deber normal de la no intervención en las discordias internas de países extranjeros no dicta ninguna de las dos posibilidades [ni reconocimiento ni no reconocimiento], porque ambas tienen el efecto práctico del intervencionismo, aunque no sea esa su intención, y el Estado extranjero es libre para consultar sus propios intereses y el bienestar político general del mundo". McNair, "The Law Relating to the Civil War in Spain": 482, cita a Westlake, *Journal of International Law* 1 (1910).

37 El mayor efecto internacional cuando un gobierno reconoce la beligerancia es que el gobierno "ya no tiene el poder para criticar el reconocimiento por parte de terceros". McNair, "The Law Relating to the Civil War in Spain": 475-476, cita el Carnegie Endowment, artículo 3.º. El perder la posibilidad de criticar un reconocimiento de beligerencia por terceros estados está lejos de los efectos que los internacionalistas ortodoxos le atribuyen al reconocimiento por parte de un gobierno en ejercicio, e incluso al reconocimiento implícito de las condiciones de beligerancia.

38 Anotado en Protocolo II. Véase también Zorgbibe, *La guerre civile*, 45-51.

miento de una insurgencia o beligerancia, que ponía eficazmente al gobierno oficial en desventaja, pasó a ser considerado meramente dependiente de los intereses de las superpotencias. Se dejó de lado la posibilidad de aplicar estas doctrinas de una forma neutral y objetiva. Pero los internacionalistas de ese período no extrapolaron estas lecciones a otros tiempos y a otros contextos. Para ellos, el problema no radicaba en la misma doctrina, sino en el contexto que hacía imposible su aplicación neutral durante la Guerra Fría.

La obsolescencia actual de las reglas de la beligerancia ha sido ampliamente demostrada por los teóricos críticos. En un exhaustivo estudio de los puntos de vista de académicos acerca de la Guerra Civil Española, Nathaniel Berman examina la solución legal resultante de las limitaciones tradicionales de la doctrina[40]. Aunque el estatus de beligerancia es identificado típicamente con la neutralidad, también puede producir el efecto contrario. Admite alianzas entre terceros países y las partes involucradas en el conflicto interno. Berman recuenta el papel del Comité de No Intervención de Londres para prevenir la participación extranjera en el conflicto español. Pasando de largo la ley de beligerancia en su totalidad, se llegó a un acuerdo novedoso de no intervención, que se desarrolló en paralelo, pero separadamente, con las reglas formales.

Tradicionalmente, los derechos soberanos habrían impedido el aislamiento internacional del Gobierno republicano español en ausencia de un reconocimiento formal de beligerancia para las fuerzas de Franco. Sin embargo, el Comité Internacional mantuvo el principio de no intervención a pesar de no reconocer formalmente el estado de beligerancia. El reconocimiento de la beligerancia habría, de acuerdo con sus estimaciones, meramente acentuado las divisiones existentes en la comunidad internacional de la época, y habría precipitado la internacionalización de la Guerra Civil Española: es decir, en vez de hacer un llamado a la neutralidad habría precipitado alianzas con una u otra de las partes españolas en lucha. De esta forma, el comité expandió su competencia sobre el conflicto sin recurrir al estatus de beligerancia, y ello tuvo un impacto sustancial en el curso de la guerra. En la práctica actual internacional, la

39 Véase Falk, *The International Law of Civil War*, 11. "En la práctica diplomática reciente casi no hay confiabilidad sobre la gradación de situaciones de guerra civil implícitas en la escalada de rebelión, insurgencia y beligerancia. Estos símbolos de estatus legal han sido en sí mismos virtualmente desechados y los gobiernos determinan sus relaciones con las élites políticas en competencia sobre la base de sus preferencias, capacidades y las metas de política exterior, así como también sobre la base de qué están haciendo sus adversarios o qué tolerarían".

40 Nathaniel Berman, "Between 'Alliance' and 'Localization': Nationalism and the New Oscillationism", *New York University Journal of International Law and Politics* 26 (primavera de 1994): 449.

doctrina de la beligerancia es más bien un sujeto de curiosidad histórica, aunque hay intentos por parte de ciertos "neoformalistas" de reavivarla[41].

En todo caso, la cuestión de la beligerancia se correspondió con el interés de aislar el conflicto interno retirándole el apoyo de terceros estados al Gobierno oficial y declarando la neutralidad respecto de ambos bandos. Hoy en día, en lugar de observar reglas sobre la beligerancia, las decisiones sobre la participación internacional en conflictos internos se basan en diferentes criterios[42]. La práctica contemporánea busca deducir si hay justificación suficiente para la participación internacional directa. Inmediatamente se ofrecen las preguntas sobre el cumplimiento de los derechos humanos, la legitimidad política y el mantenimiento de la paz internacional. Como resultado, difícilmente entrarían en juego las puras fórmulas idealizadas de otra época acerca del control territorial y poblacional y de la estructura organizacional de los insurgentes.

### B. Oposición continua

Aunque finalmente se adoptó el Protocolo II en Colombia, ha sido y es, en algunos ámbitos, rechazado con vehemencia. Algunos aún cuestionan su aplicabilidad[43]; argumentan que la situación de Colombia aún no ha llegado al punto de conflicto contemplado por esta convención. También se argumenta que la determinación de aplicarlo, por parte del Gobierno colombiano, es

41 Véase Robert W. Gomulkiewicz, "International Law Governing Aid to Opposition Groups in Civil War: Resurrecting the Standards of Belligerency", *Washington Law Review* 63 (1988): 43-61. Gomulkiewicz reconoce el potencial de mala fe de las reglas de la beligerancia durante la Guerra Fría; sin embargo, propone revitalizar estas reglas como la base de la política exterior de Estados Unidos. De acuerdo con esta reformulación, el requerimiento del "control territorial" debe ser un hecho para los insurgentes antes de que Estados Unidos intervenga. Esta regla es, para Gomulkiewicz, un buen agente de legitimación y de representatividad: "Sin embargo, los estándares de beligerancia son una buena guía para la legitimación política, y podrían ser un factor importante en aquellas ocasiones en que Estados Unidos decida ponerse del lado de la oposición armada en contra de un aliado en ejercicio".

42 David Wippman, "Change and Continuity in Legal Justifications for Military Intervention in Internal Conflict", *Columbia Law Review* 27 (primavera de 1996): 435-444. "La viabilidad de las reglas tradicionales que rigen una guerra civil se hizo muy dudosa después de la Segunda Guerra Mundial. Por practicidad, los Estados simplemente pasaron por alto estas reglas".

43 Véase Rafael Nieto Loaiza, "Algunas observaciones acerca del delito político y la aplicación del DIH en Colombia", en *Derecho internacional humanitario aplicado*, Comité Internacional de la Cruz Roja, comp. (Bogotá: Tercer Mundo, 1998), 371. Mi comprensión, con base en fuentes informales, es que Nieto Loaiza ha concedido recientemente que Colombia ahora cumple con las condiciones de hecho del Protocolo II. Sin embargo, más importante que este reconocimiento es la postura de él y de otros internacionalistas hasta este punto. Véase, en general, Álvaro Villarraga Sarmiento, "Antecedentes y elementos de diagnóstico: rasgos del conflicto armado y del derecho humanitario en Colombia", en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional humanitario aplicado* (destaca el continuo rechazo de la aplicabilidad del Protocolo II).

meramente voluntaria[44]. Esta posición rehúsa cualquier implicación de beligerancia que su aplicación en Colombia pudiera acarrear.

Los defensores de posiciones humanitarias se han visto batallando contra esta postura[45]. La interpretación según la cual la aplicación del Protocolo es voluntaria, y no obligatoria, socava sus enérgicos esfuerzos destinados a imponerlo. Se han venido desarrollando ciertos argumentos en contra. El primero registra el pleno desacuerdo sobre el significado del alcance del Protocolo II[46]: simplemente insisten en que sí aplica para todas las fuerzas combatientes de Colombia[47]. Los representantes de la Cruz Roja Colombiana, por ejemplo, argumentan que el umbral requerido está por debajo del nivel de "intensidad, duración, control territorial o extensión que el que aplica a una guerra civil"[48]. Pero esto no hace más que exacerbar la resistencia al Protocolo II en algunas instancias. Un umbral inferior o más bajo se percibe como una manera indirecta de bajar el umbral determinante del estatus de beligerancia, y esta, desde una perspectiva ortodoxa, es una interpretación que debe rechazarse a cualquier costo.

44 Reconociendo el debate sobre la aplicabilidad del Protocolo II, el alto comisionado para la paz del presidente Ernesto Samper declaró: "Por ello, el Gobierno, en noviembre de 1995, en la ciudad de Popayán, haciendo caso omiso de un debate larguísimo sobre si los grupos armados correspondían a los criterios establecidos en el artículo 1.º del Protocolo II, reconoció la necesidad de que en Colombia se respete el derecho humanitario e hizo un llamado a los grupos guerrilleros para que también lo respeten". Véase Daniel García Peña, "El derecho internacional humanitario y la paz negociada", en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional humanitario aplicado*.

45 Villarraga Sarmiento, "Antecedentes y elementos de diagnóstico", 273. El autor destaca la anomalía de la decisión "política" del Gobierno de regirse por el Protocolo II, que deja abierta la cuestión de su aplicabilidad a las guerrillas y la remite eficazmente a la discreción de cada organización subversiva.

46 Esta es la posición adoptada por muchos defensores de los derechos humanos en Colombia y fuera del país. Human Rights Watch, por ejemplo, desestima cualquier otra interpretación: "El Protocolo II es aplicable cuando […], todo lo cual cumple Colombia". Human Rights Watch, *War without Quarter: Colombian and International Humanitarian Law* (Human Rights Watch, 1998). "Aunque cualquier desacuerdo pueda estar sujeto a debate honesto, gran parte de la oposición al cumplimiento total de las leyes de la guerra en Colombia es una justificación cínica para violaciones continuas, deliberadas y atroces de los estándares mínimos necesarios para la protección de la vida humana". El presente artículo, en lugar de ignorar las interpretaciones idiosincráticas del derecho internacional prevalecientes en Colombia, las aborda y argumenta que son producto, más que de mala fe, de opciones de posicionamiento político y estrategia en el conflicto.

47 Véase, en general, Carrillo-Suárez, "Hors de Logique", para un ejemplo de este argumento. Carrillo-Suárez argumenta que el hecho de que en Colombia se entendiera que el Protocolo II aplica únicamente a las guerras civiles es producto de una "mala interpretación" y "el discurso que distrae mencionando 'guerra civil'". Mi objetivo en esta sección es demostrar que esta interpretación restrictiva del Protocolo II no es meramente un error casual. Más bien responde a motivos políticos, conscientes o inconscientes, de sus propulsores, y puede ser identificada como parte de un programa más grande, que hace uso de una interpretación idiosincrática del derecho internacional.

48 Sumario para la Corte Constitucional en apoyo de la constitucionalidad del Protocolo II después de su aprobación por parte del Congreso colombiano; Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), 393. Véase Comité Internacional para la Cruz Roja, "El papel de un intermediario neutral en Colombia" (1998).

Una perspectiva diferente es la de insistir en la aplicabilidad del Protocolo II sin detenerse demasiado en su propio articulado textual sobre la aplicación[49]. Esta posición ha sido liderada por la Corte Constitucional colombiana[50], que ha decidido que las regulaciones sustantivas del Protocolo II son normas internacionales vinculantes[51]. El alto tribunal las considera normas *jus cogens*[52], y por lo tanto completamente vinculantes en Colombia, por medio de la incorporación de normas humanitarias internacionales a la Constitución de 1991[53]. El condicionamiento de su aplicación a hechos materiales, como la existencia de cierto grado de conflicto, no es válido a pesar de encontrarse en el propio Protocolo[54]. Para la Corte, las normas sustantivas del Protocolo II son vinculantes incluso en contextos de disturbios callejeros y disturbios civiles, situaciones estas que no están consideradas en el texto del Protocolo. Esta sentencia no ha sido ampliamente aceptada. Internacionalistas ortodoxos cuestionan su validez jurídica. Insisten en que el Protocolo II no es *jus cogens*, y que no es directamente aplicable en Colombia. Fuera de Colombia, generalmente, se ha reconocido el artículo 3.º común de las convenciones de Ginebra como parte del derecho imperante; la condición del Protocolo II es menos clara[55]. De cualquier forma,

49 Kalshoven, "El Protocolo II, la CDDH y Colombia", 37-38.

50 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-255 de 1995, 393.

51 Este enfoque está en deuda con el magistrado Ciro Angarita Barón, quien escribió la anterior opinión sobre la constitucionalidad del Protocolo I. Véase Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992. Mucho antes de la introducción del Protocolo II para la aprobación por parte del Congreso colombiano, Angarita anunció la calidad de *jus cogens* de la ley humanitaria internacional. Como tal, el Protocolo II no tiene necesidad de ser incorporado formalmente al orden legal nacional. En su defecto, es ley suprema.

52 Internacionalistas notablemente ortodoxos han rechazado la opinión de la Corte Constitucional respecto a que el Protocolo II constituye derecho constitucional imperante. En su defecto, aseguran que solamente el artículo 3.° común disfruta de este estatus, de acuerdo con la decisión de la Corte de Justicia Internacional sobre el caso de Nicaragua, junio 27 de 1986. Véase Nieto Loaiza, "Algunas observaciones acerca del delito político", 362: "[…] esto solamente demuestra, además de las buenas intenciones que puedan deducirse de pensar con el deseo, el profundo desconocimiento que tiene la Corte no solo del carácter legal del DIH en conflictos armados no internacionales, sino, más grave aún, de la naturaleza misma tanto del derecho imperativo como del derecho consuetudinario".

53 Constitución Política de Colombia, artículo 214.

54 Véase Rodrigo Uprimny, "Sentido y aplicabilidad del derecho internacional humanitario en Colombia", en *Conflicto armado y derecho humanitario* (Bogotá: Iepri, CICR y Tercer Mundo, 1994), para una discusión y apoyo de la decisión de la Corte. Uprimny argumenta que ya que estas normas de derecho internacional humanitario son *jus cogens*, y por lo tanto su aplicabilidad no está sujeta a las precondiciones de hecho, entonces por extensión las normas sustantivas del Protocolo I (aplicables a guerras de liberación de carácter nacional) también son aplicables al conflicto colombiano. *Ibid.*, 172.

55 El Tribunal Internacional de Justicia ha refrendado el carácter del artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra de 1949. Actividades militares y paramilitares (Nicaragua vs. Estados Unidos), 27 de junio de 1986. Este tribunal no ha sustentado expresamente que el Protocolo II disfrute del mismo rango. Sin embargo, deja la puerta abierta para este argumento: "[…] una gran cantidad de leyes humanitarias aplicables en conflicto armado son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y 'consideraciones elementales de humanidad' […] estas reglas fundamentales

el dictamen de la Corte es una postura plausible, al menos no está excluida de la opinión internacional[56].

Para el gobierno de Pastrana la consecuencia del influyente discurso ortodoxo ha sido, en vez de reforzar su posición, limitar su campo de acción. Obrando bajo la amenaza de una siempre inminente declaración de beligerancia, el Gobierno tiene que presentarse como retentor del control completo del territorio nacional, tiene que aparentar que la población está segura y que sus leyes son efectivas. De mostrarse incapaz de realizar estas funciones, como es el caso, se encuentra en una posición vulnerable. Cualquier opción de negociación, caracterizada como elemento constitutivo de un estado de beligerancia, es apresuradamente descartada. Así pues, una utilización anacrónica y exagerada de la doctrina de la beligerancia refuerza la lógica de la guerra. O el Gobierno se asegura el control total o las guerrillas logran la condición virtual de Estado. Y al contrario, o las guerrillas adquieren control permanente o el Gobierno monopoliza los términos de la guerra y la paz. De esta manera, el estancamiento en el campo militar es simplemente reproducido por el discurso legal[57]. Más inquietante, sin embargo, es que el Gobierno se ve obligado a intensificar la guerra, en lugar de humanizarla.

### C. La zona desmilitarizada

Otro ejemplo del impacto de la ortodoxia internacional concierne al debate sobre la conveniencia de desmilitarizar una zona para conducir las negociaciones de paz. Pastrana declaró una zona de despeje de 42 000 km$^2$. En lugar de abandono o capitulación de una porción del territorio nacional, la cesión del control territorial fue formulada por el Gobierno como un procedimiento. Amparado por la ley de 1997 que le permitía al presidente tomar medidas para avanzar en el

---

deberán ser observadas por todos los estados hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, porque ellas constituyen principios inviolables de ley de costumbre internacional".

56 Véase M. Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", *Transnational Law and Contemporary Problems* 8 (otoño de 1998): 220: "Se considera que la 'Ley de Ginebra' (cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y porciones del Protocolo I y II que incorporan derecho consuetudinario) ha alcanzado el nivel de costumbre general"; cf. Theodor Meron, "International Criminalization of Internal Atrocities", *American Journal of International Law* 89 (1995): 554. Meron encuentra que el Protocolo II "no ha sido reconocido internacionalmente como parte del derecho internacional consuetudinario"; sin embargo, su inclusión dentro del contexto de la jurisdicción del Tribunal de los Crímenes de Guerra de Ruanda es un gran paso en esa dirección. Argumenta a favor de la responsabilidad criminal individual y la jurisdicción universal para enjuiciar violaciones del artículo 3.° común y del Protocolo II.

57 Jorge L. Esquirol, "El proceso de paz: conforme al derecho internacional", en *La otra guerra, el derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*, Óscar Eduardo Guardiola Rivera *et al*., eds. (Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Instituto Pensar y Plaza y Janés, 1999), 95.

proceso de paz, Pastrana retiró a los militares mientras retenía el "control" sobre la zona[58]. De esta manera, en lugar de conceder un reclamo territorial que podía ser utilizado por las guerrillas como argumento en favor de su beligerancia, esta acción se definió como procedimental, estrictamente relacionada con el proceso de paz. El retiro de las tropas de la zona de forma voluntaria, con el fin de favorecer la búsqueda de la paz con el amparo de la ley, mantenía, según esta manera de pensar, la autoridad legal del Estado sobre el territorio.

Claramente, la ocupación de territorio, por sí misma, no es el estándar contemporáneo que define el reconocimiento de la soberanía. La protección de los derechos humanos y la garantía de derechos políticos son los criterios comunes del reconocimiento internacional. De esta forma, en vez de constituir el *sine qua non* para el reconocimiento internacional, las acciones de Pastrana en el proceso de paz no impulsaban el reconocimiento de las FARC por parte de la comunidad internacional. Aun así, los comentaristas ortodoxos se negaron a aprobar estas acciones.

Sumándose al escepticismo interno, la postura conservadora de los legisladores estadounidenses alimentaba la disconformidad. En relación con la financiación del Plan Colombia de Pastrana por parte de Estados Unidos, una de las condiciones que se consideraron en las audiencias del Congreso fue la eliminación de la zona desmilitarizada.

### D. Beligerancia "restringida"

El expresidente Alfonso López Michelsen propuso que el Gobierno les reconociera un estatus de beligerancia restringida a las guerrillas. Su argumento era que este estatus internacional facilitaría dos objetivos prioritarios en la agenda del Gobierno: humanizar la guerra interna y facilitar el intercambio de prisioneros con las guerrillas. La humanización de la guerra había sido propuesta en el contexto de acuerdos *ad hoc* en conjunto con las negociaciones de paz o como parte de la agenda de paz en sí misma. En cualquier caso, el expresidente razonó que concederles este largamente esperado estatus a las guerrillas era preferible, ya que estarían sujetas a las reglas humanitarias internacionales y se

[58] Ley 418 de 1997 (Colombia, Congreso de la República, 26 de diciembre de 1997), capítulo I, artículo 8.º, parágrafo 1.º: "El Gobierno Nacional podrá acordar con los voceros o miembros representantes de las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales se les reconozca carácter político, en un proceso de paz y para efectos del presente artículo, su ubicación temporal o la de sus miembros en precisas y determinadas zonas del territorio nacional. En las zonas aludidas quedará suspendida la ejecución de las órdenes de captura contra estos, hasta que el Gobierno así lo determine".

establecería una base legal para realizar el intercambio de los prisioneros. López Michelsen tenía la esperanza de ofrecer el estatus a cambio de la sujeción a las leyes de la guerra.

La propuesta fue recibida con alarma por parte de los internacionalistas ortodoxos y por voceros del Gobierno por igual. La primera objeción se centró en la inexistencia de un estatus de beligerancia restringida. La propuesta fue pronunciada ruidosamente como carente de firmeza legal. Uno de los principales internacionalistas de Colombia dijo en respuesta a la propuesta de López Michelsen que

> No hay en Derecho Internacional previsto un estado de beligerancia restringido. Si el Estado colombiano otorga a los rebeldes el estado de beligerancia los convierte en sujetos de derecho internacional con todos los derechos y responsabilidades que acarrea esta calidad. Además, no se podría impedir que los demás Estados reconocieran el estado de beligerancia, con lo cual se protocolizaría la guerra civil. Por último, el proceso de paz no hace necesaria esta declaratoria de beligerancia que como se ha visto no procede por no reunirse los requisitos que el Derecho Internacional exige para la misma[59].

Expertos de la corriente principal insistieron en que o bien existe una beligerancia o no existe: pero no hay nada en el medio[60]. Otras autoridades en derecho internacional del país expusieron su punto de vista en la prensa nacional; advertían que "algunos académicos han afirmado que la beligerancia es una figura 'pasada de moda' y su discusión, inútil e inconducente. Puede ser así en relación con otros conflictos internos de los tantos de la geografía mundial, pero los hechos demuestran lo contrario en relación con el colombiano"[61].

59 Marco Gerardo Monroy Cabra, "Reflexiones sobre el estado de beligerancia", *Ámbito Jurídico* 2, n.º 44 (25 de octubre a 7 de noviembre de 1999).

60 La respuesta oficial del Gobierno reiteró la posición de los internacionalistas ortodoxos. El alto comisionado para la paz declaró que "[l]a beligerancia restringida no coincide con las normas internas o internacionales. En el plano interno, no existe base o apoyo legal; en el orden internacional, no hay precedente ni ha sido enmarcado en instrumentos internacionales". "El memorando de Víctor G. Ricardo", *El Tiempo*, 13 de octubre de 1999.

61 Rafael Nieto Loaiza, "Los argumentos de López están equivocados", *El Tiempo*, 12 de octubre de 1999. El texto continúa: "Las FARC expresamente han solicitado el estatuto, los columnistas lo discuten, el alto comisionado para la paz expide un comunicado en el que sostiene que ninguna de las actuaciones del Gobierno tiene la intención o el significado de conceder beligerancia y, para que no quede duda, el presidente Chávez y su canciller, a raíz de su polémica declaración de 'neutralidad', han afirmado que no ha sido Venezuela sino el Gobierno colombiano quien la ha concedido. Desafortunadamente, la figura está para Colombia y su entorno más viva que nunca. Y los riesgos son muy grandes".

Sin embargo, la concesión del estatus como estrategia de negociación no es novedosa, incluso en el contexto colombiano. Además, actualmente está en vigencia una especie de estatus de las guerrillas. El Gobierno ha reconocido a los rebeldes como "actores políticos", en un preludio a las conversaciones de paz, pues sería inconsistente la negociación con un grupo delincuente. Como resultado, la ley habilitante, Ley 418 de 1997, concediéndole poder al Ejecutivo para negociar con los insurgentes armados, también provee para el reconocimiento del estatus "político".

Esta manera de proceder también tiene un precedente en negociaciones de terceros estados con la guerrilla colombiana. Es la ruta que ha seguido el Gobierno de Venezuela. Los agroindustriales venezolanos son secuestrados rutinariamente por las guerrillas para solicitar rescates. Los diplomáticos venezolanos les han reconocido el estatus de "beligerantes políticos" en Colombia, con la finalidad de hacer contacto con ellas. El estatus acordado no les extiende ningún derecho que pueda atribuirse a la versión legal del concepto. Simplemente se limita al asunto concerniente a la seguridad de Venezuela.

Lo que queda manifiesto en las soluciones colombianas y venezolanas, como mínimo, es una alternativa a una visión monolítica del estatus. Desmenuzar el estatus crea espacio para negociar y para dedicarse a las negociaciones de paz. Pero esta designación del estatus político, por sí sola, no elimina las críticas desde un punto de vista legalista y ortodoxo. Es más, al presentarse como una herramienta puramente política se pone por fuera de la ley. Y, en estos casos, se considera inferior, improvisada y hasta ilegal. De esa forma, la posición discursiva que consiste en hablar con autoridad sobre los requerimientos reales del derecho internacional tiene gran peso. Una presentación sesgada o demasiado limitada del derecho internacional es capaz de deslegitimar las acciones políticas a favor de la negociación. En el caso colombiano, una interpretación anacrónica de la beligerancia reduce la gama de posibilidades.

Una segunda objeción a la propuesta de López Michelsen se basó en el impacto que tendría sobre el derecho humanitario. Los ortodoxos afirmaron que el respeto por la ley es una condición previa al reconocimiento del estatus de beligerancia, y no lo contrario. Pero argumentar sobre cuál viene primero, la beligerancia o las reglas de la guerra, no resuelve la cuestión de cuáles incentivos se pueden ofrecer para inducir al cumplimiento de las normas humanitarias. Idealmente, todos los grupos guerrilleros deberían respetar las reglas de la guerra. Sin embargo, ya que este no es el caso, la reiteración de la jerarquía, aunque derive en una satisfacción moral, no tiene una gran oportunidad de ser una posición

efectiva. De hecho, uno de los objetivos que respalda el desarrollo histórico de las mismas nociones de beligerancia es el de asegurar el cumplimiento de las leyes de la guerra por parte de las fuerzas rebeldes. En esta misma forma, algún tipo de reconocimiento para las guerrillas y la supervisión internacional pueden constituir un mecanismo efectivo.

Son pocas las voces que en Colombia han criticado la relevancia de la doctrina histórica de la beligerancia en el conflicto actual. Algunos críticos han proclamado que el concepto de beligerancia ha tomado en el discurso un carácter fantasmagórico, y han precisado que el estatus de beligerancia no tiene un peso real en la posición internacional del país[62]. Terceros estados no están motivados por la decisión del Gobierno colombiano de concederles o negarles un estatus legal formal a las guerrillas[63]. Es más, la asociación de estas con el terrorismo y el narcotráfico efectivamente descarta cualquier reconocimiento internacional. Por lo tanto, dados sus muy improbables efectos prácticos, al concepto se le da una importancia injustificada.

Los internacionalistas ortodoxos han respondido rechazando de frente la obsolescencia de la doctrina de la beligerancia, al menos en Colombia[64]. Ciertamente, de esa manera, estos internacionalistas mismos refuerzan el significado del concepto. En realidad, la insistencia no corresponde a un temor real a la reacción internacional y al desencadenamiento de reconocimientos de las FARC por parte de Estados Unidos, Europa y otros actores influyentes, sino más bien por temor a la reacción interna[65]. Así lo demuestra el hecho de que sus

62 Véase "López plantea beligerancia para las FARC", *El Tiempo*, 11 de octubre de 1999; también, Alfredo Rangel Suárez, "¿Por qué el miedo?", *El Tiempo*, 15 de octubre de 1999.

63 El Estado que tiene el mayor incentivo para reconocer el estatus de beligerancia a las guerrillas colombianas es Venezuela. Los nacionales venezolanos han sido secuestrados y extorsionados de forma rutinaria por las fuerzas guerrilleras. El Gobierno venezolano, de esta forma, estaría en posición de proteger a sus ciudadanos. Véase Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 238. Por lo demás, el Gobierno "bolivariano" del presidente Hugo Chávez ha expresado en el pasado simpatía por los insurgentes colombianos. Sin embargo, la Cancillería venezolana ha anunciado que hace distinción entre la beligerancia política y la beligerancia legal. Reconoce la primera exclusivamente con la finalidad de detener las incursiones a través de la frontera. Esta distinción difiere mucho de la que hace el Gobierno colombiano cuando diferencia entre la postura política, con la finalidad de comenzar las conversaciones de paz, y el estatus de beligerancia. De cualquier manera, debe hacerse notar que no obstante la negativa por parte de Venezuela de reconocer otros derechos de beligerancia, Chávez habla en términos de la neutralidad de Venezuela de cara a los actores del conflicto colombiano. Véase "Presidente Chávez reitera neutralidad", *El Tiempo*, 12 de septiembre de 1999. Por separado, el Gobierno venezolano también ha hecho avances para ser anfitrión de conversaciones de paz con el ELN en su propio territorio. Véase María Cristancho, "Chávez estudia convención del ELN en Venezuela", *El Tiempo*, 9 de octubre de 1999.

64 Véase, en general, Nieto, "Los argumentos de López están equivocados".

65 Vicente R. Torrijos, "El todo por el todo", *El Tiempo*, 12 de octubre de 1999: "En síntesis, supondría una negociación de paz mucho más compleja que la de ahora, […] que apuntaría directamente a la redistribución del poder político y del poder económico en Colombia".

representantes están preparados para defender la aplicabilidad del concepto de derecho internacional en Colombia, aunque reconocen que no es aplicable en el ámbito internacional. De esta forma, a la doctrina de la beligerancia se le da nueva vigencia, pero con un carácter muy peculiar.

Específicamente, por ejemplo, uno de los asuntos que la beligerancia mantiene a raya en debates internos es la posibilidad del intercambio de prisioneros. Las voces expertas en beligerancia señalan que el intercambio le daría pie al reconocimiento internacional de la guerrilla. Hay muchos argumentos en contra de un intercambio, no obstante su respaldo popular. Es comprensible que el intercambio de guerrilleros por soldados regulares en manos de los insurgentes sea problemático en términos militares. Implica la liberación de rebeldes encarcelados, que, sin duda, regresarán a las filas de la guerrilla. Militares de alto rango han cuestionado abiertamente la prudencia de este intercambio[66]. Pero resistirse a su implementación sobre la base de una interpretación estrecha y anacrónica del derecho internacional no resulta muy productivo y cercena innecesariamente el espacio de las posibles políticas de paz.

En fin, es prudente decir que la principal reacción internacional a actos del Gobierno colombiano que pudieran coincidir con los elementos históricos de la beligerancia no sería, en ningún caso imaginable, un reconocimiento de soberanía a las FARC. No obstante, se argumenta que incluso el otorgamiento de un estatus político les serviría de trampolín a las crecientes exigencias de los rebeldes. Por ejemplo, la zona desmilitarizada podría ser reclamada como territorio ocupado, y el reconocimiento, como gobierno organizado, y entonces sería más difícil impedir un mayor reconocimiento. Aunque estas demandas por parte de la guerrilla podrían de hecho estar en camino, también pueden surgir con independencia de un supuesto estatus de beligerancia concedido, sin quererlo, por el Gobierno.

## III. Regulando la conducta de guerra

### A. El Acuerdo de Maguncia

Entre el 12 y 15 de julio de 1998 una prometedora iniciativa de paz fue liderada por miembros de la sociedad civil[67]. Con los auspicios de la Iglesia católica, el ELN

66 Álvaro Valencia Tovar, "La ley del 'canje'", *El Tiempo*, 8 de octubre de 1999.

67 Una objeción permanente a las iniciativas de la sociedad civil en Colombia es que este mecanismo es frecuentemente manipulado por las fuerzas políticas mayoritarias del país. "¿La sociedad civil de quién?", es la pregunta retórica que se hace repetidamente para darle nombre a la sujeción

se reunió en Maguncia, Alemania, con miembros prominentes de la clase política colombiana, en su carácter de ciudadanos privados. A la iniciativa se le dio el sentido de que el pueblo de Colombia estaba tomando el asunto en sus propias manos. Aunque estuvieron presentes representantes del Gobierno, participaron como ciudadanos y no como funcionarios públicos. De esta manera, el Gobierno no participó formalmente en esta primera iniciativa con el ELN.

El grupo de participantes era una mezcla ecléctica de políticos, jueces y representantes de varias organizaciones no gubernamentales. Se consiguieron dos importantes logros: un acuerdo humanitario internacional y el compromiso con un programa de negociaciones de paz. Destaca entre las concesiones de los rebeldes que se comprometieron a restringir sus secuestros y no incluir a menores, ancianos[68] y mujeres embarazadas. Los críticos rechazaron este compromiso de reducir los secuestros, pues los equipararon a las tomas de rehenes, prohibidas en su totalidad por las leyes humanitarias internacionales. Acordar la restricción de los secuestros, argumentaban, era implícitamente consentir la toma de rehenes que *no* fueran menores, ancianos o mujeres embarazadas. Consideraban que esta estipulación reñía con las obligaciones internacionales[69].

Los guerrilleros también se comprometieron a no atacar ninguna instalación civil o médica claramente marcada con el símbolo de la Cruz Roja Internacional y a tratar los territorios indígenas como neutrales y ajenos al conflicto[70]. Internacionalistas importantes condenaron el acuerdo como una subversión de los requerimientos de las leyes de la guerra, con el argumento de que todas las instalaciones civiles están protegidas por la norma internacional y únicamente

---

de los grupos de la sociedad civil a ciertos actores en el conflicto interno. En cualquier caso, los miembros del grupo de sociedad civil de Maguncia, aunque abiertamente partidarios de la paz, provenían de diversos sectores. Si tenían alguna alianza evidente en particular, esta sería en relación con el territorio colombiano. Muchos de los participantes eran personeros gubernamentales que actuaban a título personal.

68 Definidos en el Acuerdo de Maguncia como personas de 65 años de edad o más.

69 El secuestro se percibe ampliamente como toma de rehenes en el derecho humanitario internacional. Véase International Committee of the Red Cross, "Commentaries on Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)" (1977). "Debe notarse que los rehenes son personas que están bajo el poder de una parte del conflicto o de uno de sus agentes, voluntaria o involuntariamente, quienes responden con su libertad, su integridad física o su vida para la ejecución de las órdenes de aquellos en cuyas manos han caído, o por cualquier acto hostil cometido en su contra".

70 A las poblaciones indígenas atrapadas en medio de la línea de fuego les corresponde una parte significativa de las bajas del conflicto interno. En 1988, la población embera katío de la provincia de Córdoba apeló a la comunidad internacional solicitando ayuda. Véase www.colombiasupport.net/chpaters/chicago/texts/orewa.html (última visita el 14 de octubre del 2000). Su territorio tribal fue espacio de intenso fuego cruzado entre las guerrillas y los paramilitares.

los blancos militares están sujetos a ataque. El Acuerdo de Maguncia invertiría ese orden permitiendo los ataques a todas las instalaciones que no estuvieran marcadas como civiles. También se retó la atribución de neutralidad a las comunidades indígenas. Según la postura ortodoxa, la población civil nunca es neutral en el contexto de un enfrentamiento con la insurgencia. Únicamente el reconocimiento de la beligerancia les permite a terceros asumir la postura de neutralidad frente al Gobierno y las guerrillas. Y, como no se reconoce la beligerancia, la población civil —incluida la de los territorios indígenas— mantiene su sujeción a las leyes del Estado y, por lo tanto, no puede ser neutral. En Maguncia también se acordó cesar las operaciones de sabotaje contra los oleoductos del Gobierno hasta realizarse una convención nacional, que fue planificada durante las reuniones[71].

Aunque en principio la reacción del Gobierno fue de apoyo[72], cambió rápidamente. El ministro de Defensa rechazó la validez del acuerdo y retó su legalidad. Su aguda crítica levantó dudas acerca de los objetivos de Pastrana. Rápidamente, a partir de ese momento, se aglomeró un coro de argumentos legales que afirmaba que el Acuerdo era letra muerta. Al final, quedó efectivamente rechazado por dos razones: la primera, que no se podía calificar como un acuerdo humanitario, de acuerdo con el artículo 3.º común, porque el Estado no había sido parte. La segunda, que los compromisos acordados estaban por debajo de los estándares mínimos requeridos por el derecho humanitario internacional. Un reconocido internacionalista colombiano recogió esta objeción cuando observó que

> Muy a pesar de las afirmaciones de algunos de los participantes en el sentido de que lo firmado en Maguncia es "un acuerdo humanitario a la colombiana", de entrada debe advertirse que dicho documento no puede ser considerado como un acuerdo humanitario y que, si lo fuera, sería nulo de pleno derecho, porque contraría los principios fundamentales del DIH y el contenido básico del Artículo 3.º común, la regla de derecho internacional imperativo referida[73].

71 La explosión de oleoductos es la estrategia por excelencia del ELN. Véase www.colombiasupport.net/chapters/chicago/orewa.html (última visita el 14 de octubre del 2000).

72 El presidente Ernesto Samper, aún en funciones, apoyó el acuerdo describiéndolo como "legítimo". Véase "Samper avaló acuerdos de Maguncia", *El Colombiano*, 24 de julio de 1998. El presidente electo Andrés Pastrana también manifestó su apoyo. "Pastrana acoge el pacto de puertas del cielo", *El Tiempo*, 17 de julio de 1998: "Es realmente un paso muy importante y el nuevo Gobierno lo apoya con decisión […]". Véase también Carlos V. de Roux, "Alcances humanitarios del Acuerdo de Mainz", *El Tiempo*, 19 de julio de 1998.

73 Rafael Nieto Loaiza, "El Acuerdo de Maguncia a la luz del derecho internacional humanitario" (manuscrito, en el archivo del autor, 1998).

Los internacionalistas ortodoxos denunciaron su carácter criollo, en particular colombiano, y su ilegalidad.

La primera objeción rechaza el reconocimiento de un grupo de representantes de la sociedad, en virtud de una lectura formal del artículo 3.º común, pero ignora la práctica internacional en vigencia, puesto que las organizaciones no gubernamentales y los representantes de la sociedad civil han sido reconocidos como sujetos de derecho internacional en un sin número de casos. La segunda objeción se refirió a la ilegalidad del documento respecto al derecho humanitario. Sin duda, algunas de las estipulaciones del acuerdo no se ajustan estrictamente a las normas internacionales; pero muchas refuerzan las protecciones humanitarias. El acuerdo sí considera las condiciones actuales de la guerra interna colombiana, y trata de afrontar esta realidad y de regular algunas de las prácticas más aberrantes. Llegar a un acuerdo y asegurar algún tipo de compromiso en lo correspondiente a su entrada en vigencia es un paso significativo. No debería abandonarse tan rápidamente. Y no hay ninguna razón necesaria para rechazar su legalidad con base en el derecho internacional.

Es de destacarse que no circularon argumentos legales del mismo peso a favor de la validez del Acuerdo. Dada esta ausencia, los defensores del Acuerdo se refugiaron en razones políticas y de necesidad —era un primer y necesario paso hacia el proceso de paz—. Para sus detractores, en el mejor de los casos, era una indebida incorporación del "excepcionalismo colombiano" a la legalidad internacional. En un comentario detallado, un notable internacionalista colombiano argumentó que

> El problema surge cuando existe y se promueve la pretensión de aplicar un Derecho Internacional Humanitario "heterodoxo", improvisado al compás de las coyunturas del conflicto, argumento que se ha querido sustentar en las particularidades del caso colombiano. Ello constituye no sólo un grave error jurídico, sino también desacierto político de nefastas consecuencias, pues el intento de quien busca relativizar sus preceptos, termina por liquidar su valor universal y su importancia de ser el lenguaje común para su exigibilidad y para su cumplimiento. El Derecho Internacional Humanitario "heterodoxo" simple y llanamente no existe[74].

[74] Ernesto Borda Medina, "Comentarios sobre los aspectos humanitarios del 'Acuerdo de Puerta del Cielo'", en *Conversaciones de paz frente al horror: acuerdos humanitarios*, Mandato Ciudadano por la Paz, la Vida y la Libertad, ed., 102-122 (1998).

Es notable que las FARC y los paramilitares, haciendo referencia a las características únicas del conflicto colombiano, han propuesto sus propias versiones de reglas de guerra, que ellos mismos caracterizan como "criollas" o como una versión particular del derecho humanitario internacional. Específicamente, las FARC sostienen que la ley humanitaria está "abierta a interpretación"[75]. Los paramilitares abogan por una ley humanitaria criolla[76]. En esencia, estos argumentos sostienen que el conflicto colombiano es excepcional y no es adaptable a las normas humanitarias generales.

Para los críticos de estas posturas, y del Acuerdo de Maguncia, estas propuestas son simplemente desdeñosas del derecho internacional. En otras palabras, las consideran tentativas de mala fe para justificar las violaciones flagrantes de estos grupos. Con independencia de la posibilidad o imposibilidad de elaborar un derecho internacional criollo, una interpretación demasiado angosta e injustificable de las opciones que ofrece el derecho internacional general únicamente conseguirá que acuerdos de este tipo, y en consecuencia la paz, sean más difíciles de alcanzar. En este sentido, la controversia sobre el Acuerdo de Maguncia es otra instancia en que se presenta a la ley y la paz como si fueran opuestas.

### B. Delitos políticos: amnistías e indultos

El 23 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional colombiana limitó el alcance de los delitos políticos[77]. Históricamente, la ley colombiana les confiere un tratamiento deferencial a los delitos políticos, particularmente los de rebelión y sedición[78]. El Código Penal lo establece en tanto provee sentencias relativamente ligeras para estos delitos y excluye toda sanción adicional por cualquier ofensa relacionada cometida "durante el combate". Es decir, el asalto, el homicidio y cualquier otro delito relacionado con el combate están subsumidos en las penas por rebelión y sedición.

Sin embargo, la mayoría de la Corte se acogió a una construcción alternativa del Código Penal[79]. Rechazó la noción de que los delitos relacionados con el

75 Human Rights Watch, *War without Quarter*, 133. Cita una entrevista con Marco León Calarcá (Frente Internacional de las FARC), México D. F., 15 de julio de 1996.

76 Human Rights Watch, *War without Quarter*, 110, cita a Bibiana Mercado y Orlando León Restrepo, "Las FARC infiltran los partidos tradicionales", *El Tiempo*, 29 de septiembre de 1997.

77 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997 (magistrados ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz).

78 El Código Penal Colombiano de 1980, artículo 127, afirmaba: "Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo".

combate deben subsumirse en los de rebelión y sedición y dictaminó que la estipulación del Código que así lo establecía constituía de hecho una amnistía general de delitos susceptibles de ser enjuiciados independientemente. Con esta interpretación, encontró que tal amnistía general, en el Código Penal, era inconstitucional, tanto en lo procesal como en lo sustantivo[80].

La decisión de la Corte no precisa el límite constitucional de posibles amnistías e indultos en la ley colombiana[81] porque, de conformidad con la Constitución[82], las amnistías y los indultos pueden ser concedidos únicamente por delitos políticos[83]. Los delitos penales están excluidos, y también lo están los crímenes de guerra[84]. Sin embargo, haciendo más estrecha la categoría de los crímenes políticos la Corte privó a la actividad relacionada con el combate de la posibilidad de amnistía como delito político. Un intento de perdonar estas acciones requeriría, de aquí en adelante, una excepción de la acusación por delito común, para la cual no existe una autoridad general.

Las amnistías y los indultos, después de la decisión de la Corte, están, en consecuencia, circunscritos a los delitos de opinión: la única definición que queda para un delito político. Los que se consideraban antes delitos conexos ahora son enjuiciables por separado. Se debe tener en cuenta que la Corte reconoció que ciertos delitos conexos pueden ser indultados por el Congreso por separado[85].

79 El fallo mayoritario de la Corte se basa en un entendimiento muy peculiar de la operación del Código Penal sobre delitos políticos. En lugar de interpretar el artículo 127 en el sentido de que prevé subsumir todos los delitos relacionados con el combate como parte (más flexible) de sanciones por rebelión y sedición, toma otro enfoque. La Corte firmemente distingue entre "delitos políticos" y sus "delitos conexos". El tribunal interpreta que el artículo suministra una cobija de amnistía para todos los delitos conexos, y entonces lo encuentra inconstitucional porque tal amnistía no está conforme a los requerimientos procedimentales derivados del artículo 150 de la Constitución, y también debido a un sin número de otras violaciones de los derechos fundamentales. Sentencia C-456 de 1997.

80 Constitución Política de Colombia, artículo 150. Véase también la Sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional. La Constitución requiere que la amnistía tenga dos tercios de los votos del Congreso; el Código Penal requiere únicamente un voto mayoritario para su adopción. La Corte también encontró que la provisión era violatoria del deber del Estado de asegurarles el derecho a la vida y la completa protección a los ciudadanos y a las Fuerzas Armadas.

81 Notablemente, la sentencia afecta las extradiciones desde Colombia. La extradición de colombianos ha sido reinstituida recientemente, excepto en el caso de delitos políticos. Constitución Política de Colombia, artículo 35 (enmendada en 1997; la enmienda permite la extradición de ciudadanos colombianos, anteriormente prohibida). Así las cosas, la estrecha definición de los delitos políticos expandiría la extradición. Considerando las muchas conexiones entre las guerrillas y los narcotraficantes, la sentencia de la Corte considerablemente limita el alcance de la excepción constitucional.

82 Constitución Política de Colombia, artículos 150 y 201. Véase también Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1997.

83 Constitución Política de Colombia, artículos 150 y 201.

84 Véase "Violadores de DD.HH. no son canjeables", *El Tiempo*, 23 de octubre de 1998.

85 Sentencia C-456 de 1997.

En otras palabras, el Congreso puede, por medio de la legislación, determinar el alcance de los delitos políticos y, en consecuencia, el alcance de los indultos disponibles. Sin embargo, la inconstitucionalidad del criterio de conexidad con el combate dejó el alcance de delitos políticos "permisiblemente conexos" en la incertidumbre[86].

En términos del proceso de paz, este obstáculo legal ha sido superado por una enmienda constitucional que le concede al presidente "superpoderes" para exonerar todo tipo de delitos cuando se firme el acuerdo de paz[87]. Para el objeto de esta discusión, sin embargo, el punto más interesante es la controversia sobre la interpretación del Código Penal por parte de la Corte. La decisión tiene un impacto directo en el tema del intercambio de prisioneros, de soldados colombianos por guerrilleros encarcelados.

Las FARC, en particular, han estado interesadas en obtener la excarcelación de aproximadamente quinientos de sus combatientes de las cárceles colombianas a cambio de unos trescientos soldados que tienen bajo su control[88]. Las madres de los soldados capturados han exhortado al Gobierno a realizar el intercambio[89], pero el Estado se ha resistido por varios motivos, entre ellos, porque el regreso de guerrilleros al campo entorpece el esfuerzo de los militares[90]. Además, el intercambio ha sido demorado con el argumento de que hay impedimentos legales respecto de la liberación de delincuentes comunes.

La decisión de la Corte, por cierto, impide el intercambio de prisioneros. Esta decisión se apoya en argumentos legales internacionales de corte ortodoxo. Primero, de aceptarse el intercambio de prisioneros, se argumenta nuevamente, se favorecería la pretensión de la guerrilla de conseguir el estatus de beligerancia, pues el intercambio de prisioneros, según esta visión del derecho internacional, supone un reconocimiento implícito. En segundo lugar, el derecho internacional humanitario se considera irrelevante en este asunto. De hecho, se

86 *Ibid*. En realidad, el artículo 127 del Código Penal persigue un solo propósito: eliminar sanciones penales por actos punibles cometidos en combate por rebeldes. Después de rechazar el estándar de "relativo al combate" por su amplitud y de hacer énfasis en que los delitos políticos deben interpretarse de forma estrecha, la Corte ofrece muy poca orientación para determinar su alcance.

87 Véase "Pastrana con amplio poder para indultar", *El Espectador*, 3 de octubre de 1998.

88 Véase "Carta abierta al Señor Presidente de la República de Manuel Marulanda Vélez, líder de las FARC" (21 de septiembre de 1998), publicada en www.presidencia.gov.co/paz1/farc1/21setie/htm (última visita el 14 de octubre del 2000); requiere un intercambio de prisioneros antes de comenzar las negociaciones de paz. En ella, Marulanda insiste en que los guerrilleros encarcelados son prisioneros de guerra y no delincuentes comunes.

89 Rafael Guerrero, "Libertad provisional en vez de canje", *El Tiempo*, 2 de diciembre de 1999.

90 Valencia Tovar, "La ley del 'canje'".

afirma que el Protocolo II, a diferencia del derecho aplicable a los beligerantes, afirma la soberanía y la discrecionalidad del Estado en este punto.

Los internacionalistas ortodoxos apoyan la decisión de la Corte Constitucional, que criminaliza a los opositores del Estado. El argumento es que el derecho internacional humanitario no regula las penas de los delitos penales. Por el contrario, el Estado tiene completa discrecionalidad para penalizar a los insurgentes en cualquier medida. Con miras a eludir esta dificultad se han formulado varias propuestas, como la realización de un plebiscito nacional sobre el tema[91] o la concesión de libertad condicional, en lugar del indulto[92]. Los magistrados disidentes y algunos comentaristas han criticado la decisión de la Corte[93]. Basan sus argumentos en el derecho internacional humanitario[94] y apuntan que la Corte violó el espíritu de la carta del Protocolo II, y quizás también su letra[95]. Un concepto amplio de delito político es, afirman, más armónico con el espíritu del derecho internacional humanitario[96]. El argumento es que la base del Protocolo II consiste en la diferenciación entre combatientes y no combatientes. El Protocolo les exige el mismo estándar humanitario a todas las partes combatientes, en beneficio de todos los que están por fuera del conflicto. Este principio del derecho internacional humanitario favorece el reconocimiento, en el Código Penal colombiano, del criterio de crímenes conexos con los delitos políticos. El rechazo de este criterio por parte de la corte, entonces, traspasa la línea que separa a las partes en conflicto de aquellas que están fuera del conflicto. La criminalización del combate, en consecuencia, hace que sea un mismo delito luchar contra soldados del Estado que luchar contra civiles desprotegidos.

91 "Canje, a consulta popular", *El Tiempo*, 28 de agosto de 1999 (de acuerdo con el artículo 104 de la Constitución).

92 Sentencia C-456 de 1997.

93 Juan Gabriel Gómez Albarello, "La realización de acuerdos *ad hoc* sobre derechos humanos y derecho humanitario en El Salvador y la ex Yugoslavia", e Iván Orozco Abad, "El derecho internacional humanitario y el delito político: la agonía del delito político", ambos en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional humanitario aplicado*.

94 Iván Orozco Abad caracteriza las consecuencias negativas del internacionalismo ortodoxo, o la criminalización del conflicto interno, de la siguiente manera: "1) invisibiliza el carácter político de la guerra, en detrimento de la distinción entre delincuentes políticos y delincuentes comunes y, así mismo, de la negociabilidad del conflicto, y 2) escala la criminalización potencial del enemigo político armado del Estado y amplía la competencia de los jueces frente a la guerra". Además, el argumento de Orozco mantiene que el énfasis del Protocolo II, artículo 3.º, respecto a la soberanía no debe entenderse en el sentido de favorecer el aumento de la criminalización del conflicto interno. En cambio, se debe ver el artículo 3.º en sus términos históricos, como un gesto necesario que responde a la preocupación por la soberanía. En su aplicación hoy en día deben prevalecer las nociones actuales sobre la soberanía. En otras palabas, debe aplicarse el derecho internacional para determinar los delitos políticos. Orozco, "El derecho internacional humanitario", 345.

95 Sentencia C-456 de 1997 (la opinión disidente del magistrado Carlos Gaviria Díaz).

96 Orozco, "El derecho internacional humanitario", 340-353.

Así se viola la diferenciación entre combatiente y no combatiente y se pone a los no combatientes en situación de peligro.

Aquellos que abogan por el intercambio de prisioneros destacan la autoridad que proveen el Protocolo II y el artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra para facilitar este proceso. Específicamente, señalan el tratamiento favorable de la liberación de detenidos en el Protocolo II. Pero una mayor inclinación a la penalización aumenta los obstáculos legales de una solución negociada.

En todo caso, quizás Colombia no puede darse el lujo de ser indulgente con los rebeldes en este momento. Se puede argumentar que las amnistías por delitos políticos deben requerir una enmienda constitucional. No sería tan disparatado asumir que un trato relativamente indulgente en el derecho penal colombiano ha contribuido a la institucionalización continua del delito político en el país. Pero una mayor inclinación a la penalización, en esta coyuntura, acrecienta los obstáculos legales que afronta una solución negociada. De manera semejante a "narcotizar" el conflicto, la criminalización general inclina el balance hacia la represión de los insurgentes políticos. Además, limita la acción conciliadora del Gobierno, como queda demostrado con el ejemplo del intercambio de prisioneros.

Aún más, el enmudecimiento del derecho internacional por parte de los internacionalistas ortodoxos, en este tema, subestima el valor militarista existente en esta posición legal. Mientras en otros escenarios el derecho internacional se interpreta como dominante, en este caso se presenta ruidosamente silencioso. Según esta manera de pensar, el Estado tiene amplio margen para hacer lo que desee. Curiosamente, algunos internacionalistas hacen énfasis en el derecho internacional humanitario cuando fortalece el Estado y criminaliza a sus opositores, pero lo echan de lado cuando puede utilizarse para negociar. Esto no significa que los opositores del Estado no trabajen en el mismo sentido. De hecho, algunos observadores de derechos humanos señalan el uso meramente estratégico que hace la guerrilla del derecho internacional humanitario. Sin embargo, esta observación confirma, de acuerdo con la intención de este texto, que de lado y lado se usa el derecho como parte del conflicto y no tanto para promover la paz.

A finales de 1999 se promulgaron en Colombia leyes para autorizar el intercambio de prisioneros[97]; estas normas comprendieron estipulaciones para la firma de acuerdos humanitarios que servirían de base para los intercambios. Los deli-

97 "Tema del 'canje' por fin llegó al Congreso", *El Tiempo*, 5 de octubre de 1999.

tos políticos y los delitos conexos son susceptibles de indulto. Sin embargo, la decisión de si un delito penal está o no conexo a un delito político es potestad del fiscal general de la Nación, que en el pasado ha apoyado el uso del sistema legal como una modalidad eficaz de contrainsurgencia. En otras palabras, los indultos probablemente serán interpretados de manera muy restringida, y ello constituirá otro obstáculo para el intercambio de prisioneros.

## IV. Internacionalismo ortodoxo

En principio, los internacionalistas ortodoxos consideran las reglas del derecho internacional unívocas e invariables[98]. Apoyan la certeza legal mientras niegan en simultánea las soluciones alternativas. Los textos se limitan a interpretaciones únicas, y doctrinas que normalmente son consideradas expansivas se presentan en términos restringidos. Se minimizan o se ignoran prácticas pasadas o acuerdos informales. El resultado es una descripción indebidamente limitada y limitadora del derecho internacional[99].

Vale la pena subrayar que lo que yo describo como internacionalismo ortodoxo no se reduce a privilegiar determinados principios en desmedro del pragmatismo o la política. Algunos de sus exponentes, de hecho, basan sus posturas en principios, pero otros insisten en sus propias interpretaciones del derecho

98 Las observaciones recogidas en este artículo van más allá de describir las diferencias tradicionales entre las teorías monistas y dualistas sobre la jurisdicción internacional. En cambio, describen el estrecho concepto del derecho internacional producido por los internacionalistas colombianos de la corriente principal. Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, 3.ª ed., 37-42 y 183-189, discute contra la revisión de los tratados internacionales por la Corte Constitucional colombiana, como es requerido por mandato constitucional; Pedro Pablo Camargo, *Tratado de derecho internacional* (Bogotá: Temis, 1983), propone definiciones esencialistas de la soberanía del Estado y los sujetos de derecho internacional. Enrique Gaviria Liévano, *Derecho internacional público*, 3.ª ed. (Bogotá: Temis, 1988), adopta una concepción positivista del derecho internacional mientras mantiene un enfoque caso a caso con respecto al asunto de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho municipal (al menos en abstracto); Rafael Nieto Navia, *Sobre derecho internacional público* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992), 215-262, establece como marco de referencia el derecho natural derivado de la razón, con base en pensamiento de santo Tomás de Aquino; Marco Gerardo Monroy Cabra, *Los derechos humanos* (Bogotá: Temis, 1980), 134-135, 139-150, argumenta en favor de los individuos como sujetos de derecho internacional; Alberto Vergara Molano, *Derecho internacional público* (Bogotá: Imprenta Nacional, 1989), hace presentaciones formales de doctrinas internacionales divergentes.

99 Mi caracterización del internacionalismo ortodoxo, aquí, no tiene la intención de ser una descripción de una lógica o metodología necesariamente coherente e inflexible. Al contrario, una fuerte convicción política por parte del expositor puede, sin duda, llevar al abandono o tergiversación de la coherencia metodológica en determinados temas. Sin embargo, el hábito "metodológico" que describo parece estar lo suficientemente establecido, de forma tal que puede en algunos casos primar sobre la preferencia política individual. Pero mi objetivo no es comprobar la consistencia metodológica, o la falta de ella, en lo que denomino "internacionalismo ortodoxo". Mi objetivo es describir el impacto político de los argumentos del internacionalismo ortodoxo actualmente en Colombia.

internacional contemporáneo. En cualquiera de los dos casos, los argumentos ortodoxos no corresponden menos a posturas estratégicas o motivaciones políticas que otras concepciones más abiertamente pragmáticas del derecho. Los ortodoxos afirman, sin embargo, estar del lado de verdades necesarias y no sujetas a cambio[100]. De esta forma, han conseguido que en Colombia sus preferencias políticas sean la versión oficial del derecho internacional[101].

Me he privado deliberadamente de caracterizar al internacionalismo ortodoxo simplemente como otra versión del pensamiento legal formalista o de la dogmática jurídica. De hecho, una de las ideas más comunes sobre el derecho en Latinoamérica es que es excesivamente formalista en todas las ramas. Pero esta generalización no capta realmente el eclecticismo metodológico ni el filo político del ejercicio. Así que, mientras que el positivismo y el formalismo son claramente parte del repertorio argumentativo, el fenómeno descrito en las páginas anteriores no puede reducirse a ellos. El positivismo y el formalismo, solos, no sostienen los argumentos ortodoxos. En fin, las siguientes secciones examinan las fortalezas, y especialmente las desventajas, de esta particular versión nacional del derecho internacional.

### A. Una crítica de sus efectos prácticos

En general, los argumentos ortodoxos se oponen al reconocimiento internacional de los grupos guerrilleros y están en contra del intercambio de combatientes capturados. Apoyan las reglas humanitarias del todo o nada y los estándares normativos de soberanía rígidos. Además, los argumentos ortodoxos se oponen a propuestas *graduales* para la humanización de la guerra y defienden la singularidad del Estado como sujeto de derecho internacional. Por lo general, rechazan

100 Usando los términos de Martti Koskenniemi, el argumento ortodoxo en Colombia puede caracterizarse como un enfoque reglamentario de tipo descendiente al argumento legal, que, de acuerdo con él, constituye únicamente un lado de un argumento legal factible dentro del derecho internacional contemporáneo. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus y Finnish Lawyers, 1989). Examinar la manera en que los argumentos ortodoxos, sin embargo, se sostienen, es uno de los objetivos de este ensayo.

101 Cuando me refiero a la legalidad ortodoxa no debe confundirse con el cumplimiento riguroso del derecho o el derecho internacional. Claramente, el problema de hacer cumplir la ley y el del respeto por el derecho internacional humanitario y los derechos humanos son endémicos en Colombia. No discuto estos asuntos aquí. En cambio, mi enfoque recae en la construcción de la propia legalidad de fondo, la cual, entonces, estaría sujeta a acciones de cumplimiento. Así pues, el argumento en contra de una única legalidad ortodoxa no quiere decir que Colombia debería estar sujeta a estándares inferiores o que simplemente disminuyendo los estándares de cumplimiento mejoraría la situación. En cambio, argumento que las definiciones del derecho internacional en Colombia pueden contribuir al patrón de cumplimiento selectivo que emerge.

interpretaciones de derecho internacional más favorables a las negociaciones con los insurgentes.

Cerrando prácticamente el debate, los internacionalistas ortodoxos han establecido una concepción bastante hermética del derecho internacional. Poniendo el énfasis en la autoridad y la rigidez de sus restricciones, hacen más difícil el paso a la negociación. Su exposición de la legalidad limita el actuar del Estado. Haciéndolo pasar como derecho inequívoco, su punto de vista se eleva sobre el de los demás y socava las posiciones de los opositores más orientados a la reforma. En vez de expandir las opciones, el argumento ortodoxo limita de hecho el abanico de alternativas. Curiosamente, este uso del discurso legal no ha sido retado de manera efectiva. Por el contrario, el pensamiento ortodoxo domina las discusiones públicas y determina en gran medida la política gubernamental. Por supuesto, se ventilan puntos de vista divergentes, pero no son considerados posiciones en derecho.

Notablemente, la administración de Andrés Pastrana se ha resistido al internacionalismo ortodoxo en algunos asuntos clave. Sobre estos cuestionamientos han abundado sus críticos. De hecho, la mayoría de los abogados y no abogados ha sido entrenada en la ortodoxia. En instancias en que el Gobierno y los internacionalistas se han enfrentado, se ha podido demostrar la disonancia entre la política de paz y la legalidad ortodoxa[102]. El Gobierno, incluso uno tan comprometido con el proceso de paz como el de Pastrana, no ha podido suministrar argumentos legales alternativos sólidos. En cambio, ha justificado sus acciones, principalmente, sobre la base de metas políticas capitales[103]. Por lo tanto, las negociaciones de paz están cerca de la ilegalidad, y pueden parecer ilegítimas; y la negociación más allá de los límites legales pone en peligro la legitimidad del propio Gobierno y su autoridad para actuar.

Así, pues, la lectura ortodoxa del derecho internacional amenaza con vencer al proceso de paz y refuerza la probabilidad de una guerra continua en Colombia. Sus referencias rechazan una mayor consideración de las fuentes de la violencia

[102] Respondiendo a la observación de que en Colombia perseguir la paz por medio de la ley se considera guerrista, el líder del partido Conservador Enrique Gómez Hurtado declaró: "Si yo llego a decir, en cualquier país del mundo, que es necesario el imperio de la ley, quedo como un imbécil, porque eso es como decir que es de día". "Apoyo al proceso de paz tiene límites: Enrique Gómez", *El Tiempo*, 20 de agosto de 1999.

[103] La situación del expresidente Ernesto Samper Pizano, aunque diferente, es ilustrativa. La ilegalidad percibida en el financiamiento de su campaña presidencial socavó su capacidad de negociar un acuerdo de paz con grupos rebeldes. Aunque la negativa de los rebeldes puede considerarse como mero oportunismo, demuestra el nexo entre la legalidad del Gobierno y la habilidad de dirigir el proceso de paz.

interna y la estructuración de una reforma institucional de amplio espectro. Puesto que estas posiciones no son retadas con argumentos en derecho, se pueden vislumbrar acuerdos muy limitados —de conformidad con una visión demasiado estricta del derecho internacional— que no toquen los temas principales del proceso de paz. Esta reducción de las alternativas socava la posibilidad de realizar el tipo de reforma necesaria para darle fin a la confrontación. Pone a un Gobierno decidido a hacer la paz en una posición muy precaria[104].

Además, de hecho, los argumentos ortodoxos descartan cualquier potencial utilidad de la internacionalización del proceso. Las declaraciones de los líderes rebeldes durante 1999 confirman esta apreciación[105]. Explícitamente, durante las prenegociaciones las FARC rehusaron someterse a la jurisdicción internacional[106]. También rechazaron la posibilidad de establecer una comisión de verificación en la zona desmilitarizada durante el transcurso de las negociaciones de paz. Como segunda opción, Pastrana propuso una comisión conjunta, compuesta por personeros de las FARC y del Gobierno, y luego un acuerdo humanitario internacional que cobijara la zona, propuestas que también fueron rechazadas por el grupo guerrillero. Más aún, contradiciendo su posición de larga data, el grupo declaró no estar sujeto a la ley humanitaria internacional[107]. Este es un atrincheramiento sustancial. En el pasado las FARC habían consistentemente afirmado sus obligaciones humanitarias[108] para darle fuerza a su pretensión de adquirir el estatus de beligerancia.

Dada la aceptación, por parte del Gobierno, de una interpretación ortodoxa y rígida del derecho internacional humanitario, no es sorprendente que las guerrillas hayan rechazado su aplicación. En lugar del derecho internacional, ahora

104 La inhabilidad del presidente Pastrana para hacer adelantos significativos en el proceso de paz amenaza su programa político. Un año después de su elección, su promedio de aprobación cayó del 65 al 30 %. El apoyo a su programa de paz se redujo del 74 al 40 %. "El país, por mal camino", *El Tiempo*, Bogotá, 1.º de agosto de 1999.

105 Las FARC se declararon no sujetas a la letra del derecho humanitario internacional, salvo en lo que esta coincidiera con sus reglamentos internos.

106 Larry Rohter, "Like Carrot, Stick Fails with Rebels in Colombia", *N. Y. Times*, 27 de septiembre de 1999, A9.

107 Véase Human Rights Watch, *War without Quarter*, 133-34, que afirma que las FARC proclaman su adherencia a la ley humanitaria internacional cuando es en su beneficio político, y violan sus normas en cualquier otra oportunidad. Mientras, sin duda, el registro humanitario de todas las partes es, por lo menos, inconsistente, el rechazo abierto de las normas humanitarias internacionales es un cambio significativo de postura.

108 Véase Villarraga Sarmiento, "Antecedentes y elementos de diagnóstico", 273, que cita la resolución política de la Cumbre Constitutiva de la Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar de octubre de 1987: esta organización, que representa a varios grupos guerrilleros, en el año 1980 se comprometió a respetar los Acuerdos de Ginebra. Véase también "La paz sobre la mesa", (1998) 39-40, donde las FARC reafirman el pronunciamiento de la Coordinadora Guerrillera.

las FARC defienden la aplicabilidad de sus reglas humanitarias internas[109]. Por supuesto, se puede decir que esta posición solamente revela la mala fe de la guerrilla con respecto al derecho internacional humanitario: lo usa como un escudo contra el Gobierno y lo desecha cuando se voltea en su contra. No hay duda de que esto es verdad. Todas las partes usan el argumento legal estratégicamente. Pero es diferente afirmar la única legalidad de un solo grupo de posturas. El monopolio del argumento legal, de esta manera, mina la utilidad del derecho internacional como instrumento para la paz.

Confrontado con normativas internacionales indebidamente inflexibles, el proceso de paz puede verse forzado a proceder sobre una base puramente nacional. Aunque no necesariamente determine el éxito o el fracaso, esta circunstancia pondría al margen algunas ventajas de la internacionalización, sin contar los riesgos del aislamiento internacional. En cualquier caso, el proceso se tornaría más insular y sería más vulnerable a la presión desestabilizadora de ambos extremos del conflicto.

Como hemos afirmado, las posturas ortodoxas también restringen el alcance potencial del derecho internacional. Ciertamente, esta lectura particular del derecho limita la jurisdicción internacional en vez de ampliarla. La insistencia en nociones estrictas de soberanía y beligerancia trata de conjurar una participación foránea que pudiera amenazar al Estado colombiano. La atención que se le presta a la doctrina tradicional de la beligerancia es prueba de esta preocupación. El resultado es que se disminuye el alcance de la participación internacional que se considera aceptable. La función del foro internacional se reduce a declarar al Estado soberano y ganador en esta justa.

No obstante, el rechazo de la legalidad ortodoxa y, al mismo tiempo, la defensa de la internacionalización, conllevan más que el mero reemplazo de un conjunto de proposiciones por otro. Requieren volver a trazar las líneas de legalidad y de ilegalidad que el discurso ortodoxo ha convertido en algo muy natural. De lo contrario, el hábito del argumento ortodoxo continuará definiendo lo legítimo y lo ilegítimo, lo legal y lo político, la guerra y la transformación. En pocas palabras, las líneas tienen que trazarse de nuevo para reconocer la paz y las transformaciones como legítimas y legales. Un concepto diferente y más amplio del derecho internacional podría aumentar el campo de opciones para ambos,

[109] El gobierno de Pastrana ha avanzado en las conversaciones de paz con el reconocimiento, por parte de las FARC, de que los alcaldes de las poblaciones tienen la autoridad constitucional, dentro de la zona desmilitarizada, para recibir las quejas de los ciudadanos locales sobre abusos contra los derechos humanos. "Clave, comenzar por la humanización", *El Tiempo*, 18 de octubre de 1999.

el Gobierno y la guerrilla; opciones que, completamente acordes con la práctica internacional vigente, pueden pasar a formar parte efectiva de las negociaciones.

Posiblemente, para muchos colombianos el derecho internacional presenta la promesa de reglas desinteresadas y de una autoridad neutral: un medio para resolver el conflicto. Sin embargo, como ilustra este artículo, el internacionalismo ortodoxo no es desinteresado ni es la mejor promesa de una paz duradera. La postura hegemónica en Colombia tiene que ver más con mantener a la guerrilla a raya que con la aplicación de una metodología legal coherente o con el sustento de una posición ampliamente transnacional.

### B. Crítica de la retórica cultural

Otra manera de revisar el internacionalismo ortodoxo es referirse a sus alternativas. Mientras el internacionalismo ortodoxo considera a la legalidad clara e inflexible, su discurso presenta las posturas alternas como oportunistas, heterodoxas, criollas[110] o meramente políticas. De esta manera, por ejemplo, desestima los acuerdos humanitarios locales por considerarlos versiones criollas e inválidas del derecho internacional. Los enfoques doctrinarios novedosos que buscan darles cabida a los intercambios de prisioneros o garantizar el respeto de los derechos humanos también son rechazados por, supuestamente, no ajustarse al régimen internacional. La posición del internacionalismo ortodoxo se comprenderá mejor si se la considera no sólo por sus particulares políticas en cada caso, sino también como el rechazo de una identidad devaluada.

Ciertamente, la alternativa de la identidad criolla marca un proyecto histórico latinoamericano dentro del derecho internacional. Sus defensores, durante más de dos siglos, han cumplido objetivos sustanciales[111]; sin embargo, el internacionalismo latinoamericano o criollo ha permanecido como un intento no realizado y una corriente académica marginal. Los debates, en Colombia, demuestran cuán marginal: las posturas sobre el derecho internacional rechazadas por la ortodoxia son descalificadas por, dicen, no ser posturas jurídicas, y también son denigradas por ser "criollas". El término *criollo* no siempre ha tenido el mismo significado[112]; al principio, expresaba una distinción entre españoles blancos

110 El uso que le doy a la palabra "criollo" hace referencia al aspecto de raza mezclada/cultura mezclada; este uso denota la forma particular en que este concepto fue elaborado en la América colonizada por España.

111 Véase Rubén Darío López, "Bolívar y el derecho de gentes", *Estudios de Derecho* 45 (1986): 143, que estudia varias nociones fundamentales de Bolívar en aras de un derecho latinoamericano, por ejemplo el principio de no intervención, la doctrina del *utis possidetis iure*, la mediación pacífica en controversias internacionales y el derecho humanitario.

nacidos en España (peninsulares) y españoles blancos nacidos en las colonias españolas (criollos)[113]. Esta denominación era una carga pesada para los criollos[114], especialmente en los últimos tiempos del gobierno español, pues les impedía ejercer cargos de alto rango en la administración colonial[115]. Los líderes de la independencia latinoamericana tomaron el ser criollo como signo de la identidad nacional[116]. Ciertamente, la noción se propagó ampliamente entre los constructores de la nación del siglo XIX[117]. Llegó a aglutinar ambos elementos, los europeos y los no europeos, y marcó una individualidad específica en la cuestión de la membresía de Latinoamérica en el mundo civilizado[118].

112 Véase Anthony Pagden, "Identity Formation in Spanish America", en *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Anthony Pagden, ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1987). El término significa simplemente "nacido nativo". Las múltiples referencias que tiene en México, por ejemplo, son descritas por Pagden de la siguiente forma: para 1579 se convirtió en un término de abuso; en 1634 se dijo de la población blanca de México que estaba constituida por dos naciones, "criollos y castellanos"; para 1681, un promotor de la cultura indígena mencionó la "nación criolla" (*ibid*., 79). Con base en teorías del siglo XVIII sobre la determinación medioambiental y climática del carácter y la disposición, los rasgos asociados con los indígenas les fueron achacados a los criollos, y así se disparó una identidad particular e invaluable (*ibid*., 80-83). A finales del siglo XVIII, la opresión de los indígenas fue asimilada a la opresión de los criollos por parte de España y formó la base para las insurrecciones independentistas (*ibid*., 77-79).

113 Pagden persigue el conflicto interno envuelto en la identidad "criolla": "[…] los criollos […] habían sido acusados por los españoles peninsulares de ser media-castas (mestizos). Pero como el término mestizo sugería una inferioridad racial, no podía aplicarse a aquellos que se habían casado con la nobleza indígena. Ellos, en un sentido no especificado, eran puros. Pero una asociación muy cercana a sangre indígena, no importaba cuán noble, podría implicar un lazo estrechamente incómodo con los indígenas vivos […] Los criollos querían asumir un lazo por medio de familiares con un pasado indígena antiguo, que les suministraría una identidad histórica independiente; a la vez, necesitaban evitar, en una sociedad tan obsesionada con la pureza racial, cualquier sugerencia de que esta asociación pudiese haber contaminado su sangre. Al final, se demostró que era una tarea absurda". Pagden, "Identity Formation in Spanish America".

114 "Todos los españoles podían ser iguales ante la ley, fueran peninsulares o criollos. Pero la ley no lo era todo. Esencialmente España no confiaba en los americanos para cargos de responsabilidad política, los españoles peninsulares todavía eran los preferidos en cargos de importancia y para el comercio trasatlántico". John Lynch, "The Origins of Spanish American Independence", en vol. 3 de *Cambridge History of Latin America*, Leslie Bethell, ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), 26.

115 "El Gobierno imperial surgió de su inercia y desde 1750 comenzó a reasegurar su autoridad, reduciendo la participación de los criollos en ambos, la Iglesia y el Estado, y deshaciendo los nexos entre los burócratas y las familias locales. Los cargos de mayor importancia en la Iglesia fueron devueltos a los europeos. Entre los nuevos intendentes era muy raro ver a un criollo. Un creciente número de autoridades financieras en cargos fueron nombrados desde la península. Los oficiales militares criollos fueron reemplazados por españoles en retiro. El objetivo de esta nueva política era desamericanizar el gobierno de América, y en esto fue exitosa". *Ibid*., 27.

116 Véase Simón Bolívar, "Carta de Jamaica" (1815): "[Nosotros] no somos indios, ni europeos, sino una especia mezcla entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles; en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar estos a los del país, y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores".

117 Simón Bolívar, discurso, Congreso de Angostura, 15 de febrero de 1819: "Nosotros ni aún conservamos los vestigios de lo que fue en otro tiempo; no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos…".

118 Véase Jorge Klor de Alva, "The Post-colonization of the (Latin) American Experience: a Reconsideration of 'Colonialism', 'Post Colonialism' and 'Mestizaje'", en *After Colonialism: Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, Gyan Prakash, ed. (Princeton: Princeton University Press, 1995), 241.

En el campo que nos ocupa, el criollo se asocia al proyecto de una versión exclusivamente latinoamericana del derecho internacional. Para describir el contenido específico de este derecho criollo tendría que llenar las páginas de un trabajo diferente[119]. Sin embargo, en términos generales, el derecho criollo refuerza los conceptos de la no intervención y de la soberanía basándose en la heterogeneidad[120]. Nunca fue acogido en su totalidad por los internacionalistas latinoamericanos. Ciertamente, el jurista latinoamericano por excelencia, Andrés Bello, reconoció su existencia únicamente para cuestionar su viabilidad. Bello presentó un enfoque esencialmente basado en el derecho natural en relación con el orden mundial de su tiempo, que ponía énfasis en el lugar de América Latina en el universo de las naciones civilizadas[121].

Una versión latinoamericana o criolla del derecho internacional no dejó de tener vigencia por completo, más bien dio origen a la Organización de Estados Americanos y a diversos proyectos tendientes a la unificación de América Latina[122]. Más puntualmente, ciertas doctrinas del derecho internacional[123] se

Klor de Alva afirma: "Junto con los euroamericanos —la mayoría de los cuales, ya para el siglo XVIII, era de genes mezclados aunque culturalmente criollos— y algunos europeos (comúnmente conocidos como peninsulares), […] mestizos sustancialmente occidentalizados, en sectores subalternos y elitistas, formaron el grueso de las fuerzas que derrotaron a España durante las guerras de independencia antimperialistas del siglo XIX. Los países recién independizados, bajo un liderazgo criollo/mestizo, anhelaban construir sus identidades nacionales por medio de tres estrategias: promoviendo las prácticas euroamericanas, debilitando las identidades indígenas locales y defendiendo una etnicidad común como resultado de una supuesta experiencia compartida de mestizaje/criollismo y/o explotación imperial". *Ibid.*, 246-247.

119 Liliana Obregón le ha dedicado un artículo a una versión criolla del derecho internacional: "Between Civilization and Savagery: Nation Building and (Spanish) American International Law in the Early 19th Century" (manuscrito en archivo del autor).

120 Posiblemente con una postura más estratégica, Simón Bolívar presenta el argumento del reconocimiento *a pesar de* la heterogeneidad: "[…] de naciones indígenas, africanas, españolas y razas cruzadas, la menor parte es ciertamente de blancos; pero también es cierto que esta posee cualidades intelectuales que le dan una igualdad relativa y una influencia que parecerá supuesta a cuantos no hayan podido juzgar, por sí mismos, del carácter moral y de la circunstancias físicas, cuyo compuesto produce una opinión lo más favorable a la unión y armonía entre todos los habitantes; no obstante la desproporción numérica entre un color y otro". "Ensayo sobre las diferencias sociales en América, carta al señor redactor o editor de la *Gaceta Real de Jamaica*", 28 de septiembre de 1815.

121 Andrés Bello argumentó a favor de la inclusión de Latinoamérica en el sistema europeo, con base en su membresía en "una familia de Estados, que reconoce una ley común más liberal que cualquier cosa que haya llevado su nombre en la antigüedad y en el resto del globo, se lo deben al establecimiento de la cristiandad y al progreso de la civilización y la cultura, acelerado por la imprenta, al espíritu comercial que se convertido en uno de los más importantes reguladores de la política, y al sistema de acciones y reacciones que, en el corazón de una gran familia, al igual que en el corazón de cada Estado, incesantemente lucha contra la preponderancia de cualquier tipo". Andrés Bello, *Selected Writings of Andrés Bello* (1977), 232. Véase también Eduardo Plaza A., *Introducción al derecho internacional de Andrés Bello* (1955), que destaca la articulación alternativa de esta idea en tanto comprende "el desarrollo de las especies" como un atributo de la hermandad de los estados.

122 Institut Américain de Droit International, "Fundamental Rights of the American Continent (American Public International Law), Acta final de la Sesión de la Habana, 22-27, enero de 1917",

identifican, al menos nominalmente, con la particularidad latinoamericana[124]. Alejandro Álvarez[125] resume esta postura sobre una identidad separada dentro del derecho internacional cuando sostiene que "[n]o hay duda entonces que un derecho internacional americano existe, no sólo como una combinación de doctrinas, problemas, instituciones propias del Nuevo Mundo, sino como un verdadero derecho continental que posee una existencia propia y fundada en las condiciones de la vida internacional en el continente americano"[126].

Sin considerar la longevidad de esta tradición en la propia América Latina, lo cierto es que no se ha convertido en un discurso predominante. Colombia es un caso que lo demuestra. En lugar de una excepción criolla, la ortodoxia legal dice apoyarse en una versión clásica del internacionalismo y rechaza interpretaciones alternas del derecho internacional precisamente por ser criollas. Al tiempo que moviliza el sentido histórico pesado de la heterogeneidad, el epíteto señala el rechazo de la particularidad de la tradición latinoamericana dentro del derecho internacional. Por supuesto, no es el objetivo de este trabajo examinar la particularidad o la distinción actual de un derecho internacional criollo o latinoamericano. Más importante, en relación con el propósito de este análisis, es la manera como la ortodoxia legal excluye de sus consideraciones propuestas alternativas, algunas incluso de sentido común.

---

en Alejandro Álvarez, *The Monroe Doctrine, Its Importance in the International Life of the States of the New World* (s. d. e., 1924), 197-198.

123 *Ibid*., 255. Nótese que el Dr. Luis María Drago fundamenta su doctrina (la doctrina Drago) en una política internacional americana y no en calidad de doctrina jurídica: "Quizás no sería imposible para Inglaterra aceptar la doctrina argentina con respecto a los Estados suramericanos, tal y como ha admitido la Doctrina Monroe con respecto a ellos, pero es un error suponer que declararía su intervención en Egipto como ilegal […] Como una tesis de política americana, podríamos mantener la doctrina […] con alguna esperanza de un éxito más o menos remoto". Álvarez, *The Monroe Doctrine*, 255. Véase también Luis María Drago, "State Loans in their Relation to International Policy", *American Journal of International Law* l (1907): 710. Cf. Alejandro Álvarez, *Le droit international américain* (París: A. Pedone, 1910). Álvarez eleva la doctrina Monroe al nivel de un principio de derecho internacional, como resultado de la cantidad de países adheridos y por la justicia en nombre de la cual es aclamada. Nótese que Álvarez adopta la doctrina Monroe como piedra angular del derecho internacional americano, y lo hace desnudándola de la política hegemónica de Estados Unidos. Cf. Santiago Pérez Triana, "Letter to José Vicente Concha, President of Colombia", septiembre de 1914 (en Álvarez, *The Monroe Doctrine*), que reclama la adopción y expansión de la doctrina Monroe, claramente en términos más estratégicos, como una manera de limitar el imperialismo de Estados Unidos.

124 Véase Raymundo Wilmart, "The Monroe Doctrine —The Drago Doctrine— Views", en Álvarez, *The Monroe Doctrine*, 371, que diferencia entre un derecho internacional americano y uno europeo: "La comunidad internacional se orienta con frecuencia *velis nolis* por el así llamado 'concierto europeo'; ha llegado el momento para que las naciones más pequeñas demanden una cuota legítima en cuanto al direccionamiento de los asuntos internacionales […] las naciones latinoamericanas especialmente demandan voz y voto […]".

125 Álvarez adopta una visión sociológica del derecho internacional. Alejandro Álvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (París: A. Pedone, 1959), 99-100.

126 Álvarez, *The Monroe Doctrine*, 99, hace una descripción general de la legalidad "americana" en lugar de una exclusivamente latinoamericana o criolla.

Entonces, cuando los exponentes de la ortodoxia devalúan las posturas de los opositores como versiones criollas del derecho formal, reflejan más que un argumento legal o un punto de vista político. Invocan la identidad cultural de la ley. También dan por hecho la postura de la raza superior. En términos de soberanía, la tendencia ortodoxa defiende la causa de la igualdad ante las "naciones civilizadas" basándose en la membresía en un derecho universal. Considerando que este respeto por la soberanía ha sido un objetivo muy luchado en los países de América Latina[127], el apego a esta identificación es claro[128].

Denominados criollos, argumentos que se oponen a los puntos de vista ortodoxos son puestos en la posición de inferioridad racial; una desventaja significativa. Ciertamente, pareciera contrariar la propia soberanía del Estado latinoamericano, visto que el reconocimiento internacional de este se basa históricamente en la exclusión de particularidades asociadas con la incivilización.

Irónicamente, el criollismo internacional, desde sus principios, ha defendido la soberanía plena del Estado latinoamericano, pero por medio de una estrategia diferente: diferente al universalismo. Su pretendida génesis en la doctrina Monroe, su adelanto luego en las doctrinas Drago y Calvo, y su subsiguiente desarrollo fueron respuestas al imperialismo, inicialmente europeo y luego estadounidense. En ese momento, se ve con claridad, el derecho internacional "universal" ofrecía las bases del colonialismo europeo. Es precisamente en contra de ese universalismo europeo que el derecho internacional criollo formula doctrinas de no-intervención. Así, se puede ver, los argumentos universalistas no son particularmente más protectores de los derechos de soberanía que una alternativa criolla bien elaborada[129]. El criollismo, de acuerdo con estándares modernos, concuerda mejor de hecho con el tercermundismo y la soberanía militante. En cualquier caso, ambos discursos, el ortodoxo y el criollo, ofrecen defensas bien desarrolladas de la soberanía del Estado.

127 Berman, "Between 'Alliance' and 'Localization'", 475-77, discute propuestas para excluir a estados no europeos del alcance de la doctrina de la beligerancia, codificada en la reunión de 1900 del Institut de Droit International en Neufchatel. Aunque la propuesta fue rechazada, el acuerdo era que las reglas estaban dirigidas a los "poderes civilizados".

128 Véase Antolín Díaz Martínez, *Manual de derecho internacional público, privado, humanitario: derecho de gentes-geopolítica*, 2.ª ed. (Bogotá: Imprenta Don Quijote, 1986), que presenta una postura implacable sobre la universalidad del derecho internacional: "Lo contrario [al universalismo] es vano en cara a la ciencia, de la misma manera que el criterio de 'soberanías' al extremo podría llegar a parcelar las culturas y con ello esperaríamos que se parcelaría el intelecto humano" (54). Díaz deplora la cooptación del panamericanismo en el derecho internacional por parte de Estados Unidos, que lo lanzó para adelantar sus propios intereses sobre Latinoamérica (215).

129 *Ibid*., 215. Véase también Álvarez, *The Monroe Doctrine*, que demuestra cómo la doctrina Monroe se volvió un instrumento del imperialismo de Estados Unidos con Theodore Roosevelt. Pero Álvarez trata de rescatar sus principios como base de un derecho internacional americano.

En la mayoría de los casos el argumento tildado de criollo en el debate colombiano actual no es nada más que una alternativa acomodable en el derecho o la práctica internacionales. Sin embargo, estas alternativas son consideradas por los internacionalistas ortodoxos amenazas al (concepto formal de) Estado, y en consecuencia la preocupación de los internacionalistas colombianos contribuye a rechazarlas. Pero reconocer en las posturas "criollas" una posibilidad dentro del derecho internacional abre una gama más amplia de posiciones políticas y culturales igualmente legítimas. No sería necesario ir tan lejos como imaginarse un sistema de derecho separado por completo, como lo vislumbró Alejandro Álvarez con su elaboración de un "derecho internacional americano". Por el contrario, la creatividad local que da origen al epíteto podría valorarse. Como mínimo, el campo ampliado de posiciones en derecho podría ofrecerle algún ímpetu al proceso de paz. Además, las posturas que se erigen en contra de su aceptación son las que ofrecen menos posibilidades para una solución negociada.

Por cierto, suprimiendo un rango completo de posiciones de derecho internacional válidas, los internacionalistas ortodoxos han creado su propia versión local y particular de este derecho. Irónicamente, este es el verdadero criollismo presente en el debate actual de derecho internacional en Colombia. Sin embargo, este tipo de particularidad ortodoxa, paradójicamente, busca sustentarse con base en su pretendida universalidad y la exclusión de otros puntos de vista basándose en la particularidad de estos otros.

### C. Crítica de la efectividad política

El internacionalismo ortodoxo es también bastante limitado en lo que atañe a reducir el avance de la guerrilla. El efecto de mantener una serie de recetas rígidas respecto a la soberanía, los acuerdos de beligerancia y los acuerdos humanitarios es demostrar más claramente las insuficiencias del Estado. Es una realidad que el Estado colombiano es vulnerable en vastas áreas de su territorio y que sus capacidades militares y de aplicación de la ley han sido retadas. Así, pues, en tanto medida de soberanía efectiva, el internacionalismo ortodoxo representa la mayor acusación contra las instituciones estatales, más, posiblemente, que una insurgencia guerrillera completamente desacreditada en el ámbito internacional.

En cambio, la difusión de una versión más transnacional del derecho internacional contemporáneo podría beneficiar el estado actual de las cosas. Los acuerdos humanitarios, sin que sean necesariamente más flexibles, podrían reconocer las particularidades de la guerra de guerrillas colombiana y de sus protagonistas. La sociedad civil podría desempeñar un papel más importante en

la elaboración de los acuerdos humanitarios y los acuerdos de paz, sin poner en peligro o comprometer la integridad del Estado. Podría ejercerse mayor presión internacional sobre grupos que sistemáticamente violan los derechos humanos y desplazan a poblaciones completas. Podrían ajustarse incentivos legales para implementar políticas que favorezcan el cumplimiento de las leyes humanitarias y la ampliación de las penas de los insurgentes capturados. Podrían llevarse, quizás, más fácilmente la verificación internacional y mediadores extranjeros a las zonas desmilitarizadas.

## V. El enfoque internacional de Estados Unidos

Más allá de las deficiencias de una versión ortodoxa, que pueden ser corregidas, el discurso internacionalista supone otras desventajas significativas para el proceso de paz. Su campo de acción y su orientación política son motivados por los intereses de la comunidad internacional y sus miembros líderes. En el caso de Colombia, esos intereses se traducen en una eficaz represión del tráfico de drogas y más seguridad para la inversión extranjera. Aunque no cabe duda sobre la importancia de estos objetivos, descuidan las causas de más larga data en este conflicto civil, a saber, la concentración del poder político en los partidos tradicionales y la distribución inequitativa de la riqueza. Estas causas de violencia política preceden al narcotráfico.

En términos de política sobre drogas se puede afirmar que Colombia tiene muy poca independencia, dada la enorme presión internacional que recae sobre el país. Sin embargo, los esfuerzos destinados a la erradicación de la droga posiblemente tengan que ser relegados para darle la primacía a una convención de paz. La presión internacional —como hemos visto, por ejemplo, en contra de la desmilitarización de un territorio— puede entrar en conflicto con el desarrollo de un proceso de paz.

Sin duda, la mayor parte del apoyo internacional será prestada por Estados Unidos[130], entonces, los objetivos y preocupaciones de ese país se ubican de

[130] En octubre de 1999 se presentó en el Congreso un proyecto de ley para asistencia al extranjero por un monto de 1,3 billones de dólares para los siguientes tres años. El proyecto de ley condiciona la asistencia para Colombia a que los militares corten sus lazos con los paramilitares, el respeto por los derechos humanos, el control del Estado sobre la zona desmilitarizada y la extradición de ciudadanos colombianos a Estados Unidos. El proyecto de ley también hace un llamado a la administración Clinton para que desarrolle una estrategia sobre Colombia dentro de los sesenta días siguientes a la aprobación. Véase "Military Aid Conditioned on Control over the Desmilitarized Zone", *El Tiempo*, 21 de octubre de 1999. El presidente Clinton anunció que le pedirá al Congreso, a comienzos del año 2000, aumentar la ayuda financiera y antidroga, pero no la ayuda antinsurgencia. "More Colombia Aid Urged", *N. Y. Times*, 11 de noviembre de 1999, A10.

inmediato en un primer plano[131]. Las guerrillas así lo reconocen y han amenazado con retirarse de las conversaciones si Estados Unidos sigue inmiscuyéndose. Que los intereses de Estados Unidos sean la matriz de la asistencia no resolverá el problema de la violencia política en Colombia[132]. Las palabras del embajador Thomas Pickering, el experto en el tema del Gobierno colombiano de la administración Clinton, revelan la incongruencia de la política actual: "'La paz a cualquier precio' es oro de tontos… Hemos hecho claro a todas las partes que el proceso de paz tiene que apoyar y no interferir en la cooperación antinarcóticos, y que cualquier acuerdo tiene que permitir la expansión continuada de todos los aspectos de nuestra cooperación"[133]. Primero, se debe recordar que el narcotráfico no es la raíz de la violencia política, aun cuando ayuda a financiarla. Así que erradicar las drogas no eliminaría la violencia política. En segundo lugar, poner la interdicción de la droga antes que el proceso de paz es invertir el conocimiento común sobre la interrelación de los problemas de Colombia[134]. Finalmente, emprender un proceso de paz sujeto a los mandatos a corto plazo de Estados Unidos y su política antidrogas es poner la carreta delante del caballo. En este orden, ambas, la paz y la política antidrogas, están destinadas a fracasar. Sin un orden institucional estable, ninguna política, y mucho menos una política antinarcóticos agresiva, tiene alguna oportunidad.

Así, la competencia internacional en las negociaciones es una espada de doble filo. La supervisión internacional introduce un grupo de intereses adicionales

---

131 Peter Hakim, presidente del Inter-American Dialogue en Washington, presenta una imagen clara de los intereses políticos de Estados Unidos: los republicanos conservadores se enfocan exclusivamente en la guerra contra las drogas y en que la microadministración de la ayuda recaiga exclusivamente en la policía antidrogas, y se oponen a las negociaciones de paz; los demócratas están preocupados por el registro de derechos humanos del Ejército colombiano y por sus nexos con los paramilitares, por eso quieren retener la ayuda destinada a los militares, y confían en el proceso de paz como el medio para manejar las guerrillas y en el Plan Colombia de Pastrana, apoyado por la administración Clinton. Peter Hakim, "Backing Colombia's Fight, Money Well Spent", *The Christian Science Monitor*, 30 de septiembre de 1999, 11.

132 Incluso los comentaristas colombianos de derecha se preocupan de que prime la agenda de Estados Unidos a cambio de ayuda. La preocupación es que no vendrá suficiente ayuda militar en virtud del sentimiento liberal que existe en Estados Unidos. Hakim, "Backing Colombia's Fight". Véase también Miguel Posada, "No dan puntada sin dedal", *El Tiempo*, 15 de octubre de 1999.

133 "Crisis in Colombia: U. S. Support for Peace Process and Anti-drug Efforts: Hearings before the Committee on Foreign Relations, United States Senate" (106th Congress, 6 de octubre 1999; en adelante, "Hearings"), 37, testimonio del embajador Thomas R. Pickering, subsecretario de Asuntos Políticos. Véase también United States Department of State, "Colombia Country Report on Human Rights Practices for 1998" (1999), www.state.gov/www/global/human.rights/1999.hrp.report (última visita: 14 de octubre del 2000).

134 Por supuesto, esto no lo comparten muchos de los políticos de Estados Unidos que ven el conflicto interno colombiano únicamente en términos de la guerra contra las drogas. Por ejemplo, el senador Jesse Helms ha declarado que "[s]in la ayuda de Estados Unidos, Colombia podría perder esta guerra —o no poder aplacar a las narcoguerrillas—. Cualquiera de los dos escenarios deletrea desastre para Colombia, sus vecinos […] y para el pueblo norteamericano". "Hearings", 1.

en el proceso. Puede predecirse que las condiciones que se le impondrían a Colombia incluirían la erradicación del narcotráfico, el control militar sobre la totalidad del territorio, la extradición de narcoinsurgentes, el respeto de los derechos humanos, cortar los nexos con el paramilitarismo y la implementación de reformas de gobernabilidad democrática, entre otros. Estas condiciones pueden ser consideradas simplemente parte del consenso mundial actual, pero, de hecho, la cuestión admite más controversia. Algunas de ellas están orientadas a la paz de Colombia, otras reflejan intereses menos conducentes en lo inmediato a la paz.

### A. Las propuestas de ayuda de Estados Unidos

El pensamiento norteamericano predominante acerca del narcotráfico amenaza con dominar la política extranjera en lo referente a Colombia[135]. A pesar de que las relaciones internacionales más amplias pueden no verse afectadas[136], la política asistencial para Colombia ha sucumbido ampliamente a este pensamiento[137]. Más allá de otros efectos, su influencia refuerza, de manera indirecta, el internacionalismo ortodoxo colombiano discutido aquí. En consecuencia, tiende el tono de la confrontación a subir, al tiempo que tiende a limitarse la mediación internacional. A continuación se analizan las tres posturas norteamericanas más sobresalientes con respecto a Colombia.

135 Las autoridades de Estados Unidos, en su amplia mayoría, apoyan una solución negociada del conflicto colombiano. Véase, por ejemplo, Foreign Press Center (FPC), "U.S. State Department Delegation's Trip to Colombia and Venezuela" (18 de agosto de 1999), http://www.vsia.gov/regional/ar/colombia/fpcpick899.htm (última visita el 14 de octubre del 2000). El subsecretario de Estado Thomas Pickering declaró en este informe: "Yo creo que es absoluta verdad que no hay una solución militar al problema de Colombia, hay una solución negociada a este problema, y que una solución negociada, obviamente, es algo que requiere que ambas partes negocien". Véanse los comentarios a la Conferencia sobre Derechos Humanos en Colombia de Harold Hongju Koh, secretario asistente para la Democracia, Derechos Humanos y Trabajo, de abril 10 de 1999 (en adelante "Comentarios de Harold Koh"), en http://colhrnet.igc.org/newscont/kohspeech.htm. No obstante, el presente artículo trata de identificar cómo la política antidrogas de Estados Unidos y los argumentos que la sustentan pueden, de hecho, contribuir a la intensificación del conflicto colombiano. De casarse con un grupo de percepciones y creencias sobre el conflicto interno, las acciones de Estados Unidos pueden estar más en línea con las de los que se oponen al proceso de paz en Colombia que con las de aquellos que lo apoyan.

136 En "Comentarios de Harold Koh", dentro del marco de los derechos humanos, se proponen cinco pasos hacia la paz: (1) negociar el final del conflicto; (2) cortar los lazos entre los paramilitares y los militares; (3) enfocarse en los asuntos de la impunidad de las fuerzas de seguridad; (4) reformar el poder judicial civil; y (5) proteger a los defensores de los derechos humanos de los ataques. Es curioso que, hablando del contexto colombiano específicamente, el secretario asistente Koh no menciona la guerra antidrogas como la prioridad de Colombia. De hecho, no la menciona para nada. "Comentarios de Harold Koh".

137 De hecho, el embajador de Estados Unidos en Colombia declaró en Washington que las drogas son el tema relevante en la asistencia de Estados Unidos. Véase Sergio Gómez Maseri, "Las expectativas las generó E. U.: Moreno", *El Tiempo*, 15 de noviembre de 1999.

Como hemos reiterado, el asunto más importante de la política de Estados Unidos sobre Colombia es la guerra contra las drogas[138]. En un extremo del espectro político norteamericano encontramos que la preocupación respecto a las drogas eclipsa todos los demás asuntos relacionados con el conflicto colombiano, hasta el punto de que los defensores de esta posición no se enfocan en la guerra política de Colombia, encuentran la causa del conflicto en el avasallador narcotráfico y juzgan la situación colombiana como un peligro directo para la seguridad nacional de Estados Unidos. Para ellos, su país ya está en guerra en Colombia. Las propuestas de ayuda, en consecuencia, están atadas a cuestiones de estrategia militar.

En la forma que ha sido planteado el argumento, así como la soberanía colombiana se sigue erosionando, la existencia de un narco-Estado o de narcodistritos sería un peligro directo para la seguridad de Estados Unidos[139]. Aunque la acción militar directa ha sido rechazada repetidamente por ese país[140], la lógica militar permea las políticas referentes a la materia[141].

Como las conexiones entre la guerra contra las drogas y la Guerra Fría han sido bien demostradas por académicos internacionalistas, confundir las líneas entre los insurgentes de izquierda y las narcoguerrillas es algo frecuente. La retórica sobre la amenaza de un narco-Estado contra la seguridad nacional refuerza un enfoque propio de la Guerra Fría en las relaciones con Latinoamérica. Irónicamente, a esta postura sobre la participación internacional es a la que menos le

138 Véase FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip". El subsecretario de Estado para Asuntos Políticos Thomas Pickering declara: "[…] Pero el punto focal […], la punta de lanza de la política norteamericana, es trabajar en conjunto con Colombia para lidiar con el tráfico de drogas. Eso, creo yo, inevitablemente afectará a las organizaciones guerrilleras, pero el esfuerzo estaría dirigido a la lucha antidrogas".

139 FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip". Thomas Pickering afirmó que "ha aumentado la amenaza a la soberanía de Colombia por parte de guerrillas inescrupulosas y bien armadas, por paramilitares y por el narcotráfico, cuyos intereses están directamente enlazados, en muchas formas […] *A pesar de que el Gobierno no está directamente en riesgo*, estas amenazas están erosionando lentamente la autoridad del Gobierno central y privándolo de su habilidad para gobernar las áreas foráneas […] como resultado, grandes partes de Colombia están en peligro de convertirse en narcodistritos" (énfasis añadido).

140 "'Una solución militar no es posible': Clinton", *El Tiempo*, 22 de julio de 1999. Véase también FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip". En respuesta a la cuestión de la intervención multilateral en Colombia Thomas Pickering respondió: "Bueno, primero quisiera aprovechar esta oportunidad para, por centésima vez, negar que es loco —o cualquier otra palabra que quieran usar— este concepto particular, el cual parece tener vida propia".

141 Douglas Farah, "U. S. Ready to Boost Aid to Troubled Colombia", *Washington Post*, 23 de agosto de 1999, A1, informa sobre la posición de Estados Unidos expresada por el zar antidrogas, general Barry McCaffrey, y el subsecretario de Estado Thomas Pickering: "[Pastrana] […] arriesga perder el apoyo de Estados Unidos si hace más concesiones a los insurgentes […] Estados Unidos aumentará su ayuda de forma importante si [Pastrana] desarrolla un plan completo para fortalecer a los militares […]".

preocupan las prioridades soberanas y democráticas de Colombia. La reacción de Estados Unidos a propósito de la zona desmilitarizada es particularmente ilustrativa[142]. Los legisladores se preocupan más por los programas de interdicción de las drogas, a pesar de su deprimente historial en Colombia, que de abrirle el camino a una paz negociada[143]. Las autoridades norteamericanas se opusieron al retiro de las Fuerzas Armadas colombianas del área de distensión debido a los posibles efectos en materia de narcotráfico y cultivos ilícitos[144], no porque estuvieran en desacuerdo en lo relativo a la estrategia, ni por las consecuencias de la decisión para las poblaciones locales. Aunque la posición de Estados Unidos cambió después de un intenso ir y venir diplomático de personeros colombianos, su prioridad quedó clara. Mientras la política antinarcóticos de Estados Unidos sea el marco exclusivo[145], negociar la paz no es la prioridad.

La segunda postura es la de la izquierda norteamericana, que pide eliminar por completo la asistencia que Estados Unidos le presta a Colombia. Estos argumentos se apoyan, principalmente, en los informes sobre la existencia de vínculos entre los militares colombianos y los grupos paramilitares[146]. Los militares colombianos han sido condenados ampliamente como importantes violadores de los derechos humanos internacionales. De hecho, el Gobierno de Estados Unidos le ha suspendido la ayuda militar a Colombia en ciertos momentos precisamente por esta razón[147]. Los reportes continúan asociando

142 Ana Carigan, "Colombia Differs with U. S. on Narco-War Tactics", *Boston Globe*, 20 de septiembre de 1998, 5. "Bajo el criterio del Congreso, las nuevas políticas atrevidas de Pastrana son, en el mejor de los casos, no bienvenidas, y en el peor de los casos abiertamente peligrosas. El Congreso solamente tiene dos asuntos en mente cuando se enfoca sobre Colombia: drogas y narcoguerrillas".

143 Véase "De Colombia no se habla en E. U.", *El Tiempo*, 20 de agosto de 1999, que cita la afirmación del profesor Abraham F. Lowenthal, experto en relaciones exteriores, respecto a que la única preocupación del Congreso de Estados Unidos es el tráfico de drogas, no la guerra interna.

144 Carigan, "Colombia Differs with U. S.": "La apuesta es que el compromiso de Pastrana de negociar, y así honrar a su avasallante electorado, colida de nuevo con la única política colombiana que tenemos: la guerra antidrogas del zar Barry McCaffrey".

145 Max Hillaire, *International Law and the United States Military Intervention in the Western Hemisphere* (Londres: Kluwer Law, 1997), esboza el cuerpo del derecho internacional propuesto por las autoridades de Estados Unidos en defensa de la intervención militar en Latinoamérica en el pasado. Es interesante que, basándose en anteriores prácticas legales internacionales de Estados Unidos, la intervención armada en Colombia hoy podría justificarse ampliamente en términos jurídicos, incluso si no es un objetivo político o práctico en la actualidad. Véase también FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip".

146 A pesar de las conexiones ampliamente divulgadas por grupos de derechos humanos y otros, el actual embajador de Washington en Bogotá ha afirmado que este nexo no es demostrable. Citado en Sergio Gómez Maseri, "E. U. condiciona ayuda para sustitución", *El Tiempo*, 2 de noviembre de 1999.

147 El asistente del secretario de Estado en funciones para Asuntos del Hemisferio Occidental, Peter Romero, afirma que ha habido una mejoría significativa en este frente: un par de oficiales y coroneles fueron arrestados debido a sus nexos con los paramilitares. Véase U. S. Department of State, "On-the-Record Briefing of the Department of State" (16 de agosto de 1999), http://1997-2001.

a los militares colombianos con el terrorismo de extrema derecha[148]. Además, los mayores violadores de derechos humanos en el país, los paramilitares, se perciben como protagonistas particularmente atroces[149], y la complicidad de los militares, por comisión u omisión, amenaza con exacerbar estos abusos. Entonces, quienes adoptan esta postura advierten contra la posibilidad de brindarle apoyo a un aliado equivocado. De cara a la vertiginosa guerra interna colombiana, los defensores de los derechos humanos sostienen que contener el conflicto, manteniéndolo a nivel nacional, es el mejor curso a tomar.

Estos argumentos se basan en varias suposiciones defectuosas. Los defensores asumen que la desvinculación concertada o incluso bilateral es menos comprometedora que un programa de asistencia estructurada. Esta postura se desprende de la aprehensión, normal en Estados Unidos, de incurrir en una mayor participación en un conflicto extranjero. El llamado al aislamiento o a la no intervención no es una posición sin respaldo político en Colombia. Y no son solamente los insurgentes izquierdistas y los narcotraficantes los que saldrían beneficiados. Más ampliamente, esta posición se alinea con quienes están a favor de una confrontación. Torpedear la participación internacional tiene el efecto de acelerar el fracaso de las negociaciones propuestas. Ciertamente, disminuir la posibilidad de una iniciativa internacional más amplia, y no sólo dirigida por los intereses antidrogas, es un camino hacia la continuación de las hostilidades.

De manera que esta no es una buena fórmula para moderar la guerra interna. Por el contrario, tiene mucho en común con el internacionalismo ortodoxo. Se presenta como una receta internacional para conseguir la paz, pero de hecho excluye las propuestas más ambiciosas que podrían apoyar el proceso. Las organizaciones de derechos humanos y otras que con vehemencia se oponen a la asistencia, también les cierran la posibilidad a las ganancias que podrían derivarse de un compromiso internacional. De la misma manera, los internacionalistas ortodoxos colombianos profesan apoyar las propuestas internacionales, cuando realmente limitan el campo de acción de la creatividad internacionalista.

---

state.gov/www/regions/wha/990816_pickering_romero.html (última visita el 14 de octubre del 2000).

148 Al mismo tiempo que Estados Unidos considera la propuesta para una ayuda militar de un billón de dólares, las Fuerzas Armadas de Colombia son sujeto de controversia por rumores de guerra sucia. Para mencionar un caso conocido internacionalmente, el asesinato del comediante y representante de la sociedad civil en el proceso de paz con el ELN Jaime Garzón le dio visibilidad al problema. El duelo nacional por la muerte de esta muy querida figura se convirtió en indignación cuando se filtraron reportes sobre los militares como posibles sospechosos. *Ibid.*

149 "Comentarios de Harold Koh".

Finalmente, hay una tercera alternativa que intenta reconciliar los problemas mencionados abordando el conflicto con una visión global. La propuesta es de asistencia militar aunada con ayuda social y económica, sujetas a ciertas condiciones. El Plan Colombia de Pastrana, la legislación introducida por los senadores estadounidenses Coverdale y DeWine y la propuesta de la administración Clinton, todos caben en el tipo de paquete de asistencia descrito en esta alternativa. Las tres propuestas les prestan atención a las dimensiones políticas y económicas del conflicto colombiano. También reconocen la necesidad de abordar la responsabilidad de los militares por los abusos directos, o a través de los paramilitares, contra los derechos humanos. Pero se diferencian muchísimo en cuanto a los términos de las propuestas de asistencia militar y asistencia social. También en el abanico de condiciones que serían impuestas. Ciertamente, las consideraciones por parte del Congreso pueden añadir aún más requerimientos a la lista.

**B. Condiciones de guerra antinarcóticos versus condiciones de paz**

En círculos de Washington, entre las condiciones que se han sugerido para apoyar a Colombia se encuentran: limitar la ayuda militar para la guerra antinarcóticos, recuperar el control territorial del Estado colombiano sobre la zona desmilitarizada, no interferir con las leyes actuales sobre extradición de nacionales colombianos, fortalecer las fuerzas militares y profesionalizar el sistema de la justicia militar. Estas condiciones políticas tienen influencia sobre asuntos controversiales del manejo de la guerra interna.

Imponerle condiciones a la ayuda es sin duda una herramienta valiosa, pero arriesga la formación de alianzas inesperadas con ciertos actores en Colombia. Específicamente, algunas condiciones amenazan con favorecer una escalada de la guerra interna en vez de ayudar a la paz, y con redefinir el conflicto político colombiano en los términos de la guerra contra la droga, con lo cual se reducen el alcance de las respuestas internacionales y la posibilidad de una reconciliación efectiva. Más aún, la condición que pide limitar la asistencia militar a la lucha contra el narcotráfico y no a la lucha contrainsurgente es inverosímil. Porque es imposible distinguir entre las guerrillas de izquierda y los narcotraficantes, la así llamada narcoguerrilla[150]. Diferenciarlos por medio de un condicionamiento es una fantasía política del Congreso de Estados Unidos[151].

[150] Desde la administración de César Gaviria, las guerrillas de izquierda han estado asociadas al tráfico de drogas, asociación que ha sido enfatizada en la campaña de relaciones públicas del Gobierno contra los insurgentes. El lazo también ha sido destacado por los líderes de Estados Unidos en su

El efecto de este trance es aumentar la escala de la violencia política colombiana hasta la de una guerra internacional contra el narcotráfico. La dimensión política del conflicto desaparece. Por su parte, con la finalidad de conseguir apoyo, los funcionarios colombianos se ven forzados a mantener la retórica de una guerra antinarcóticos generalizada.

Este marco ha forzado al Gobierno de Pastrana a adoptar posiciones comprometedoras. En foros nacionales e internacionales ha tenido que asegurar que las guerrillas son narcotraficantes y también que no son simplemente delincuentes —lo primero justifica la ayuda, lo segundo justifica una posible negociación con ellas—[152]. A pesar de las declaraciones de Pastrana, el Departamento de Estado de Estados Unidos ha seguido concentrándose en la asociación de la guerrilla con las drogas[153].

Cualquiera sea la realidad, el marco de una guerra antidrogas socava la autonomía del Gobierno colombiano y estrecha el rango de las alternativas y los acuerdos internacionales que pueden invocarse para influir en el proceso.

Otras condiciones se refieren a la zona desmilitarizada y a los requerimientos para el fortalecimiento de los militares. Ambas apuntan al escalamiento de la guerra. Estas condiciones se derivan de que se considere el conflicto interno

esfuerzo por asegurar mayor asistencia para los militares colombianos en el renglón de contranarcóticos. De hecho, el lazo ha sido tan fuertemente apuntalado que se ha convertido en la base de las afirmaciones sobre la amenaza de Colombia para la estabilidad de la región. Estas afirmaciones frecuentemente vienen acompañadas de rumores sobre la intervención militar norteamericana, la intervención regional o el reconocimiento de los grupos guerrilleros por terceros países. Tim Padgett y Cathleen Farrel, "A Shift in the Balance of Power in a Risky Bid for Peace, Colombia Government Cedes Political Control in Parts of the Country to Marxist Guerrillas. Will it work?", *Time*, 28 de septiembre de 1998, 14.

151 FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip". A la pregunta de un periodista que mencionaba la contradicción entre la interrelación de los problemas colombianos y el énfasis en el tema singular de los narcóticos, el subsecretario de Estado Thomas Pickering dijo: "Desafortunadamente se ha desarrollado ampliamente el tema de los narcóticos en cuanto a producción y tráfico, para que este absorba el esfuerzo colombiano y mucha de la asistencia de Estados Unidos […] Pero el punto focal […], la punta de lanza de la política norteamericana, es trabajar en conjunto con Colombia para lidiar con el tráfico de drogas. Eso, creo yo, inevitablemente afectará a las organizaciones guerrilleras, pero el esfuerzo estaría dirigido a la lucha antidrogas".

152 El presidente Pastrana declaró a la prensa argentina: "No existen en estos momentos evidencias de que las FARC sean narcotraficantes. Sí cobran peajes a los narcos. Pero las FARC siempre han dicho que están interesadas en la erradicación de los cultivos ilícitos. También se dice que la zona de distensión en donde se encuentra la guerrilla está inundada de droga. Y eso tampoco es cierto". Siguiendo estos comentarios, insistió: "Mientras yo sea presidente de Colombia nunca habrá intervención extranjera en este país". *El Clarín*, 29 de julio de 1999.

153 El secretario asistente en funciones de Estados Unidos para el Hemisferio Occidental, Peter Romero, declaró: "Yo creo que sería ingenuo pensar que ellas [las FARC] no están involucradas en la producción; creemos que están involucradas, en algunos casos, en la producción. Pero, al final, ellos cosechan los beneficios del tráfico, bien sea que estén involucrados en el cultivo o que estén de hecho traficando hacia Estados Unidos. Están involucrados profundamente en toda la empresa". U. S. Department of State, "On-the-Record".

una cuestión de insuficiente aplicación del derecho penal. De forzar esta estrategia, Estados Unidos se mostraría indirectamente halando las cuerdas del proceso de paz[154].

Una parte significativa de la política de Estados Unidos ya está dirigida a fortalecer el Ejército colombiano[155]. No hay duda que esta es una posición apoyada por el Gobierno colombiano, sin embargo, es problemática como pieza central de la política extranjera de Estados Unidos para Colombia. Si Estados Unidos fija esta agenda como su aporte principal al proceso de paz colombiano[156], la expansión militar en Colombia será un hecho relativamente automático, fuera de discusión. Sustrae efectivamente del debate público, y de la responsabilidad del Gobierno, la decisión política y financiera a favor de una escalada militar. En cambio, transforma la opción puramente militar en condición previa de la asistencia internacional.

Dirigir la asistencia internacional principalmente a la guerra contra las drogas puede fácilmente subvertir las metas de la paz. Y a pesar de incluirse elementos de asistencia social, las preocupaciones manifestadas por Estados Unidos se corresponden con el objetivo de robustecer la disminuida soberanía colombiana y su control militar, con la finalidad de hacer que la guerra contra las drogas sea más eficaz. El control militar adquiere precedencia sobre las negociaciones de paz, los derechos humanos y otras condiciones de la asistencia internacional[157]. Esta postura, por supuesto, refleja los intereses de Estados

154 Es cierto que algunos de los parámetros para un acuerdo de paz formulados por el subsecretario Thomas Pickering van más allá de las declaraciones públicas hechas por el presidente Pastrana: "[S]i las guerrillas aceptaran participar en una democracia abierta, de una manera democrática abierta, como ha sucedido con otras insurgencias en el hemisferio, entonces él [Pastrana] trabajaría para encontrar el espacio para que esto suceda". FPC, "U.S. State Department Delegation's Trip".

155 En Cartagena, en 1998, el secretario de Defensa William Cohen aclaró su posición sobre la necesidad de fortalecer a los militares colombianos para combatir el narcoterrorismo. Véase "U. S. Pushes Colombia to Build a Stronger Military", *Reuters*, 30 de noviembre de 1998. Este artículo de prensa informa que "los comandantes militares de Estados Unidos admiten que la línea entre operaciones antidrogas y contrainsurgencia se ha vuelto borrosa".

156 La preeminencia de los intereses de Estados Unidos en el proceso fue reportada por el *Washington Post*. En distintas visitas a Colombia, altos funcionarios de Estados Unidos le advirtieron al presidente Pastrana que se arriesgaba a perder el apoyo de Estados Unidos si les hacía más concesiones a los insurgentes, en su esfuerzo para recomenzar las conversaciones de paz. Pero estos funcionarios, el director de Políticas Antidrogas de la Casa Blanca, Barry McCaffrey, y el subsecretario de Estado Thomas Pickering también le dijeron a Pastrana que Estados Unidos aumentaría sustancialmente la ayuda si desarrollaba un plan completo para fortalecer a los militares, detener la caída libre de la economía de la nación y enfrentar la lucha contra el tráfico de drogas. Farah, "U. S. Ready to Boost Aid". En respuesta al artículo del *Washington Post*, el Departamento de Estado comentó: "Bueno, la idea de que nosotros vamos a tratar de microgerenciar la estrategia de contrainsurgencia del Gobierno colombiano es equivocada". U. S. Department of State, *Daily Press Briefings*, 23 de agosto de 1999.

157 Véase "U. S. Counternarcotics Efforts with the Government of Colombia: Hearing before the Western Hemisphere, Peace Corps, Narcotics and Terrorism Subcommittee of the Senate

Unidos, pero comprometer al Gobierno colombiano a conseguir ese estándar de soberanía —exigido de manera explícita o por referencias indirectas — es ignorar la situación política y militar del país. Es una posición que no difiere mucho, de hecho, de la de los internacionalistas ortodoxos colombianos. Pone todas las esperanzas en un grupo de instituciones "soberanas" incapaces en el medio actual, como se ha visto, de funcionar como quisieran los conservadores colombianos o el propio gobierno de Estados Unidos. Por el contrario, las condiciones internacionales deben ajustarse para permitir la renegociación del Estado colombiano, que entonces estaría en mejor posición para asumir la responsabilidad soberana.

Los intereses de Estados Unidos se verían más favorecidos de no precipitarse la fijación de una agenda[158]. Estar del lado de los internacionalistas conservadores mientras aparentan amistad con la administración de Pastrana[159] no vencerá a las guerrillas ni asegurará la paz[160]. Por el contrario, el resultado puede ser asfixiar aún más al Gobierno colombiano e intensificar el conflicto guerrillero de larga data, de manera que el tráfico de drogas sea más difícil de combatir.

En vez de exigir una expansión militar, Estados Unidos debería apoyar la ampliación de los derechos democráticos. Si se considera el diagnóstico que muestra que en Colombia la participación política es bastante limitada, ensancharla puede ser un requerimiento más eficaz para condicionar la ayuda. Además, la ayuda puede condicionarse al progreso de las negociaciones, a la definición de acuerdos preliminares o incluso a la transparencia en el uso de los fondos.

Committee on Foreign Relations" (106th Congress, 24 de marzo de 1999), testimonio de Rand Beers, secretario asistente para la Aplicación del Derecho Internacional Antinarcóticos: "Hemos puesto en claro al Gobierno de Colombia que no vamos a apoyar desarrollos alternativos en áreas del país que no están bajo el control del Gobierno colombiano —que es el caso de la mayoría de las áreas de los cultivos de coca—. Nuestro apoyo inicial se confinará a los proyectos en regiones de cultivo de amapola, hasta que el Gobierno de Colombia pueda asegurar el control adecuado en regiones de cultivo de coca".

158 Esta recomendación coincide con los comentarios de Michael Shifter, de la organización Diálogo Interamericano. Véase Michael Shifter, "Prepared Testimony Before the House Comm. on International Relations Subcommittee on Western Hemisphere Affairs" (105th Congress, 15 de agosto de 1998), http://web.lexis-nexis.com/congcomp/printdoc (última visita el 14 de octubre del 2000). "Estados Unidos tiene la oportunidad de establecer mayor cooperación en una gran variedad de frentes en un país muy importante del hemisferio. Esto no quiere decir fijar condiciones firmes para un acuerdo de paz como punto inicial del proceso, sino más bien dar un paso atrás y permitir que el nuevo Gobierno colombiano les dé forma a las que considere condiciones aceptables".

159 James Rubin, comunicado de prensa, Departamento de Estado de Estados Unidos, 23 de septiembre de 1999, que elogia el enfoque integral del presidente Pastrana. U. S. Department of State, *Press Releases*, 23 de septiembre de 1999.

160 "U. S. Counternarcotics Efforts", testimonio de Rand Beers, 2: "Esta administración también ha puntualizado que el esfuerzo colombiano no puede excluir operaciones contra narcóticos en la zona desmilitarizada creada por el proceso de paz".

En resumen, Estados Unidos podría ayudar a Colombia a rebasar algunas de las piedras de tranca de su actual sistema político.

## VI. Alternativas de un marco legal internacional

La violencia interna de Colombia tiene profundas raíces en una historia de políticas exclusivistas, y esto no es un fenómeno marginal. Propuestas encaminadas a resolverla que sean demasiado excluyentes y limitadoras sólo la agravarían. Los internacionalistas ortodoxos y la retórica de la guerra contra las drogas son resistentes a propuestas alternativas, por diferentes razones. Los primeros, en virtud de una visión demasiado limitada del derecho internacional. La segunda por la primacía de los intereses de seguridad nacional de Estados Unidos.

El internacionalismo ortodoxo, claramente, no le hace un servicio a la causa de la paz. Sus doctrinas limitan los potenciales beneficios de la internacionalización. En lugar de buscar incentivos para la paz, el pensamiento ortodoxo alimenta la lógica de guerra. En lugar de opciones internacionalistas, presenta una estrategia de defensa del Estado. Los argumentos de derecho internacional sirven para limitar las acciones reformadoras del Gobierno. El derecho internacional, según esta interpretación, impone los límites. Es decir, estrecha los límites que hacen que el Estado sea virtualmente no negociable.

El punto aquí no es rechazar que pueden y deben existir límites en lo que puede comprometerse políticamente y lo que no. Sin embargo, el objetivo sí es considerar cómo se trazan estos límites. Unos límites injustificadamente estrechos pueden ser contraproducentes para la misma preservación del Estado. El internacionalismo ortodoxo se encuentra en esta categoría.

El ejercicio internacional contemporáneo presenta alternativas con menos énfasis en la soberanía y en la doctrina histórica de la beligerancia, y con más énfasis en los derechos y garantías de los individuos. Estas garantías, sin embargo, no se extienden a la preservación incondicional de todo Estado actual. Las obligaciones internacionales sobresalientes involucran los derechos humanos y, mayormente, los derechos democráticos. Aunque quizás no sea uniforme en todos los sectores, en Colombia esta agenda es una prioridad para los dos partidos nacionales. Los derechos humanos, el gobierno democrático y los delitos internacionales ofrecen un marco legal obligado para que el derecho internacional pueda servir más efectivamente como el idioma de las conversaciones de paz.

## Conclusión

A pesar de las actuales limitaciones, hay un rol que debe desempeñar el derecho internacional en el proceso de paz colombiano. Es claro que las versiones ortodoxas del internacionalismo simplemente hacen del Estado actual su proyecto, y de esta forma actúan para limitar, en vez de liderar, las conversaciones de paz. Las propuestas realizadas por Estados Unidos conllevan los inconvenientes descritos. Mientras que ofrecen un marco legal, amenazan con marginalizar el conflicto político. Sin embargo, un cambio en el discurso jurídico podría surtir algunos efectos, y un cambio en la retórica del discurso internacional podría, aunque fuera por un corto plazo, ofrecer algún espacio para las negociaciones.

Considerando la preponderancia actual del internacionalismo ortodoxo, un viraje hacia precedentes más modernos o innovaciones creativas podría desanquilosar algunas posturas. Por lo demás, asegurar la participación multilateral y la asistencia internacional equivaldría a ponerle un beneficioso contrapeso a la política estadounidense. Considerar alternativas en las discusiones sobre el intercambio de prisioneros y sobre los acuerdos humanitarios puede darle fuerza al proceso. Los internacionalistas colombianos no deben preocuparse indebidamente. El consenso internacional actual no está libre de limitaciones. Así que no asistimos a un caso de impunidad permitida y democracia abandonada, puesto que el movimiento general es hacia la responsabilidad global, por ejemplo, en forma de una corte penal internacional. Tampoco se van a abandonar las exigencias de los derechos humanos o de los mecanismos democráticos. Más bien serían requeridas de manera más uniforme por la comunidad mundial.

Sin embargo, a la larga, la apertura de un debate sobre normas internacionales no es suficiente. Una política ampliamente participativa requerirá de una concepción más accesible y receptiva del derecho. Si la experiencia colombiana enseña algo es que el derecho en sí mismo puede ser fuente de mucho desorden.

## Referencias

Álvarez, Alejandro. *Le droit international américain*. París: A. Pedone, 1910.

Álvarez, Alejandro. *The Monroe Doctrine, Its Importance in the International Life of the States of the New World*. S. d. e., 1924.

Álvarez, Alejandro. *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*. París: A. Pedone, 1959.

Bassiouni, M. Cherif. "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities". *Transnational Law and Contemporary Problems* 8 (otoño de 1998).

Berman, Nathaniel. "Between 'Alliance' and 'Localization': Nationalism and the New Oscillationism". *New York University Journal of International Law and Politics* 26 (primavera de 1994).

Camargo, Pedro Pablo. *Tratado de derecho internacional*. Bogotá: Temis, 1983.

Carrillo-Suárez, Arturo. "Hors de Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law as Applied to Internal Armed Conflict". *American University International Law Review* 15, n.° 1 (1999): 1-150.

Chen, Ti-Chiang. *The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*. Londres: Stevens and Sons, 1951.

Deas, Malcom. "Violent Exchanges: Reflections on Political Violence in Colombia". En *The Legitimation of Violence*, editado por David E. Apter. Nueva York: New York University Press, 1997.

Díaz Martínez, Antolín. *Manual de derecho internacional público, privado, humanitario: derecho de gentes-geopolítica*, 2.ª ed. Bogotá: Imprenta Don Quijote, 1986.

Drago, Luis María. "State Loans in their Relation to International Policy". *American Journal of International Law* l (1907): 710.

Esquirol, Jorge L. "El proceso de paz: conforme al derecho internacional". En *La otra guerra, el derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*, editado por Óscar Eduardo Guardiola Rivera, Alicia María Londoño, Diego Eduardo López Medina, José Antonio Rivas, Clara Lucía Sandoval, Roberto Vidal López y Reinaldo Botero. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Instituto Pensar y Plaza y Janés, 1999.

Falk, Richard A. *The International Law of Civil War*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1971.

Falk, Richard A. "Janus Tormented: The International Law of Internal War". En *The International Aspects of Civil Strife*, editado por James N. Rosenau. Princeton: Princeton University Press, 1964.

García Peña, Daniel. "El derecho internacional humanitario y la paz negociada". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Gaviria Liévano, Enrique. *Derecho internacional público*, 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1988.

Gómez Albarello, Juan Gabriel. "La realización de acuerdos *ad hoc* sobre derechos humanos y derecho humanitario en El Salvador y la ex Yugoslavia". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Gomulkiewicz, Robert W. "International Law Governing Aid to Opposition Groups in Civil War: Resurrecting the Standards of Bellligerancy". *Washington Law Review* 63 (1988): 43-61.

Hall, William Edward. *A Treatise on International Law*, 8.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1924.

Hilaire, Max. *International Law and the United States Military Intervention in the Western Hemisphere*. Londres: Kluwer, 1997.

Human Rights Watch, *War without Quarter: Colombia and International Humanitarian Law*. Human Rights Watch, 1998.

Kalshoven, Frits. "El Protocolo II, la CDDH y Colombia". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Klor de Alva, Jorge. "The Post-colonization of the (Latin) American Experience: a Reconsideration of 'Colonialism', 'Post Colonialism' and 'Mestizaje'". En *After Colonialism: Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, editado por Gyan Prakash. Princeton: Princeton University Press, 1995.

Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Helsinski: Lakimiesliiton Kustannus y Finnish Lawyers, 1989.

López, Rubén Darío. "Bolívar y el derecho de gentes". *Estudios de Derecho* 45 (1986).

Lynch, John. "The Origins of Spanish American Independence". En *The Cambridge History of Latin America*, editado por Leslie Bethell, vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

McCoubrey, Hilaire y Nigel D. White. *International Organizations and Civil Wars*. Aldershot: Dartmouth, 1995.

Meron, Theodor. "International Criminalization of Internal Atrocities". *American Journal of International Law* 89 (1995).

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Los derechos humanos*. Bogotá: Temis, 1980.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*, 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1986.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*, 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1995.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. "Reflexiones sobre el estado de beligerancia". *Ámbito Jurídico* 2, n.° 44 (25 de octubre a 7 de noviembre de 1999).

Nieto Loaiza, Rafael. "Algunas observaciones acerca del delito político y la aplicación del DIH en Colombia". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Nieto Loaiza, Rafael. *Sobre derecho internacional público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

Obregón, Liliana. "Between Civilization and Savagery: Nation Building and (Spanish) American International Law in the Early 19th Century". Inédito.

Orozco Abad, Iván. "El derecho internacional humanitario y el delito político: la agonía del delito político". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Padelford, Norman J. *International Law and Diplomacy in the Spanish Civil Strife*. Nueva York: Macmillan, 1939.

Pagden, Anthony. "Identity Formation in Spanish America". En *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, editado por Anthony Pagden. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

Pizarro Leongómez, Eduardo. *Insurgencia sin revolución: la guerrilla en Colombia en una perspectiva comparada*. Bogotá: Iepri y Tercer Mundo, 1996.

Roberts, Adam y Richard Guelff, eds. *Documents on the Laws of War*. Oxford: Clarendon, 1982.

Scott, James Brown, ed. *Resolutions of the Institute of International Law*. Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1916.

Uprimny, Rodrigo. "Sentido y aplicabilidad del derecho internacional humanitario en Colombia". En *Conflicto armado y derecho humanitario*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1994.

Valencia Villa, Alejandro. *La humanización de la guerra. Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes y Tercer Mundo, 1991.

Valencia Villa, Alejandro. *Derecho humanitario para Colombia*. Serie Textos de Divulgación, n.° 8. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1994.

Vergara Molano, Alberto. *Derecho internacional público*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1989.

Villarraga Sarmiento, Álvaro. "Antecedentes y elementos de diagnóstico: rasgos del conflicto armado y del derecho humanitario en Colombia". En *Derecho internacional humanitario aplicado*, compilado por Comité Internacional de la Cruz Roja. Bogotá: Tercer Mundo, 1998.

Wippman, David. "Change and Continuity in Legal Justifications for Military Intervention in Internal Conflict". *Columbia Law Review* 27 (primavera de 1996): 435-444.

# LOS JUICIOS SOBRE LA HISTORIA: PERDER LA JUSTICIA EN LO MONSTRUOSO Y LO BANAL

Vasuki NESIAH*

La justicia transicional ha provocado una transformación en el derecho internacional de los derechos humanos en las últimas dos décadas[1]. Aunque nació en los juicios de Núremberg, tras la Segunda Guerra Mundial, el campo tomó impulso "global" sólo a principios de la década de los noventa[2]. En un plazo de cinco años, cuatro grandes comisiones de la verdad se establecieron en Chile (1990), El Salvador (1992), Guatemala (1994) y Sudáfrica (1995)[3], y se pusieron en marcha tribunales internacionales para conocer sobre crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia (1993) y sobre el genocidio en Ruanda[4]. Estas iniciativas fueron sintomáticas de una fortalecida demanda de justicia para el posconflicto

* Profesora asociada de la escuela Gallatin, de New York University. Ha sido profesora en la Escuela de Asuntos Internacionales y Públicos de Columbia University; en la actualidad es profesora del taller de verano del Instituto de Derecho Global y Política en la Escuela de Derecho de Harvard. Trabaja en temas relacionados con los derechos humanos, con un enfoque particular en la justicia transicional, la teoría social y los estudios jurídicos internacionales.

1 La justicia transicional es un subcampo de los derechos humanos que se centra en la reparación de las atrocidades masivas, en contextos de transición política, por medio de una familia de mecanismos que incluye juicios, comisiones de la verdad, programas de reparación, monumentos e iniciativas de reforma institucional. La justificación de estos mecanismos especiales surge de la sensación de que la escala y la intensidad de los abusos que acompañan la guerra y el autoritarismo superan los objetivos y la capacidad institucional del sistema de justicia penal ordinario. Los casos que motivan la implementación de la justicia transicional pueden variar desde cortos e intensos períodos de violencia, como los cien días del genocidio en Ruanda, hasta largos períodos de abusos arraigados, como las más de cuatro décadas del *apartheid*.

2 En el período intermedio hubo iniciativas clave de justicia transicional que siguieron a las dictaduras militares en países como Argentina y Grecia; sin embargo, estas iniciativas no catalizaron la "cascada de justicia" global que vemos después de 1989. Ellen Lutz y Kathryn Sikkink, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2 (2001): 1-33.

3 Si bien la Comisión de la Verdad argentina de 1983 introdujo este nuevo mecanismo institucional en la comunidad internacional de los derechos humanos, sólo se generalizó en los años noventa, cuando instituciones similares se establecieran en los países mencionados. Para una descripción general de las comisiones de la verdad alrededor del mundo véase Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenges of Truth Commissioners* (Londres y Nueva York: Routledge, 2002). En cierto modo, la comisión de la verdad más antigua fue el proyecto Nunca Mais (Nunca Más), en Brasil, una iniciativa no oficial que fue inaugurada en 1979 y que tardó más de media década en terminar. Este proyecto fue realizado en secreto y sólo se conoció tras la publicación del informe en 1985. Disponible en http://www.utexas.edu/utpress/excerpts/excattop.html (consultado por última vez el 14 de julio del 2011).

4 En 1999 el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se convirtió en el primer tribunal internacional en presentar cargos contra un jefe de Estado en ejercicio, cuando acusó a Slobodan Milošević por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Establecido apenas dos años después de aquel, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue encargado de investigar y juzgar a los responsables del genocidio y de las graves violaciones del derecho internacional que tuvieron lugar en este país en 1994 (véase el sitio web del tribunal para Ruanda en http://www.ictr.org).

que vino a marcar el fin de las guerras, las dictaduras y los períodos de atrocidad masiva en muchas partes del mundo[5]. Comisiones y tribunales estuvieron a menudo acompañados por programas de reparación para las "víctimas". Se construyeron monumentos para honrar a los muertos y se promulgaron propuestas de reforma, que por doquier reiteraron el mantra de "nunca más"[6]. Hoy en día, cuando las armas cesan, la comunidad internacional congregada en torno a los derechos humanos exige que a las víctimas no se les pida que perdonen, olviden y dirijan su atención a la paz[7]. Incluso si se trata de guerras que han ocurrido por muchos años, el paso de la historia no puede ser una licencia para olvidar[8]. El campo de la justicia transicional nace de la promesa de reparar y recompensar por medio de tribunales y comisiones que vuelven su mirada a los crímenes cometidos y afirman la importancia de la responsabilidad histórica[9].

5 Son numerosas y variadas otras iniciativas de justicia transicional durante este período; comprenden desde las políticas de lustración y restitución de algunos países de Europa del Este que siguieron a la Guerra Fría a llamamientos a rendición de cuentas y tribunales simulados hechos por las llamadas "mujeres de consuelo" (*comfort women*) en algunos países del sudeste asiático, en respuesta a crímenes sexuales cometidos por el Ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Asimismo deben mencionarse una serie de comisiones de investigación —acompañadas de programas de reparación— que se pusieron en marcha para hacer frente a violaciones relacionadas con los actuales conflictos de Irlanda del Norte, Sri Lanka y otros lugares.

6 No es insignificante que cuatro de los seis tribunales y comisiones antes mencionados estuvieran liderados por actores internacionales; por lo demás, todos estuvieron marcados por la influencia internacional, y en particular por la influencia normativa y doctrinaria del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estas injerencias transnacionales se repiten en el desarrollo de leyes y normas internacionales en la década siguiente, en formas que repercuten de nuevo para profundizar y legitimar el terreno de los compromisos internacionales. Por ejemplo, el principio de jurisdicción universal representa la idea de que algunos actos son una afrenta tal a nuestra conciencia que cualquier corte, en cualquier lugar, tiene jurisdicción sobre ellos, independientemente de dónde y cuándo tuvieron lugar. Debe subrayarse la idea de que los procesos de justicia de este tipo son asuntos de legítima preocupación y compromiso internacional, y no asuntos que incumban sólo a la nación en cuestión. En algunos casos la jurisdicción se ejerce de manera transnacional: Charles Taylor, de Liberia, fue acusado por el Tribunal Especial de Sierra Leona en el 2003, detenido en Nigeria en el 2006, juzgado y luego declarado culpable y condenado por el Tribunal Especial de La Haya en el 2012. Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005).

7 Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (Nueva York: Norton, 2000).

8 Se argumenta que la rendición de cuentas no es sólo una obligación moral y legal, sino también un valor instrumental en la afirmación del Estado de derecho y en la reconstrucción de la nación. Diane F. Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537.

9 Dentro del campo, términos como *justicia* y *responsabilidad* se definen de manera amplia para comprender una variedad de objetivos, desde la persecución de los perpetradores hasta la verdad sobre la situación de los derechos humanos, y desde la reparación de las víctimas hasta la reconciliación nacional, por ejemplo. No todas las instituciones de la justicia transicional pueden perseguir todas estas finalidades, pero pueden considerarlas interconectadas y determinar su mandato en relación con una multiplicidad de objetivos. Por ejemplo, la tarea principal de una comisión puede ser la documentación y la investigación, pero puede hacer recomendaciones en relación con las acciones judiciales, formular propuestas de política en materia de reparaciones, fomentar reformas jurídicas y políticas y ver su trabajo como promoción de la reconciliación.

Vale la pena subrayar que la realidad histórica es considerada por estas personas endógena con respecto al propio concepto de justicia. De hecho, se argumenta que al final de la guerra, del conflicto y de los períodos de gobierno autoritarios es especialmente importante no sólo que se aborden las violaciones de derechos humanos y sus efectos inmediatos, sino también que se adopte una visión a largo plazo y se asuma un compromiso de carácter histórico con la situación nacional de los derechos humanos. Sobre la base de las leyes y normas del derecho internacional, los mecanismos de la justicia transicional están diseñados para hacerle frente a esta ambiciosa tarea (histórica)[10], que involucra no solamente la rendición de cuentas por los crímenes del pasado, sino un llamado a situar estos crímenes en la historia, para que podamos tratar las condiciones que los propiciaron. Supone no sólo las reparaciones por los errores del pasado, sino también reformas basadas en un estudio de esos errores, con el fin de evitar su repetición con mayor eficacia. En el campo de la justicia transicional se consideró que estos objetivos eran asumidos en cortes, comisiones, programas de reparación y políticas de reforma institucional, que eran considerados cuatro pilares paralelos y complementarios del campo[11].

Este llamado a atender al pasado no es nuevo en nuestra imaginación política. Por ejemplo, la Antígona de Sófocles es todavía una figura icónica en la discusión sobre qué constituye la justicia en las postrimerías de la guerra, precisamente por causa de esta preocupación. Después de la guerra que mató a sus hermanos, Antígona discute con Creonte y argumenta que no se puede seguir adelante hasta no honrar a los muertos y enfrentar el pasado. La voz disidente de Antígona representa la importancia de darle al pasado lo que le es debido, sin importar lo agónico y problemático que este deber pueda resultar, pero representa también la importancia fundamental del pasado con respecto al presente

[10] Este llamado normativo a examinar el pasado se complementa con los desarrollos doctrinales en el derecho de los derechos humanos que discuten los plazos de prescripción y otras limitaciones de la persecución de graves violaciones históricas de los derechos humanos. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, declara que para estos tipos de crímenes no aplican limitaciones legales. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2391, "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", anexo, documento A/7218, 26 de noviembre de 1968, artículos 1.º y 4.º.

[11] Por ejemplo, en sus primeros años el Centro Transicional para la Justicia Internacional (ICTJ, por su sigla en inglés) se refería al campo en términos de los cuatro pilares. Incluso una publicación reciente sobre Indonesia se refiere a "la búsqueda de la verdad, los procesos judiciales, las reparaciones y la reforma del sistema de seguridad". Véase ICTJ y Kontras, "Derailed: Transitional Justice in Indonesia since the Fall of Soeharto" (7 de abril del 2011), http://ictj.org/sites/default/files/ictj-Kontras-Indonesia-Derailed-Summary-2011-English.pdf. Sin embargo, en la última década el ICTJ ha madurado y ha adquirido un sentido más complejo de la arquitectura del campo, que le permite prestarles más atención a otras iniciativas (como los monumentos) y a otros objetivos relacionados con los posconflictos (como el desarrollo).

y al futuro[12]. Hemos oído un eco más legalista de esta postura cerca de nuestro medio: durante el curso de su primer año se le hicieron insistentes llamados a la administración de Obama para establecer las responsabilidades por los tratamientos abusivos de prisioneros en Guantánamo, Abu Ghraíb y otros lugares[13]. Estos reclamos insistieron en que los abusos debían situarse en la historia de la política exterior y de las acciones militares estadounidenses en el extranjero[14]. El argumento de la American Civil Liberties Union, Human Rights First y otros organismos es que "tenemos que mirar atrás antes de que podamos avanzar como una nación"[15].

12 Un estudio sobre *Antígona* y las cuestiones de la reconciliación puede encontrarse en Vasuki Nesiah, "Coming to Terms with Irreconcilable Truths", en *Roads to Reconciliation*, Elin Skaar, Siri Gloppen y Astri Suhrke, eds. (Lanham: Lexington, 2004).

13 Estos abusos fueron legados de las atrocidades de la era de George W. Bush. Los llamados a abordar estas violaciones empezaron a desaparecer de la atención pública a medida que el período de Obama adquirió su propio récord de horrores con su tratamiento a Bradley Maning, el soldado estadounidense mantenido en detención militar en condiciones descritas como "crueles, inhumanas y degradantes" por Juan Méndez, relator especial de las Naciones Unidas sobre la tortura; con el fracaso de la iniciativa de cerrar Guantánamo y, por supuesto, con sus acciones en Pakistán y en otros lugares.

14 A primera vista, los abusos de la administración de George W. Bush pueden parecer sustancialmente diferentes de las perspectivas históricas descritas en los más "típicos" contextos de justicia transicional. Sin embargo, cuando se sitúan ejemplos como Guantánamo y Abu Ghraíb en el marco temporal más amplio de la intervención militar estadounidense, el cúmulo de abusos contra los derechos humanos empieza a tener un parecido mayor con el impacto de largo plazo de los gobiernos autoritarios. Algunos grupos, entre ellos el ICTJ y el Centro para los Derechos Constitucionales (CCR, por sus siglas en inglés) han iniciado un proyecto de rendición de cuentas enfocado en Estados Unidos, cuyo tratamiento de la política exterior estadounidense es análogo a los que otros proyectos de justicia transicional les han dado a sistemas de injusticias arraigadas (el proyecto de rendición de cuentas de Estados Unidos del ICTJ puede verse en el sitio web de la entidad: "USA Accountability", http://ictj.org/our-work/regions-and-countries/usa-accountability, consultado el 14 de julio del 2011). Por otra parte, en la mayoría de los contextos de la justicia transicional la escala de abusos es más amplia, y una de las razones que justifican analizar su impacto es establecer si tienen relevancia "histórica". Aunque la demanda de la American Civil Liberties Union contra Donald Rumsfeld, secretario de Defensa de Estados Unidos, se ocupó de un pequeño número de casos de abusos contra prisioneros, estos pueden proporcionar una ventana a los patrones de atrocidad que históricamente han acompañado las intervenciones militares estadounidenses. De esta manera, se podría argumentar que estos abusos sí plantean algunos de los problemas en relación con la impunidad y la rendición de cuentas que se encuentran en miles de casos que constituyen la mayoría de los procesos de la justicia transicional. De hecho, como en muchos procesos de justicia transicional, los actores internacionales, las normas y las leyes han jugado un rol en la discusión sobre cómo tratar el pasado en el caso estadounidense. Por ejemplo, en la discusión sobre Guantánamo, y sobre las ejecuciones extrajudiciales y los abusos relacionados, se ha invocado —bien sea entre los abogados de derechos humanos o entre los principales medios de comunicación estadounidenses— el derecho internacional, en particular, el de los Convenios de Ginebra, como referencia legal y normativa, de maneras que son extraordinarias en el contexto estadounidense.

15 Este argumento se formula en el contexto de la demanda de marzo del 2005 presentada a la Corte Federal de Illinois por la American Civil Liberties Union y Human Rights First contra el entonces secretario de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld, que lo acusó de "responsabilidad directa por la tortura y abuso de detenidos en custodia de militares estadounidenses". Además de violaciones de la Constitución de los Estados Unidos, Rumsfeld fue acusado de violaciones del derecho internacional, incluida la Convención contra la Tortura y los Convenios de Ginebra. La demanda fue desestimada dos años después, en marzo del 2007, pero el reclamo sobre la responsabilidad criminal por los malos tratos contra prisioneros de Guantánamo, Abu Ghraíb y otros

Desde Antígona a la American Civil Liberties Union, invoco estas afirmaciones sobre la importancia de la responsabilidad histórica porque tienen resonancia en un *ethos* en materia de justicia transicional que frecuentemente es promovido por la comunidad internacional de derechos humanos, un *ethos* capturado por la Comisión de la Verdad chilena hace veinte años cuando afirmó que "[l]a sociedad no puede tachar sin más un capítulo de su historia […]. La unidad de una nación depende de una identidad compartida y ésta, a su vez, depende en gran medida de una memoria compartida"[16].

Sin embargo, ¿esta invocación de lo histórico ha abierto la puerta para lidiar con las injusticias de larga duración, o ha canalizado el terreno de la historia para neutralizar sus demandas más exigentes? Reconociendo que las presiones en favor de la rendición de cuentas y el cierre histórico pueden resultar contradictorias, este capítulo trata de ahondar en estas preguntas observando cómo se define lo histórico en iniciativas específicas de justicia transicional. Mi conclusión es que, con demasiada frecuencia, la representación que la justicia transicional hace de sí misma, centrada en la responsabilidad histórica, ha funcionado como un caballo de Troya para un proyecto que, de hecho, ha estado dirigido al cierre histórico.

En otro trabajo he sostenido que la intervención de los derechos humanos en los posconflictos se caracteriza por dos dimensiones importantes: el giro a la ética y el giro a la experiencia[17]. En el campo de la justicia transicional estas dimensiones amplias tienen una articulación muy específica en el avance hacia un cierre histórico. El giro ético se canaliza en un énfasis en la monstruosidad de los autores individuales y en el esfuerzo de hacerlos rendir cuentas por sus abusos en materia de derechos humanos. Al mismo tiempo, el giro a la experiencia se canaliza en un énfasis en las minucias de los aspectos tecnocráticos y procedimentales de las instituciones, como los tribunales para crímenes de guerra y las comisiones de la verdad. Sostengo en este trabajo que, caracterizando el espacio histórico con

---

lugares continúa hoy. Mientras el Departamento de Justicia investiga los infames "memorandos de tortura" y las técnicas de interrogación usadas en Guantánamo y en otros lugares, muchos han resaltado la importancia de la responsabilidad histórica. "Comunicado de prensa", www.aclu.org/safefree/torture/39393prs20090416.html (consultado el 14 de julio del 2011, ya no se encuentra disponible).

16 *Informe de la Comisión Nacional de Chile* (1991), a menudo citado como el *Informe Rettig*, por referencia al presidente de la Comisión, Raúl Rettig. El informe fue el producto final de la Comisión. Nombrada por el entonces presidente de la República Patricio Aylwin, la Comisión tuvo la tarea de investigar los abusos contra los derechos humanos que resultaron en muertes o desapariciones durante el período de Pinochet.

17 Vasuki Nesiah, "The Specter of Violence that Haunts the UDHR: The Turn to Ethics and Expertise", *Maryland Journal of International Law* 24 (2009): 135.

la lógica dual de la monstruosidad y la banalidad, la ética de condenar lo monstruoso y administrar lo banal, las iniciativas de justicia transicional definen un horizonte político que se inclina hacia el cierre histórico y se aleja de la responsabilidad histórica.

Estudiando los efectos distributivos e ideológicos de esta orientación al "cierre", este capítulo también busca situar las tecnologías de cierre histórico en el marco más amplio de la intervención de los derechos humanos en el posconflicto, que le ha dado forma a la rendición de cuentas y a una concomitante narrativa de redención acerca del progreso de la justicia. Contra el contexto de la lógica "histórica" usado por la justicia transicional, estudio cómo el campo define la historia en Chile y Sudáfrica, los dos casos que son anunciados como éxitos de la justicia transicional y que han sido muy influyentes en el desarrollo del mismo campo.

## I. Chile, Pinochet y la "cruzada déspota": el mal radical a juicio[18]

"Que 100 Pinochets florezcan… La jurisdicción universal es la respuesta del derecho al espectáculo de tiranos y torturadores que se escudan con inmunidades en casa"[19]. Escribiendo con posterioridad al arresto de Pinochet en Londres, Reed Brody, abogado y portavoz de Human Rights Watch (HRW), declaró que "el precedente Pinochet pone sobre aviso a los tiranos"[20]. Animada por el caso Pinochet, y por el caso Habré, que le siguió, HRW produjo un informe que exploró la doctrina de la jurisdicción universal y su potencial en la persecución de un grupo de exjefes de Estado, entre ellos uno de Chad, Hissène Habré; dos de Uganda, Idi Amin y Milton Obote; Mengitsu Haile Mariam, de Etiopía; Jean-Claude "Baby Doc" Duvalier, de Haití; y el paraguayo Alfredo Stroessner.

18 El título hace referencia a dos intervenciones clave en el campo: "Despot Crusade", de Reed Brody, de Human Rights Watch (véase Heidi Vogt, *Despot Crusade* [2 de julio del 2006], http://www.hrw.org/en/news/2006/07/02/despot-crusade, consultado el 14 de julio del 2011), y el libro póstumo de Carlos Santiago Nino *Radical Evil on Trial* (New Haven: Yale University Press, 1998).

19 Reed Brody, de Human Rights Watch, citado por Tracy Wilkinson, "International Justice Faces Crucial Test", *LA Times*, http://groups.yahoo.com/group/Nat-International/message/2095 (consultado el 16 de julio del 2012).

20 Reed Brody, "One Year Later, The 'Pinochet Precedent' puts Tyrants on Notice", *The Boston Globe*, 15 de octubre del 1999, www.hrw.org/news/1999/10/14/one-year-later-pinochet-precedent-puts-tyrants-notice. De manera nada sorprendente, algunos aludidos clamaron por un enfoque diferente de la relación con el pasado. Por ejemplo, el líder camboyano Hun Sen declaró que "debemos mirar adelante y hacer un hoyo y enterrar el pasado". Véase David A. Crocker, "Reckoning with Past Wrongs: A Normative Framework", *Ethics and International Affairs* 13 (1999): 43-64.

HRW describe el caso Pinochet como "un llamado de atención a los tiranos de todo el mundo"[21]. Históricamente, la mayoría de los enjuiciamientos por derechos humanos se había dirigido a los individuos de bajo rango, los que jalaban el gatillo, no a los *Schreibtischtäters*, los de más alto rango que emitieron las órdenes: esto es, se centró en policías y soldados rasos, con el argumento de que la obediencia de órdenes no es ninguna defensa[22]. El caso Pinochet fue un importante reflejo de cómo las iniciativas contemporáneas de justicia transicional priorizan la persecución de los que dan las órdenes, en lugar de la de los que las reciben[23]. Los tribunales internacionales han establecido que los comandantes son responsables por las acciones de sus subordinados que pudieron haber conocido y prevenido[24].

La oficina del señor Brody en HRW tiene un "mapa del mundo en su pared, cubierto de fotos de los dictadores a los que le gustaría ver en la cárcel"[25].

21 Human Rights Watch, *The Pinochet Case - A Wake-up Call to Tyrants and Victims Alike*, http://www.hrw.org/legacy/campaigns/chile98/precedent.htm (consultado el 16 de julio del 2012).

22 El artículo 8.º de la Carta de Londres estableció que incluso si las órdenes del superior pueden mitigar el castigo, no protegen al acusado de tener responsabilidad penal. El principio de responsabilidad individual establecido allí es un aspecto importante del legado de justicia de Núremberg. En una sentencia de Núremberg se estableció la famosa declaración de que "los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo al castigar a los individuos que cometieron tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional". Así, incluso si se cometen actos particulares en un contexto en que toda la empresa militar nacional es indiferente a las prohibiciones del derecho internacional; incluso si los superiores requieren que se cometan actos prohibidos como aspectos rutinarios del servicio; e incluso si no existía una disposición específica de un tratado que atribuyera responsabilidad internacional por la violación de estas prohibiciones internacionales, existe aún responsabilidad penal individual por tales violaciones.

23 Este precedente fue citado explícitamente en el caso The Prosecutor vs. Duško Tadić (el caso Tadić) y luego en Prosecutor vs. Delalić *et al.* (el caso Čelebići) para apoyar la idea de que si ciertos actos horrendos están prohibidos en el derecho internacional como graves infracciones, entonces es legítimo inferir que estos son la base de la responsabilidad penal individual incluso si no había una disposición explícita en un tratado que estableciera un mecanismo de cumplimiento para la responsabilidad penal individual por tales actos en el conflicto armado interno. La responsabilidad penal individual era la suposición lógica si la prohibición era significativa (véanse el párr. 128 de la decisión de jurisdicción de Tadić y los párrs. 161-162 de la sentencia de apelación de Čelebići; también el párr. 153 de la sentencia de apelación de Čelebići). Por otra parte, por virtud del derecho internacional consuetudinario, de la práctica de muchos sistemas jurídicos domésticos y de la evolución de la jurisdicción universal en el último medio siglo, no puede haber expectativa legítima de que las graves infracciones en el ámbito de los conflictos armados internacionales sean legales en el ámbito de los conflictos armados internos (párrs. 159-160 de la sentencia de apelación de Čelebići). Para el caso Tadić, véase el dictamen y juicio, caso n.º IT-94-1-T, Prosecutor vs. Tadić, 7 de mayo de 1997, http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf; para el caso Čelebići véase caso n.º IT-96-21-T, Prosecutor vs. Delalić *et al.*, 20 de febrero del 2001, http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/part1.htm; y para las sentencias de apelación véase JL/P.I.S./564-e, disponible en http://www.icty.org/sid/8021.

24 El precedente más importante sobre responsabilidad de mando en el caso Čelebići fue el enjuiciamiento del general japonés Yamashita a cargo de una comisión militar de Estados Unidos por crímenes de guerra cometidos por su tropa en Filipinas. Véase In re Yamashita, 327 US 1 (1946). La codificación más relevante y comprehensiva de la doctrina (citada por el tribunal Čelebići) se dio en el artículo 86 (2) del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

25 Disponible en http://www.hrw.org/english/docs/2005/10/05/chad11848.htm.

La película que él denominó *El cazador de dictadores*[26] (*Dictator Hunter*) se ocupa del tema. Haciendo eco de las persecuciones contra Adolf Eichmann y otros oficiales nazis e impulsada por el ideal de la responsabilidad histórica, la comunidad de los derechos humanos ha perseguido a los dictadores de Brody, por medio de tribunales y comisiones, a lo largo de todo el mundo. Como lo ejemplifica el título que le dio HRW a la relación del juicio de Jean-Claude Duvalier, *La cita de Haití con la historia* (*Haiti's Rendezvous with History*), estos casos contra los líderes del pasado han sido considerados esfuerzos para llegar a un acuerdo con el pasado de un país y para afrontar su historia "de frente"[27]. Esta "cruzada déspota", que reúne a la justicia y a la historia, representa una de las dos dimensiones centrales de la justicia transicional que he destacado en este capítulo, y la experiencia transicional chilena se cuenta entre los ejemplos más conocidos de este esfuerzo.

En Chile, el relato de la justicia transicional se remonta a 1973, cuando el general Augusto Pinochet tomó el poder con un golpe de Estado. Pinochet hizo cambios de gran alcance en diversas áreas, entre ellas la política económica, en la que acogió las posiciones de Milton Friedman. Chile surgió entonces como el caso de prueba para las recetas económicas del "libre mercado" identificadas con el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago[28]. Los más ricos ganaron mucho, pero los pobres sufrieron: hubo un incremento en la "tasa nacional de pobreza del 17 por ciento […] al 45 por ciento […]" en los años de Pinochet[29]. La disidencia fue silenciada y los críticos del régimen sufrieron torturas, desapariciones y asesinatos. Después de casi veinte años Pinochet fue finalmente destituido de su cargo. Su sucesor, el presidente Aylwin, designó una comisión de la verdad que investigó las desapariciones ("los desaparecidos")[30], emitió un informe con los resultados y recomendó reparaciones para los fami-

26 Véase el sitio web de *The Dictator Hunter*, http://www.thedictatorhunter.com/index.html.

27 Human Rights Watch, *Haiti's Rendezvous with History: The Case of Jean-Claude Duvalier* (Human Rights Watch, 2011), 46, http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/haiti0411Web.pdf.

28 En alusión al hogar académico de Milton Friedman y de otros influyentes economistas neoclásicos, su enfoque ha venido a conocerse como el de la Escuela de Chicago —también se la llama Freshwater School—. En Chile, esta tendencia contemplaba la eliminación de las regulaciones gubernamentales y de los subsidios y la reducción del gasto social y de tarifas y otras barreras que estorbaban el mercado de *laissez-faire*. También comprendió ataques contra los sindicatos y otros grupos que se oponían a estas políticas económicas.

29 Camilo Pérez-Bustillo, "Poverty as a Violation of Human Rights: The Pinochet Case and the Emergence of a New Paradigm", en *Law and Poverty: The Legal System and Poverty Reduction*, Lucy Williams, Asbjorn Kjonstad y Peter Robson, eds. (Londres y Nueva York: Zed, 2003), 67. Entre los pobres, el porcentaje obligado a vivir en la pobreza extrema era más de la mitad.

30 El término *desaparecidos* fue acuñado por el presidente de facto de Argentina, el general Jorge Rafael Videla, quien dijo en una conferencia de prensa: "Ellos ni están muertos ni están vivos, están desaparecidos".

liares de los desaparecidos[31]. Pinochet, durante su mandato, se había concedido a sí mismo una amnistía y fue así inmune a las acusaciones; los militares siguieron siendo una fuerza poderosa y el Gobierno se mostró reacio a desafiarlos directamente.

Pero este no es el final del relato de la transición chilena. En 1998, cuando Pinochet visitó Londres, cortes españolas emitieron una orden internacional que pedía su extradición, para ser juzgado por cargos de tortura y otros abusos contra ciudadanos españoles. Después de un extenso debate, la Cámara de los Lores decidió que la inmunidad de Pinochet como jefe de Estado no prevalecía sobre las obligaciones internacionales de Gran Bretaña en materia de tortura. Se concluyó que los delitos que se le imputaban eran tan atroces que Pinochet debía ser extraditado. A pesar de esta decisión, mencionando preocupaciones sobre su estado de salud, el Gobierno británico eligió no extraditar a Pinochet, quien regresó a Chile en el año 2000. Pero el clima político también había cambiado en Chile y la inmunidad de Pinochet en casos clave fue removida. Se formularon cargos de tortura, desapariciones y otros abusos. A lo largo de este período hubo reclamos para que Pinochet también respondiera por su política económica. Se argumentó que su programa económico tuvo un impacto identificable y cuantificable "en términos de muertes y enfermedades que se habrían evitado actuando de otra forma"[32]. En definitiva, aunque fue acusado por cerca de trescientos crímenes, ninguno tenía relación con sus decisiones económicas[33]. En el momento de la muerte de Pinochet, en el 2006, otra comisión había investigado la práctica de la tortura durante su Gobierno[34], se había desarrollado una política de reparación para las víctimas de tortura y muchos casos contra Pinochet estaban en curso. La cuestión de la violación de derechos económicos nunca se consideró en estos procedimientos.

El caso Pinochet fue fundamental en el desarrollo de la doctrina de la responsabilidad de mando, tanto por la inspiración política como por el precedente legal, y esto es digno de aplauso[35]. Sin embargo, llama la atención que los efectos de las políticas macroeconómicas no sean parte del relato de la transición

31 Véase el *Informe Rettig*.
32 Pérez-Bustillo, "Poverty".
33 Cath Collins, "Prosecuting Pinochet: Late Accountability in Chile and the Role of the 'Pinochet Case'" (documento de trabajo n.º 5, Project on Human Rights, Global Justice and Democracy, George Mason University, primavera del 2009), 4.
34 Encabezada por el obispo Sergio Valech y nombrada por el presidente Ricardo Lagos, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura investigó abusos que tuvieron lugar entre 1973 y 1990.
35 Collins, *Prosecuting Pinochet*.

chilena[36], a pesar de que las políticas macroeconómicas y las políticas militares estaban estrechamente entrelazadas en una relación simbiótica[37]. El impacto económico se hizo invisible.

Es difícil asimilar la política económica a reclamos sobre actos monstruosos de hombres y mujeres, como los asesinatos, las desapariciones y las torturas, los cuales encarnan el mal radical, para utilizar el lenguaje de Immanuel Kant, que ha ganado cierta atracción en la literatura sobre justicia transicional[38]. Kant usó la noción de *mal radical* para describir las decisiones monstruosas que somos capaces de tomar cuando permitimos que nuestros instintos bajos prevalezcan sobre la ley moral. Se trata de "delitos tan bárbaros contra los derechos humanos que ningún castigo puede ser suficiente"; y, sin embargo, por esa misma razón, existe un imperativo de perseguir tales delitos[39]. Para Kant, los actos del mal radical son actos de voluntad, no son naturalmente inevitables; cualquiera puede tener el potencial para tal mal, y puede atribuirles a las condiciones sociales la determinación de su realización, pero aun así la responsabilidad individual será una preocupación inexcusable[40]. Por lo tanto, el mal radical y la responsabilidad individual están inextricablemente entrelazados, incluso si los mecanismos de rendición de cuentas acerca de la responsabilidad individual son inadecuados para capturar la monstruosidad del mal radical. La responsabilidad individual se traduce en la justicia transicional en un llamado a todos los países para llegar a un acuerdo con su pasado por la vía de hacer responsables a los individuos por la monstruosidad que dirigieron o ejecutaron. Los arrestos de Augusto Pinochet, Slobodan Milošević, Charles Taylor, Hissène Habré y Alberto Fujimori son todos ellos diferentes señales de este movimiento, en lugares distintos del globo.

36 Duncan Green, *Silent Revolution: The Rise of Markets and Economics in Latin America*, 2.ª ed. (Nueva York: Monthly Review, 2003), y Lois Hecht Oppenheim, *Politics in Chile: Socialism, Authoritarianism, and Market Democracy* (Boulder: Westview, 2007).

37 Esta simbiosis tiene muchas dimensiones. El golpe de Estado de Pinochet contra el gobierno de Allende —gobierno que Allende denominó "vía chilena al socialismo"— fue respaldado por la élite empresarial y militar. La disidencia contra el régimen de Pinochet se concentró en sus políticas macroeconómicas y militares, y la oposición de izquierda fue blanco de una represión intensa. El fortalecimiento del papel de los militares en los años de Pinochet estuvo acompañado por un incremento masivo del presupuesto militar. La élite militar y la élite económica se mantuvieron unidas gracias al matrimonio entre la economía neoliberal y la política del terror. Para más información sobre la política militar en los años de Pinochet véase Karen L. Remmer, "Neopatrimonialism: The Politics of Military Rule in Chile, 1973-1987", *Comparative Politics* 21 (1989): 149-170.

38 Immanuel Kant, *Religion within the Boundaries of Mere Reason*, Alan Wood, ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1999). La invocación del término por parte de Carlos Nino aumentó su uso en el campo de la justicia transicional. Nino, *Radical Evil on Trial.*

39 Wilber A. Chaffee, "*Radical Evil on Trial* (review)", *Hispanic American Historical Review* 80 (2000): 217-218.

40 Allen W. Wood, *Kant's Ethical Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), argumenta que la concepción antropológica de Kant —en lugar de su concepción biológica del hombre— entendía el mal radical como un producto del hombre que se convierte en un ser social competitivo.

En las últimas dos décadas, alrededor de setenta exjefes de Estado han enfrentado cargos penales por los abusos cometidos durante sus gobiernos[41]. En un libro publicado de manera póstuma, *Radical Evil on Trial*, Carlos Nino, el filósofo y estadista argentino, califica los enjuiciamientos de perpetradores de violaciones de derechos humanos posteriores a las dictaduras —en su país y en otros— como esfuerzos para hacer rendir cuentas al mal radical[42]. El vicepresidente de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica, Alex Boraine, describe los juicios de Núremberg como "la primera acción concertada por la comunidad internacional para afrontar de manera sistemática la manera con la que Carlos Nino describe el mal radical"[43]. Las muertes que no proceden del cañón de un arma sino de las políticas socioeconómicas se vuelven invisibles en la auditoría del mal radical —y, de manera concomitante, en el pliego de cargos de la judicial transicional—. El campo se dedica a la narrativa monstruosa que alimenta su fundamento normativo y sus doctrinas jurídicas. Los abusos resultantes de las políticas socioeconómicas, los análisis de la interrelación entre los abusos que son resultado de las políticas socioeconómicas y los que se derivan de las políticas militares, la responsabilidad sistemática por estos abusos y el análisis sistemático de los patrones de los abusos y de sus efectos se encuentran entre paréntesis, como algo externo a esta aritmética de la justicia. La justicia transicional conoce a Augusto Pinochet como un monstruo que torturó y asesinó, pero no lo conoce como el que desarrolló planes presupuestales y políticas económicas que terminaron en muertes por tifoidea, hepatitis y otras enfermedades evitables[44].

41 Un análisis breve de estos casos puede consultarse en Ellen L. Lutz y Caitlin Reiger, "Introduction", en *Prosecuting Heads of State*, Ellen L. Lutz y Caitlin Reiger, eds. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 12-15. Más de la mitad de los acusados lo fueron por cargos sobre violaciones de derechos humanos; en muchos casos la acusación incluyó otros cargos, particularmente por corrupción. Por otra parte, el número mencionado corresponde apenas a un pequeño subconjunto de aquellos que han enfrentado investigaciones penales por violaciones de derechos humanos; muchas investigaciones que han tenido por objeto a exjefes de Estado no se han concretado en procesamientos debido a motivos políticos o jurídicos.

42 Nino se desempeñó como asesor de derechos humanos del presidente Alfonsín; su libro aborda los retos jurídicos y normativos de la responsabilidad penal.

43 Alex Boraine, "Transitional Justice as an Emerging Field" (documento presentado en el simposio Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy, Ottawa, 11 de marzo del 2004), www.idrc.ca/uploads/user-S/10829975041revised-boraine-ottawa-2004.pdf. De manera notable, sin embargo, la justicia transicional contemporánea supone un giro en el enfoque de Núremberg sobre los crímenes de agresión contra otros estados, hacia los relatos judiciales centrados en los perpetradores y en las víctimas. El juicio de Otto Adolf Eichmann a cargo del Estado de Israel representó este cambio del interés por los crímenes de la Alemania nazi en general a un interés por las víctimas judías en particular. Véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Londres y Nueva York: Penguin, 1994).

44 Las políticas de Pinochet tuvieron un efecto dramático en la atención básica en salud; al respecto, véase Andre Gunder Frank, *Economic Genocide in Chile: Monetarism versus Humanity* (Nottingham: Spokesman, 1976). Noam Chomsky señala que bajo el régimen de Pinochet "la atención en salud

Los enfoques dominantes sobre la responsabilidad penal hacen dos equivalencias problemáticas: que los actos monstruosos son asimilables a los actos violentos y que la rendición de cuentas histórica de una nación es asimilable a la responsabilidad individual. Los dictadores son perseguidos con base en la teoría de que esta persecución les permite a sus países confrontar las atrocidades de su historia[45]. Pero los complejos legados de las políticas macroeconómicas no son fácilmente canalizados en decisiones individuales. Por ejemplo, el avance de la rendición de cuentas en Chile podría requerir que rastreemos las responsabilidades en muchos niveles de decisiones de políticas públicas que priorizaron el rescate de "los bancos en quiebra y grandes corporaciones" y relegaron el gasto para la mitigación de la pobreza[46]. En cambio, la justicia transicional está orientada a identificar y castigar a autores específicos. Como sobre el perpetrador estrella recae toda la responsabilidad, otros autores son exonerados y el escenario queda despoblado. El caso de Chile se convierte en un relato, principalmente, acerca de Pinochet y sus víctimas. Sus socios en el liderazgo económico, sean actores internos —como los banqueros chilenos y los industriales que lo apoyaron— o actores externos —como la Escuela de Chicago y los economistas del Fondo Monetario Internacional—, son absueltos de manera preventiva. Esta absolución es problemática en muchos aspectos. Significa que muchas víctimas de Pinochet son pasadas por alto. También permite que el poder continúe en los mismos individuos e instituciones que comparten la responsabilidad por la devastación económica de ese período. La arquitectura normativa, doctrinal e institucional de la reparación puede normalizar algunos abusos por concentrarse exclusivamente en otros. Como resultado, en Chile, el esfuerzo dedicado

---

per cápita se redujo a la mitad entre 1973 y 1985, lo que desencadenó un crecimiento explosivo en las enfermedades relacionadas con la pobreza, como la fiebre tifoidea y la hepatitis viral. Desde 1973, el consumo disminuyó para el 20% más pobre en Santiago y se incrementó un 15% para el 20% más rico" (http://psychoanalystsopposewar.org/blog/2006/12/11/chomsky-on-the-pinochet-miracle, consultado el 15 de julio del 2011). Puede decirse que hubo dos fases en el régimen de Pinochet: mientras que los años setenta se caracterizaron por recortes brutales en asistencia social, represión de los derechos laborales y similares, en los ochenta se produjo un deshielo gradual de la fórmula "terapia de choque". Para un análisis histórico del cambio de las políticas económicas durante estas dos décadas véase Sebastián Edwards y Alejandra Cox Edwards, *Economic Reforms and Labor Markets: Policy Issues and Lessons from Chile*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series 7646 (Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2000).

45 Así, se anima a estos países a llegar a un acuerdo con su pasado por la vía de obligar a los individuos a rendir cuentas, en lugar de "cavar un hoyo" y enterrar los hechos en el pasado. Crocker, "Reckoning with Past Wrongs" y Chaffee, "*Radical Evil on Trial* (review)": 217-218.

46 Pérez-Bustillo, "Poverty", 65. La deuda externa de Chile era "la mayor deuda externa per cápita en América Latina", y la política del gobierno de Pinochet fue "para el Gobierno y los contribuyentes", para financiar "cantidades sin precedentes de deuda privada" con el fin de sostener a los bancos y las empresas. Esta prioridad presupuestaria fue un marcado cambio de las inversiones a favor de los pobres de la administración de Allende.

a ajustar cuentas con Pinochet puede haber desviado la atención lejos de otros agentes que también fueron protagonistas y beneficiarios de los abusos.

Las observaciones de Hannah Arendt acerca del oficial-funcionario nazi Adolf Eichmann son instructivas. Eichmann fue un zar de la logística que supervisó el sistema de trenes que llevó a millones de personas a la muerte. En su juicio, en Israel, apareció como un ambicioso oportunista dispuesto a asumir horribles responsabilidades por el éxito de su carrera. Arendt argumenta que es Eichmann, y no Hitler, quien expone la verdad histórica del Holocausto. Incluso si Eichmann no era antisemita, como sostenía, incluso si no tuvo la *mens rea* en relación con el genocidio, él representa la comprobación más importante y terrible de que lo banal, el conformismo común, puede activar y poner en práctica el genocidio[47]. Las atrocidades en masa requieren muchos autores, actores impulsados no por intenciones monstruosas sino por ambiciones e ideologías que de manera insidiosa integran la gobernanza y la atrocidad. De esta manera, Arendt nos conduce a explicaciones complejas acerca de los regímenes complejos que han realizado atrocidades masivas. En contraste, un enfoque sobre los actos monstruosos desvía nuestra mirada lejos de las formas en que se institucionalizan las condiciones que habilitan los abusos.

En el informe de la Comisión de la Verdad de Chile los comisionados concentraron su trabajo en la situación de los derechos humanos, en un esfuerzo por traer la verdad histórica a la superficie. Anotaron que "la verdad no regresa a los muertos a la vida, pero los saca del silencio". La pregunta es: en este enfoque que recae sobre la monstruosidad individual, ¿qué silencios se rompen y cuáles permanecen?

## II. Sudáfrica, raza y prácticas operacionales: institucionalizando la justicia

La presión normativa de la justicia transicional orientada a "atender el pasado" está acompañada por el desarrollo de una serie de instituciones cuya tarea es avanzar en pos de este objetivo. La profesionalización del campo de la justicia transicional ha estado marcada por la identificación de una familia de pilares institucionales, a saber: tribunales para crímenes de guerra, comisiones de la

47 Leyendo las transcripciones de los "ocho meses" de interrogatorio por parte de la policía israelí en la etapa previa al juicio, Hannah Arendt señala que uno de los aspectos más significativos era la preocupación de Eichmann por su rango, y su vergüenza porque "no pudo obtener un rango superior en las SS". Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, 49.

verdad, programas de reparaciones, monumentos e iniciativas de reformas, como la que contempla la investigación de antecedentes en materia de derechos humanos. Estos mecanismos son entendidos y adoptados como el camino hacia la responsabilidad histórica. Por ello, Neil Kritz sostiene que "con la ayuda de la comunidad internacional, cada sociedad que emerja de genocidios, crímenes de guerra o represión masiva sostenida necesitará encontrar el enfoque específico o la combinación de mecanismos que ayuden mejor a alcanzar el nivel óptimo de justicia y reconciliación"[48].

Estos mecanismos se presentan como los procedimientos neutrales para clarificar la situación de los derechos humanos e identificar a las víctimas y los perpetradores, con el fin de otorgarles reparaciones a las primeras y de perseguir a los últimos. Algunos gobiernos han creado líneas presupuestarias para financiar el desarrollo y la transmisión transnacional de conocimiento experto acerca de estas instituciones; el campo ha dado lugar a proyectos de organizaciones no gubernamentales, seminarios y talleres dedicados a definir prácticas para mejorar el establecimiento y la administración de los mecanismos transicionales, y hay cursos universitarios y programas de diplomado centrados en los procesos de la justicia transicional. El campo convierte estos mecanismos no sólo en vías para acceder a la justicia, sino en parámetros de la justicia.

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica y su herencia global constituyen uno de los hitos históricos más importantes de este giro institucional. Si el relato chileno ejemplifica cómo la responsabilidad histórica por violaciones socioeconómicas sistemáticas es descartada por un enfoque que se concentra en los "monstruos", el relato sudafricano es un ejemplo de cómo la responsabilidad histórica por violaciones raciales sistemáticas es descartada por un enfoque en las preocupaciones operacionales "banales". Por supuesto que por "banal" no quiero dar a entender que eran intrascendentes. Por el contrario, quiero destacar el enorme alcance de las prácticas institucionales que son clasificadas como meramente técnicas y operativas. El papel del contexto histórico en la conformación de los problemas de la "justicia" se desvanece cuando lo operativo pasa a primer plano. De esta forma, los temas de la justicia se traducen en "conocimiento", arenas de conocimiento especializado dedicado a

48 Neil Kritz, "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights" (documento presentado en la USAID Conference Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-conflict Societies, 30 y 31 de octubre de 1997), http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnacd090.pdf (consultado el 15 de julio del 2011).

la realización de análisis técnicos[49]. Refiriéndose a la función del conocimiento jurídico especializado en relación con la guerra, David Kennedy ha señalado que "[l]a dificultad es entender de manera más adecuada lo que estos expertos hacen, la naturaleza y los límites de su vocabulario, y las posibilidades de trasladar su trabajo en términos políticamente discutibles"[50].

En el campo de la justicia transicional también vemos que lo políticamente discutible ha sido traducido al reino neutral de lo operacional y lo técnico. Para entender lo que está potencialmente en juego y expandir las posibilidades del cambio social necesitamos trabajar en el proceso de traducción inverso.

Las líneas generales de la historia de Sudáfrica nos son familiares. El *apartheid* nació en el país cuando el Partido Nacional fue votado sobre una plataforma política de *apartheid* en 1948. La Group Areas Act fue aprobada en 1950 y el Estado instituyó un régimen de segregación racial de largo alcance, que emprendió la reubicación forzada de miles de negros, la denegación de derechos civiles y toda una gama de políticas de discriminación sancionadas por leyes. Estas privaciones han producido efectos de larga duración en materia de disparidades raciales. Así, la desigualdad de los ingresos en Sudáfrica se cuenta entre las peores del mundo[51] y tiene todavía una base marcadamente racial. Durante el *apartheid* las protestas públicas contra estas injusticias se encontraron con una política de brutal represión que contemplaba encarcelamientos prolongados, torturas y asesinatos[52].

Como todos sabemos, el *apartheid* llegó a su fin en 1994, tras décadas de lucha y cuatro años de intensa negociación. Una vez que a los negros se les permitió

49 Janet Halley *et al*., "From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work and Sex Trafficking", *Harvard Journal of Law and Gender* 29 (2006): 335, argumentan que el feminismo, en el plano internacional, también se presenta como *expertise* y no como política. Halley y sus colaboradores califican este enfoque como un "feminismo de la gobernanza" y sostienen que lo acompaña el hecho de que el feminismo se haya incluido en el arte de gobernar como un modo de conocimiento legal.

50 David Kennedy, "Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance", *Sydney Law Review* 27 (2005): 5.

51 El índice de Gini mide la desigualdad en los ingresos. Sudáfrica tiene la distribución más desigual desde el 2011. Según ha informado la Unidad de Investigación sobre Políticas de Desarrollo de la Universidad de Capetown, la situación refleja patrones a largo plazo: "Para la economía sudafricana como un todo, el coeficiente de Gini se incrementó de 0,64 en 1995 a 0,72 en el 2005". Haroon Bhorat, Carlene van der Westhuizen y Toughedah Jacobs, "Income and Non-Income Inequality in Post-Apartheid South Africa: What are the Drivers and Possible Policy Interventions?" (documento de trabajo 09/138, Unidad de Investigación sobre Políticas de Desarrollo, Universidad de Capetown, 31 de agosto del 2009), www.population.gov.za/pop_dev/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=51&Itemid=190, consultado el 16 de julio del 2012.

52 El informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación ofrece una historia detallada de estas violaciones. Véase en el sitio web de la Comisión "The TRC Report", www.justice.gov.za/trc/report/index.htm, consultado el 12 de julio del 2011.

votar, Nelson Mandela y el Congreso Nacional Africano fueron elegidos con el mandato no sólo de construir una nueva Sudáfrica, sino también de lidiar con la herencia del pasado racista[53]. Uno de los primeros actos del nuevo gobierno fue establecer la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica para investigar crímenes que se extendían desde 1960 hasta 1994. La Comisión fue encargada de establecer las responsabilidades históricas de los crímenes del *apartheid*[54]. Lo que llama la atención en el trabajo de la Comisión es que la cuestión de la raza es tratada como una nota de pie de página en la historia. Este tratamiento se concretó por medio de dos decisiones administrativas de la Comisión que determinaron las formas en que leyó las declaraciones de las víctimas, tramitó las solicitudes e implementó sus protocolos. Estas dos decisiones fueron su definición de *víctimas* y su definición de los *actos políticos* que eran elegibles para la amnistía.

Para la Comisión, víctimas eran quienes habían sufrido muertes, desapariciones, torturas y otros tratos crueles, pero no quienes habían sufrido los abusos sistemáticos y legalizados de los bantustanes y las leyes de paso[55]. Así, cuando las víctimas declararon sobre abusos contra los derechos humanos, clasificaron para competencia de la Comisión *sólo* si habían sufrido un daño corporal, y *no* por el abuso sistemático del *apartheid*. El "protocolo-forma" que debían llenar las obligaba a informar sólo sobre los abusos extraordinarios, como desapariciones y tortura; "las declaraciones que se ocuparon de los abusos de las prácticas racistas 'normales' fueron excluidas"[56]. De hecho, Madeleine Fullard, exinvestigadora de la Comisión, ha señalado que "la CVR [Comisión de la Verdad y

53 Véase, sobre la historia de Sudáfrica, www.sahistory.org.za/article/trc-grade-12-south-african-history-online, consultado el 15 de julio del 2011.

54 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, n.º 34 de 1995 (Sudáfrica, Parlamento de la República de Sudáfrica, 19 de julio de 1995), www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf. Más información sobre cómo interpretó su mandato la Comisión puede verse en el sitio web de la institución, www.justice.gov.za/trc.

55 La segregación racial forzada, la creación de una fuerza de trabajo sin poder y principalmente migrante, la apropiación de tierras por parte de los blancos para destinarlas a actividades agrícolas y mineros y otros aspectos de la política del *apartheid* se llevaron a cabo por medio de mecanismos que comprendían leyes de paso, definían dónde se podía vivir y trabajar y obligaron a muchas personas a reubicarse en bantustanes o reservas. Mahmood Mamdani informa que las expulsiones forzadas y los programas de desurbanización habían conseguido que, "para 1990, la mitad de la población negra sudafricana viviera en bantustanes, que en conjunto representaban sólo el 14% de la tierra del país". Mahmood Mamdani, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism* (Princeton: Princeton University Press, 1996), 102.

56 Madeleine Fullard, *Dis-placing Race: The South African Truth and Reconciliation Commission (TRC) and Interpretations of Violence*, Race and Citizenship in Transition Series (Johannesburgo: Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2004), http://www.csvr.org.za/wits/papers/paprctp3.htm. Mi discusión sobre cómo la raza fue incorporada en las operaciones de la Comisión sudafricana tiene una deuda profunda con el brillante documento de Madeleine Fullard.

la Reconciliación] aparece brutalmente separada de las preocupaciones por la raza". Ello obedeció, parcialmente, a que la Comisión era parte de un proyecto de reconciliación, reunificación y reconstrucción en el que la raza tenía que desvanecerse en un contexto "en orden", como dice Fullard, "para 'imaginar' la nueva nación"[57]. Para el final de su mandato, la Comisión había reducido las víctimas del *apartheid* a los veintidós mil individuos que correspondieron a sus criterios. Como anota Fullard, algunos han considerado, en consecuencia, que "la CVR fue una expresión institucional de una 'narrativa maestra cerrada de la reconciliación nacional'"[58]. De manera irónica y trágica, los legados históricos de la ciudadanía racializada se habían oscurecido en una ciudadanía institucional cuyo mandato era proporcionar la rendición de cuentas de la racialización. Fiona Ross explica que la Comisión optó por una definición de *víctima* asombrosamente estrecha, pues "consideró su objeto en términos de lesiones", y no "la constitución histórica del sujeto en el *apartheid*"[59]. El "sujeto" que resulta de la definición de la Comisión es la víctima universal de lesiones corporales, tal como está constituida por la tradición dominante en el derecho internacional de los derechos humanos[60]. Dirigida la mirada institucional a la víctima universal de los derechos humanos, la raza se reduce a ser un telón de fondo histórico, y no es considerada un instrumento de los abusos. En última instancia, enfocarse en las víctimas de violencia extraordinaria y no en las víctimas de abusos y humillaciones diarios por motivos raciales, produce una narrativa acerca de una fuerza de seguridad abusiva, pero no una acerca del *apartheid* en sí.

Hasta ahora he considerado la definición de las víctimas adoptada por la Comisión. Un segundo componente del trabajo de la Comisión, que la condujo a elaborar una narrativa de reconciliación "posracial", fue su definición de los *perpetradores*. Su mandato incluyó disposiciones para una amnistía parcial y condicionada de la que se beneficiarían los perpetradores que confesaran crímenes "políticos". La Comisión definió como crímenes "políticos" las acciones violentas que se asociaran directamente con el apoyo o la oposición a la política del Estado. Así, si un hombre blanco en la Sudáfrica del *apartheid* asaltó y mutiló a un empleado negro, con la tranquilidad de saber que estaba protegido por un

57 *Ibid.*

58 *Ibid.* Fullard describe esta perspectiva como "uno de los hilos de la crítica académica nacional". Puede decirse, sin embargo, que con el paso del tiempo y con la consolidación de la reflexión crítica sobre la trayectoria de Comisión sudafricana esta perspectiva es más aceptada de lo que sugiere la descripción de Fullard.

59 Fiona C. Ross, *Bearing Witness: Women and The Truth and Reconciliation Commission in South Africa* (Londres: Pluto, 2002), 11.

60 *Ibid.*

sistema racista, este acto no sería clasificado por la Comisión como "político", sino como personal. Si el mismo empleado negro acudía a dar testimonio sobre este incidente, esto es, sobre los abusos normalizados de la vida bajo el *apartheid*, sería descalificado. Para ser escuchado por la Comisión, considerado víctima y tomado en cuenta como beneficiario de reparaciones tenía que informar sobre actos violentos que se hubieran llevado a cabo en apoyo o en oposición a la política del Estado; por ejemplo, haber sido atacado y mutilado por un policía cuando participaba en una protesta callejera. Sólo entonces hubiera podido ser considerado una víctima, y su agresor, un perpetrador.

Las audiencias de la Comisión y el informe final sí se ocuparon de la historia del *apartheid*, pero la cuestión no era central en su presencia pública ni en sus operaciones rutinarias[61]. La Comisión habló inequívocamente de la repugnancia moral del *apartheid*, pero, como los investigadores de la Comisión señalaron, "las cuestiones de la raza y el racismo están llamativamente ausentes del marco de interrogación de la Comisión de la Verdad, tanto en sus procesos como en sus productos"[62]. La Comisión nunca declaró explícitamente que la raza no fuera importante; más bien, por medio de las definiciones estipuladas en sus recepciones de declaraciones y en los protocolos de aplicación de amnistías, el asunto políticamente controversial de la raza fue mediado, gestionado y difundido. Estos mecanismos "neutrales" aseguraron que el foco se mantuviera en los abusos "extraordinarios" contra los derechos humanos, fuera del ámbito de las injusticias rutinarias del día a día del *apartheid*. Fue un marco administrativo que tuvo resonancia en la ansiedad de algunas élites políticas, en relación con la necesidad de mantener la paz racial después de la transición. Ciertamente, la Comisión es alabada por muchos que, considerando el corto plazo, le reconocen haber sofocado las tensiones raciales postransicionales y avanzado en la estabilización política[63]. Sin embargo, en la búsqueda de lo que Timothy Garton Ash llama "conocimiento utilizable", para engrasar las ruedas de la Comisión de la Verdad se sacrificó la rendición de cuentas histórica en lo concerniente al carácter racial del sistema del *apartheid*[64].

61 El informe final proporciona una descripción detallada de las operaciones de la Comisión, además de una historia detallada del *apartheid*. El informe se puede leer y descargar en el sitio web de la Comisión (http://www.justice.gov.za/trc/).

62 Fullard, *Dis-placing Race*, 8.

63 Vale la pena subrayar que la Comisión sudafricana fue establecida en virtud de una ley titulada Promotion of National Unity and Reconciliation Act.

64 Véase Timothy Garton Ash, prólogo a *Unspeakable Truths: Facing the Challenges of Truth Commissioners*, de Priscilla Hayner (Londres y Nueva York: Routledge, 2002), xii. El autor invoca el término *conocimiento utilizable* para describir los méritos del estudio de Hayner sobre la comisión de la verdad como modelo del pasado.

En su abstenerse de un ajuste de cuentas histórico más amplio y su opción por un enfoque rutinario y operacional la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica demuestra la orientación del campo de la justicia transicional en general. Una iniciativa reciente sobre "opciones estratégicas en el diseño de comisiones de la verdad" (en adelante, la iniciativa Opciones Estratégicas) proporciona un ejemplo de esta orientación. Opciones Estratégicas es un proyecto que apoya el establecimiento de comisiones de la verdad y con este fin condensa las estrategias de "cinco comisiones de la verdad claves" en los detalles de la arquitectura institucional de una comisión[65]. Ha creado un sitio web en el que se identifican los "factores de diseño" fundamentales que los arquitectos de las comisiones deben tener presentes, y también consolida las lecciones aprendidas a propósito de estos temas, con el objeto de ayudar a quienes afrontan la "difícil tarea" de "armar una comisión"[66]. De manera sorprendente, el desafío de enormes proporciones al que se hace referencia aquí no es la cuestión de cómo la comisión se enfrenta con la historia. De hecho, la narrativa histórica se entiende como un telón de fondo evidente en la puesta en práctica del mandato de la comisión de la verdad. Los autores enuncian el contexto histórico de cada una de estas comisiones en la forma de un resumen conciso, simplemente para "proporcionar algún contexto histórico"[67].

La iniciativa Opciones Estratégicas presenta el reto real que han de asumir los integrantes de la comisión como una larga lista de tareas "neutrales" y de preocupaciones procedimentales que pueden cimentar la experiencia institucional y favorecer la racionalidad administrativa en el funcionamiento de una comisión[68]. Por ejemplo, la iniciativa describe las mejores prácticas para organizar las audiencias públicas en que las víctimas dan testimonio: divulgación anticipada, entrega

65 Puede verse el sitio web de Opciones Estratégicas, www.truthcommission.org/about.php?Lang=en, consultado el 15 de julio del 2011. Se trata de una iniciativa conjunta del Programa sobre Negociaciones de la Facultad de Derecho de Harvard (http://www.pon.harvard.edu), Search for Common Ground (una organización no gubernamental, con sede en Washington, D. C., dedicada a la solución y prevención de conflictos internacionales) y el Centro Europeo de Common Ground, con sede en Bruselas (http://www.sfcg.org).

66 El proyecto se apoya en la idea de que "[a]rmar una comisión es una tarea de enormes proporciones que puede beneficiarse en gran medida de saber lo que se ha realizado en otros lugares, y, cuando existe una evaluación, de observar el impacto que esfuerzos anteriores han tenido", http://www.truthcommission.org/about.php?Lang=en.

67 *Ibid.*

68 En este caso, el campo de la justicia transicional puede alinearse con la ambición de construir la nación después de un conflicto. Como he observado con más detalle en otro texto, estas iniciativas a menudo afirman que combaten la inestabilidad y la erupción de la violencia por medio de la buena gobernanza. Es decir, se trata de una aproximación a la construcción de las instituciones de justicia por medio del análisis de "las mejores prácticas, buenos modelos de gestión y metodologías de implementación. Hay indicios de éxito que establecen puntos de referencia objetivos y metas". Nesiah, "Coming to Terms".

de servicios de traslado, determinación del grado de formalidad, previsión de apoyo psicológico, procedimientos de apoyo legal, ofrecer opciones aclaratorias para los testimonios a puerta cerrada, entre otras. Cada una de estas tareas es descrita en gráficos detallados y matrices, con referencia a las prácticas adoptadas por las cinco comisiones que son estudiadas en el portal.

Ahora bien, como he argumentado en relación con el caso sudafricano, la manera misma en que estas tareas sean administradas tendrá consecuencias enormes en la historia que narran las comisiones de la verdad. Como anoté, que se interprete la historia de los derechos humanos en Sudáfrica como un caso de violencia estructural basada en la raza, o bien como uno de violaciones masivas de derechos humanos universales, tiene consecuencias. Las maneras en que se dispongan las audiencias públicas pueden reflejar diferentes supuestos relacionados con la política del lenguaje y el silencio. Por ejemplo, como advierte Fiona Ross, con eslóganes como "revelar es curar" el discurso de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica sobre los testimonios que se prestaban en las audiencias públicas a menudo equiparó hablar con curar, y la sanación individual con un camino terapéutico hacia la reconciliación nacional[69]. Por otra parte, la Comisión difundió estas ecuaciones a nivel nacional valiéndose de los medios de comunicación, y así ponderaba la potencia curativa del acto de narrar la propia historia en un foro público. De hecho, Rosalind Shaw afirma que el discurso que vincula la memoria, el habla y la redención se ha naturalizado y universalizado en los procedimientos de las comisiones de la verdad debido, en parte, a la influencia del modelo sudafricano[70].

[69] Ross cita carteles dispuestos en las paredes de las salas de audiencias públicas de la Comisión sudafricana que llevaban consignas como "Revelar es curar". También anota que, en su informe final, la institución presentó los testimonios públicos "no sólo como procesos individuales de curación, sino como procesos de curación de la nación entera". Ross, *Bearing Witness*, 78-79.

[70] Shaw se ocupa de la Comisión de Sierra Leona, pero ofrece una genealogía global de la concepción de la función redentora de la memoria en el campo de la justicia transicional. La Comisión de Sudáfrica proporcionó "un modelo para la curación, la redención y el cierre". Rosalind Shaw, "Memory Frictions: Localizing the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone", *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 183-207. El compromiso de la Comisión de Sierra Leona con el público hizo eco de los compromisos de la comisión de Sudáfrica, según señaló Ross: "[…] afiches, folletos, parodias de radio y televisión y *jingles* como el mencionado antes tradujeron los objetivos de la CVR con relación a decir la verdad en la lengua franca de Sierra Leona, el krio, instando a los sobrevivientes y a los perpetradores a que 'vinieran a dejar volar su mente', para expresar sus pensamientos y sentimientos. 'Dejar volar su mente', de acuerdo con la CVR, no sólo les da voz a los sobrevivientes y aborda la impunidad de los autores, también transforma las subjetividades en tanto que crea un *kol at* ('un corazón fresco y asentado'), hace que la paz *sidon na Salone* (permanezca en Sierra Leona) y reconstruyen la nación. 'Nosotros y la comunidad internacional queremos darle un nuevo rostro a Sierra Leona […]', dijo el presidente de la Comisión, el obispo Joseph Humper". *Ibid.*, 184.

El informe final de la Comisión sudafricana incluye las estructuras de la injusticia racial en el contexto que constituye su *raison d'être*. Sin embargo, estas estructuras pasan a un segundo plano cuando la Comisión recoge los testimonios públicos en un cianotipo despolitizado de la "verdad" entendida como una catarsis facilitada por la institución. Por su parte, en vez de poner en un primer plano los aspectos políticos en juego en las diferentes tecnologías de la verdad que son catalizadas por las audiencias públicas, y las ideologías institucionales que los acompañan, la iniciativa Opciones Estratégicas se enfoca en los mecanismos con que se administran las audiencias públicas y contribuye a naturalizar algunas de las ideologías y prácticas que soportan la globalización del modelo de las comisiones de la verdad. Este estrecho enfoque en los mecanismos administrativos oscurece la cuestión de cómo otros tratamientos de las audiencias públicas pueden afianzar o desmitificar las ideologías que informan los relatos, y la cuestión de cómo un tratamiento determinado puede legitimar una postura en relación con la reparación y el cambio social y restarles legitimidad a otras.

En esta sección he intentado describir el giro operativo que ha tenido lugar en la justicia transicional e ilustrar la manera en que el campo define como su tarea la de asegurar que las instituciones transicionales funcionen efectivamente, es decir, que tengan mandatos claros y ajustados al derecho internacional, que su función esté acorde con las normas sobre el debido proceso, que adopten buenas prácticas, que estén adecuadamente coordinadas, que sean administradas de manera profesional y eficiente y así sucesivamente. Tal vez una de las mejores señales de este énfasis en lo "banal" consiste en que una de las iniciativas de política pública principales de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha sido la elaboración de una serie de informes sobre mecanismos de justicia transicional, mecanismos que han sido denominados "herramientas para situaciones de posconflicto". Se trata de directrices operacionales que identifican los asuntos técnicos en juego y precisan las mejores prácticas para establecer, implementar y coordinar dichos mecanismos. Neil Kritz, uno de los más destacados voceros de este campo, ha afirmado que este *énfasis* en la puesta a punto y en la coordinación de las estrategias institucionales ejemplifica la responsabilidad principal del campo de la justicia transicional[71]. Desde esta perspectiva, la forma sustantiva del trabajo histórico, la manera como

[71] Neil Kritz, "Where We Are and How We Got Here: An Overview of Developments in the Search for Justice and Reconciliation", en *The Legacy of Abuse: Confronting the Past, Facing the Future*, Alice Henkin, ed. (Nueva York: Aspen Institute, New York University School of Law, 2002), http://www.aspeninstitute.org/sites/default/files/content/docs/pubs/LEGACY_OF_ABUSE.PDF.

las instituciones de justicia transicional definen su brújula histórica, no está en discusión. Hay que concentrarse en la mecánica, en lo neutral, en los asuntos técnicos de instituciones pragmáticas. Sin embargo, según he argumentado, hay mucho en juego en las tecnologías operacionales cotidianas. Nociones particulares de *verdad*, *historia* y *justicia* pueden ser normalizadas y legitimadas, y otras marginalizadas y excluidas, simplemente por medio de las decisiones operativas de rutina. El tratamiento de estos asuntos como simples cuestiones técnicas puede oscurecer las apuestas ideológicas y distributivas de las decisiones administrativas, desincentivar la realización de un examen crítico y afianzar los enfoques más amigables para el *statu quo*.

## Conclusión

He sostenido que dos imperativos en tensión han condicionado las formas en que las instituciones de la justicia transicional se aproximan a lo histórico, a saber, la rendición de cuentas y el cierre. De hecho, en la mayoría de los casos estos dos imperativos operan como presiones simultáneas y enfrentadas sobre la trayectoria de la justicia transicional. Me parece que, a pesar de los repetidos llamados a la responsabilidad histórica, los procesos de justicia transicional a menudo se han inclinado a favorecer el cierre en detrimento de la rendición de cuentas. He destacado que las instituciones de justicia transicional en Chile y Sudáfrica pueden entenderse mejor en tanto que operaron como guardianes oficiales y privilegiaron algunas historias a la vez que ocultaron otras, en lugar de haber proporcionado un foro para una rendición nacional de cuentas y responsabilidades históricas.

Los casos de Chile y Sudáfrica han ilustrado dos posturas dominantes en el tratamiento de los crímenes históricos en la justicia transicional: el enfoque en los hombres monstruosos y el giro a los mecanismos institucionales, que a menudo han convertido aspectos sistémicos, como las estructuras económicas y raciales, en simples notas al pie de la historia, en lugar de sacarlos a la luz en su condición de habilitantes de los abusos contra los derechos humanos. El efecto de hacer de las banalidades operacionales, la técnica del diseño y las normas de la objetividad jurídica los remedios de la injusticia histórica no es diferente del efecto de hacer de individuos monstruosos la causa de esa injusticia: ambos movimientos distraen la atención de la violencia estructural. Sin embargo, como el campo de la justicia transicional se ha hace cada vez más importante en las políticas públicas sobre posconflictos y en el sistema internacional de los derechos humanos, las instituciones de justicia transicional han optado por apoyar

el *statu quo* en nombre de la estabilidad; por lo tanto, la dinámica que he descrito se consolida.

Por lo demás, en muchos contextos puede haber argumentos "nacionales" convincentes para facilitar el cierre histórico en un frágil ambiente de posconflicto. El cierre puede ayudar a consolidar el nuevo régimen y a estabilizar el gobierno. También puede favorecer un consenso moral y, de esta manera, beneficiar el tejido de la solidaridad social en un ambiente tenso[72]. Por ejemplo, poner el telescopio de las luchas de una nación en las víctimas y en los perpetradores, en una etapa de justicia transicional, es un recurso para quebrar un círculo vicioso de reclamos colectivos. El jurista sudafricano Richard Goldstone alaba la justicia transicional por decretar este cambio de la culpa colectiva por la responsabilidad individual. La individualización de la responsabilidad se considera parte de un proceso estratégico de olvido. Las instituciones de la justicia transicional tienen la tarea de llevar a cabo el acto delicado de reconocer a las víctimas a la vez que se construyen barricadas contra una historia cargada de tensión[73].

Tanto en Chile como en Sudáfrica, sin lugar a dudas, la justicia transicional ha logrado mucho. Ha proporcionado un registro de servicios de seguridad abusivos y de la estructura de mando que permitió y alentó respuestas horribles contra los críticos del régimen. A pesar de que el daño causado por estos abusos no se podía deshacer, por lo menos algunas de las víctimas han recibido algún tipo de reparación y reconocimiento; y, en algunos casos, los autores de esos abusos han sido enjuiciados. Estos no son logros de los cuales mofarse, hace veinte años nada de esto sucedía.

Por esta razón, incluso cuando el terreno no es "frágil", la comunidad de los derechos humanos, por lo general, ha apostado por el cierre histórico, con el fin de proporcionarle un camino a la redención nacional[74]. El caso citado en

72 Mark Osiel invoca la visión de Durkheim respecto al trabajo que puede realizar la justicia en el avance de la solidaridad social, pero su enfoque del disenso civil como el pegamento de esta solidaridad hace que el interés de Durkheim se centre en el consenso moral. Mark Osiel, "Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre", *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1995): 486-488.

73 Shoshana Felman dice que "necesitábamos juicios e informes sobre juicios para traer un cierre consciente del trauma de la guerra, para separarnos de las atrocidades y para restringir, demarcar y dibujar un límite alrededor del sufrimiento que parecía a la vez interminable e insoportable […]. El derecho distancia el Holocausto". Shoshanna Felman, "Theaters of Justice: Arendt in Jerusalem, the Eichmann Trial, and the Redefinition of Legal Meaning in the Wake of the Holocaust", *Theoretical Inquiries in Law* 1 (2000): 3.

74 T. S. Eliot capta este nexo entre la historia y la redención cuando afirma que "un pueblo sin historia / no se redime del tiempo, pues la historia es un orden de momentos sin tiempo". T. S. Eliot,

la introducción de este capítulo, el de la demanda presentada por la American Civil Liberties Union y Human Rights First contra Donald Rumsfeld, constituye también un ejemplo elocuente de esta dinámica. En el comunicado de prensa sobre la demanda, Michael Posner subrayó que no se trataba de un caso contra estadounidenses comunes, sino exclusivamente contra Rumsfeld.

Afirmó que esta demanda estaba "desafiando las fallas de política y de liderazgo que son responsabilidad del propio secretario Rumsfeld", y era iniciada en el nombre de la "defensa de los valores estadounidenses ante un tribunal"[75]. Condenando a Rumsfeld, el caso buscaba absolver y redimir al resto de nosotros[76]. En particular, el propio sistema considerará los abusos contra prisioneros en un contexto de guerra como fenómenos excepcionales, y no como manifestaciones de patriotismo. Rumsfeld era una "manzana podrida", pero "el sistema es más grande y mejor que él". Irónicamente, esta fue la manera en que Rumsfeld describió los abusos de Abu Ghraíb en su testimonio ante el Senado: dijo que estos eran una excepción "antiestadounidense" y que el sistema de Estados Unidos era más grande y mejor.

Sin embargo, como he argumentado, el proyecto de condenar la "excepción" y salvar el sistema no está exento de costos[77]. Cuando los mecanismos de la justicia transicional han preferido el cierre antes que enfrentar las causas profundas

---

"Little Gidding", en *Four Quartets* (Londres: Faber and Faber, 1983), 48. Mis agradecimientos a Chris Engert por esta cita.

75 Véase Posner, en www.humanrightsfirst.org/us_law/etn/lawsuit/statements/lit-posner-030105.aspx; también, www.humanrightsfirst.org/us_law/etn/lawsuit/index.aspx. Igualmente, Philippe Sands, *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008).

76 Curiosamente, Rumsfeld fue absuelto jurídicamente con base en el argumento de que desempeñaba sus funciones de gobierno y no podía ser considerado responsable por acciones emprendidas en ese rol. En el 2007 el juez de distrito Thomas F. Hogan dictaminó que Rumsfeld no podía ser considerado personalmente responsable, y este dictamen fue confirmado cuando en el 2011 la American Civil Liberties Union hizo un intento infructuoso de revivir el caso.

77 Una postura alternativa puede encontrarse en el estudio de James Young sobre los monumentos del Holocausto y las posibilidades de una orientación no redentora. James E. Young, *At Memory's Edge: After-Images of the Holocaust in Contemporary Art and Architecture* (New Haven: Yale University Press, 2000). Se refiere, por ejemplo, a la construcción del monumento de Berlín —una tarea que se retrasó muchos años por mor de un interminable debate sobre las propuestas en concurso— para afirmar que la introspección colectiva que encendió en Berlín fue más valiosa que cualquier monumento aprobado al final de la discusión: "[…] si el objetivo es recordar a perpetuidad que en esta gran nación una vez fueron asesinados cerca de seis millones de seres humanos solamente por haber sido judíos, entonces el momento debe permanecer incompleto y sin construir, un inacabado proceso de monumento" (178). En el mismo sentido, José Álvarez argumenta que, más que cerrar el capítulo del pasado, los juicios penales internacionales, como el del juzgamiento de crímenes de guerra por parte del Tribunal de Yugoslavia, deben dirigirse a estimular un diálogo constructivo en torno a los asuntos más debatidos en los juicios". José Álvarez, "Rush to Closure: Lessons of the Tadić Judgment", *Michigan Law Review* 96 (1998): 2031-2112. Como anota Álvarez, esto resulta más cercano al modelo de "disenso civil" por el que aboga Osiel, "Ever Again".

del conflicto, las estructuras históricas que produjeron y dieron forma a los patrones específicos de las violaciones de derechos humanos se desvanecen, pero quedan en el fondo. En la gestión y la limitación del potencial transformador de las instituciones de la justicia transicional, el objetivo de asegurar la redención nacional ha triunfado sobre la interrogación crítica de los mitos nacionales más apreciados.

En las instituciones transicionales los parámetros que determinan la historia pueden también reflejar la tensión entre un marco nacional o internacional y otro marco más amplio, como el de los imperativos de gobierno en el orden mundial posterior a la Guerra Fría. En otras palabras, puede haber una tensión entre los asuntos que una nación necesita lidiar en el trato con su pasado y el tratamiento de las transiciones que es requerido por los intereses de la comunidad internacional para legitimar una narrativa sobre el progreso mundial. El enfoque que ha preparado el terreno para los imperativos de la gobernanza global en las últimas dos décadas implica la construcción de Estado por medio de la diseminación de la ética y del conocimiento especializado de los derechos humanos[78]. Esta dinámica no es necesariamente un rechazo de la historia, sino un marco de tiempo histórico determinado por parámetros particulares. Marti Koskenniemi sugiere, por ejemplo, que los tribunales internacionales le permiten a la comunidad internacional "contemplar su pasado y dar un significado moral a desastres como Ruanda o Srebrenica como un pasado rechazado y la promesa de un futuro radiante"[79]. Es una teoría de la transición que tiene especial fuerza en una época en que muchas instituciones internacionales le dan prioridad a la construcción de Estado[80]. Esta prioridad puede divergir de las de los activistas nacionales; como el activista político de Alemania Oriental Bärbel Bohley señala: "Esperábamos justicia y obtuvimos el Estado de derecho"[81]. Ahora bien, con la construcción de Estado como asunto dominante en la agenda de los derechos humanos, los casos calificados como estados fallidos

78 Esto no quiere decir que la tendencia al "cierre" sea básicamente de carácter internacional; como hemos discutido en los casos de Chile y Sudáfrica, las instituciones transicionales fueron también moldeadas por presiones nacionales poderosas que propendían por el cierre político, como la presión en favor del mantenimiento y la reproducción del *statu quo* socioeconómico.

79 Martti Koskenniemi, "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 34.

80 Es un enfoque que reclama ser tecnocrático, políticamente neutral y prudente, en un contexto en que la búsqueda de un compromiso internacional "imparcial" obsesiona al mundo de los derechos humanos y de la acción humanitaria. Thomas Weiss, "Principles, Politics, and Humanitarian Action", *Ethics and International Affairs* 13 (1999): 1.

81 Barbel es citado en A. James McAdams, "The Honecker Trial: The East German Past and the German Future" (documento de trabajo n.º 216, Kellogg Institute for International Studies, 1996), http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/wps/216.pdf, consultado el 13 de julio del 2011.

emergen como objetivos, y los actores internacionales emergen como agentes principales[82]. De este modo, incluso los "logros" de los más aclamados juicios —como el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que encontró culpable de genocidio a Jean-Paul Akayesu— pueden entenderse mejor en el marco de la jurisprudencia internacional que en el marco del desarrollo político nacional[83]. Koskenniemi anota, con relación a la persecución de crímenes emprendida por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que "[a] menudo parece que la memoria para la cual el juicio en La Haya es puesto en escena no es la memoria de la población de los Balcanes, sino la de una 'comunidad internacional' que relata su pasado como una narrativa de progreso desde 'Núremberg a La Haya', desde la impunidad al Estado de derecho"[84].

La justicia transicional demostró ser un ancla de gran alcance para las agendas que están al timón del orden global posterior a la Guerra Fría, debido a un logro de dos puntas: la lógica dual de la banalidad y la monstruosidad y el avance de los procesos de cierre en diferentes contextos. Por un lado, la agenda institucional para la construcción de Estado, propia del campo de la justicia transicional, en el que intervienen tribunales, comisiones y la noción de Estado de derecho, ha proporcionado una base para el compromiso internacional que ha podido presentarse como tecnocrática y neutral en términos políticos. Por otro lado, la agenda normativa que guía el enjuiciamiento de los perpetradores monstruosos en nombre de la justicia para las víctimas prometió que ese compromiso redimiría y revitalizaría la promesa de una gobernanza global y de una comunidad transnacional. Así, aunque el campo de la justicia transicional ha sido conformado por diversos intereses y circunstancias, locales y globales, se ha cohesionado con un proyecto que acaba por ser compatible, e incluso complementario, con las estructuras dominantes y las dinámicas de la gobernanza global. Cierre en todos los frentes.

82 La noción de *estados fallidos* ha proporcionado el anclaje y el razonamiento normativos que apoyan la intervención en estos contextos. Francis Fukuyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century* (Ithaca: Cornell University Press, 2004). A menudo, estos enfoques se han construido sobre e introducido en las nuevas lógicas imperiales representadas por las políticas de "promoción de la democracia" de la administración de George W. Bush y por los argumentos civilizatorios de Huntington. Véase Samuel Huntington, *Clash of Civilizations* (Nueva York: Simon and Schuster, 1996). Países como Liberia, Sierra Leona o la República Democrática del Congo son considerados casos de estados fallidos, que constituyen una ideologizada *terra nulles* reivindicada por un paquete universal de posconflicto. Nesiah, "The Specter of Violence". Véase también Ruth Gordon, "Saving Failed States: Sometimes a Neocolonial Notion", *American University Journal of International Law and Policy* 12 (1997): 903.

83 Caso ICTR-96-4-T, Prosecutor vs. Akayesu, 2 de septiembre de 1998, www.ictr.org/english/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm.

84 Koskenniemi, "Between Impunity and Show Trials".

## Referencias

Álvarez, José. "Rush to Closure: Lessons of the Tadić Judgment". *Michigan Law Review* 96 (1998): 2031-2112.

Arendt, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Londres y Nueva York: Penguin, 1994.

Ash, Timothy Garton. Prólogo a *Unkspeakable Truths: Facing the Challenges of Truth Commissioners*, de Priscilla Hayner. Londres y Nueva York: Routledge, 2002.

Barkan, Elazar. *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Nueva York: Norton, 2000.

Bhorat, Haroon, Carlene Van der Westhuizen y Toughedah Jacobs. "Income and Non-Income Inequality in Post-Apartheid South Africa: What are the Drivers and Possible Policy Interventions?". Documento de trabajo n.º 09/138, Unidad de Investigación sobre Políticas de Desarrollo, Universidad de Capetown, 31 de agosto del 2009. http://www.population.gov.za/pop_dev/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=51&Itemid=190.

Boraine, Alex. "Transitional Justice as an Emerging Field". Documento presentado en el simposio Repairing the Past: Reparations and Transitions to Democracy, Ottawa, 11 de marzo del 2004.

Chaffee, Wilber A. "*Radical Evil on Trial* (review)". *Hispanic American Historical Review* 80 (2000): 217-218.

Collins, Cath. *Prosecuting Pinochet: Late Accountability in Chile and the Role of the 'Pinochet Case'*. Documento de trabajo n.º 5, Project on Human Rights, Global Justice and Democracy, George Mason University, primavera del 2009.

Crocker, David A. "Reckoning with Past Wrongs: A Normative Framework". *Ethics and International Affairs* 13 (1999): 43-64.

Edwards, Sebastián y Alejandra Cox Edwards. *Economic Reforms and Labor Markets: Policy Issues and Lessons from Chile*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series 7646. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2000.

Eliot, T. S. "Little Gidding". En *Four Quartets*. Londres: Faber and Faber, 1983.

Felman, Shoshanna. "Theaters of Justice: Arendt in Jerusalem, the Eichmann Trial, and the Redefinition of Legal Meaning in the Wake of the Holocaust". *Theoretical Inquiries in Law* 1 (2000).

Fukuyama, Francis. *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*. Ithaca: Cornell University Press, 2004.

Fullard, Madeleine. *Dis-placing Race: the South African Truth and Reconciliation Commission (TRC) and Interpretations of Violence*. Race and Citizenship in Transition Series. Johannesburgo: Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2004.

Gordon, Ruth. "Saving Failed States: Sometimes a Neocolonial Notion". *American University Journal of International Law and Policy* 12 (1997): 903.

Green, Duncan. *Silent Revolution: The Rise of Markets and Economics in Latin America*. 2.ª ed. Nueva York: Monthly Review, 2003.

Gunder Frank, Andre. *Economic Genocide in Chile: Monetarism versus Humanity*. Nottingham: Spokesman, 1976.

Halley, Janet, Prabha Kotiswaran, Hila Shamir y Chantal Thomas. "From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work and Sex Trafficking". *Harvard Journal of Law and Gender* 29 (2006).

Hayner, Priscilla. *Unspeakable Truths: Facing the Challenges of Truth Commissioners*. Londres y Nueva York: Routledge, 2002.

Human Rights Watch, *Haiti's Rendezvous with History: The Case of Jean-Claude Duvalier*. Human Rights Watch, 2011. http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/haiti0411Web.pdf.

Human Rights Watch. *The Pinochet Case - A Wake-up Call to Tyrants and Victims Alike*. http://www.hrw.org/legacy/campaigns/chile98/precedent.htm.

Huntington, Samuel. *Clash of Civilizations*. Nueva York: Simon and Schuster, 1996.

International Center for Transitional Justice y Kontras. "Derailed: Transitional Justice in Indonesia Since the Fall of Soeharto". Abril 7 del 2011. http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Kontras-Indonesia-Derailed-Summary-2011-English.pdf.

Kennedy, David. "Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance". *Sydney Law Review* 27 (2005).

Koskenniemi, Martti. "Between Impunity and Show Trials". *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002): 1-35.

Kritz, Neil. "Where We Are and How We Got Here: An Overview of Developments in the Search for Justice and Reconciliation". En *The Legacy of Abuse: Confronting the Past, Facing the Future*, editado por Alice Henkin. Nueva York: Aspen Institute, New York University School of Law, 2002.

Kritz, Neil. "War Crimes and Truth Commissions: Some Thoughts on Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights". Documento presentado en la USAID Conference Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-conflict Societies, 30 y 31 de octubre de 1997. http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACD090.pdf. consultado el 15 de julio del 2011.

Lutz, Ellen y Caitlin Reiger, "Introduction". En *Prosecuting Heads of State*, editado por Ellen Lutz y Caitlin Reiger. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink. "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America". *Chicago Journal of International Law* 2 (2001): 1-33.

Mamdani, Mahmood. *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

McAdams, A. James. "The Honecker Trial: The East German Past and the German Future". Documento de trabajo n.º 216, Kellogg Institute for International Studies, 1996.

Nesiah, Vasuki. "Coming to Terms with Irreconcilable Truths". En *Roads to Reconciliation*, editado por Elin Skaar, Siri Gloppen y Astri Suhrke. Lanham: Lexington, 2004.

Nesiah, Vasuki. "The Specter of Violence that Haunts the UDHR: The Turn to Ethics and Expertise". *Maryland Journal of International Law* 24 (2009).

Nino, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press, 1998.

Oppenheim, Lois Hecht. *Politics in Chile: Socialism, Authoritarianism, and Market Democracy*. Boulder: Westview, 2007.

Orentlicher, Diane F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime". *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537.

Osiel, Mark. "Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre". *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1995): 463-704.

Pérez-Bustillo, Camilo. "Poverty as a Violation of Human Rights: the Pinochet Case and the Emergence of a New Paradigm". En *Law and Poverty: The Legal System and Poverty Reduction*, editado por Lucy Williams, Asbjorn Kjonstad y Peter Robson. Londres y Nueva York: Zed, 2003.

Remmer, Karen L. "Neopatrimonialism: The Politics of Military Rule in Chile, 1973-1987". *Comparative Politics* 21 (1989): 149-170.

Roht-Arriaza, Naomi. *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005.

Ross, Fiona C. *Bearing Witness: Women and the Truth and Reconciliation Commission in South Africa*. Londres: Pluto, 2002.

Sands, Philippe. *Torture Team: Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.

Shaw, Rosalind. "Memory Frictions: Localizing the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone". *The International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 183-207.

Weiss, Thomas. "Principles, Politics, and Humanitarian Action". *Ethics and International Affairs* 13 (1999).

Young, James E. *At Memory's Edge: After-Images of the Holocaust in Contemporary Art and Architecture*. New Haven: Yale University Press, 2000.

# EFECTOS DE LA INVISIBILIDAD: EN BÚSQUEDA DE LO "ECONÓMICO" EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL*

Zinaida MILLER**

Las décadas recientes han traído no sólo cambios dramáticos en los acuerdos políticos y económicos globales y nacionales, sino también un conjunto de mecanismos que reclaman la capacidad de ayudar a los estados a hacer el salto de un régimen a otro: los instrumentos de la justicia transicional. Los mecanismos de la justicia transicional, que son a la vez herramientas prácticas y parte de un proyecto discursivo, simultáneamente construyen y son construidos por nuevos regímenes como consecuencia de un cambio social significativo. Juicios, comisiones de la verdad y otras "herramientas" transicionales son utilizadas explícitamente para hacer cumplir las normas de un nuevo Estado liberal —el Estado de derecho, la derrota de la impunidad, el fortalecimiento de las instituciones democráticas— y para recordar un pasado violento, al servicio de la creación de un futuro pacífico.

La justicia transicional, en tanto literatura y en tanto práctica, ofrece algo más que un conjunto de instrumentos neutrales para el cumplimiento de los objetivos de justicia, verdad y reconciliación. Sirve también para narrar el conflicto y la paz, la voz y el silencio, la violencia estructural tolerable y la atrocidad física intolerable. En última instancia, la justicia transicional es un proyecto de definición que explica quién ha sido silenciado cuando precisa quién puede hablar ahora, que describe la violencia pasada cuando decide qué será castigado y quiénes lo serán y que radicalmente diferencia un nuevo régimen con respecto a las acciones que fueron realizadas por sus predecesores. A pesar de su pretensión de exponer, revelar y conmemorar, el proyecto de la justicia transicional puede al mismo tiempo perpetuar la invisibilidad y el silencio. La literatura, las instituciones y la empresa internacional de la justicia transicional históricamente

* Les agradezco a Erik Doxtader, Daphna Golan-Agnon, David Kennedy, Vishaal Kishore, Martin Miller, Ylana Miller, Martha Minow y Peter Uvin sus brillantes ideas y sus útiles comentarios sobre este artículo. Les agradezco también a quienes participaron en los talleres en Brown University y en la Hebrew University y a los evaluadores anónimos del *International Journal of Transitional Justice* sus excelentes sugerencias. (Este texto fue publicado originalmente en *The International Journal of Transitional Justice* 2 [2008]: 266-291.)

** Candidata a doctora en Relaciones Internacionales en Fletcher School of Diplomacy, Tufts University. Se ocupa de temas relacionados con la justicia transicional; en particular, de cómo la justicia transicional ha fracasado de manera sistemática en la solución de problemáticas como la desigualdad y la violencia estructural.

han fallado en reconocer toda la importancia de la violencia estructural[1], la desigualdad y la (re)distribución económica en los conflictos, en su resolución, en la transición misma y en los procesos de búsqueda de la verdad, de la justicia y de la reconciliación.

Tres áreas de interés económico en las sociedades "en transición" o en posconflicto deben examinarse desde una perspectiva semicronológica: (1) las raíces económicas y las consecuencias del conflicto que las instituciones de la justicia transicional buscan narrar, enjuiciar y superar; (2) la liberalización económica que acompaña la transición política en muchos contextos transicionales, que a menudo constituye una falta de significativa redistribución de recursos en el Estado en posconflicto; y (3) los planes de desarrollo del nuevo gobierno para el futuro. Históricamente, a ninguno de estos asuntos se les ha dado la atención adecuada en las instituciones y en la literatura de la justicia transicional, aunque cada uno ha sido abordado tangencialmente en ciertos contextos y por ciertos académicos.

La razón puede ser que ninguno de ellos aparece evidentemente relacionado con la justicia transicional. Un argumento puede sugerir que cada categoría está, en cierto sentido, más allá del mandato literal o del aparato conceptual del campo, y que darles cabida en ellos a asuntos como la represión económica pasada, un presente sin distribución o una futura incapacidad para superar la antigua desigualdad nacional implicaría diluir los propósitos y los posibles logros de las instituciones de la justicia transicional. Sin duda, para los instrumentos de transición es imposible hacerles frente, a un tiempo, al enjuiciamiento y a la conmemoración de atrocidades masivas y a los complicados asuntos de la redistribución de la riqueza o de la creación de planes de desarrollo para la nueva administración. Implícita en este argumento, sin embargo, se encuentra la suposición de que los instrumentos de transición, y la inclusión o exclusión de consideraciones económicas en ellos, no tienen efectos prácticos sobre las cuestiones de la desigualdad, la redistribución y el desarrollo. Si bien esta línea de argumentación puede no ir hasta el punto de asumir mecanismos de justicia apolíticos —aunque el aumento

[1] Johan Galtung, "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research* 6, n.º 3, (1969): 167-191. Aunque algunos académicos han afirmado que el término *violencia estructural* puede ser tan amplio que resulte conceptual y empíricamente indeterminado —por ejemplo, Roland Paris, *At War's End: Building Peace After Civil Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004)—, su relevancia en este caso se deriva de su capacidad para atraer "nuestra atención a los cambios de vida desiguales, usualmente generados por una gran desigualdad, injusticia, discriminación, exclusión e innecesarias limitaciones físicas, sociales y psicológicas del bienestar de las personas". Peter Uvin, *Aiding Violence: The Development Enterprise in Rwanda* (West Hartford: Kumarian Press, 1998), 105.

del legalismo de la justicia transicional puede traer consigo la asunción de instituciones tecnocráticas neutras—, hace caso omiso de los efectos distributivos de los propios instrumentos. Al efectuarse una separación entre la esfera de lo económico y la de la justicia y prohibirse la discusión de lo primero en la segunda, se revela una política particular practicada en la constitución del nuevo Estado postransicional.

En un esfuerzo por entender mejor la exclusión histórica de las cuestiones económicas del campo, así como por conocer los costos de la omisión, este artículo describe algunos métodos por los cuales la atención a la dimensión económica del conflicto y la transición ha sido suprimida, y ofrece una lista de algunos de los intereses en juego. Al hacerlo, busca combinar una crítica conceptual con ejemplos institucionales concretos, en un esfuerzo por resaltar la relación entre teoría y práctica dentro del campo y de anclar sus pretensiones teóricas en ejemplos particulares. La primera parte del artículo describe brevemente las iteraciones cronológicas y regionales de la justicia transicional, teniendo en cuenta su naturaleza de empresa global. La segunda parte examina la construcción de la invisibilidad de las cuestiones económicas en la literatura y en las instituciones. La tercera parte esboza los posibles costos de esta invisibilidad.

Los mecanismos de la justicia transicional definen cuestiones claves relacionadas con el pasado que deben resolverse. Dejándoles el desarrollo económico y los problemas de la distribución de los recursos y la desigualdad en materia de poder o de riqueza a tribunales independientes o al control ejecutivo, la justicia transicional implícitamente le dice a la sociedad que el desarrollo y el conflicto pueden estar separados de una manera justa, y que la propia desigualdad no debe ser enjuiciada o amnistiada. En un sentido, esta postura, simplemente, puede hacer eco de las limitaciones del discurso general de los derechos humanos, en el que las cuestiones relacionadas con los derechos socioeconómicos son consistentemente subestimadas, mientras las que atañen a los derechos civiles y políticos son enfatizadas, y en el que la redistribución se encuentra generalmente en un segundo plano, en aras de castigar delitos definidos en función de la responsabilidad individual.

Los efectos no se reducen a una simple repetición de los problemas de los derechos humanos. Está arraigada la interpretación del conflicto y de la transición como historias de violencia física y de cambio político y legal, y no como relatos de la liberalización económica o de la violencia estructural. El mandato de una comisión o la lista de crímenes a ser juzgados en una corte implican que, en cierto grado, la decisión sobre qué historia contar está predeterminada, como

lo está la forma de abordar el conflicto (y de resolverlo). Aunque un gobierno pueda perseguir por separado opciones de desarrollo, la redistribución de la tierra u otros planes de cambio económico, el argumento es que el divorcio de estas estrategias y de los mecanismos de la justicia transicional permite que se forme el mito de que los orígenes del conflicto son políticos o étnicos, más que económicos o basados en recursos. Sugiere que la desigualdad es un asunto de tiempo o de desarrollo, y no una consecuencia de la ideología arraigada de las élites; y también que la necesidad de conmemorar el pasado no requiere la narración de la opresión económica anterior.

## I. La justicia transicional: una empresa global

Con el fin de comprender la literatura sobre la justicia transicional, debemos primero preguntarnos por la terminología utilizada para definir el campo difuso que describe. La noción de justicia transicional está unida alternativamente a la definición de períodos de transición y a una lista común de instituciones. Como sostiene Chandra Sriram, "[e]l estudio y la práctica de la justicia transicional analizan las elecciones políticas hechas por regímenes que salen de un conflicto armado y/o un régimen autoritario en materia de rendición de cuentas por los abusos del pasado, la estabilidad, la reforma y la democratización"[2].

Los académicos han definido y clasificado el campo de la justicia transicional en tres formas principales: (1) por referencia a sus herramientas, instrumentos e instituciones[3]; (2) por referencia a la valoración cronológica, bien sea del desarrollo institucional o de la escolaridad en el campo[4]; y (3) mediante la aclaración de las versiones de un cambio de régimen que conducen a la entrada en vigor de la justicia transicional[5].

En el nivel operativo, la justicia transicional ha llegado a ser asociada con una serie de iniciativas institucionales para investigar o hacerle frente a la caída de un régimen y al ascenso del siguiente, es decir, juicios internacionales o nacionales, comisiones y otros mecanismos de búsqueda de la verdad, reparación y

2 Chandra Lekha Sriram, "Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges", *Berkeley Journal of International Law* 23, n.º 2 (2005): 506.

3 Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Nueva York: Oxford University Press, 2002); Aeyal M. Gross, "The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel", *Stanford Journal of International Law* 40, n.º 1 (2004): 47-104.

4 Véase, por ejemplo, Bronwyn Anne Leebaw, "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly* 30, n.º 1 (2008): 95-118.

5 *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (Nueva York: Cambridge University Press, 2004).

depuraciones o purgas administrativas[6]. Algunos académicos incluyen entre los esfuerzos jurídicos transicionales la elaboración de una constitución en una nueva democracia; otros añaden la práctica relativamente reciente del litigio transnacional[7]. En ciertas áreas, han sido empleadas la justicia "local" o herramientas de reconciliación locales, como los tribunales populares *gacaca*, en Ruanda, y el ritual tradicional denominado Mato Oput, en el norte de Uganda. En un creciente número de casos, diferentes mecanismos se utilizan en tándem. Debido a que las reparaciones están por lo general vinculadas a alguno de los mecanismos descritos, ya sea por orden de una corte o por recomendación de una comisión, se discutirán en detalle, más abajo, como herramientas implementadas por las instituciones para hacerles frente a los factores económicos del conflicto.

Otra manera en que la literatura trata el objeto de la justicia transicional es la descripción cronológica del desarrollo institucional y/o académico del campo. La mayor parte de la literatura ubica el inicio de la justicia transicional —y muchas veces el comienzo del movimiento en favor de los derechos humanos— en la segunda posguerra, con el establecimiento de los tribunales militares de Núremberg y Tokio[8]. Ruti Teitel ofrece un esquema útil de tres fases para entender la evolución histórica de la justicia transicional en la práctica: una primera fase a partir de 1945; una segunda fase en el último cuarto del siglo XX, cuando la Unión Soviética se derrumbó y América Latina y Europa del Este experimentaron cambios extraordinarios en los acuerdos políticos y económicos; y una tercera fase contemporánea, en la que la justicia transicional "pasa de la excepción a la norma"[9].

En la gran mayoría de los casos, la transición se produce en conjunción con un proyecto de liberalización económica y/o política[10]. Como una pintura viva, la

6 Véase, por ejemplo, Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions* (Nueva York: Routledge, 2001); Teitel, *Transitional Justice*; Gary Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals* (Princeton: Princeton University Press, 2000); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Atrocity* (Boston: Beacon, 1998); Neil Kritz, ed., *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vols. 1-3 (Washington, D. C.: United States Institute of Peace, 1995); Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (Nueva Jersey: Transaction, 1999).

7 Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transitional Justice in the Age of Human Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005).

8 Apartándose de esta estructura, tanto Jon Elster como Gary Bass sitúan la justicia transicional en un marco histórico más amplio. Elster, *Closing the Books*; Bass, *Stay the Hand of Vengeance*.

9 Ruti Teitel, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 71-72.

10 Algunos autores deliberadamente han definido la justicia transicional de una manera que podría eliminar la asociación con la liberalización. Véase, por ejemplo, Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena, eds., *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006). Sin embargo, el marco general del discurso de los derechos humanos, la presión para establecer el Estado de derecho y la frecuente transición a un mercado

justicia transicional describe "un universo de opciones para la transformación de una sociedad que parte de una máquina de matar y se dirige a un gobierno humano que abraza firmemente el Estado de derecho"[11]. Por lo tanto, el modo de la transición, la forma de los nuevos y viejos regímenes y la relativa persistencia del poder del gobierno pasado en gran medida influyen en la formulación de las instituciones de la justicia transicional. Ninguno de estos factores, sin embargo, socava la concepción general de la transición en sí misma, que conserva su centralidad en tanto define la necesidad de este tipo de mecanismos. La confianza en la "transición", entendida como un momento de discontinuidad y ruptura, generalmente significa que los parámetros cronológicos de pasado, presente y futuro son establecidos por las propias instituciones de transición. La violencia física de un tipo en particular, o la supresión de la expresión en una forma específica se convierten en la marca del antiguo régimen, y su final se convierte en la definición del nuevo régimen. La elección de un mecanismo, por lo tanto, importa menos en este contexto que el acuerdo entre las instituciones en la definición de qué ha habido antes y qué vendrá después de que el mecanismo termine su trabajo, término que marca el final de la transición.

Teitel sostiene que la tercera fase —el momento actual— se caracteriza por la "expansión y normalización de la justicia transicional"[12]. Del mismo modo, Kieran McEvoy anota que la justicia transicional se ha vuelto "normal, institucionalizada y dominante"[13]. La creación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en 1993 y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en 1995, así como la ratificación del Estatuto de Roma, que inauguró la Corte Penal Internacional (CPI) de La Haya, han afianzado los mecanismos de la justicia transicional como respuestas esperadas a la violencia global en curso.

Como ha señalado Rosemary Nagy, la justicia transicional contemporánea se ha convertido en un "proyecto global" en el que la pregunta "no es si algo debe

económico acompañado de transición política hacen que sea difícil de probar la separación entre justicia transicional y liberalismo. Ruanda desafía en cierta manera la vinculación con la liberalización. Este país representa uno de los ejemplos más dramáticos de ruptura y transición, como quiera que su caso comprende tanto guerra civil como genocidio, y que termina con un completo derrocamiento de un régimen por otro. Sin embargo, hoy, la mayoría de los observadores no considera el actual gobierno ni liberal ni democrático. Véase Front Line Rwanda, *Front Line Rwanda: Disappearances, Arrests, Threats, Intimidation, Co-option of Human Rights Defenders, 2001-2004* (Dublín: Front Line, 2005). También, Amnesty International, *World Report: Rwanda* (Londres: Amnesty International, 2006).

11 David J. Scheffer, "The Tool Box, Past and Present, of Justice and Reconciliation for Atrocities", *American Journal of International Law* 95, n.º 4 (2001) 970.

12 Teitel, "Transitional Justice Genealogy": 89.

13 Kieran McEvoy, "Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice", *Journal of Law and Society* 34, n.º 4 (2007): 412.

hacerse después de la atrocidad, sino la forma como debe hacerse"[14]. La justicia transicional opera a través de las acciones de una serie de grupos: los responsables de políticas públicas que planean e implementan las instituciones; grupos de víctimas definidos por comisiones o por tribunales; la ciudadanía en general, implicada, pero no nombrada, en un informe final o una decisión judicial; los académicos que escriben la literatura sobre contextos específicos de países o de fenómenos en general; y los practicantes que trabajan para organizaciones no gubernamentales que prestan asesoría sobre las posibles formas de la transición. Aunque pueda ser difícil rastrear la influencia precisa de un área sobre otra, los comentarios de la literatura y las descripciones de los procesos de formación pueden revelar el grado en que un área influye en la transición de otra. La consistencia de la terminología empleada en una amplia diversidad de contextos de posconflicto revela la existencia de un fenómeno global, cuya exportación e importación de un país o región a otro u otra durante las últimas décadas parecen haber sido exitosas. La intención de revelar una ceguera en el campo brota de la naturaleza global de la empresa misma. El movimiento de ideas y modos referentes a la transición refleja no sólo una serie de "lecciones aprendidas", sino también, potencialmente, la transferencia de preocupaciones ideológicas que sustentan el discurso aparentemente neutral del proyecto.

Naomi Roht-Arriaza localiza la expansión de la justicia transicional que describe Teitel dentro de un movimiento más amplio en favor de la creación de instituciones en el siglo xx. Argumenta que las "nuevas instituciones de la justicia global" se equilibran y complementan por el "enfoque de creación de redes, con un […] grupo de tribunales nacionales existentes y redes de abogados y organizaciones nacionales e internacionales"[15]. La literatura y la práctica han proliferado en los últimos veinte años. El establecimiento del Centro Internacional para la Justicia Transicional en el 2001, la publicación de textos clave sobre el tema[16] y el interés creciente entre estudiantes de derecho y otros en la práctica y el estudio de este campo relativamente nuevo indican que hay un enfoque novedoso en la justicia transicional. Nagy utiliza el término "proyecto global" para describir el campo,

> Con el fin de capturar el paisaje tridimensional de la justicia transicional (local, nacional, global) y ubicarlo dentro de un proceso más amplio de globalización.

14 Rosemary Nagy, "Transitional Justice as Global Project: Critical Reflections", *Third World Quarterly* 29, n.º 2 (2008): 276.
15 Roht-Arriaza y Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, 202.
16 Por ejemplo, véase Kritz, *Transitional Justice.*

> Se trata de un "proyecto" en virtud de un consenso bastante asentado […] de que no puede haber paz duradera sin alguna clase de rendición de cuentas y de que la verdad y la justicia son enfoques complementarios para lidiar con el pasado[17].

Aunque se necesitan más estudios para identificar plenamente y analizar el movimiento de ideas y modelos de un país o región a otro u otra, no se puede dejar de señalar el creciente carácter trasnacional y global del campo.

El rico intercambio de ideas entre las élites o entre las partes que han participado en anteriores instituciones de justicia transicional podría reflejar impresiones inexactas, en función de su interés de promocionar una historia exitosa de su propio trabajo. Hasta cierto punto, ello puede ser una consecuencia inevitable de la necesidad de orientación entre quienes han pasado por experiencias similares de transición. También significa, sin embargo, que aunque puedan exagerar el éxito de una institución cuando la examinan en relación con otras, quienes pronuncian una conferencia o van a un país para describir su experiencia pueden ser incapaces de dar cuenta de los temas que fueron invisibles debido al funcionamiento del mecanismo particular. Sin esta perspectiva, los errores pueden fácilmente arraigarse, de una manera que refleja no una conspiración de intereses sino coherencia en la ceguera.

La cercana relación entre los formuladores de políticas públicas, que crean las instituciones o escriben los mandatos, y los académicos, que describen o critican el campo, crea un efecto de "bola de nieve", no sólo de un mecanismo a otro, sino también entre cada ola de la literatura y cada nueva institución. A pesar de la retórica sobre la capacidad de la justicia transicional para fomentar la paz sostenible, implementar el Estado de derecho y afianzar la reconciliación nacional, debe tomarse en cuenta la posibilidad de que los intereses involucrados entren en conflicto, de que los actores implicados tengan diferentes prioridades[18] y de que el paso a la democracia esté acompañado por programas económicos controvertibles que promuevan la liberalización.

## II. La invisibilidad de lo económico

La transición, con frecuencia, abarca dos cambios sociales significativos: la agitación política y la transformación económica. La liberalización política de la sociedad, en casi todos los casos, trae consigo una versión de la liberalización

17 Nagy, "Transitional Justice as Global Project", 276.
18 Leebaw, "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice".

económica, sea a través de los planes de ajuste estructural del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, de las negociaciones entre el nuevo régimen y los antiguos gobernantes o de la apertura de mercados en las economías en transición. Mientras que la transición refleja la liberalización económica, también ofrece la posibilidad de reconocer las injusticias económicas pasadas —por ejemplo, por medio de un examen del papel de las empresas multinacionales o de la desigualdad de los recursos en el conflicto— y de alterar la desigualdad presente y futura a través de la redistribución. Demasiado a menudo, sin embargo, este potencial se pierde en la realidad de la construcción de instituciones. La literatura y las instituciones de la justicia transicional se entrecruzan en la exclusión de lo económico. Lo que podría ser simplemente silencio por parte de un autor en un determinado trabajo o de una institución en su mandato específico —que priorizan ciertos temas sobre otros por una razón determinada—, puede resultar, en un sentido más amplio, un impedimento o una prohibición de la discusión sustantiva de los elementos económicos que, sin duda, ayudan a constituir tanto la transición como la justicia.

## III. Los pecados de la omisión: la literatura

Probar el silencio es una tarea difícil. Además, la ausencia de una discusión particular en ciertos trabajos no puede ser tomada como evidencia de una omisión deliberada. Tratándose de factores tan llamativos y relevantes como las cuestiones económicas o la violencia estructural, sin embargo, el patrón de ignorarlos resulta particularmente significativo.

El silencio es el resultado no sólo de la ausencia literal, sino también de la tendencia a mencionar la desigualdad o la violencia estructural como problemas para luego ignorarlos, o de llevar a un segundo plano los factores estructurales en favor de preocupaciones más obvias sobre la violencia física. En este sentido, mencionar la idea de que la discusión de la desigualdad económica o de la violencia estructural está ausente puede ayudar a contrarrestar la ausencia misma, sin abordarla de manera sustantiva. La expresión de la idea puede parecer un remedio cuando, de hecho, le agrega antecedentes al problema. Como el presente número del *International Journal of Transitional Justice* lo demuestra, junto con una notable literatura académica reciente, los temas del desarrollo y la desigualdad pueden llegar a ser la nueva frontera de los debates académicos e institucionales sobre la justicia transicional. Con el fin de entender la manera en que el campo ha desarrollado un lenguaje y una práctica que tienden a impedir las discusiones sobre lo económico —y sobre las consecuencias políticas de la

distribución en la justicia transicional—, es crucial mapear la manera en que la exclusión se ha establecido históricamente.

Una revisión de la literatura indica que la omisión de los analistas en lo que concierne a enfrentar estas cuestiones a menudo obedece simplemente a la amplitud de las preocupaciones de la justicia transicional: los analistas fallan en darse cuenta de esta cuestión en particular. Como alternativa, se hacen referencias de pasada a los factores estructurales, como si fueran problemas que nadie ha encontrado aún cómo resolver. Más allá de una breve mención de la creciente brecha entre ricos y pobres a raíz de la Guerra Fría y de la tentación concomitante de usar la justicia transicional "hacia atrás" en vez de usarla para "proyectos de justicia" tal vez más progresistas, las cuestiones económicas no juegan ningún rol en la genealogía de la justicia transicional de Teitel[19]. Los asuntos económicos y su relación con los procesos de liberalización y con los conflictos étnicos/políticos vinieron a funcionar principalmente como contextos de asuntos políticos aparentemente más "sobresalientes" (y familiares).

En su amplio análisis de la historia de la justicia transicional Jon Elster aborda el dilema económico concentrándose exclusivamente en la limitada disponibilidad de recursos para las instituciones y procedimientos del caso. No considera la posibilidad de que los efectos económicos de la transición puedan, ellos mismos, ser parte de los mecanismos de la justicia transicional[20]. Sus palabras dividen de manera explícita el reino de la "justicia" del reino de lo "económico", en el supuesto de que el primero mirará, en cierto sentido, al pasado en busca de la rendición de cuentas, mientras que los cambios económicos operan en un dominio independiente y afectan simplemente los recursos disponibles para crear instituciones de justicia apropiadas. En sus conclusiones a una colección de ensayos que examinan la posibilidad de la paz y la justicia después de un conflicto civil, Nigel Biggar resume siete factores tratados por los autores en ese volumen. Como en el caso de Elster, estos factores contienen temas de economía sólo en términos de limitaciones del ejercicio de ciertas versiones de la justicia. Biggar sugiere que los líderes políticos tienen una "responsabilidad moral" de "velar por los intereses genuinos de su pueblo", intereses que comprenden la justicia, "la riqueza material y la seguridad física"[21]. Una vez más, el crecimiento económico cuenta principalmente como un hecho del contexto.

19 Teitel, "Transitional Justice Genealogy".
20 Elster, *Closing the Books*.
21 Nigel Biggar, "Conclusion", en *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice after Civil Conflict*, Nigel Biggar, ed. (Washington, D. C.: Georgetown University Press, 2005), 313.

En la literatura sobre la transición argentina las implicaciones de la economía neoliberal en las que se basaba la transición operan esencialmente como un telón de fondo, pero completamente separado, de la discusión de la justicia transicional. Owen Fiss menciona que debido a que el presidente Carlos Menem "no tenía la economía completamente bajo control" en 1990, cuando un grupo de oficiales militares intentó un motín, Menem "necesitó aún del apoyo de sectores de la población leales a los militares". Por esta razón, "Menem dio el casi inevitable siguiente paso: perdonó a todos aquellos que ya habían sido condenados"[22]. La economía funciona aquí como un telón de fondo de la discusión central de Fiss, y la transición económica se convierte en una limitación de la habilidad del presidente para hacer cumplir el Estado de derecho y, por lo tanto, en una limitación de la fuerza de la economía argentina. El enfoque en los derechos, incluso en el sentido más amplio por el que Fiss aboga, en lugar del estrictamente legalista que se suele encontrar en las cortes internacionales, parece excluir la posibilidad de centrarse en lo que es relegado de manera tan rotunda.

Carlos Acuña plantea de manera más explícita la conexión entre la crisis económica argentina y el proyecto de liberalización, que "significó una transformación radical del poder y de la naturaleza de las fuerzas armadas como un actor político, que [es] imposible disociar del proceso de justicia transicional"[23]. Aunque cita una conexión un poco más causal entre los factores económicos y la transición —en particular, reconociendo la relación entre la distribución del poder y la de la riqueza—, Acuña queda a un paso de completar el análisis. Cede a la tentación común de dejar los aspectos económicos de la transición en el contexto y hacer referencia a ellos principalmente para explicar las acciones de los militares y su influencia en la transición.

El espacio disponible admite un número limitado de ejemplos, pero la oclusión de las cuestiones económicas en la literatura sobre justicia transicional ha sido avasalladora[24]. De diferentes maneras, Kieran McEvoy y Luise Arbour hicieron

22 Owen Fiss, "Human Rights as Social Ideals", en *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Carla Hesse y Robert Post, eds. (Nueva York: Zone, 1999), 273.

23 Carlos Acuña, "Transitional Justice in Argentina and Chile: A Never Ending Story?", en *Reparation and Retribution in the Transition to Democracy*, Jon Elster, ed. (Nueva York: Columbia University Press, 2006), 223.

24 De ninguna manera pretendo disminuir el excelente trabajo de aquellos académicos que se han ocupado de estas cuestiones de maneras diversas. Además del trabajo de Mahmood Mamdani ampliamente citado —Mahmood Mamdani, "The Truth According to the Truth and Reconciliation Commission", en *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, Ifi Amadiume y Abdullahi An-Naim, eds. (Nueva York: Zed, 2000)—, véase Robert Meister, "Human Rights and the Politics of Victimhood", *Ethics and International Affairs* 16, n.º 2 (2002): 91-108; Joseph Nevins, "Restitution over Coffee: Truth, Reconciliation, and Environmental Violence in East

notar la influencia del legalismo en el campo, influencia que tiende a limitar las concepciones académicas e institucionales acerca de cómo pueden construirse los instrumentos transicionales[25]. Más allá de esta preocupación particular, sin embargo, el modo en que la literatura sobre justicia transicional se centra en un conjunto de debates estándares, que usan una lista familiar de términos, puede crear una serie de suposiciones que a menudo permanecen tácitas. Concentrados en cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la reconciliación —objetivos comúnmente debatidos en las instituciones de la justicia transicional—, los analistas oscurecen la importancia de los factores económicos en los conflictos y en la transición. La repetición de un conjunto de debates crea una inercia académica que, como el efecto de bola de nieve en las instituciones transicionales, dificulta la formulación de cuestiones que discrepen del discurso aceptado.

La fetichización de términos, tropos y debates familiares enmascara otros proyectos, que se descuidan en medio del esfuerzo de describir y construir el nuevo Estado liberal. Cada tropo hace las veces de un aspecto del proyecto liberal: la justicia representa la lucha por un Estado de derecho despolitizado, digno de confianza[26]; la verdad representa los derechos de las víctimas de contar sus relatos para así "democratizar la historia"[27]; y la reconciliación representa la aspiración a una nueva ciudadanía, unida en el posconflicto. Los términos se tocan uno con otro, definiendo y redefiniendo la capacidad de realizar el ideal democrático liberal. En el proceso, puede perderse la oportunidad de efectuar cambios más profundos en el proyecto de construcción de Estado. Los interrogantes sobre la desigualdad y la violencia estructural se pierden en el proceso de reconfiguración de debates familiares.

Si la justicia transicional existe, en parte, para reconcebir la sociedad, entonces la incapacidad de reimaginar la distribución económica hace que la reconstrucción completa sea imposible. Si la liberalización económica acompaña la transición política, ignorar su presencia como pieza del cambio de régimen y como factor de la determinación de los parámetros de justicia puede resultarles muy útil a unos pocos individuos, en nombre de toda la ciudadanía.

---

Timor", *Political Geography* 22, n.º 6 (2003): 677-701; John Torpey, "Making Whole What Has Been Smashed: Reflections on Reparations", *Journal of Modern History* 73, n.º 2 (2001): 333-358.

25 McEvoy, "Beyond Legalism"; Louise Arbour, "Economic and Social Justice for Societies in Transition" (documento presentado en la Segunda Conferencia Anual sobre Justicia Transicional, Center for Human Rights and Global Justice de New York University e International Center for Transitional Justice, Nueva York, 25 de octubre del 2006).

26 Véase Kieran McEvoy, "Beyond Legalism": 439.

27 Jacobus A. du Pisani y Kwang-Su Kim, "Establishing the Truth about the Apartheid Past: Historians and the South African Truth and Reconciliation Commission", *African Studies Quarterly* 8, n.º 1 (2004): 83.

## IV. Los pecados de la omisión: las instituciones

Los mandatos de los mecanismos de justicia transicional, en todo el mundo, a menudo ignoran los factores económicos estructurales. Por consiguiente, los informes finales de las comisiones de la verdad y las condenas de los tribunales internacionales generalmente dejan de mencionarlos; tal es el resultado del apego estricto a los términos de los mandatos de la comisión o al derecho que rige los juicios. Debido a su estrecha relación con el derecho internacional de los derechos humanos, la justicia transicional tiene la tendencia a importar las limitaciones y los beneficios del discurso más general de los derechos humanos. El enfoque en la responsabilidad individual puede descuidar factores estructurales; un énfasis en los juicios penales puede oscurecer la responsabilidad sistemática. Debido a que los mandatos de los tribunales y de las comisiones de la verdad dependen en gran medida de la creación de instancias de derechos humanos en el nuevo Estado, tienden casi de manera uniforme a enfatizar los derechos civiles y políticos en lugar de los socioeconómicos. Los factores económicos son doblemente reducidos en esta traducción: son, primero, excluidos por un enfoque legalista sobre el discurso de los derechos, que relega un posible enfoque en la violencia estructural; y en segundo lugar, son postergados por la preferencia, común en los mecanismos de derechos humanos, por las preocupaciones civiles y políticas[28].

Incluso cuando se tratan factores sociales más amplios, los económicos permanecen como parte del contexto. Aunque una comprensión matizada del contexto es crucial para entender el poder y la política de los derechos, la pobreza y la desigualdad tienden a ser representadas simplemente como el escenario en el que son cometidos asesinatos, desapariciones, torturas y otras graves violaciones de derechos humanos. El costo de este proceso de contextualización puede ser el fortalecimiento de la idea de que las reparaciones, la educación, las "instituciones democráticas" resolverán de alguna manera los factores del contexto. La idea de que el contexto debe hacerse central[29] si se quiere abordar las cuestiones fundamentales y subyacentes de la transición, como el conflicto, los crímenes de "responsabilidad individual" o la "degradación […] de un amplio número de personas", continúa silenciosa e inadvertida[30].

28 McEvoy, "Beyond Legalism".
29 David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue* (Princeton: Princeton University Press, 2005).
30 Martha Minow, "Innovating Responses to the Past: Human Rights Institutions", en Biggar, *Burying the Past*, 97.

Basados en determinados precedentes en lo correspondiente al procedimiento y a la práctica, los estatutos del TPIY, el TPIR, el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) y la CPI contemplan crímenes similares. Cada mandato enfatiza la idea de que el tribunal perseguirá los crímenes más serios y a los "principales responsables". La ratificación del Estatuto de Roma y la expedición, por parte de la CPI, de los primeros autos de procesamiento representan una nueva fase de la justicia transicional. La idea de que el tribunal definirá y perseguirá "los crímenes más serios contra la comunidad internacional en su conjunto"[31] se basa no sólo en el precedente de los tribunales *ad hoc*, sino también en el supuesto de que existe cierta línea de referencia, fundada en los derechos, sobre la cual toda la "comunidad internacional" puede basarse. El poder de definir el discurso de la violación, el vocabulario de la indignación y la conveniencia de la insatisfacción radica en gran parte en el ámbito de los mecanismos de la justicia transicional, que despliegan las normas de derechos humanos que originalmente los constituyeron. Este poder ha sido subestimado en muchos sentidos, y la repetición de una lista de crímenes particulares o de ciertos delitos procesables por parte de cortes y comisiones puede tener efectos inesperados, más allá de los debates habituales.

Las comisiones de la verdad han sido entendidas como instrumentos para efectuar una interpretación más amplia del pasado, en comparación con la que admiten los estrechos confines del derecho internacional. Sin embargo, por lo general no han logrado investigar plenamente los contextos socioeconómicos de los conflictos en cuestión, para dilucidar la violencia estructural del pasado o para lidiar plenamente con los aspectos económicos de la transición. En Chile, la Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación se enfocó en "graves violaciones" consistentes en violencia física, según las normas internacionales de los derechos humanos[32]. La Comisión de la Verdad auspiciada por la ONU en El Salvador determinó que los "actos graves de violencia" cuyo mandato le ordenaba investigar serían definidos en términos de los derechos no derogables incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los términos de las Convenciones de Ginebra[33]. Incluso en el marco del discurso de los derechos humanos, la decisión —por parte de la Comisión— de observar el PIDCP

31 Definidos por el artículo 5.º del Estatuto de Roma como genocidio, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y el crimen de agresión.

32 Decreto Supremo n.º 355, "Crea Comisión de Verdad y Reconciliación" (Chile, Ministerio de Justicia, 25 de abril de 1990), artículo 1.º.

33 Thomas Buergenthal, "The UN Truth Commission for El Salvador", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27, n.º 3 (1994): 497-544.

en lugar del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refuerza la jerarquía interna en el propio movimiento de los derechos humanos[34]. El argumento que, en ocasiones, se presenta en el movimiento para centrarse en los derechos civiles y políticos en lugar de hacerlo en los derechos económicos, sociales y culturales dice que, con el fin de actuar productivamente, las organizaciones de derechos humanos necesitan "una violación, un violador y un remedio", y que sin la capacidad de designar cada uno de estos elementos, el poder de la "vergüenza" se reduce significativamente[35]. En el ámbito particular de una comisión de la verdad, sin embargo, estas preocupaciones no aplican. El énfasis en los derechos civiles y políticos puede sólo demostrar que la justicia transicional ha importado los prejuicios de su movimiento "padre", sin advertir incluso que las bases problemáticas de la jerarquía en el ámbito más amplio no existen en su contexto particular.

La promulgación del estatuto de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (CVR) permitió una investigación del contexto, pero posteriormente redujo la indagación sólo a las graves violaciones de derechos humanos, cuya característica común era el maltrato físico severo[36]. A pesar de la esperanza que albergaban algunas figuras centrales de la transición respecto a que la CVR fomentara la justicia social, la distribución económica y un "proceso sistemático de reconocimiento de la ilegitimidad del *apartheid*", y de que estableciera "la responsabilidad colectiva de los privilegios del *apartheid*", la obra y las conclusiones de la Comisión defraudaron estas expectativas[37]. Su informe final reconoce en el colonialismo un precursor del *apartheid* y describe algunos de los fundamentos económicos del régimen del Partido Nacional. También analiza la audiencia de un día sobre el papel de las empresas en el *apartheid*[38]. Sin embargo, debido a la brevedad de los tiempos y a la orientación individualista de las audiencias del Comité de Violaciones de los Derechos Humanos, el informe presenta principalmente relatos individuales de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, según la definición adoptada, de manera que

34 Arbour, "Economic and Social Justice".

35 Kenneth Roth, "Defending Economic, Social, and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization", *Human Rights Quarterly* 26, n.º 1 (2004): 68.

36 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, n.º 34 of 1995 (Sudáfrica, 26 de julio de 1995), artículos 3(1)(a) y 1(1)(ix)(a-b).

37 Kader Asmal, "Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective", *Modern Law Review* 63, n.º 1 (2000): 12.

38 "La posición final y las conclusiones de la Comisión consistieron en que las empresas generalmente se beneficiaron financiera y materialmente de las políticas del *apartheid*". *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (Ciudad del Cabo: Juta, 2003) (en adelante, *Informe de la CVR*), vol. 6, cap. 5, 140.

el *apartheid* figura como el contexto de las violaciones individuales, y no como la violación en sí[39].

Con más consciencia propia que la que puede encontrarse en gran parte de la literatura y en los informes finales de muchas comisiones de la verdad, el informe de la CVR, en su volumen inicial, se refiere brevemente a las limitaciones de la institución y señala que "[l]as consecuencias de las violaciones de derechos humanos [ocasionadas por el desarrollo diferenciado] […] no pueden ser medidas sólo por las vidas humanas perdidas, por las muertes, detenciones, trucos sucios y desapariciones, sino por las vidas humanas marchitadas por la pobreza forzada y otras privaciones"[40].

Aunque la CVR podría ser considerada un paso adelante en el reconocimiento de los factores contextuales de la transición —y en el de las causas del conflicto—, no obstante se inscribe en el modelo más general descrito en este artículo, pues trocó la posibilidad de hacer centrales la violencia estructural y la desigualdad económica por la categoría más estrecha, comparativamente clara y simple, de las violaciones de los derechos civiles y políticos[41].

## V. El enfoque en las reparaciones

Cuando los mecanismos de la justicia transicional abordan cuestiones económicas lo hacen principalmente enfocándose en la reparación o la compensación del grupo de víctimas definido por las instituciones. La literatura trabaja en conjunto con las instituciones para (re)producir las discusiones sobre la reparación y los intentos de compensación de las graves violaciones de derechos humanos investigadas por una comisión o cometidas por un criminal de guerra condenado. El estrecho enfoque implica una redefinición de los "factores económicos" en las complejidades económicas y las limitaciones prácticas de las reparaciones. Quizás el enfoque en las reparaciones hace doblemente invisibles

39 Nagy, "Transitional Justice as Global Project".

40 *Informe de la CVR*, nota 39, vol. 1, cap. 4, 65. En la p. 34 el informe describe la "lúgubre realidad cotidiana de cada sudafricano negro" debido a la "expulsión colectiva, la migración forzada, el arrasamiento, la destrucción o incautación de hogares, la portación obligatoria de pases, el traslado forzado a guetos rurales y las crecientes pobreza y desesperación".

41 Ciertas instituciones —por ejemplo, la Comisión de Timor Oriental para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación y la Comisión de Guatemala para el Esclarecimiento Histórico— han realizado algunas investigaciones sobre la violación de derechos socioeconómicos. No obstante, la implementación de las recomendaciones ha sido limitada. Arbour, "Economic and Social Justice"; Nagy, "Transitional Justice as Global Project"; *Guatemala: Memory of Silence* (Ciudad de Guatemala: Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999). Igual que con la literatura, espero mostrar la oclusión general de los asuntos económicos en las instituciones ya creadas, pero sería engañoso afirmar que estos asuntos nunca han sido abordados. Más bien, la excepción tiende a confirmar la regla.

los factores estructurales, ya que no sólo son relegados a un segundo plano en la totalidad del proyecto, sino también reducidos a una definición singular en una resolución.

Las reparaciones pueden ser monetarias o simbólicas, materiales o morales. En muchos casos, los gobiernos no las pagan, a pesar de las recomendaciones de una institución transicional. En un ejemplo paradigmático de reparaciones estatales, Alemania pagó reparaciones tanto individuales como colectivas —las primeras a víctimas individuales del Holocausto y las segundas al Estado de Israel[42].

En Perú, un modelo inicial de reparaciones se propuso abordar todos los aspectos de la "reproducción del ciclo de violencia", incluidas las desigualdades económicas, las exclusiones, las expresiones de violencia política y las malas condiciones de vida, y usar las reparaciones como un "medio para la paz sostenible, el fortalecimiento democrático y el desarrollo"[43]. Las recomendaciones finales de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación redujeron los objetivos estructurales en cierto grado; se recomendaban reparaciones para cualquier persona que hubiera sufrido violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario entre 1980 y el 2000 como resultado de la violencia política[44]. El caso peruano ilustra cómo las comisiones de la verdad en particular intentan usar las reparaciones, en ocasiones, para resolver factores estructurales que ellas de manera consciente han evitado tratar plenamente. También revela la dificultad del intento de vincular los asuntos de recursos y la desigualdad de poder con el ámbito estrecho de las reparaciones.

En Sudáfrica, la CVR recomendó reparaciones individuales a favor de las víctimas referenciadas en su informe final, así como reparaciones simbólicas, programas de rehabilitación de la comunidad y reformas institucionales[45]. El Gobierno demoró el pago de las sumas recomendadas por varios años, en medio del creciente disgusto de las organizaciones de víctimas, y finalmente se comprometió con una cantidad mucho más pequeña, que ha dejado a las víctimas insatisfechas y enojadas con el gobierno de Mbeki[46].

42 Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (Nueva York: W. W. Norton, 2000).

43 Lisa Magarrell, "Reparations for Massive or Widespread Human Rights Violations: Sorting Out Claims for Reparations and the Struggle for Social Justice", *Windsor Yearbook of Access to Justice* 22 (2003): 91.

44 Magarrell, "Reparations".

45 *Informe de la CVR*.

46 Dumisa Ntsebeza, "The Legacy of the Truth and Reconciliation Commission", en *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, Charles Villa-Vicencio y Erik Doxtader, eds. (Trenton: Africa World Press, 2003).

En Ruanda, el enfoque se deriva principalmente de las leyes que les prometen una compensación a los sobrevivientes. La ley para el enjuiciamiento del genocidio y otros delitos contra la humanidad declara que el juez, en un caso particular, se pronunciará sobre los daños a las víctimas y a sus familias[47], pero las especificidades quedan para una ley futura. De acuerdo con un resumen proporcionado por Human Rights Watch, la ley puede incluir la compensación económica en una amplia variedad de formas, pero no hace mención alguna de la distribución de tierras[48]. La compensación es una transacción estrecha para las víctimas del genocidio, que no vincula la reparación ni con el desarrollo ni con la redistribución. Los tribunales *gacaca* tienen el mandato de crear una lista de víctimas que sufrieron pérdidas materiales o daños corporales, y de hacer un inventario de pérdidas de acuerdo con un programa establecido por la ley. El listado debe ser enviado al fondo de compensación previsto, que debe tramitar los reclamos[49]. Según la modificada ley *gacaca* del 2004, si un sospechoso confiesa, una parte de su sentencia puede ser conmutada por servicio comunitario[50].

De acuerdo con algunos analistas, en primer lugar, la compensación "[a]yuda a las víctimas a manejar el aspecto material de su pérdida. Segundo, constituye un reconocimiento oficial, por la nación, de su dolor. Tercero, puede disuadir al Estado de futuros abusos, mediante la imposición de un costo financiero por tales delitos"[51].

La noción de restitución o reparación a menudo se vincula con la necesidad de cohesión social y con la instrumentalización del Estado de derecho; se considera la reparación un requisito para la "rememoración" de la sociedad[52]. Sin embargo, como señalan Roht-Arriaza y Martha Minow, las reparaciones se ven atrapadas en una paradoja que les es inherente: idealmente tienen el propósito

47 Ley Orgánica n.º 08 de 1996, "Sobre la organización de enjuiciamientos por crímenes que constituyan delitos de genocidio o delitos contra la humanidad cometidos desde el 1.º de octubre de 1990" (República de Ruanda, 30 de agosto de 1996), artículo 32.

48 Human Rights Watch, *Struggling to Survive: Barriers to Justice for Rape Victims in Rwanda* (Nueva York: Human Rights Watch, 2004).

49 Ley Orgánica n.º 40 del 2000, "Establece la 'jurisdicción gacaca' y organiza enjuiciamientos por crímenes que constituyan el delito de genocidio o delitos contra la humanidad entre el 1.º de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994" (Ruanda, 26 de enero del 2001), artículo 90.

50 Ley Orgánica n.º 16 del 2004, "Establece la organización, competencia y funcionamiento de los tribunales gacaca encargados de la persecución y el enjuiciamiento de los perpetradores del delito de genocidio y otros delitos contra la humanidad cometidos entre el 1.º de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994", artículo 73.

51 Neil Kritz, "The Dilemmas of Transitional Justice", en *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Neil Kritz, ed. (Washington, D. C.: United States Institute of Peace Press, 1995), vol. 1, xxvii.

52 Martha Minow, "The Work of Re-Membering: After Genocide and Mass Atrocity", *Fordham International Law Journal* 23, n.º 2 (1999): 429-439.

de reparar el *statu quo ex ante* de una sociedad, en una situación en la cual ninguna compensación —simbólica o monetaria— puede en realidad lograr el objetivo de la restauración[53]. En estos trabajos, la impresión es a la vez que la reparación es un gesto progresista necesario y que sus objetivos son inherentemente inalcanzables si incluyen la fantasía de la reparación real.

Teitel vincula explícitamente las reparaciones al reconocimiento de que la transición es en general tanto económica como política, y sostiene que "las medidas reparatorias aparecen como definitorias del movimiento de liberalización, en tanto crean una instancia de reconocimiento de derechos individuales", además de cumplir un papel simbólico en la transición de la sociedad y de brindarles compensación a las víctimas[54]. Como se estudia más a fondo en la sección dedicada a los costos de este discurso, vincular las reparaciones a la transición económica puede servir para enmascarar la falta de una redistribución significativa durante o después de la transición.

## VI. Efectos de la invisibilidad de lo económico: estrechar el pasado y moldear el discurso

La exclusión de las preocupaciones económicas en los mecanismos de la justicia transicional tiende a convertir la transición en un relato político en vez de económico, pues limita el conocimiento de los fundamentos económicos del conflicto, reduce la historia del cambio de régimen y sofoca la discusión de los planes de desarrollo en la medida en que los pone en cuarentena dentro del Estado y del Ejecutivo, en lugar de hacerlos parte de las conversaciones sobre la justicia transicional. Dado que los mecanismos de la justicia transicional, en especial las comisiones de la verdad, son herramientas discursivas por ser instrumentos de rendición de cuentas o de reconciliación, pueden enmarcar el conflicto en una dimensión y no proveer un vocabulario alternativo. De este modo, en Sudáfrica el *apartheid*, después de la CVR, puede convertirse en una historia sobre el racismo o sobre violaciones específicas e individuales de derechos, más que en una sobre abusos sistemáticos de largo plazo originados en un proyecto colonial con objetivos económicos. También convierte la historia en una de violencia física, y no en una de violencia estructural, de modo que lo físico posiblemente actúa como una metáfora de lo sistemático y les permite a las instituciones de la

53 Naomi Roht-Arriaza, "Reparations: Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review* 27, n.º 2 (2004): 157-220; Minow, "The Work of Re-Membering".

54 Teitel, *Transitional Justice*, 8.

justicia transicional y al Estado hacerle frente a la primera y dejar en un segundo plano la segunda[55]. El genocidio en Ruanda puede volverse una historia sobre el odio étnico entre los hutus y los tutsis, antes que una narrativa acerca de décadas de desigualdad en la distribución de los recursos y de la tierra y de construcción colonial. Estas narrativas, parcialmente construidas por el nuevo Estado, potencialmente tienen eco en los mecanismos de la justicia transicional y son reforzadas por ellos. Así tales mecanismos estrechan la narración del pasado en una variedad de formas.

Estas limitaciones discursivas se relacionan directamente con el poder de definición de los instrumentos de la justicia transicional. Los parámetros de perpetrador y víctima son determinados por los propios mecanismos, y los efectos de estas definiciones inciden no sólo en un debate abstracto sobre el Estado de derecho, sino también sobre la pregunta acerca de qué fue y qué será visto en la sociedad como un crimen y un ultraje moral. La búsqueda de la verdad por medio de un juicio o de una comisión, bien sea explícitamente, por medio de una amnistía, o implícitamente, por medio de una acusación, lleva consigo el truco de un parámetro predeterminado. La verdad buscada se refiere a quién mató o torturó, no a quién controla inmensas extensiones de terreno a través de empresas colonialistas, en países que no pudieron detener las atrocidades y que simplemente se pusieron al lado mientras esto sucedía. Los espectadores y los beneficiarios económicos pueden ser ciudadanos o países. En cualquier caso, la justicia transicional no logra tomarlos en cuenta, y así favorece el interés de un movimiento simbólico y limitado en pos de un discurso liberal de los derechos que ofrece un Estado nuevo, pacífico y estable, sin necesidad de trastocar todas las viejas relaciones de poder. Tanto el discurso como la definición obedecen a parámetros limitados, y así permiten que la historia de culpa o inocencia sea relatada por las nuevas instituciones en una forma que, según los propios objetivos de estas instituciones, quedará como la historia permanente de un conflicto o de un régimen.

En Sudáfrica, la historia contada por la CVR versa sobre autores individuales que cometieron graves violaciones de derechos humanos contra individuos, con base en el color de la piel o en la filiación política. No obstante, como sostiene Mahmood Mamdani, "[l]a violencia del *apartheid* estaba dirigida menos contra individuos que contra comunidades enteras y grupos enteros de la población […]. El punto es que la analogía con América Latina oscurece la naturaleza

55 Du Pisani y Kim, "Establishing the Truth about the Apartheid Past".

colonial del contexto sudafricano: el vínculo entre conquista y despojo, entre poder racial y privilegios raciales"[56].

Al reducir su enfoque a las graves violaciones de derechos humanos y al limitar la discusión de la violencia económica fundamentalmente a un día de audiencias institucionales sobre el rol de las empresas en el *apartheid*, la CVR volvió a contar la historia del *apartheid* desde la perspectiva estrecha de las violaciones específicas de derechos, en lugar de hacerlo desde una perspectiva más amplia en la que intervienen el colonialismo y el capitalismo[57]. Como consecuencia, "se trataron las violaciones graves de derechos humanos más como el producto de acciones y decisiones individuales, que como el resultado de la dinámica del sistema de *apartheid*"[58]. Cuando la Comisión eligió casos específicos que consideró representativos, la narrativa hegemónica sobre la unidad nacional superó consideraciones locales y particulares[59]. Un análisis de las elecciones de la CVR en relación con la "verdad" y las narrativas puede preguntar cuáles aspectos fueron considerados paradigmáticos, qué quedó en un segundo plano y qué fue central en la narrativa nacional sobre la verdad y la reconciliación.

Uno de los efectos del proceso sudafricano consiste en que la legitimidad del Gobierno, adquirida por medio de la CVR, implicó que la existencia de la Comisión ya no fuera necesaria después de que la nueva democracia fue probada. Con la declaración del fin de la transición, la clausura de la CVR en el momento previsto y, principalmente, la omisión de la mayor parte de las recomendaciones para el futuro, particularmente en relación con la reparación monetaria para las víctimas, el nuevo Gobierno utilizó el efecto legitimador de la CVR sin implementar sus recomendaciones más inconvenientes[60]. La combinación de la estrecha explicación del pasado realizada por la Comisión y la capacidad del Gobierno para ignorar las implicaciones del informe final en sus aspectos materiales, le permitió al nuevo régimen afianzar la desigualdad económica al mismo

56 Mamdani, "Truth", 179.

57 Richard Wilson, "Justice and Legitimacy in the South African Transition", en *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*, Alexandra Barahona de Brito, Carmen González-Enríquez y Paloma Aguilar, eds. (Nueva York: Oxford University Press, 2001).

58 Audrey Chapman y Patrick Ball, "The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala", *Human Rights Quarterly* 23, n.º 1 (2011): 14.

59 Hugo van der Merwe, "National and Community Reconciliation: Competing Agendas in the South African Truth and Reconciliation Commission", en Biggar, *Burying the Past*.

60 Además, "la transformación socioeconómica [desde el inicio de la transición] no ha sido, por lo tanto, profunda. En consecuencia, en los últimos años se ha visto en gran medida una continuación de las relaciones desiguales de poder, patrones de trabajo no libre y desarrollo socioeconómico desigual que caracterizó el largo período que precedió al colonialismo extendido". Sampie Terreblanche, *A History of Inequality in South Africa*, *1652-2002* (Pietermaritzburg: University of Natal Press, 2002), 20-21.

tiempo que afirmaba que "el nuevo Gobierno es diferente y está comprometido con la protección y el respeto de los derechos de los ciudadanos"[61]. En otro sentido, el énfasis en el discurso de los derechos en la "nueva" Sudáfrica, y el énfasis en los derechos humanos como fuerza movilizadora para el cambio puede, paradójicamente, haber "congelado las jerarquías del *apartheid* preservando el *statu quo* social y económico"[62].

La "historia del conflicto" de Ruanda, que versa sobre la etnicidad y no sobre la desigualdad en la distribución de los recursos o de la tierra, puede ser leída en conjunción con la actual intención del Gobierno de implementar una ambiciosa política de tierras y de desarrollo[63], totalmente independiente de la justicia posterior al genocidio. A pesar de la política del Gobierno que pretende suplantar el discurso de la etnicidad por uno nacionalista[64], y de su decidido intento de separar el desarrollo y el genocidio, se puede argumentar que las conexiones históricas entre la desigualdad de los recursos y la división étnica permanecen. Los términos *hutu* y *tutsi* se derivan, parcialmente, de relaciones laborales desiguales, de la distribución de tierras y del acceso diferenciado al ganado[65], y el genocidio se relacionó estrechamente no sólo con las tensiones basadas en el "odio étnico", sino también con la disparidad económica y con la insatisfacción ocasionada por la extraordinaria pobreza[66].

El régimen de Habyarimana, anterior al genocidio, utilizó el discurso étnico para manipular otras divisiones y disparidades socioeconómicas, políticas y sociales, y así ayudó a justificar la guerra contra el invasor Frente Patriótico Ruandés Tutsi. La retórica del Gobierno alimentó los temores populares, cultivados a lo largo de décadas, de que los tutsis querían retornar a Ruanda para restablecer su monarquía y gobernar sobre los hutus, redistribuirse la tierra y reinstaurar

61 Richard Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State* (Nueva York: Cambridge University Press, 2001), 200.

62 Makau Mutua, "Hope and Despair for a New South Africa: The Limits of Rights Discourse", *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997): 68.

63 Republic of Rwanda, Ministry of Lands, Environment, Forests, Water and Mines, "Vision 2020 Development Plan for Rwanda", National Land Policy, www.nur.ac.rw/img/pdf/Vision2020.pdf.

64 Una de las actuales políticas oficiales de Ruanda es la supresión de la terminología étnica. La motivación no sólo es obvia sino eminentemente razonable, pero ha sido fuertemente disputada, ya que puede tener el efecto perverso de silenciar ciertos discursos sobre el pasado.

65 Johan Pottier enfatiza que las diferencias entre hutus y tutsis radican fundamentalmente en la riqueza, más que en la raza, y en la anterior colonización belga. Johan Pottier, *Re-Imagining Rwanda: Conflict, Survival and Disinformation in the Late Twentieth Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002). Para una discusión matizada véase Alison Desforges, *Leave None to Tell the Story* (Nueva York; Human Rights Watch, 1999).

66 Peter Uvin ofrece un panorama útil de los principales paradigmas académicos en aras de entender los orígenes del conflicto. Peter Uvin, "Reading the Rwandan Genocide", *International Studies Review* 3 (2001): 75-99.

el sistema de trabajo *uburetwa*[67]. Así, se convirtió en enemigo no la comunidad internacional o los donantes o la clase gobernante corrupta, sino una etnia. Como sugiere Johan Pottier, "[e]l antagonismo de clase y la amenaza de la militancia que ellos mismos enfrentaron se convirtieron en 'odio racial' y en una disposición a matar al enemigo real (ahora definido con criterios étnicos)"[68]. Sin embargo, algunos análisis vinculan asesinatos específicos realizados durante el genocidio directamente con reclamaciones basadas en la tierra[69]. Varios académicos han hecho referencia a la violencia estructural atroz de la sociedad ruandesa como un ambiente propicio para el genocidio, incluso si no fue el factor instigador de las atrocidades[70]. Los reclamos sobre la tierra y la distribución de los recursos, reiterados por décadas, se combinaron con otros factores sociales y políticos para permitirle al Gobierno manipular el discurso étnico y planear una atrocidad masiva[71].

Un examen detenido del genocidio de Ruanda lo vincula no sólo a cuestiones de odio racial, sino también a reclamos referidos a la tierra y los recursos; no obstante, los mecanismos de la justicia transicional posteriores al genocidio —tanto el TPIR como los juicios nacionales o *gacaca*— no han logrado abordar estos asuntos de violencia estructural o desigualdad económica. La reconciliación y los mecanismos de la justicia transicional pueden utilizar, consciente o inconscientemente, el discurso del conflicto anterior, en lugar de trascenderlo. Si la escasez de recursos desempeñó un papel significativo en el genocidio y,

67 El *uberetwa*, un sistema precolonial del siglo XIX, exigía mano de obra en beneficio del rey tutsi Rwabugiri a cambio de obtener acceso a la tierra. Se extendió en territorio y en ámbito de aplicación después de la colonización belga. Los tutsis no estaban sujetos a este sistema, como tampoco lo estaba un pequeño número de privilegiados hutus (Pottier, *Re-Imagining Rwanda*). Algunos han argumentado que el sistema *uberetwa*, junto con las políticas raciales belgas, aumentó el enojo "étnico" de los obreros y la rabia contra las autoridades por el trato desigual en materia de tierras. Véase Kathrin Wyss, *A Thousand Hills for 9 Million People - Land Reform in Rwanda: Restoration of Feudal Order or Genuine Transformation?* (Berna: Swisspeace, 2006).

68 Pottier, *Re-Imagining Rwanda* , 22.

69 Más de un estudio ha documentado el caso de una comuna en Gisenyi donde 32 personas fueron asesinadas, solo una era tutsi y casi todos los muertos habían estado involucrados en disputas sobre tierras antes del genocidio. Los académicos han planteado que el genocidio pudo proporcionarles a algunas personas un método para resarcirse de agravios pasados. Véase Wyss, *A Thousand Hills for 9 Million People*; Herman Musahara y Chris Huggins, "Land Reform, Land Scarcity and Post-Conflict Reconstruction: A Case Study of Rwanda", en *From the Ground Up: Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, Chris Huggins y Jenny Clover, eds. (Johannesburgo: Institute for Security Studies, 2005).

70 Véase Uvin, *Aiding Violence*.

71 Se han realizado muchas lecturas diferentes de las causas del genocidio. Me gustaría afirmar simplemente que factores económicos como la desigualdad y la violencia estructural deberían considerarse significativos. Scott Straus argumenta que la desestabilización radical debido a la guerra civil, un Estado con control local bien organizado y las categorías étnicas históricas jugaron papeles causales centrales en la perpetración del genocidio. Scott Straus, *The Order of Genocide: Race, Power, and War in Rwanda* (Ithaca: Cornell University Press, 2006).

sin embargo, fue articulada mediante la etnicidad, entonces el lenguaje de la etnicidad, si se trata de entender la historia del conflicto y construir una reconciliación sostenible, puede ser demasiado limitado. Así como la historia del *apartheid* puede elaborarse principalmente con base en la raza, el genocidio de Ruanda puede llegar a ser visto a través del lente único de la etnicidad. En el proceso, la desigualdad estructural permanece invisible, y el vocabulario del posconflicto se ve limitado por los mecanismos que lo enunciaron.

## VII. Resultados de reducir lo "económico" a las reparaciones

El enfoque individualista sobre las reparaciones y las indemnizaciones de las víctimas puede tener, en sí mismo, efectos distributivos específicos. El discurso sobre el otorgamiento de reparaciones, y las consideraciones prácticas de este otorgamiento, contribuyen en la producción de los efectos discursivos examinados anteriormente. Ambos ayudan a definir la culpabilidad y la condición de víctima, y así coadyuvan al proyecto en su conjunto a definir la ciudadanía en el nuevo Estado y en la sociedad. El proyecto de las reparaciones requiere que el mecanismo identifique (implícita o explícitamente) quiénes son las víctimas, cómo pueden ser compensadas sus pérdidas y en qué casos las reparaciones monetarias o simbólicas deben tener prioridad sobre otros gastos. A pequeña escala, las reparaciones trasladan dinero o recursos del nuevo Estado a un grupo particular de ciudadanos. A veces, las reparaciones pueden intentar identificar simbólicamente un cambio de un liderazgo autocrático a un sistema democrático y participativo. Por definición, sin embargo, las reparaciones no redistribuyen riqueza o poder en una escala que pueda alterar dramáticamente el balance del poder en el país durante o después de la transición.

Si la transición es una historia política y sus únicas implicaciones económicas están en el ámbito particularizado de las indemnizaciones, la falta de redistribución durante la transición se perderá en medio de las discusiones sobre quién es víctima y sobre el pago de las reparaciones. Las preguntas acerca de quién "debe" a quién y cuánto adeuda triunfarán sobre asuntos que podrían, por contraste, resultar en una creciente solidaridad entre un sector más amplio de quienes han sufrido la opresión económica en un país[72]. En cambio, las disputas sobre quién

[72] En ciertos casos, la lucha por las reparaciones puede fomentar la solidaridad entre los marginados u ofrecer una oportunidad para una resistencia más sistemática, por ejemplo, las demandas de compensación de antiguas potencias coloniales, o el trabajo del Grupo de Apoyo Khulumani de Sudáfrica. Sin embargo, en el contexto de las instituciones que establecen un listado particular de sobrevivientes o un estándar para la determinación de la condición de víctima, las fronteras exteriores de tales grupos pueden permanecer radicalmente circunscritas.

es una víctima, si merece un pago, si aceptará dinero y otros conflictos particulares superan la pregunta más amplia acerca de las decisiones económicas que han de tomarse durante y después de la transición.

Las reparaciones y las compensaciones le permiten al Estado redistribuir riqueza sólo de manera notablemente restringida, y compensando con frecuencia solamente a aquellos designados por los mecanismos de la justicia transicional. En el proceso de las reparaciones "[s]ólo ciertas víctimas se vuelven plenamente parte integrante de la narrativa de reconciliación. Al sufrimiento de muchas de las víctimas se le niega reconocimiento o se lo relega a un nivel menor de significación, debido a que se considera problemático en términos políticos o ambiguo"[73].

Así como la elección de compensar a una parte determinada de la población puede concentrar la atención en el sufrimiento de cierto grupo por cuenta de violaciones específicas, también puede concentrar la responsabilidad en un grupo de delincuentes. En el proceso, en una comisión o en un tribunal puede perderse la oportunidad de una rendición de cuentas por parte de la estructura que apoyó las violaciones concretas.

Tal vez la crítica más poderosa que ha recaído sobre la CVR sudafricana consiste en que su enfoque en los perpetradores del *apartheid* ignoró a la población, mucho más numerosa, que se benefició con él[74]. El propio informe final de la Comisión declaró que la obligación de pagar reparaciones no debería privar a otros miembros necesitados de la sociedad de los recursos necesarios y de asistencia[75]. Con todo, el problema puede ser simplemente inherente a la institución, que deja la redistribución por fuera de la mesa, ya que "[l]as antiguas víctimas demuestran que quedaron moralmente intactas al permitir a los beneficiarios conservar, si no todas, la mayor parte de sus ganancias del pasado desacreditado, aunque sin esperar que los beneficiarios defiendan aquellas ganancias como legítimas"[76].

Aunque algunos han sugerido que la reparación se haga por medio de ayuda para el desarrollo, para así subsanar, teóricamente al menos, algunos problemas estructurales, otros han argumentado que esta estrategia "combina dos obligaciones distintas del Gobierno: la de reparar las injusticias cometidas por él y la

73 Michael Humphrey, *The Politics of Atrocity and Reconciliation: From Terror to Trauma* (Londres: Routledge, 2002), 121.
74 Mamdani, "Truth".
75 *Informe de la CVR*, vol. 1, cap. 5, 129.
76 Meister, "Human Rights", 95.

de proporcionarle servicios esenciales a la población"[77]. Además, los proyectos de desarrollo se enfrentan a problemas por orientarse a las víctimas en lugar de beneficiar a toda la población, y tal vez yerren en lo que toca al propósito de enfatizar los aspectos morales de la reparación. En el peor escenario, la entrega de ayuda para el desarrollo a la parte de la población considerada víctima, en lugar de beneficiar a todos los que se encuentran en una posición de desventaja económica, puede incrementar la probabilidad de que brote la violencia, por cuenta del resentimiento de quienes no son considerados víctimas y por lo tanto no son elegibles para recibir asistencia. Por ejemplo, cualquier programa de estas características afrontaría un problema particular en Ruanda, donde las víctimas y los perpetradores conviven de cerca y donde puede ser difícil, o prácticamente imposible, mantener proyectos de desarrollo para una parte de la población sin revivir el conflicto —si se percibe que la ayuda favorece a los tutsis y no a los hutus—[78]. El desarrollo dirigido por medio de las reparaciones potencialmente limita la conceptualización del conflicto y de la redistribución.

Del mismo modo, la restitución en los casos de injusticia histórica puede encontrar dificultades particulares en áreas como Europa del Este y Sudáfrica, que sufren desigualdades masivas debido a que "los esfuerzos de restitución históricamente orientados son a la vez demasiado parciales y demasiado inadecuados para las tareas de supervivencia consistentes en reconstruir la economía y la sociedad civil"[79]. Esta idea enlaza el costo de reducir la definición de lo económico a las reparaciones con los problemas de un vocabulario limitado para pensar y hablar sobre un conflicto dado. Sin una narración amplia de un conflicto, las raíces económicas de los enfrentamientos anteriores permanecen invisibles; sin una redistribución significativa, las reparaciones no pueden satisfacer la exigencia de resolver los orígenes del conflicto.

Reducir los asuntos económicos a la necesidad de reparaciones y, a su vez, concentrar la atención en el imperativo de hacer efectivas las reparaciones, cuando sólo se dispone de los limitados recursos de una economía incipiente, es frenar las posibilidades redistributivas del proyecto de justicia transicional. Por lo tanto, "muchos se preguntarán cuánto de los recursos limitados en una democracia

77 Roht-Arriaza, "Reparations": 188.

78 Para un estudio más amplio véase Heidy Rombouts, *Victim Organisations and the Politics of Reparation: A Case Study on Rwanda* (Antwerp: Intersentia, 2004). También, Wyss, *A Thousand Hills for 9 Million People*. Los analistas han señalado que el servicio comunitario de los delincuentes en el contexto de los tribunales *gacaca* podría recordarles a la mayoría de los condenados hutus el sistema histórico *uburetwa*. Roht-Arriaza, "Reparations".

79 Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, 109.

nueva debe asignarse a las indemnizaciones de las víctimas, al pago de los pecados de la vieja guardia"[80]. En este sentido, separar el desarrollo y los mecanismos transicionales supone aumentar la sensación de que la igualdad económica no tiene ningún papel que desempeñar en la concepción de la justicia. La discusión sobre la redistribución se desvincula de las operaciones de la justicia transicional, y el discurso principal resulta ser el que opone los recursos usados para la justicia y los usados para el desarrollo.

De cualquier modo, el proyecto de las reparaciones, que figura como correctivo y con la mirada dirigida al pasado, se basa en una selección futura entre las violaciones, los conflictos, los grupos y las injusticias. Esta elección tiene implicaciones, no sólo por la lectura del pasado sino también por los eventos del futuro[81]. Las reparaciones, por definición, pueden no ser redistributivas y, además, pueden determinar las prioridades de la sociedad en la cual se otorgan. Como consecuencia, oscurecen las causas subyacentes del conflicto.

Sudáfrica y Ruanda han abordado en algún grado o, por lo menos, se han comprometido a tratar los asuntos de la tierra y la distribución de recursos en ámbitos distintos a sus mecanismos de justicia transicional. La CVR menciona que su trabajo deberá ser entendido dentro del contexto de otros mecanismos establecidos durante la transición, incluidos los tribunales de reclamaciones de tierras[82].

En Ruanda, el Gobierno ha puesto en marcha un plan de desarrollo de largo alcance e igualmente ha aprobado una ley de tierras e implementado una política de tierras por medio de su Ministerio de Agricultura[83]. La ley y la política de tierras tienen problemas en sí mismas[84], pero para los propósitos de este artículo es fundamental, sobre todo, tener en cuenta que han sido establecidas de manera paralela y no relacionada con los sistemas de justicia posteriores al genocidio. Aunque la ley de tierras contiene su propia narrativa de la historia de Ruanda, incluido el genocidio[85], su desarrollo se ha mantenido completamente

80 Kritz, *Transitional Justice*, xxvii.

81 Marc Galanter, "Righting Old Wrongs", en *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, Nancy L. Rosenblum, ed. (Princeton: Princeton University Press, 2002).

82 *Informe de la CVR*, vol. 1, cap. 4, 48.

83 Ley Orgánica n.º 08 del 2005, "Que determina el uso y manejo de la tierra en Ruanda" (República de Ruanda, Ministerio de Tierras, Medio Ambiente, Bosques y Minas, 14 de julio del 2005) (en adelante, "Política de tierras").

84 He tratado estos temas en mayor detalle en Zinaida Miller, *Constructing Sustainable Reconciliation: Land, Power, and Transitional Justice in Post-Genocide Rwanda* (Ciudad del Cabo: Institute for Justice and Reconciliation, 2007).

85 La política de tierras narra una historia de armonía en una Ruanda precolonial, que fue radicalmente perturbada por la influencia de una administración colonial racista. Mientras que el carácter corrosivo y violento de la influencia belga es incuestionable para cualquier fuente creíble, la manera

al margen del proceso de justicia transicional. El divorcio radical entre el desarrollo y la justicia transicional, cuando se vincula a la narrativa de la política de tierras sobre la historia de Ruanda y el genocidio, indica las maneras en que la narración del pasado realizada por el Estado se filtra en muchos ámbitos. Separando las dos áreas, el Gobierno puede en cierto sentido elaborar un relato de una supuesta reconciliación, al tiempo que implementa un complejo conjunto de mecanismos de justicia transicional.

Uno podría argumentar que mientras el Gobierno se ocupe de alguna manera de la distribución económica o del desarrollo poco importa la forma como lo haga. De hecho, tomando en cuenta que un argumento común en relación con la incapacidad de los mecanismos de la justicia transicional para hacerles frente a las cuestiones planteadas en este artículo aduce la escasez de recursos, tiempo y capacidad profesional, uno podría argumentar que es preferible lidiar con estos temas por medio de la rama ejecutiva en lugar de hacerlo con comisiones de la verdad o tribunales. No obstante, como se discutió, eliminar los asuntos económicos del ámbito de estos mecanismos es una opción que excede lo meramente pragmático. Implica un relato particular del conflicto y disponer de un discurso reducido para discutir las reclamaciones y de un vocabulario limitado para obtener reparaciones. El poder de los mecanismos de la justicia transicional para definir la injusticia o la violación debería provocar una cuidadosa interrogación de la historia narrada o de la manera en que esta es "corregida" durante la transición.

## VIII. La continuación de lo estructural y la renovación de la violencia física

Aunque determinar la causalidad o producir datos empíricos definitivos sobre el tema tratado es difícil, una creciente literatura intentar abordar la relación entre lo económico y la guerra, a menudo concentrándose en la desigualdad y en el conflicto civil. Como parte del "paquete" del posconflicto, las instituciones de la justicia transicional pueden ser conceptualizadas menos como un puente entre el pasado y el presente o como una medida de conmemoración, y más como una herramienta para la prevención del conflicto o como la interrupción de una serie continua de incidentes de violencia. Si se los examina

en que el Estado ha optado por retratar los asuntos de la tierra tiende a borrar la posibilidad de divisiones en los recursos coloniales y, en particular, de las divisiones entre hutus y tutsis. "Política de tierras".

desde esta perspectiva, la importancia de los factores económicos se incrementa de manera dramática. Cuando eliminan las cuestiones económicas de la justicia transicional, la literatura y las instituciones hacen invisibles las causas económicas del conflicto, pero también ignoran que la situación económica de la posguerra puede renovar la violencia, porque persistan los agravios del pasado o por mor de la mala distribución actual. Además, así se puede eliminar el examen del papel de estados extranjeros o de empresas multinacionales en el conflicto, y conseguir que los desequilibrios estructurales transnacionales parezcan irrelevantes en lo que respecta a la violencia interna o a la represión.

Como se le ha prestado mayor atención a la naturaleza cíclica de la violencia, parece prudente que la justicia del posconflicto y la reconciliación deban igualmente considerar los mecanismos destinados a la prevención del conflicto. En este contexto, un vínculo entre una precaria mejora económica después de la transición y la narración parcializada acerca de la violencia estructural y de la desigualdad económica por parte de los mecanismos de la justicia transicional induce a reconsiderar las posibles consecuencias de estas tendencias sobre la resolución de conflictos. Si ignoran las raíces más profundas del conflicto, la relación entre la desigualdad y la reconciliación, y las injusticias de la mala distribución, los mecanismos de la justicia transicional pueden contribuir activamente a la aparición de nuevos brotes de violencia. Incluso si la transformada economía de posguerra y la sociedad desempeñan un papel más directo en la posibilidad de una violencia futura que el que desempeña la investigación de las causas profundas del conflicto, el énfasis de la justicia transicional en descubrir el pasado sugiere la necesidad de incluir las bases económicas de la guerra en el análisis de la historia reciente[86]. La pretendida neutralidad del discurso, la creencia explícita en un derecho despolitizado y los prejuicios acerca de las jerarquías de las normas de derechos humanos se combinan para enmascarar la posibilidad de que las instituciones de la justicia transicional puedan atizar los conflictos que esperan resolver.

La literatura sobre los aspectos económicos de la guerra civil y la violencia se encuentra dividida. Se han desatado debates acerca de la relación del crecimiento económico con la paz, los efectos de la desigualdad o de la pobreza en un potencial brote de violencia, la existencia de una "trampa del conflicto" y la

86 La importancia de entender las causas fundamentales es en sí misma objeto de debate. Susan Woodward sostiene que la naturaleza tranformadora de la guerra significa que "una paz sostenible exige abordar la realidad creada por la guerra —los resultados, no las causas". Susan L. Woodward, "Do the Root Causes of Civil War Matter? On Using Knowledge to Improve Peacebuilding Interventions", *Journal of Intervention and Statebuilding* 1, n.º 2 (2007): 143-170.

solidez de los resultados empíricos en cualquier tema relacionado[87]. La pregunta acerca de si la codicia o las reclamaciones, la desigualdad horizontal o vertical, o el crecimiento o la recesión pueden considerarse causas y sostenes de la violencia se conecta con un conjunto de preguntas que exceden el ámbito de este artículo. No obstante, los desarrollos en el campo de lo económico y la guerra pueden influenciar la literatura y las instituciones de la justicia transicional en una variedad de formas. Robert Meister nos llama la atención sobre el hecho de que "[l]a literatura reciente sobre la justicia transicional […] no está conectada con la medición y la superación de los efectos persistentes de las ventajas injustas del pasado en las relaciones sociales y económicas bajo el nuevo régimen"[88].

Pero ambos campos permanecen divorciados uno del otro, y así fomentan la idea de que la justicia transicional puede contribuir a estabilizar el futuro resolviendo el pasado, mientras ignora las desigualdades profundas y perdurables o las relaciones socioeconómicas que bien pueden alimentar la violencia en curso.

La ayuda para el desarrollo puede favorecer la violencia estructural de una sociedad, si apoya las divisiones socioeconómicas y ayuda a crear conflictos violentos[89]. La desigualdad en la disposición de recursos o la desigual distribución de la ayuda para el desarrollo pueden fomentar el conflicto en países inestables. Con el fin de participar plenamente en el proceso de reconstrucción, las organizaciones y los individuos involucrados con los mecanismos transicionales pueden beneficiarse de examinar las circunstancias de desarrollo en el terreno y la manera en que el desarrollo, la justicia, los derechos humanos y otros temas pueden estimular la desestabilización de la situación política. Los procesos de desarrollo dependen en cierta medida de la estabilidad política, que es parcialmente reforzada por las actividades de reconciliación. La reconciliación puede desenvolverse con más eficacia si los procesos de desarrollo no socavan la frágil paz local[90].

Trabajos recientes en materia de análisis del conflicto y seguridad humana han observado que las aparentes causas étnicas, raciales o religiosas del conflicto

87 Algunos ejemplos de intervenciones en esta controvertida área: Astri Suhrke y Julia Buckmaster, "Aid, Growth and Peace: A Comparative Analysis", *Conflict, Security and Development* 6, n.º 3 (2006): 337-363; Paul Collier, *Breaking the Conflict Trap: Civil War and Development Policy* (Nueva York: Banco Mundial, 2003); Frances Stewart, *WIDER Annual Lecture 5: Horizontal Inequalities: A Neglected Dimension of Development* (Helsinki: United Nations University World Institute for Development Economics Research, 2002).

88 Meister, "Human Rights", 97.

89 Véase, en general, Uvin, *Aiding Violence*.

90 Karen Brouneus, *Reconciliation: Theory and Practice for Development Cooperation* (Estocolmo: Swedish International Development Cooperation Agency, 2003).

civil pueden enmascarar orígenes económicos[91]. El uso de la identidad para inspirar la violencia o para movilizar sectores de la ciudadanía en apoyo de un gobierno o de un movimiento insurgente o de liberación reclama una atención más profunda a las causas estructurales y políticas del conflicto. Disponer la reconciliación o los mecanismos de búsqueda de la verdad recurriendo a la terminología del conflicto, en lugar de indagar por el significado subyacente de esos términos es correr el riesgo de crear un mecanismo de posconflicto que utilice el mismo discurso que los combatientes. Como sugiere Richard Wilson, "[j]uzgar el pasado con sus propios términos contaminó [en Sudáfrica] la nueva concepción democrática de la justicia. La exclusión de crímenes que fueron legales bajo el *apartheid* creó una falsa distinción entre los aspectos normativos del autoritarismo racial y las formas ilegales de coerción violenta, cuando de hecho el uno implicaba al otro"[92].

Estos temas son particularmente importantes en cualquier área donde la distribución de la tierra y la conquista colonial sigan desempeñando un rol significativo en los conflictos contemporáneos. La "realidad" de un sistema económico anterior palidece en comparación con la manera en que este ha sido inmortalizado, y "los sistemas de tierras recordados pueden ser utilizados para forjar las diferencias sociales en la actualidad"[93]. En Ruanda, el doble silencio sobre la relación entre etnia y distribución de recursos y sobre el papel de estos factores en el genocidio puede hacer que resulte difícil una reconciliación sostenible, sobre todo si se asume el tropo de la justicia transicional según el cual la conmemoración y la narrativa ayudan a estabilizar la nueva sociedad, recordando el pasado. Una encuesta realizada en el 2001 indicó que los problemas relacionados con la tierra, en Ruanda, "se consideran los factores más graves y los más negativos que impiden una paz duradera"[94].

El caso de Ruanda constituye uno de los muchos ejemplos de la interacción entre el conflicto, la distribución de recursos, la justicia transicional y la posibilidad de una violencia renovada. Cuando la transición "termina" sin abordar estos puntos fundamentales, las instituciones de la justicia transicional pueden permitir una reanudación de la violencia física basada en la continuación tácita

91 Bernard Wood, *Development Dimensions of Conflict Prevention and Peace Building: An Independent Study Prepared for the Emergency Response Division* (Nueva York: UN Development Programme, 2001).

92 Wilson, *Politics of Truth*, 207.

93 Chris Huggins y Johan Pottier, "Land Tenure, Land Reform, and Conflict in Sub-Saharan Africa: Towards a Research Agenda", en *From the Ground Up: Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, Chris Huggins y Jenny Clover, eds. (Johannesburgo: Institute for Security Studies, 2005), 385.

94 Wyss, *A Thousand Hills for 9 Million People*, 17.

de la violencia estructural. El acto mismo de reducir los parámetros con arreglo a los cuales se cuenta la historia, se concibe la reconciliación, se narra el pasado o se define la justicia puede incitar un conflicto.

## Conclusión: confrontando la ceguera

El papel de los actores internacionales en el proceso de difusión de las ideas y de los ideales del "movimiento" de la justicia transicional no ha sido explorado a fondo en la literatura, tal vez (al menos en parte) debido a la tendencia de los analistas y los excomisionados a convertirse en consultores en lugar de críticos totalmente externos al proyecto. Por lo tanto, en vez de ofrecer una exploración crítica de la influencia de un área en otra o del resultado de ciertos patrones de invisibilidad, la literatura tiende al discurso de la "caja de herramientas" o de las "lecciones aprendidas" en un área en particular.

Este análisis del proyecto internacional de la justicia transicional no se basa en las nociones de mala fe o de mala intención, más bien, toma como punto de partida la idea de que las creencias nobles de sus agentes pueden conducirlos a favorecer involuntariamente consecuencias indeseadas, por ejemplo, a reforzar la desigualdad. Los efectos de la mundialización del fenómeno de la justicia transicional, que comprende un conjunto de actores internacionales que coadyuvan en esta diseminación, pueden ser mucho más amplios y profundos de lo que se entiende actualmente. Cada una de las subcomunidades interesadas en la justicia transicional trae una serie de tareas de interés particular para la conformación de un mecanismo, un interés en su construcción o un discurso acerca de su constitución. Todas tienden a no darse cuenta de que contribuyen a *gobernar* la transición misma, a pesar de ayudar ellas a dar forma, a veces de manera estrecha, al sentido internacional de los elementos de la reconstrucción después del conflicto, y a definir los resbaladizos términos *verdad, justicia* y *reconciliación*.

Los formuladores de políticas, por su parte, pueden considerar la idea de que la construcción de comisiones de la verdad, las recomendaciones de efectuar reparaciones o el establecimiento de tribunales tienen efectos políticos diferentes de esos "bienes" aceptados que consisten en contar la verdad, conmemorar, superar la impunidad o fomentar la reconciliación. Las discusiones pueden ocuparse de problemas como las relaciones entre el derecho internacional y las amnistías, las ventajas y desventajas de la justicia en relación con el establecimiento de la verdad o los mecanismos técnicos que mejor pueden subsanar la falta inherente de un debido proceso, pero raras veces se involucran en cuestiones como las

relaciones de poder, la fetichización del derecho por parte de la comunidad en posconflicto o los intereses ideológicos que pueden sustentar la repentina preferencia por una idea de reconstrucción sobre todas las demás.

Una vez vista como un fenómeno global y no como un conjunto aislado de instituciones o de sucesos, la justicia transicional se convierte en una empresa, una práctica y un proyecto para ser analizados en un marco más amplio. Al examinar sus patrones de exclusión, podemos empezar a entender sus preocupaciones políticas internas. La invisibilidad de lo económico en la discusión de la transición no es evidencia de una conspiración consciente y concertada, pero no puede ser considerada una coincidencia. La narración del pasado como una historia de represión política, más que como una de presión económica, o la idea de la transición como una ruptura dramática entre un "mal" régimen y uno "bueno", por sí misma, constriñe las posibilidades de imaginar la redistribución. Este artículo ofrece una perspectiva crítica de la literatura y de las instituciones del campo, pero es simplemente un punto de partida para una conversación más amplia. En lugar de ofrecer sugerencias programáticas para resolver los problemas que examina, este artículo se basa en la intuición de que debemos revelar y desenredar los sesgos existentes y sus efectos; es el primer paso hacia su corrección.

La justicia transicional se basa en una serie de promesas dirigidas a la sociedad y a los individuos: la de un Estado reformado, la de la rendición de cuentas, la de la reconciliación, la de los derechos y, fundamentalmente, la del cambio. Las instituciones de la justicia transicional son, en la base, instituciones de definición. Sirven no sólo para figurar el pasado y el futuro, sino también para definir la violación y el crimen, la víctima y el perpetrador, la injusticia y la moralidad. Demarcan los límites de las exigencias que le han de resultar aceptables a una ciudadanía a la que recién se le han reconocido sus derechos, y se narran a sí mismas como instrumentos de justicia, voluntad política, estabilidad y paz. La literatura y las instituciones de la justicia transicional, como campo "hijo" de los derechos humanos, están comenzando el proceso de llegar a un acuerdo con la invisibilidad pasada de los asuntos económicos. Sin embargo, con el fin de abordar plenamente los asuntos planteados, la justicia transicional debe ser entendida como un experimento fundamentalmente político, como un conjunto de mecanismos que "toman partido" en el funcionamiento de un nuevo Estado y como un conjunto de instituciones independientes e instituciones guiadas por las prioridades de un nuevo Estado y de la comunidad internacional. Si el campo de la justicia transicional quiere comprometerse con los problemas descritos en este artículo, debe hacerlo con los ojos abiertos, no sólo superando

la ceguera del pasado, sino también contemplando los posibles sesgos del futuro. Como proyecto de definición, la justicia transicional no puede permanecer alejada de las consecuencias distributivas de la inclusión o exclusión de asuntos particulares. Si los asuntos económicos han de permanecer separados, deben articularse; si van a ser incluidos dentro del alcance de la justicia, los actores y los académicos comprometidos con el proyecto deben prestar especial atención tanto a las modalidades anteriores de la construcción de la invisibilidad como a la superación de tal ceguera.

## Referencias

Acuña, Carlos. "Transitional Justice in Argentina and Chile: A Never Ending Story?". En *Reparation and Retribution in the Transition to Democracy*, editado por Jon Elster. Nueva York: Columbia University Press, 2006.

Amnesty International. *World Report: Rwanda*. Londres: Amnesty International, 2006.

Arbour, Louise. "Economic and Social Justice for Societies in Transition". Documento presentado en la Segunda Conferencia Anual de Justicia Transicional, Center for Center for Human Rights and Global Justice de New York University e International Center for Transitional Justice, Nueva York, 25 de octubre del 2006.

Asmal, Kader. "Truth, Reconciliation and Justice: The South African Experience in Perspective". *Modern Law Review* 63, n.º 1 (2000).

Barkan, Elazar. *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Nueva York: W. W. Norton, 2000.

Bass, Gary. *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

Biggar, Nigel. "Conclusion". En *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice After Civil Conflict*, editado por Nigel Biggar. Washington, D. C.: Georgetown University Press, 2005.

Brouneus, Karen. *Reconciliation: Theory and Practice for Development Cooperation*. Estocolmo: Swedish International Development Cooperation Agency, 2003.

Buergenthal, Thomas. "The UN Truth Commission for El Salvador". *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27, n.º 3 (1994): 497-544.

Chapman, Audrey y Patrick Ball. "The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala". *Human Rights Quarterly* 23, n.º 1 (2011).

Collier, Paul. *Breaking the Conflict Trap: Civil War and Development Policy*. Nueva York: Banco Mundial, 2003.

Desforges, Alison. *Leave None to Tell the Story*. Nueva York: Human Rights Watch, 1999.

Du Pisani, Jacobus A. y Kwang-Su Kim. "Establishing the Truth about the Apartheid Past: Historians and the South African Truth and Reconciliation Commission". *African Studies Quarterly* 8, n.º 1 (2004).

Elster, Jo. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Nueva York: Cambridge University Press, 2004.

Fiss, Owen. "Human Rights as Social Ideals". En *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, editado por Carla Hesse y Robert Post. Nueva York: Zone, 1999.

Front Line Rwanda. *Front Line Rwanda: Disappearances, Arrests, Threats, Intimidation, Co-option of Human Rights Defenders, 2001-2004*. Dublín: Front Line, 2005.

Galanter, Marc. "Righting Old Wrongs". En *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair*, editado por Nancy L. Rosenblum. Princeton: Princeton University Press, 2002.

Galtung, Johan. "Violence, Peace, and Peace Research". *Journal of Peace Research* 6, n.º 3, (1969): 167-191.

Gross, Aeyal M. "The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel". *Stanford Journal of International Law* 40, n.º 1 (2004): 47-104.

Hayner, Priscilla. *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York: Routledge, 2001.

Humphrey, Michael. *The Politics of Atrocity and Reconciliation: From Terror to Trauma*. Londres: Routledge, 2002.

Huggins, Chris y Jonah Pottier. "Land Tenure, Land Reform and Conflict in Sub-Saharan Africa: Towards a Research Agenda". En *From the Ground Up: Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, editado por Chris Huggins y Jenny Clover. Johannesburgo: Institute for Security Studies, 2005.

Human Rights Watch. *Struggling to Survive: Barriers to Justice for Rape Victims in Rwanda*. Nueva York: Human Rights Watch, 2004.

Kennedy, David. *The Dark Sides of Virtue*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

Kritz, Neil. "The Dilemmas of Transitional Justice". En Kritz, *Transitional Justice*, vol. 3.

Kritz, Neil, ed. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 vols. Washington, D. C.: United States Institute of Peace Press, 1995.

Leebaw, Bronwyn Anne. "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice". *Human Rights Quarterly* 30, n.º 1 (2008): 95-118.

Magarrell, Lisa. "Reparations for Massive or Widespread Human Rights Violations: Sorting Out Claims for Reparations and the Struggle for Social Justice". *Windsor Yearbook of Access to Justice* 22 (2003).

Mamdani, Mahmood. "The Truth According to the Truth and Reconciliation Commission". En *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, editado por Ifi Amadiume y Abdullahi An-Naim. Nueva York: Zed, 2000.

McEvoy, Kieran. "Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice". *Journal of Law and Society* 34, n.º 4 (2007).

Meister, Robert. "Human Rights and the Politics of Victimhood". *Ethics and International Affairs* 16, n.º 2 (2002): 91-108.

Miller, Zinaida. *Constructing Sustainable Reconciliation: Land, Power, and Transitional Justice in Post-Genocide Rwanda*. Ciudad del Cabo: Institute for Justice and Reconciliation, 2007.

Minow Martha. "The Work of Re-Membering: After Genocide and Mass Atrocity". *Fordham International Law Journal* 23, n.º 2 (1999): 429-439.

Minow Martha. "Innovating Responses to the Past: Human Rights Institutions". En *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice After Civil Conflict*, editado por Nigel Biggar. Washington, D. C.: Georgetown University Press, 2005.

Minow Martha. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Atrocity*. Boston: Beacon, 1998.

Musahara, Herman y Chris Huggins. "Land Reform, Land Scarcity and Post-Conflict Reconstruction: A Case Study of Rwanda". En *From the Ground Up: Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, editado por Chris Huggins y Jenny Clover. Johannesburgo: Institute for Security Studies, 2005.

Mutua, Makau. "Hope and Despair for a New South Africa: The Limits of Rights Discourse". *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997).

Nagy, Rosemary. "Transitional Justice as Global Project: Critical Reflections". *Third World Quarterly* 29, n.º 2 (2008).

Ntsebeza, Dumisa. "The Legacy of the Truth and Reconciliation Commission". En *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity*, editado por Charles Villa-Vicencio y Erik Doxtader. Trenton: Africa World Press, 2003.

Osiel, Mark. *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*. Nueva Jersey: Transaction, 1999.

Paris, Roland. *At War's End: Building Peace After Civil Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Pottier, Johan. *Re-Imagining Rwanda: Conflict, Survival and Disinformation in the Late Twentieth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Rombouts, Heidy. *Victim Organisations and the Politics of Reparation: A Case Study on Rwanda*. Antwerp: Intersentia, 2004.

Roth, Kenneth. "Defending Economic, Social, and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization". *Human Rights Quarterly* 26, n.º 1 (2004).

Roht-Arriaza, Naomi. "Reparations: Decisions and Dilemmas". *Hastings International and Comparative Law Review* 27, n.º 2 (2004): 157-220.

Roht-Arriaza, Naomi. *The Pinochet Effect: Transitional Justice in the Age of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005.

Roht-Arriaza, Naomi y Javier Mariezcurrena, eds. *Transitional Justice in the Twenty-first Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Scheffer, David J. "The Tool Box, Past and Present, of Justice and Reconciliation for Atrocities". *American Journal of International Law* 95, n.º 4 (2001).

Sriram, Chandra Lekha. "Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges". *Berkeley Journal of International Law* 23, n.º 2 (2005).

Stewart, France. *WIDER Annual Lecture 5: Horizontal Inequalities: A Neglected Dimension of Development*. Helsinki: United Nations University World Institute for Development Economics Research, 2002.

Straus, Scott. *The Order of Genocide: Race, Power, and War in Rwanda*. Ithaca: Cornell University Press, 2006.

Suhrke, Astri y Julia Buckmaster. "Aid, Growth and Peace: A Comparative Analysis". *Conflict, Security and Development* 6, n.º 3 (2006): 337-363.

Teitel, Ruti. *Transitional Justice*. Nueva York: Oxford University Press, 2002.

Teitel, Ruti. "Transitional Justice Genealogy". *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 71-72.

Torpey, John. "Making Whole What Has Been Smashed: Reflections on Reparations". *Journal of Modern History* 73, n.º 2 (2001): 333-358.

Terreblanche, Sampie. *A History of Inequality in South Africa, 1652-2002*. Pietermaritzburg: University of Natal Press, 2002.

Uvin, Peter. *Aiding Violence: The Development Enterprise in Rwanda*. West Hartford: Kumarian Press, 1998.

Uvin, Peter. "Reading the Rwandan Genocide". *International Studies Review* 3 (2001): 75-99.

Van der Merwe, Hugo. "National and Community Reconciliation: Competing Agendas in the South African Truth and Reconciliation Commission". En *Burying the Past: Making Peace and Doing Justice After Civil Conflict*, editado por Nigel Biggar. Washington, D. C.: Georgetown University Press, 2005.

Woodward, Susan L. "Do the Root Causes of Civil War Matter? On Using Knowledge to Improve Peacebuilding Interventions". *Journal of Intervention and Statebuilding* 1, n.º 2 (2007): 143-170.

Wilson, Richard. "Justice and Legitimacy in the South African Transition". En *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*, editado por Alexandra Barahona de Brito, Carmen González-Enríquez y Paloma Aguilar. Nueva York: Oxford University Press, 2001.

Wilson, Richard. *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*. Nueva York: Cambridge University Press, 2001.

Wood, Bernard. *Development Dimensions of Conflict Prevention and Peace Building: An Independent Study Prepared for the Emergency Response Division*. Nueva York: UN Development Programme, 2001.

Wyss, Kathrin. *A Thousand Hills for 9 Million People - Land Reform in Rwanda: Restoration of Feudal Order or Genuine Transformation?* Berna: Swisspeace, 2006.

# EL JUICIO DEL SEXO EN TIEMPOS DE GUERRA*

Karen Engle**

*¿Qué es lo que significa… la violación? Cuando pronuncié la palabra*
*en voz alta por primera vez sentí escalofríos en la columna vertebral.*
*Ahora puedo pensar y escribir sobre eso sin que la mano me tiemble,*
*decirlo en voz alta para acostumbrarme a oírlo.*
*Suena como el peor de los males, el fin de todo… Pero no lo es.*

Anónimo, *Una mujer en Berlín*

*En general me molesta cuando alguien*
*dice "mujer violada": eso lastima a una persona,*
*ser marcada solamente como una mujer violada,*
*como si no tuvieras otras características,*
*como si esa fuera tu única identidad.*

Jueza Nusreta Sivac

*A nadie se le puede hacer nada si no lo acepta…*

Ernest Hemingway, *Por quién doblan las campanas*

Suele decirse que la violación es un destino peor que la muerte. Desde tiempo atrás se ha empleado la violación como instrumento de guerra, y ha sido definida por el derecho internacional humanitario como un crimen grave, incluso capital. Pese al desacuerdo existente sobre el significado de la violación y la prueba necesaria para condenar a una persona por tal delito, actualmente la opinión de que la violación es lesiva para la mujer es objeto de un amplio consenso. A menudo, los defensores de una mayor protección legal contra la violación argumentan que esta les trae vergüenza tanto a las mujeres que la han sufrido como a las comunidades a las que ellas pertenecen. De este modo, al poder de la violación como arma de guerra se le añade la vergüenza que produce. Sin embargo, no en todas las guerras se ha utilizado la violencia sexual como instrumento. En este sentido, no es ni universal ni inevitable, como lo ha demostrado recientemente

* Traducción al castellano de Agustina Ramón Michel del original en inglés de Karen Engle "Judging Sex in War", *Michigan Law Review* 106 (abril del 2008): 941-962. Las traducciones de extractos de obras en inglés incluidas en este artículo son propias, salvo las de Ernest Hemingway, *Por quién doblan las campanas*, y George Orwell, *Homenaje a Cataluña*, que proceden de ediciones en castellano.

** Minerva House Drysdale Regents Chair in Law, University of Texas at Austin. Fundadora y codirectora del Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights & Justice, University of Texas at Austin.

la politóloga Elisabeth Wood[1]. Si la violación en tiempos de guerra no es inevitable, tampoco lo es la vergüenza, a menudo considerada su compañera.

Con el objetivo de demostrar que el rol de la mujer en la guerra no se limita al de víctima, en este trabajo me remito a *Por quién doblan las campanas*, la novela de Ernest Hemingway ambientada en la Guerra Civil Española, y a otras narraciones que tratan la violencia sexual en los conflictos armados. Mostrando cómo los personajes y sujetos de estas narraciones ofrecen distintas posibilidades de imaginar el daño que produce la violación, busco animar tanto a las feministas como a los humanistas a cuestionar la presunción de que las mujeres que han sido violadas durante la guerra quedan destruidas irremediablemente. Al concebir la violación como un destino peor que la muerte, en parte por el daño que genera la vergüenza, las feministas y los humanistas a menudo exacerban la vergüenza que intentan aliviar. Cuando se hipervisibilizan las violaciones[2] en masa en un contexto de guerra, la violación corre el riesgo de convertirse en lo único que define a todas las mujeres sometidas a la guerra.

Aunque por largo tiempo la violación ha sido considerada un delito, en los últimos quince años se han renovado los esfuerzos por definir la violación ocurrida en la guerra como un crimen internacional y asegurar su persecución. Estas iniciativas, encabezadas en gran parte, aunque no exclusivamente, por feministas occidentales, se han alineado con el desarrollo de nuevos mecanismos internacionales destinados a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, entre ellos cortes internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY).

En otra parte he analizado el tratamiento judicial de la violación por parte del TPIY y he argumentado que su jurisprudencia, tal vez sin intención y ante la insistencia de muchas feministas, ha coadyuvado a limitar las narraciones acerca del lugar de las mujeres en la guerra, negándoles su agencia sexual, política y militar[3]. Durante y después del conflicto en Bosnia y Herzegovina, por ejemplo, muchas feministas tendían a retratar a todas las mujeres —especialmente a las mujeres musulmanas de Bosnia— como potenciales víctimas sexuales, y negaban al mismo tiempo la posibilidad de su participación política y militar

1 Elizabeth Wood, "Variation in Sexual Violence during War", *Politics and Society* 34 (septiembre del 2006): 307-341.

2 Doris Buss, "Rethinking Rape as a Weapon of War". *Feminist Legal Studies*, n.º 17 (julio del 2009): 145-163.

3 Karen Engle, "Feminism and Its (Dis)contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina", *The American Journal of International Law* 99 (octubre del 2005): 778-816.

en el conflicto. Todos los hombres —pero en particular los hombres serbios— fueron vistos como potenciales agresores sexuales, mientras que la posibilidad de relaciones sexuales consentidas entre personas de bandos opuestos resultaba inconcebible. En una serie de decisiones que, en general, son consideradas progresistas, el TPIY definió la violación como un crimen de guerra y, en un caso, como uno de lesa humanidad[4]. Sin embargo, estas decisiones han servido para reproducir muchas suposiciones sobre la (falta de) agencia de las mujeres. Por medio de sus reglas relativas a la prueba del consentimiento y a la equiparación de la violación con la tortura, el TPIY ha creado una jurisprudencia que definió el sexo entre bandos enfrentados, en gran medida, como algo criminal.

*Por quién doblan las campanas* ofrece un lente a través del cual se pueden observar experiencias sexuales y de la guerra mucho menos esencialistas de las que, en general, han aparecido en las decisiones del TPIY. Hemingway ofrece un relato de guerra que está inusualmente abierto a las ambivalencias del acto de matar, del valor y la amenaza que supone el sexo durante la batalla, del significado de la vida y la muerte y de la propia misión en esos tiempos. De esta forma, la novela de Hemingway me permite identificar la supresión de ciertos tipos de narraciones en las decisiones del TPIY y sugerir nuevos contornos para algunas de las historias que, de hecho, aparecieron en los testimonios expuestos ante este tribunal. No pretendo uniformar todas las relaciones sexuales que ocurren en tiempos de guerra[5], ni sugerir que los relatos literarios —de ficción y no ficción— son necesariamente más poderosos que los relatos jurídicos. Más bien, espero convencer a los activistas del derecho de la necesidad de admitir representaciones del sexo y de la guerra más matizadas, y disuadirlos de la idea de que en un sistema judicial es necesaria la supresión de estos matices.

## I. El contexto histórico de Hemingway

Entre 1936 y 1939 las fuerzas rebeldes fascistas, con el apoyo eventual de Italia y Alemania, terminaron con la Segunda República Española. Esta victoria militar marcó el inicio de la dictadura franquista.

La Guerra Civil Española atrajo el interés y la participación de hombres y mujeres del interior y del exterior de España, y ofreció, literalmente, un campo de

4 Caso n.º IT-96 23&23/1, Fiscal contra Kunarac, 12 de junio del 2002 (Kovac, Vukovic). Caso n.º IT-95-17/1, Fiscal contra Furundzija, 21 de julio del 2000.

5 Una descripción de las formas y la magnitud en que la violencia sexual en contra de las mujeres ha variado a lo largo de las guerras puede encontrarse en Wood, "Variation": 307-341.

batalla para los que querían luchar a favor de distintas versiones del fascismo, el antifascismo, el anarquismo, el marxismo y el comunismo. Así fue que muchas mujeres participaron en la guerra sirviendo como enfermeras, combatientes de las milicias, integrantes de partidos políticos o colaboradoras filantrópicas. Por ejemplo, la primera voluntaria británica que murió en batalla fue Felicia Browne, una artista comunista que luchó en la milicia a comienzos de la guerra[6]. Una de las líderes comunistas españolas fue Dolores Ibárruri Gómez, conocida como La Pasionaria. Durante un discurso que fue transmitido por radio en julio de 1936 Ibárruri pronunció la que luego se convertiría en una invocación famosa para los republicanos: "Más vale morir de pie que vivir de rodillas. ¡No pasarán!"[7]. En la novela de Hemingway uno de los combatientes republicanos admira a La Pasionaria y repite algunas de sus líneas durante la que resultará ser su última batalla[8].

Ernest Hemingway y George Orwell fueron dos de los muchos periodistas que arribaron a España para luchar por la República. Mientras Hemingway viajó con las Brigadas Internacionales dirigidas por los comunistas, Orwell se unió a las trincheras lideradas por un grupo de milicianos marxistas. Cada uno registró sus experiencias de diferentes maneras: Orwell en una obra de no ficción titulada *Homenaje a Cataluña* y Hemingway en una de sus novelas más célebres, *Por quién doblan las campanas*.

6 Angela Jackson, "The Clarion Call: Women and the Spanish Civil War" (conferencia, Belfast Institute of Further and Higher Education, Día Internacional de la Mujer, marzo del 2006), http://irelandscw.com/misc-iwdlecture.htm. La presentación de Angela Jackson discute la participación de las mujeres británicas en la guerra. Por su parte, Gerda Taro, la primera fotógrafa que murió en las líneas de batalla —tras el ataque de un tanque militar, en 1937— capturó una serie de imágenes increíbles de mujeres combatientes. Estas y otras fotografías tomadas por Taro fueron exhibidas en el International Center of Photography en Nueva York. Véase Irme Schaber *et al*., *Gerda Taro* (Nueva York: International Center of Photography, 2007).

7 Dolores Ibárruri, *They Shall Not Pass: The Autobiography of La Pasionaria* (Nueva York: International Publishers, 1966). Dolores Ibárruri se convirtió en secretaria general y luego en presidenta del Partido Comunista de España. Ocupó este último cargo hasta su muerte en 1989. Véase Paul Hofman. "Obituaries: Dolores Ibárruri, 'La Pasionaria' of Spanish Civil War, dies at 93. An indomitable leftist", *New York Times*, 13 de noviembre de 1989; y Branko Lazić y Milorad Drachkovitch, *Biographical Dictionary of the Comintern* (California: Hoover Institution, 1986). Para conocer más acerca de su extraordinaria vida y su carrera véase Andrés Sorel, *Dolores Ibárruri, "Pasionaria": memoria humana* (Madrid: Exadra, 1989).

8 Ernest Hemingway, *Por quién doblan las campanas* (Barcelona: Debolsillo, 2011), 368, 383. El personaje de Joaquín repite la declaración de La Pasionaria que expresa que es mejor morir de pie que vivir de rodillas, consigna que motiva la discusión entre republicanos durante la última batalla de Sordo (368-383). Algunos republicanos cuestionan el compromiso de La Pasionaria con la República: señalan que su hijo vive en Rusia, "estudiando la dialéctica", en lugar de luchar en España (368). Joaquín repite para sí la línea momentos antes del ataque fatal, pero termina con el "ave María" (381).

Ambos libros ofrecen relatos poderosos sobre el día a día, incluso hora a hora, de la vida en tiempos de guerra. El relato de Orwell empieza en diciembre de 1936, fecha en la que se une a la milicia, y concluye a mediados de mayo de 1937, con su lesión y su abrupta partida de España, cuando la organización para la que luchaba comenzó a ser acusada de traición y de fascismo. Orwell nos presenta los diversos desacuerdos y conflictos sangrientos que tuvieron lugar en el interior de la izquierda de la República, muchos de los cuales reconoce haber presenciado en medio de la guerra. Hemingway, por su parte, nos sumerge en el amor, el odio, el sexo, la esperanza y la desesperación durante tres días de batalla en la primavera de 1937.

A pesar de que las mujeres desempeñaron un papel importante en la guerra, en el libro de Orwell tiene relevancia sólo una, su esposa, que aparece en repetidas ocasiones. Ella es enfermera, pero en general está situada en la retaguardia, en Barcelona, ya sea que él esté en la ciudad junto a ella o lejos, luchando en el frente. Orwell[9] observa que, si bien en los primeros días de la guerra muchas mujeres lucharon junto a los hombres, eran pocas las que permanecían en las milicias cuando él llegó a la escena, varios meses más tarde[10]. Por ello no encontramos, en su obra, mujeres en el campo de batalla.

Por el contrario, dos mujeres son figuras centrales del relato de Hemingway. Estas mujeres juegan un papel importante en las operaciones de guerrilla que se narran. El retrato que Hemingway hace de ellas desafía los estereotipos acerca del sexo y el género en la guerra. La novela admite una útil comparación con otros relatos sobre mujeres en tiempos de guerra, entre ellos los de la jurisprudencia internacional.

## II. Sexo y género en Por quién doblan las campanas

Hemingway describe con gran detalle tres días y medio detrás de las líneas fascistas. La guerra ya está en marcha, y él relata las vidas actuales de los personajes y los recuerdos de los primeros días del conflicto. El protagonista es Robert Jordan, un profesor de español de la Universidad de Montana, que lucha en el frente de la República durante su año sabático. Ha sido enviado a lo que, desde el principio, todos creemos será una misión mortal: volar un puente detrás de las líneas

9 George Orwell, *Homenaje a Cataluña*, Miguel Temprano, trad. (Barcelona: Debate, 2011).

10 Irónicamente, Ibárruri misma animó a las mujeres a regresar a sus roles tradicionales en el hogar después de los primeros meses de la guerra (Jackson, "The Clarion Call").

enemigas. Dos personajes femeninos juegan un papel importante en la historia, y expresan el poder sexual y político de una manera que desafía las narrativas dominantes acerca de las mujeres en la guerra, incluidas las de muchas feministas. Pilar es la amante de Pablo, un líder implacable de la guerrilla. También es la examante de un torero. Rafael, un personaje apodado El Gitano, describe a Pilar como "una salvaje […]. Una auténtica salvaje. Si Pablo te parece feo espera a verla a ella. Es valiente. Cien veces más que Pablo. Pero también una salvaje" (43). Pilar también dice de sí misma que es fea. Pero es fuerte y decidida, y durante un tiempo Pablo la nombra comandante de la misión guerrillera. Al menos en esta misión, Pilar está muy involucrada con el campamento republicano. Realiza una serie de trabajos más variados que la mayoría de los hombres: cocina, cuida el fuego, atiende a los caballos y vigila el poste cuando Pablo desaparece. Ella carga un arma.

Pilar también se preocupa profundamente por otra mujer republicana, María. Ella es el segundo personaje femenino que llegamos a conocer, pero es el primero con que nos topamos en el relato. Hemingway nos presenta a esta "muchacha" cuando, en el campamento, sale de la cueva para servirles la comida a los hombres (38). María, a diferencia de Pilar, es femenina, aunque lleva el pelo muy corto. Antes había tenido la cabeza rapada. Ella le comenta a Robert Jordan que en la cárcel le afeitaban la cabeza con regularidad. En el relato nos enteramos de que fue rescatada por un grupo guerrillero al que ahora está, literalmente, sirviendo; su rescate ocurrió en las postrimerías de la única acción importante que el grupo había llevado a cabo en los últimos meses: la explosión del tren en el que ella era trasladada. Su padre era el alcalde republicano de un pueblo. Él y su madre fueron asesinados por los fascistas. Estos mismos fascistas capturaron a María, le afeitaron la cabeza, la humillaron y la violaron. Rafael comenta: "Debería haberla visto cuando la trajimos aquí después de lo del tren. Era tan fea que se le revolvían a uno las tripas" (41). Y cuando Robert Jordan pregunta de quién es mujer, Rafael responde: "No está con nadie. Es una mujer muy rara. No quiere saber nada de nadie. Aunque es buena cocinera" (41).

En cierta medida, los personajes femeninos de Hemingway son estereotipados. Cocinan y sirven en el campamento. Si Pilar es una guerrera, María a menudo parece más doméstica. Ella permanece entre bambalinas mientras Robert Jordan diseña estrategias y evalúa la mejor manera de destruir el puente. Con frecuencia se le ordena mantenerse fuera de las discusiones sobre las operaciones militares, y es Pilar quien, en general, se lo hace saber. En este sentido, María es representada de la misma manera en que Orwell describe a su propia esposa en Barcelona.

María puede estar físicamente en el trasfondo, pero a menudo se entroniza en el centro de la mente de Robert Jordan. Él goza y al mismo tiempo teme el poder de su unión sexual y emocional con María. De hecho, a veces percibe ese vínculo como una amenaza para su habilidad guerrera. En el primer capítulo del libro declara que "no me queda tiempo para chicas" (23), y reitera ese comentario en varias oportunidades a lo largo de la historia. Así, por ejemplo, en una ocasión comienza a preocuparse por el puente y porque sus planes pueden salir mal: "¡Basta!, se dijo a sí mismo. Haz hecho el amor con esta chica y ahora que tienes la cabeza despejada, verdaderamente despejada, empiezas a preocuparte" (200). A veces parece preocuparle no pensar con claridad por estar pensando en ella.

Más adelante, el gitano Rafael desaparece de su puesto en un momento crítico. Cuando finalmente reaparece, viene cargando, orgulloso, dos liebres que ha cazado. La escena bien podría augurar la caída final de Robert Jordan. Rafael explica que las ha perseguido siguiendo sus huellas, "porque se estaban apareando en la nieve" (330), y Jordan había comenzado a llamar "conejito" a María desde la primera noche que tuvieron sexo (98). No obstante, Jordan continúa siendo guerrero y amante. Pese a que no le permitirá a María unírsele en el campo de batalla (324-325), ella lo esperará en el campamento como la esposa esperaba a Orwell en Barcelona. De vuelta en el campamento, luego de volar el puente, en su reencuentro con María, Jordan se sorprende a sí mismo: "Nunca había imaginado que uno pudiera saber que había una mujer en plena batalla…" (537).

La relación de Robert Jordan con María también lo mueve a cuestionar su disposición para morir: "María había hecho mella en su fanatismo. Hasta ahora no había afectado su resolución, pero preferiría no morir" (203). Al final también supera esa amenaza: cuando se da cuenta de que ha sufrido una herida fatal, ordena que se lleven lejos a María. Decidido a quedarse solo pese a la insistencia de ella, le asegura que seguirá viviendo a través de y con ella: "Estoy contigo —gritó Robert Jordan—. Ahora estoy contigo. Estamos juntos. ¡Vete!" (546). Estas son las últimas palabras que Robert Jordan le dice a María, mientras Pilar la conduce afuera, luego de que le negaran quedarse con el hombre al que ama.

**A. María: más que una víctima**

Una lectura del personaje de María nos revela a una mujer que ha sido y sigue siendo víctima de muchas de las maneras en que las mujeres son consideradas víctimas. En términos políticos había sido señalada por los fascistas como el enemigo, por ser hija de un republicano. Por ello la castigaron con actos sexuales y

la humillaron y marcaron rapándole la cabeza. María es una mujer maltratada, en lo sexual y en lo emocional, y este abuso la atormenta por dentro y condiciona sus relaciones a lo largo de la novela. Cuando ella le dice a Robert Jordan que "me hicieron cosas" (95) e insiste en que él no la querrá luego de conocer lo que le sucedió, él le responde que sí la quiere. "Pero algo le había ocurrido [a él] y ella lo notó" (95). Más adelante, cuando Jordan fantasea con su vida futura junto a María en Missoula, Montana, lo hace en una combinación de maneras tradicionales y otras extrañas: "Las chicas españolas son muy buenas esposas. Lo sabía porque nunca había tenido ninguna. Y, cuando recuperase su empleo en la universidad, podía ser la mujer de un profesor, y cuando los estudiantes de cuarto curso de español fuesen a fumar pipa por la tarde y tener aquellas interesantes conversaciones informales sobre Quevedo, Lope de Vega, Galdós y los demás muertos admirables, María podría contarles cómo algunos cruzados de la fe con camisa azul se habían sentado en su cabeza mientras otros le retorcían el brazo y le remangaban la falda para amordazarla con ella" (203).

Las heridas sexuales parecen ser las que han afectado más a María y las que intenta sanar con insistencia. Con el apoyo de Pilar y luego el de Robert Jordan, ella cree que podría curarse si encontrara la relación sexual y emocional adecuada. María le comenta a Jordan que Pilar le dijo "que si alguna vez amaba a alguien, lo olvidaría todo" (97). Jordan le responde: "Lo que te dijo es cierto" (97). Más adelante, Agustín, uno de los hombres del grupo que estuvo presente durante el rescate de María, trata de asegurarse de que Jordan sepa que ella no es una prostituta: "Lo que quiero decir es que María no hace esto a la ligera" (349)[11].

En cierta medida, entonces, la violación define a María; sin embargo, no es el punto final de la novela. La manera en que María se expresa política y sexualmente desafía la narrativa dominante acerca de las mujeres que han sido violadas en la guerra, incluidos los relatos que en distintas ocasiones han narrado las feministas. En efecto, María no es simplemente una víctima femenina atrapada en una guerra de hombres. Ella y Robert Jordan se saludan como camaradas. Y ella coquetea con él desde el principio. Hace de su pelo prácticamente rapado algo que tiene atractivo sexual. En su primer encuentro, lo vemos a él mirándole las manos, la cara, los dientes y la piel. Luego se detiene en su pelo, que "llevaba tan corto que parecía la piel de un castor". Ella le sonrió a Jordan "y se pasó la mano por la cabeza, alisándose el pelo que volvió a levantarse al retirar la mano" (39).

[11] Robert Jordan responde que él tampoco lo toma a la ligera: "Es por la falta de tiempo que ha habido informalidad" (349). El presagio de la muerte de Robert Jordan es implacable —apenas les quedan unos días juntos.

Poco después, él de nuevo "le mira el pelo y, cuando ella, avergonzada, se pasó la mano encima vio que era espeso, corto y ondulado como un campo de trigo mecido por el viento en la falda de una montaña" (40). ¿Está avergonzada o se trata de solamente de una proyección de él? De cualquier forma, nos damos cuenta de que en ese momento se han enamorado.

Más tarde, esa misma noche, en un espacio de la cueva que comparten con el resto del grupo, el pelo de María se convierte en la pieza clave del juego de seducción que ambos interpretan:

> "¡Qué va!" —exclamó Robert Jordan, y le pasó la mano por el pelo. Durante todo el día había querido hacerlo y ahora que lo había hecho sintió un nudo en la garganta. Ella movió la cabeza y le sonrió y él notó la dura y sedosa aspereza de la cabeza afeitada entre sus dedos. Luego su mano llegó a la nuca y se detuvo.
>
> "Hazlo otra vez" —dijo ella—. "Me apetecía que lo hicieras" (90-91).

La seducción continúa, y es María quien finalmente persigue esa noche a Jordan. Él elige descansar fuera de la cueva, lejos de los demás, y ella se le acerca mientras él duerme.

En alguna medida, María busca el amor en Robert Jordan para borrar el pasado, como Pilar le había recomendado. Pero Pilar le había sugerido algo más: "Que a nadie se le puede hacer nada si no lo acepta y que, si alguna vez amaba a alguien, lo olvidaría todo" (97). Fue respecto a esta afirmación que Jordan había expresado: "Lo que te dijo es cierto" (97). Y antes ya le había confesado: "Te quiero, María. Nadie te ha hecho nada. No pueden tocarte. Nadie te ha tocado, conejito" (96). En este encuentro advertimos que María no está destinada a quedar marcada sólo, ni siquiera especialmente, por la violación. Como si ofreciera una prueba física y emocional de su potencial futuro, María cuenta que "[m]e advirtió [Pilar] que te dijera que no estoy enferma. Ella entiende de estas cosas y me dijo que te dijera" (97). Y continúa diciendo: "Y ahora me alegro de no haber muerto. No sabes cuánto me alegro de no haber muerto" (98).

Con el pasar de los días, María aprende a hacer el amor, e incluso llega a disfrutarlo. "Yo muero cada vez. ¿Tú no?", le pregunta a Jordan luego de haber hecho el amor en un claro de la montaña (198). "No. Casi. ¿Y tú notas temblar la tierra?" (98). Y ella dice que sí. Cuando después le cuenta esto a Pilar, ella les informa a Jordan y a María que la tierra sólo se mueve tres veces en la vida, si acaso (214).

En ocasiones, María entiende la violencia sexual que experimentó, y su reacción, como parte de la batalla. Al menos dos veces le deja en claro a Robert Jordan que ella "luchó" contra quienes abusaron sexualmente de ella. Así, la primera vez que le cuenta sobre la violación, dice: "Cuando me hicieron aquello, luché hasta perder el sentido" (95). Cuando ella y Jordan deciden casarse —a pesar de que los republicanos generalmente se oponían al matrimonio—, ella insiste en que él tiene que saber, por su "propio orgullo": "Nunca me he entregado a nadie. Siempre me he defendido y siempre necesitaron al menos dos para obligarme" (415). Para ella, o para su futuro marido, esta lucha involucraba su honor sexual, pero también su honor político. María relata que, mientras lo fusilaban, su padre exclamó: "¡Viva la República!" (350). Cuando le dispararon, su madre gritó: "¡Viva mi marido, que era el alcalde de este pueblo!" (415). Y María luego dice: "Y yo deseé que me fusilaran a mí también y gritar: '¡Viva la República y vivan mis padres!'" (415). A diferencia de su madre, María habría hecho conocer sus lealtades políticas. Sin embargo, su afirmación también pone de manifiesto cierta comprensión de la correspondencia que existe entre la política y la familia.

**B. Pilar: más que una guerrera**

Igual que María, Pilar es un personaje estereotipado de distintas maneras. Es un estereotipo de aquellas mujeres a las que se les permite actuar como hombres y ser tratadas como hombres. Pilar no es sexualmente atractiva, ni tiene la necesidad de aquella protección que la vulnerabilidad de María no deja de reclamar. Aunque en ocasiones cocina y atiende a los hombres, Pilar es reconocida como comandante de la misión y reemplaza a Pablo como combatiente. Que todos en la misión la consideren poco atractiva físicamente parece favorecer su credibilidad.

No obstante, en otros aspectos, el personaje de Pilar desafía las expectativas. En particular, los recuerdos que tiene de su pasado sugieren un deseo y un poder político y sexual que en algunas ocasiones han aprovechado su condición de mujer. Pilar es intensamente sexual y habla abiertamente sobre el sexo y sus relaciones sexuales pasadas, en particular sobre una que mantuvo con un torero de quien se había enamorado años atrás en Valencia (112-113). A menudo actúa como la guía de María, animándola y aconsejándola en lo emocional y en lo sexual a propósito de su relación con Robert Jordan. Claro que, en ocasiones, ella infantiliza a María, pues se ve sí misma como su guardiana, y tal vez, incluso, la considera de su propiedad. En la misma conversación en la que Agustín le dice a Jordan que María no es una puta, también comenta que desde el día en

que el grupo encontró a María "la Pilar la ha tenido apartada de todos, como si estuviese en un convento de las carmelitas. No imaginas lo celosamente que la guardaba. Luego llegas tú y te la pone en bandeja. ¿Qué te parece?" (347). Es probable, entonces, que Pilar fuera percibida por Agustín tanto como monja como proxeneta.

La relación entre Robert Jordan y María está marcada por esta triangulación con Pilar. La atracción erótica y la tensión sexual enlazan a Pilar y María, y Hemingway retrata una relación compleja entre las dos mujeres. Pilar afirma y a la vez niega sus sentimientos sexuales por María. Luego de decirle a Jordan: "[…] la tendrás dentro de un momento, inglés" (192), le dice a María en frente de él, al tiempo que le pasa el dedo por el lóbulo de la oreja: "Te tendrá […]. Pero estoy muy celosa" (192). Entonces, luego de explicarle a María que entre las mujeres "siempre hay algo […] pero en mi caso no" (192), Pilar reafirma su identidad heterosexual exclamando: "Oye, guapa, te quiero y él puede quedarse contigo, no soy tortillera, a mí lo que me van son los hombres. Es cierto. Pero me gusta decirte que te quiero" (192)[12]. María le responde que ella también la quiere, y cuando Pilar insiste en que esa tontería —el sentimiento entre la una y otra— ha terminado, María le dice que no se trata de ninguna tontería.

Cuando Robert Jordan y Pilar se conocen, ella está en su papel de combatiente. Y cuando Pablo la nombra comandante, Pilar no puede retirarse o ser distanciada de la política ni de la lucha, como sucede con María. Pero en el pasado el rol de Pilar parece haber sido más típicamente femenino, con todo el poder que esto conlleva. Sabemos cómo, en ese pasado, ella desempeñó de manera intermitente el papel de guerrera y el de amante del líder, y que así pudo tomar parte en la violencia a la vez que distanciarse de ella.

Pilar nos cuenta una historia particularmente gráfica sobre una victoria de la guerrilla republicana en el comienzo de la guerra, con brutales ejecuciones de fascistas (129-163). Pablo lideró las ejecuciones, pero en ellas participó el pueblo. Según el relato de Pilar, la participación de la totalidad del pueblo fue importante para que todos pudieran asumir la responsabilidad de la victoria y de la violencia que se produjo. "Si había que ejecutar a los fascistas, era mejor que lo hiciese la gente, que todos participaran, y yo estaba tan dispuesta como cualquiera a compartir su culpa, igual que esperaba participar de los beneficios cuando nos hiciésemos del pueblo" (150).

12 *Tortillera* es un término que se utiliza, en general de forma peyorativa, como sinónimo de lesbiana.

Pero luego Pilar cuenta que tras un asesinato especialmente cruel "sentí vergüenza y asco, y cuando llegaron los borrachos y aquel hatajo de inútiles y los más decentes salieron de las filas para protestar por aquello, no quise tener nada que ver y me marché a sentarme en un banco que había en la sombra de unos árboles al otro lado de la plaza" (150-151). Minutos después, algunos hombres que también habían estado en las filas se le acercaron, y tras conversar con ellos Pilar se ofreció para ir a hablar con Pablo. Parece haber sido parte de su papel el domar a su hombre, y parece que tenía el poder para hacerlo.

Sin embargo, Pilar no intentó detener a Pablo. En lugar de pedirle que le pusiera fin a la masacre, Pilar terminó peleando con un borracho por una buena ubicación que le permitiera ver mejor la matanza. Cuando el borracho la empujó a un lado, ella lo golpeó en la ingle. Mientras él gritaba "No hay derecho, mujer, no hay derecho" (158), Pilar observaba cómo la muchedumbre, bajo la dirección de Pablo, golpeaba y apaleaba al sacerdote hasta matarlo (158). Pilar les cuenta a Robert Jordan y a María que esa noche durmió con Pablo, pero, a pedido de él, no tuvieron relaciones sexuales. Él sentía que era "de mal gusto, después de matar a tanta gente" (161). Luego durmió "como un bebé", mientras que ella no pudo dormir, y se quedó despierta toda la noche porque se encontraba "vacía por dentro, estaba muy avergonzada, tenía la sensación de haber obrado mal y estaba llena de malos presentimientos" (159). En su relato Pilar nunca niega su participación, su orientación política, su lealtad o su vergüenza. Cuando al comienzo Robert Jordan le pregunta qué pasó, ella responde: "Muchas cosas […]. Y todas malas. Incluso las gloriosas" (128).

## III. La fuerza del relato

Robert Jordan admira a Pilar por su relato. Pero parece que Pilar no tiene el poder para escribir sus historias, pese a que —por el empleo que hace Hemingway de una convención estándar en la literatura— se nos permite leerlas. Después de escuchar el relato asombroso de Pilar sobre los primeros días de la revolución, Jordan se dice a sí mismo: "Si esa mujer supiese escribir… Desde luego sabía contar una historia. Mejor que Quevedo. Él nunca describió la muerte de ningún don Faustino tan bien como lo había contado ella" (168). Y, de hecho, ningún lector puede dejar de sentirse conmovido y asqueado por la historia de Pilar. Jordan explica su poder de la siguiente manera: "Quién supiera escribir lo bastante bien para narrar aquella historia. Lo que [*nosotros*] hicimos. No lo que nos hicieron. Eso ya lo sabía. Sabía muchas cosas ocurridas detrás de las líneas. Pero había que conocer a la gente antes. Había que saber lo que había sido en el pueblo" (168-169).

Pilar es una parte del *nosotros*. El *nosotros* que ha realizado cosas horribles, que ha participado en atrocidades que el derecho de la guerra busca incansablemente eliminar. La historia de Pilar no es acerca de la violencia sexual. Pero es violenta, se trata de una mujer que pensó que quizás podría tener el poder para detener la violencia pero que finalmente no intenta ejercerlo. En cambio, se trata de una mujer que ayudó a convencer a los hombres de participar en muertes violentas y que quería ser testigo de los horrores que ocurrían: buscó una silla y miró a través de la ventana.

Muchas feministas han argumentado que las voces de las mujeres han sido excluidas, ignoradas o suprimidas en los relatos dominantes y que redirigir la atención a sus voces redundaría en un mundo más justo. Tal vez Hemingway reconoció la necesidad, a la vez que la imposibilidad, de atender a las voces de las mujeres en la narrativa tradicional; ni siquiera Robert Jordan fue capaz de contar la historia de Pilar. Sin duda, igual que muchas feministas occidentales han criticado los relatos dominantes por estar construidos sobre premisas masculinas, frecuentemente ellas mismas han recibido críticas por basar sus contrarrelatos en perspectivas propias de mujeres heterosexuales, de clase media alta y de ascendencia europea[13]. Mi crítica de esta valorización feminista de la "narrativa de la mujer" se centra en preguntar *qué* historias, y no las historias *de quién/es*, son las que los defensores del feminismo tienen en mente cuando sugieren que las historias de las mujeres deben ser narradas y escuchadas. ¿Acaso se están imaginando historias como las contadas por Pilar?

En el contexto de la antigua Yugoslavia he argumentado que las defensoras y activistas feministas y el TPIY por igual a menudo sólo pudieron identificar a las mujeres como víctimas de violación[14]. Los testigos eran llamados básicamente para dar testimonio acerca de la violencia sexual y otras experiencias similares. Se trataba, al fin y al cabo, de una investigación criminal, y ese es el papel que se le adjudica a la víctima. Pero en ocasiones los testimonios de los testigos eran más complejos, y comprendían aspectos que la Fiscalía y el TPIY no consideraron relevantes. Parte de esa complejidad llegó a las actas del juicio público;

13 Sobre las primeras discusiones influyentes acerca de la relación entre los relatos y la teoría legal feminista, y respecto a la tesis de que las historias de algunos grupos de mujeres son frecuentemente suprimidas en la doctrina jurídica feminista, véase Patricia Cain, "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories", *Berkeley Women's Law Journal* 4 (1989-1990): 191. La autora destaca el papel que ha cumplido la concientización en la teoría jurídica feminista y discute la exclusión de las historias de lesbianas en la literatura. Véase también Angela Harris, "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", *Stanford Law Review* 42, n.º 3 (febrero de 1990): 581-616, que analiza la exclusión de las experiencias de las mujeres negras en la teoría jurídica feminista.

14 Engle, "Feminism": 794-796.

asimismo, periodistas y otros escritores registraron y proveyeron material que demuestra la variedad de las experiencias de los testigos.

A continuación esbozo algunos de los roles que las mujeres desempeñaron durante la guerra de la antigua Yugoslavia y que no fueron incorporados a la narrativa dominante en las decisiones del TPIY. Aunque los roles de las mujeres y el tratamiento que reciben difieren entre una guerra y otra, sospecho que los relatos acerca de los roles de las mujeres pueden encontrarse en el discurso de cualquier guerra.

### A. Las mujeres como actores militares

Las mujeres han luchado en muchas, si no en la mayoría de las guerras. Sirven como soldados y, como Pilar, participan en atrocidades cometidas durante las batallas. Igual que los hombres, las mujeres tienen una vida sexual durante la guerra. Sin embargo, a diferencia de la de los hombres, la vida sexual de las mujeres frecuentemente es considerada separada, o bien un reemplazo, de su actividad militar, sobre todo cuando el sexo tiene consecuencias reproductivas. Por lo tanto, si a las mujeres se las ve como soldados por lo general no se las piensa como madres, y viceversa. En otras palabras, donde comienza la maternidad, por lo general, termina el servicio militar.

En *Por quién doblan las campanas*, por ejemplo, se nos presenta a un teniente coronel español que se hizo republicano para divorciarse de su esposa. La novela cuenta que ahora "su amante de veintitrés años iba a tener un bebé, igual que casi todas las chicas que se habían alistado como milicianas en julio del año anterior" (472). En el relato de la guerra, Orwell describe la experiencia de vestirse para la batalla con la ayuda de la esposa de un compañero de milicia: "Resultó bastante humillante que una joven española, la esposa de William, el otro miliciano inglés, me tuviera que enseñar a ponerme mi nueva cartuchera de cuero"[15]. El autor pone de manifiesto que había cierta disonancia entre el aspecto actual de la joven y el conocimiento que él tenía de su antecedentes: "Era una criatura amable, de ojos oscuros, intensamente femenina, que parecía destinada a pasarse la vida meciendo una cuna; sin embargo, había luchado valerosamente en las batallas callejeras de julio. En ese momento llevaba consigo un bebé, nacido justo diez meses después del estallido de la guerra y que quizá había sido concebido detrás de una barricada"[16].

15 Orwell, *Homenaje a Cataluña*, 8.
16 *Ibid.*

Si era difícil imaginar a las mujeres como soldados *y* madres en tiempos de la Guerra Civil Española, es igualmente difícil hallar en las decisiones del TPIY y en los testimonios sobre la guerra yugoslava cualquier reconocimiento del papel de las mujeres como guerreras *en vez de* madres. Pero, de hecho, las mujeres también fueron soldados. Fue necesaria la intervención de una reportera de la revista *Cosmopolitan* para que este hecho se reconociera y se discutiera. En septiembre de 1994 *Cosmopolitan* publicó un artículo titulado "Bosnia: las mujeres se están defendiendo" ("Bosnia: Women Are Fighting Back")[17]. "Mientras en la antigua Yugoslavia la guerra flaquea", anuncia la introducción de la nota, "las mujeres, si acaso se las menciona, son retratadas como víctimas patéticas de la guerra. Para restablecer el equilibrio, *Cosmo* envió a la editora política Lesley Abdela a un enclave bosnio actualmente asediado y a Zagreb, la capital de Croacia, para encontrarse con algunas de las mujeres valientes que se encuentran atrapadas en el fuego cruzado"[18]. Téngase en cuenta que incluso en este titular/introducción las mujeres están "atrapadas" en la guerra.

En general, el TPIY no ha retratado a las mujeres como combatientes ni ha tratado las atrocidades que cometieron en el campo de batalla o durante el conflicto, y sólo en raras ocasiones ha juzgado sus acciones. Si bien la Fiscalía presentó cargos contra la expresidente serbia Biljana Plavsic, incluidos cargos por genocidio y crímenes de lesa humanidad, finalmente fueron retirados cuando ella se declaró culpable de cargos menores[19]. Antes, la misma Fiscalía había presentado cargos por genocidio y crímenes de lesa humanidad contra la exministra de Familia y Desarrollo de la Mujer de Ruanda, Pauline Nyiramasuhuko, ante la Corte Penal Internacional para Ruanda. Sus delitos incluyeron incitar a hombres hutus a violar a mujeres tutsis[20]. Aunque está claro que las mujeres participaron en todos los bandos de la guerra de Bosnia y Herzegovina, y que un gran número participó en el genocidio de Ruanda, estas son las dos únicas mujeres acusadas ante los tribunales internacionales.

A muchas mujeres y hombres, feministas y no feministas, les resulta difícil ver a las mujeres como soldados o autoras de actos de violencia, especialmente de violencia sexual. En las últimas décadas se le ha prestado alguna atención a la cuestión de cómo las mujeres militares a menudo experimentan el abuso sexual

17 Lesley Abdela, "Bosnia: Women are Fighting Back", *Cosmopolitan*, septiembre de 1994, www.abdela.co.uk/Information/Archive/Bosnia-Women_are_fighting_back.htm.
18 Caso Fiscal contra Kunarac.
19 Caso n.º IT-00 39&40/1, Fiscal contra Plavsic, 27 de febrero del 2003.
20 Caso n.º ICTR 97-21-I, Fiscal contra Nyiramasuhuko, enmienda a la acusación, 3 de enero del 2001.

y el acoso por parte de sus homólogos masculinos. Sin embargo, es todavía excepcional la discusión sobre mujeres que incitan a este tipo de violencia. Así, por ejemplo, cuando se difundieron fotografías de mujeres soldados estadounidenses en el momento de cometer actos ilegales en la prisión de Abu Ghraíb, en Irak, Barbara Ehrenreich sostuvo que

> Cierto tipo de feminismo, o quizá debería decir cierto tipo de ingenuidad feminista, murió en Abu Ghraíb. Era un feminismo que veía a los hombres como los eternos autores de delitos y a las mujeres como las eternas víctimas, y la violencia sexual masculina contra las mujeres como la raíz de toda injusticia. La violación ha sido utilizada sistemáticamente como un instrumento de guerra y, para algunas feministas, la guerra comenzaba a transformarse en una extensión de la violación sexual. Parecía haber algunas pruebas de que el sadismo sexual masculino estaba conectado a cierta propensión trágica de nuestra especie a la violencia. Eso fue antes de que nos enfrentáramos al sadismo sexual femenino puesto en práctica[21].

Ehrenreich sintetiza su hallazgo: "Lo que hemos aprendido de Abu Ghraíb, de una vez por todas, es que un útero no es el reemplazo de una conciencia"[22].

La creencia de que las mujeres, de alguna manera, están exentas de ser perpetradoras de crímenes de guerra es, como reconoce Ehrenreich, ingenua. Pero tal vez exagera la presencia y la extensión de esta ingenuidad, o quizás generaliza su propia experiencia sobre el asunto. Cualquiera que haya leído *Por quién doblan las campanas*, por ejemplo, ha sido testigo de relatos de mujeres que cometen atrocidades, aunque quizás con cierta culpa y vergüenza adicionales ("¿conciencia?"), que los hombres, al menos en la novela, no parecen experimentar. Para Robert Jordan, esa intensa historia relatada por Pilar es la única explicación posible —pero no necesariamente con una perspectiva de género— de lo que "nosotros" hicimos. Él no podría contar la misma historia porque "había que conocer a la gente antes. Había que saber lo que había sido en el pueblo"[23].

21 Barbara Ehrenreich, "Prison Abuse; Feminism's Assumptions Upended; A Uterus is not a Substitute for a Conscience. Giving Women Positions of Power Won't Change Society by Itself", *L. A. Times*, 16 de mayo del 2004.

22 *Ibid.*

23 Robert Jordan continúa con algunos comentarios provocadores acerca del rol que cumplieron los que intervinieron: "Los partisanos hacían su trabajo y huían. Los campesinos se quedaban y sufrían las consecuencias. Siempre había sabido lo otro. Lo que hicieron al principio. Lo había sabido desde siempre y siempre lo había detestado. Lo había oído contar con vergüenza y con descaro, había oído a gente jactarse de ello, defenderlo, explicarlo y negarlo. Pero esa condenada mujer le había hecho verlo como si hubiese estado allí" (169).

### B. Las mujeres como actores políticos

El TPIY describe la historia del conflicto en Bosnia y Herzegovina en varias de sus decisiones. Sin embargo, estas decisiones generalmente no tienen en cuenta el contexto sociocultural y político de esa guerra en la que las mujeres desempeñaron un papel. El TPIY no es el único incapaz de dar cuenta del papel político de las mujeres. Muchas feministas, por ejemplo, retratan a las mujeres serbias como si fueran apolíticas o, a lo sumo, como las "porristas" de sus maridos[24]. Sin embargo, las mujeres serbias tienden a ser nacionalistas: una encuesta realizada en 1994 sugiere que son más nacionalistas que los hombres serbios[25].

Por supuesto, sabemos que las mujeres han ocupado cargos políticos importantes en Bosnia, Croacia y Serbia. Muchas mujeres con cargos políticos o que habían expresado sus convicciones políticas fueron encarceladas o detenidas. Algunas fueron violadas. Sin embargo, en general, pierden su identidad política en el momento en que se identifican como violadas. Tanto a las mujeres como a los hombres que son torturados y violados se les debería permitir ser vistos como actores políticos —así como sexuales y combatientes—. Esta posibilidad parece estar más abierta para los hombres que para las mujeres.

En *Por quién doblan las campanas* María y Robert Jordan luchan por integrar estas identidades sexuales, políticas, violadas y torturadas de María. Las dificultades que enfrentan no son infrecuentes. Nusreta Sivac, una jueza de Bosnia detenida en Omarska, expresa esta dificultad en un documental de 1996: "En general me molesta cuando alguien dice 'mujer violada': eso lastima a una persona, ser marcada solamente como una mujer violada, como si no tuvieras otra características, como si esa fuera tu única identidad"[26].

### C. Las mujeres como actores sexuales

He sugerido que María refuerza a la vez que desafía varias ideas estereotipadas acerca de las mujeres, especialmente de las mujeres que vivieron situaciones de violencia sexual. La novela no niega los daños, efectos o resonancias que la

24 Véase, por ejemplo, Helke Sander, prólogo a *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, de Alexandra Stiglmayer (Lincoln: University of Nebraska Press, 1994), xii. He discutido con mayor detalle la posición de Sander en Engle, "Feminism": 797-798.

25 Véase, por ejemplo, Carol Lilly y Jill Irvine, "Negotiating Interests: Women and Nationalism in Serbia and Croatia, 1990-1997", *East European Politics and Societies* 16, n.º 1 (2002): 139, donde se discute la encuesta.

26 Nusreta Sivac, en *Calling the Ghosts: A Story about Rape, War and Women*, filme, Mandy Jacobson, dir. Estados Unidos: Bowery Productions, Indican Productions y Luthanda Films, 1997.

violencia sexual puede tener en las personas, pero tampoco los acepta como naturales o necesarios. La violación no es necesariamente un destino peor que la muerte, las mujeres pueden tener vidas sexuales y emocionales "sanas" y "normales" incluso después de una violación.

Durante uno de los juicios del TPIY la cuestión de los daños que acarrea la violación ocupó el centro del escenario con el testimonio, por la defensa, de la psiquiatra y psicoterapeuta Sanda Raskovic-Ivic, que había examinado las declaraciones de varios testigos en el caso Kunarac. La médica dijo que encontró "sorprendente la facilidad con que [las mujeres que testificaron haber sido violadas] se habían adaptado a la vida normal sin haber pasado por ningún tratamiento, y que se las hayan arreglado para salir por su cuenta"[27]. Durante el interrogatorio, el fiscal le preguntó a la doctora Raskovic-Ivic: "¿Es cierto que después de un evento traumático hay personas que simplemente lo superan y siguen viviendo?"[28]. Ella respondió: "Puede parecer que uno sigue con su vida… Creo que el problema fundamental es la rehabilitación emocional y la construcción de una relación de pareja, lo que es muy difícil"[29]. Luego, tras mencionar cómo dos de sus pacientes que habían sido violadas ahora tomaban tranquilizantes para tener relaciones sexuales con sus maridos —para tener sexo, no para disfrutarlo, aclaró—, la doctora Raskovic-Ivic sostuvo: "No he visto en mi práctica que las mujeres, después de eventos como estos, se recuperen completamente, se rehabiliten, se casen, tengan hijos, especialmente sin ayuda profesional"[30].

El relato de Hemingway acerca de los desafíos que debe atravesar María se opone a esa versión de los efectos *necesarios* de la violación. Él nunca sugiere que María no fue violada o que su amor por Robert Jordan no es real. Por el contrario, este personaje nos ofrece un modelo de respuesta a la violación que no agravia ni exacerba la victimización de la persona que sufrió el daño.

El TPIY también analizó en qué medida las mujeres que viven en zonas de guerra son capaces de tener relaciones sexuales consentidas, especialmente con los hombres del otro bando. La guerra en la antigua Yugoslavia naturalizó el odio étnico. Dentro y fuera de la guerra, la violación y otros tipos de abusos sexuales comenzaron a verse como los síntomas inevitables de ese odio, de manera que resultó difícil imaginar y pensar el sexo consentido, y mucho más el amor, entre

27 Transcripciones del caso Fiscal contra Kunarac.
28 Caso Fiscal contra Kunarac, pár. 5468.
29 Caso Fiscal contra Kunarac, pár. 5468-5469.
30 Caso Fiscal contra Kunarac.

personas de diferentes grupos étnicos. Así, en algunas oportunidades, durante los juicios, la defensa recurrió a la existencia de esas relaciones para poner en duda las acusaciones de violación. La oficina del fiscal, al menos en una oportunidad, reconoció este tipo de relaciones y se negó a verlas como una amenaza para su caso, de la misma manera que optó por no tratar la capacidad de recuperación (resiliencia) de sus testigos (víctimas de violación) como un hecho que pudiera debilitar sus casos. Por ejemplo, durante el juicio Kunarac, en su alegato final la Fiscalía hizo referencia a tales pruebas, e incluso las utilizó para debilitar la credibilidad de la doctora Raskovic-Ivic:

> La Fiscalía no niega la existencia de una situación en Foca durante el tiempo que estamos analizando, en el que una chica musulmana se enamoró de un soldado serbio, y este también fue el caso de la testigo 191, que realmente se enamoró del hombre que la rescató del acusado, Kunarac. Ella tomó la decisión de quedarse ahí y casarse con él. El amor sucede pese a que la psicóloga de la defensa, la doctora Raskovic-Ivic, rechaza esa posibilidad en esas circunstancias, y de esa forma ataca así la credibilidad de la testigo 191. Pero el amor sólo sucede cuando alguien trata a otra persona como un ser humano, con ternura y comprensión, y hay un reconocimiento de que el amor debe ser libre para ser amor[31].

Finalmente, la Sala de Primera Instancia reconoció la existencia de esta relación sexual consentida[32].

Obviamente, la relación de la testigo 191 no fue la única relación interétnica que tuvo lugar en Foca durante la guerra. En respuesta a una pregunta formulada por la Fiscalía sobre una posible relación entre un soldado serbio activo y una civil bosnia musulmana, un testigo de la defensa expresó: "En efecto. Yo no pregunté, además no era el único caso. Aún hoy muchas chicas salen con jóvenes musulmanes, y viceversa. Ha habido muchos matrimonios mixtos, por lo que no fue una gran sorpresa. Era normal, independientemente de lo que uno diga al respecto"[33].

Aunque Hemingway no sugiere de ninguna forma la posibilidad de sexo consentido entre María y los fascistas —y tal vez enfatiza la fuerte posición política del personaje para que eso sea poco probable—, es difícil no imaginar que en la guerra hubo sexo consentido entre miembros de diferentes bandos. La guerra no

31 Transcripciones del caso Fiscal contra Kunarac, pár. 6277. Caso Fiscal contra Kunarac.
32 *Ibid.*
33 *Ibid.*, pár. 5682.

es la excepción a las relaciones sexuales interétnicas, interraciales o interpolíticas. La posibilidad de este tipo de lazos sexuales no debería ser desestimada únicamente por el interés de convertir la violación en un delito menos difícil de probar.

### D. Los hombres como agentes de la amabilidad

Por supuesto, las mujeres no son las únicas a quienes los roles de género les limitan sus opciones. Así como durante la guerra las mujeres son consideradas principalmente víctimas de los hombres, en general los hombres son identificados como autores de atrocidades. Si la guerra se define principalmente por la etnia o la política, una etnia o un grupo político es señalado como el perpetrador de las atrocidades más graves.

La novela de Hemingway desafía estas dicotomías. Pilar es una mujer y una republicana que participó en la comisión de crímenes de guerra. Y la novela está repleta de hombres que son amables con las mujeres, sobre todo con María. Claro que estos hombres están luchando del mismo lado que María y son sus aliados políticos. Tal vez, entonces, en esta historia la política reemplaza al género[34].

Muchos análisis feministas de la guerra de Bosnia y Herzegovina tendieron a caracterizar, basados en ciertas posturas sobre el género y el sexo, a los hombres serbios como violadores potenciales y a las mujeres musulmanas como víctimas potenciales de violaciones[35]. A quienes buscaban condenar a los hombres serbios por genocidio con base en las violaciones cometidas contra las mujeres musulmanas de Bosnia, la acumulación de testimonios sobre actos horrendos perpetrados por los unos contra las otras parece haberles sido muy útil. Quizás se consideró apropiado pasar por alto u omitir algunos testimonios sobre otros tipos de actos.

Los fiscales del TPIY se resistieron a la tentación de permitir que esta dicotomía entre los actos buenos y los malos marcara la línea entre el testimonio útil y el perjudicial. La Fiscalía, por ejemplo, permitió e incluso usó testimonios que relataban "actos de bondad" por parte de los serbios para con las mujeres bosnias musulmanas. Revisemos, por ejemplo, las declaraciones del fiscal en su alegato final en el caso Kunarac:

[34] Esto no quiere decir que sólo hubiera dos posiciones políticas en la guerra. De hecho, Orwell, en su libro, cuestiona la división nítida entre fascistas y republicanos, refiriéndose a los numerosos desacuerdos entre este último grupo. Orwell, *Homenaje a Cataluña*, 61-62.

[35] Engle, "Feminism": 794-796.

> Diseminados entre los testimonios de actos extremadamente crueles aparecieron momentos de bondad, y los testigos nos hablaron sobre ellos: la mujer serbia que hizo amistad con quienes estaban detenidos en el Partizan e hizo lo que pudo para protegerlos; los guardias del Partizan que se las ingeniaron para evitar que unos soldados se llevaran a una de las mujeres con ellos; el soldado que salvó a las testigos 191 y 186 de las manos del acusado Kunarac, y que, como 191 conmovedoramente relató, "no me vio solamente como una musulmana sino como un ser humano", soldado con el que luego la testigo se casó; e incluso aquellos soldados serbios que se negaron a violar mujeres pese a la presión de sus compañeros[36].

Los acusados utilizaron este y testimonios similares sobre actos de bondad, e incluso los ofrecidos por la Fiscalía, como prueba de su inocencia. No obstante, la Fiscalía no vaciló en usar este testimonio. Por lo menos en algunos casos, parecía pensar que ese tipo de testimonios no sólo no eran perjudiciales sino que eran relevantes para la acusación.

## IV. La fuerza de la vergüenza

Como todas las narraciones, las narraciones legales son necesariamente limitadas. Las decisiones sobre la admisibilidad de las pruebas son adoptadas en función de su relevancia y de qué tan perjudiciales pueden ser. El TPIY decidió, en sus reglas sobre la admisibilidad de la evidencia y en su jurisprudencia posterior, no permitir la prueba del consentimiento sexual como defensa en muchos cargos de violación, así como no exigir que el fiscal probase la falta de consentimiento para el sexo. Pese a que algunas feministas han criticado al TPIY por no haber sido lo suficientemente claro acerca de la irrelevancia del consentimiento o por haberse demorado en desarrollar su jurisprudencia sobre el tema, en general las decisiones del TPIY sobre la violación han sido recibidas como victorias feministas.

He sugerido en otra parte que, en buena medida, al no permitir una defensa basada en la existencia del consentimiento, dada la definición de circunstancias "inherentemente coercitivas", la jurisprudencia del TPIY tiene el riesgo de etiquetar como violación todas las relaciones sexuales mantenidas entre los miembros de bandos opuestos de un conflicto armado[37]. Pero la imposibilidad de alegar el argumento del consentimiento como parte de la defensa también

[36] Transcripciones del caso Fiscal contra Kunarac, pár. 6273-6274.
[37] Engle, "Feminism": 803-806.

importa por otra razón: son límites que restringen necesariamente las historias que pueden ser contadas. Tal vez sin darse cuenta han impedido que las mujeres relaten, como María, las formas en que se defendieron. Recordemos que para María su lucha era personal y política, y no sólo en el sentido de que lo personal es político: le proporcionó una forma propia de luchar contra el fascismo. En este sentido, incluso como una civil, combatió en la Guerra Civil Española.

Muchos civiles juegan un papel importante en la guerra. Especialmente cuando se está en la primera línea de combate, la línea que separa lo cívico y lo militar es a menudo borrosa, como lo fue para María cuando los fascistas se tomaron su aldea. De hecho, a veces los civiles que están en el frente tienen una experiencia más intensa de la guerra que aquellos soldados que no se encuentran cerca de los lugares de combate.

*Una mujer en Berlín* (*A Woman in Berlin*)[38], una historia recuperada recientemente que trata de la ocupación rusa de esta ciudad, en 1945, muestra algunas maneras en que la lucha por la supervivencia a menudo desafía la dicotomía entre la guerra y la paz, y entre la violación y el sexo consentido[39]. El libro reproduce el diario anónimo de una mujer alemana antes e inmediatamente después de la caída de Berlín. La mujer registra las violaciones múltiples que sufrieron ella y otras en manos de los soldados rusos. También describe cómo, en varias ocasiones, ella decidió estratégicamente aceptar e incluso buscar actos sexuales a cambio de alimentos, dinero y protección. Tras la derrota de Hitler, cuando los soldados alemanes varones están por retornar a Berlín, la cronista deja claro su sentimiento de haber luchado personalmente en el frente:

> Y las mujeres hacen todo lo que está en sus manos para ocultar a sus hombres y protegerlos del furioso enemigo […].
>
> […] Hay algo de esto que me molesta. A menudo me encuentro a mí misma pensando en el alboroto que hacía cuando los hombres se encontraban en permiso militar, cómo los mimaba, cuánto respeto les mostraba. Y algunos de ellos provenían de ciudades como París o de Oslo, que estaban más lejos de las líneas de combate que Berlín, donde estábamos bajo un constante bombardeo. O también habían estado en lugares en los que reinaba la paz absoluta […]. (149)

38 Anónimo, *A Woman in Berlin: Diary 20 April 1945 to 22 June 1945* (Londres: Metropolitan, 2005).

39 Agradezco a Janet Halley por haberme presentado este libro. Un ensayo-reseña puede verse en Janet Halley, "R*ape in Berlin:* Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict", *Melbourne Journal of International Law* 9, n.º 1 (2008): 78-124.

El bombardeo que menciona no sólo hace referencia a la violencia sexual, sino a la violencia en general a la que se deben enfrentar los civiles en una zona de la guerra: la falta de vivienda segura, alimentos y agua, y la amenaza constante de los ataques.

La cronista anónima también considera la importancia de las mujeres que narran sus propias historias de guerra. En sus reflexiones sobre las tropas alemanas que se encontraban en licencia en Berlín durante la guerra menciona que "les encantaba contar sus historias, que siempre incluían hazañas que los mostraban en su mejor luz. Nosotras, por el contrario, teníamos que mantenernos cortésmente silenciosas, y cada una de nosotras debía actuar como si estuviéramos salvadas de todo aquello que sucedía" (149).

Este comentario acerca de cómo el regreso de los hombres silenciaba a las mujeres produce cierta sorpresa, ya que en una parte anterior de su diario habla sobre cómo la expresión colectiva de la experiencia de la violación había sido beneficiosa para las mujeres: "Las violaciones masivas las estamos superando colectivamente… Todas las mujeres se ayudan unas a otras hablando sobre aquello, dándole lugar al dolor, y permitiendo a otras que liberen el suyo y expresen lo que han sufrido" (147). Ella contrasta esta "experiencia colectiva" de violación en tiempos de guerra con la experiencia individual en tiempos de paz: "Todo ese alboroto en tiempos de paz, la denuncia del delito, la toma de declaraciones, el interrogatorio a los testigos, el arresto, la confrontación, los informes de noticias y los chismes de barrio" (147).

Cuando contrasta las experiencias colectivas e individuales de violación durante la guerra y la paz la cronista deja en claro que no se puede negar el daño emocional que las mujeres pueden experimentar en cada caso —esto "no significa que criaturas más delicadas [está relatando el caso de una adolescente de dieciséis años] no se quebrarán o sufrirán por el resto de sus vidas"—; sin embargo, el sufrimiento de por vida no tiene que ser la norma. La respuesta colectiva es la clave para la rehabilitación colectiva, y se entiende que esa acción colectiva es sofocada durante el retorno de los hombres. Pero, ¿por qué? ¿No habría maneras de incluir a los hombres en la respuesta política y emocional colectiva?, ¿cómo podrían los hombres responder si no se les diera otra alternativa?, ¿qué pasaría si ninguna mujer afirmara haber sido "salvada"?

No estoy sugiriendo que los hombres no tengan sus propios secretos o experiencias, vergüenza y culpa resultantes de los actos de guerra, tanto por las cosas que ellos hicieron como por las cometidas por otros. Incluso las imágenes popu-

lares del "veterano de Vietnam" y del "sobreviviente del Holocausto" —ambas, en general, figuras masculinas—, emocionalmente devastados o estoicamente silenciosos, o ambas cosas, dan fe de esta dinámica. Ciertamente, *Una mujer en Berlín* causó un gran revuelo en Alemania, desde su primera publicación en inglés, debido a una serie de razones[40]. Lo que convirtió a ese diario anónimo en un tabú no fue solamente su contenido sexual —y la "inmoralidad desvergonzada" de la autora, como apuntó un crítico—, sino la presencia en sus páginas de muchas críticas extendidas a Hitler y la sugerencia de que muchos civiles alemanes celebraron la caída de Berlín[41].

Sin embargo, la cronista intenta darle sentido a su participación política en la guerra. Muchos soldados alemanes, e incluso los líderes del Tercer Reich, comenzaron a entender hacia el final de la guerra que, cuando uno está en el lado de los perdedores, a veces resulta conveniente ser una víctima. La cronista está en sintonía con esta dinámica y no oculta su propia ambivalencia en lo que respecta al papel que civiles y soldados jugaron en el ascenso y en los actos del Tercer Reich: "Todos le están dando la espalda a Adolf, nadie nunca fue su partidario… ¿Y yo qué? ¿Estaba yo a favor… o en contra? Lo que está claro es que yo estaba allí, que yo respiraba lo que había en el aire y que nos afectaba a todos nosotros, independientemente de que hubiéramos querido o no" (168).

Este pasaje refleja la posibilidad de la responsabilidad colectiva en medio de la victimización. Igual que la historia de Pilar, este diario —centrándose en actos terribles cometidos por quienes se veían a sí mismos en lucha contra el fascismo— obliga al lector a cuestionar la dicotomía entre perpetrador y víctima. Los republicanos y los rusos se convierten en victimarios mientras que los fascistas, o al menos la población civil reprimida, se convierten en víctimas. Recordemos que Pilar admite su propio sentimiento de vergüenza y disgusto: "[…] estaba muy avergonzada, tenía la sensación de haber obrado mal y estaba llena de malos presentimientos" (159). La autora del diario habla de su posible complicidad con el régimen fascista, pero sin negar su propio sufrimiento. En esto último es parecida a María: su experiencia como víctima de violación no la define por completo.

40 Publicado por primera vez en inglés en 1953, tardó cinco años en ser publicado en alemán. Incluso, entonces, lo publicó una editorial suiza, no una alemana. Hans Magnus Enzensberger, prefacio a *A Woman in Berlin*, ix-xi.

41 Como explica Enzensberger, responsable de la reedición del texto en el 2005, "[l]os lectores alemanes obviamente no estaban listos para enfrentar algunas verdades incómodas, y el libro fue recibido con hostilidad o silencio. Uno de los pocos críticos que lo reseñaron protestó por la 'inmoralidad descarada de la autora'". Prefacio a *A Woman in Berlin*, ix.

La vergüenza no sólo crece en el silencio, también se nutre de las narrativas que tildan de vergonzosos ciertos actos o experiencias. El relato de la cronista acerca de la respuesta colectiva de las mujeres en Berlín, en 1945, ofrece una manera de confrontar y cuestionar esas narrativas (y la vergüenza). Otra forma de confrontar la vergüenza es el reconocimiento de la propia responsabilidad, tanto por algunos de los encuentros sexuales individuales como por la participación política en la nación. Dos personajes femeninos de Hemingway ofrecen modelos adicionales, que van desde la aceptación de la vergüenza por parte de Pilar hasta el encuentro sexual y emocional de María con Robert Jordan. Hay un sinnúmero de otras respuestas que podemos, o debiéramos, intentar imaginar. De hecho, todas las narrativas políticas, legales, militares y literarias podrían enriquecerse si reconociéramos que la experiencia de la vergüenza, y las respuestas que se le dan, pueden tener las formas más variadas, a menudo contradictorias.

## Conclusión

En este trabajo he tratado de mostrar las similitudes y diferencias entre los relatos de distintas fuentes, de ficción y de no ficción, sobre sexo y género en la guerra y después de ella. Los relatos literarios y los jurídicos ofrecen la posibilidad de perpetuar y la de desafiar las creencias y normas dominantes sobre el sexo, los roles de género y la guerra. Ningún género narrativo es más "exacto" o más útil que otro. Cada uno funciona de acuerdo con sus propias normas de validez y toma decisiones sobre lo que es relevante, como lo he hecho yo en numerosas ocasiones a lo largo de este capítulo. En mis propias definiciones de lo que es relevante he procurado incluir y desarrollar narrativas contradictorias y ambivalentes, y he rechazado la suposición de que ciertos daños y consecuencias de la violencia sexual son inevitables. Es probable que el énfasis que se pone en las diferencias de género, por medio de la universalización de los daños experimentados por las mujeres en la guerra, haya conducido a la proliferación de normas jurídicas e interpretaciones populares que afianzan aún más las dinámicas de poder que con frecuencia tratamos de combatir.

## Referencias

Anónimo. *A Woman in Berlin: Diary 20 April 1945 to 22 June 194*. Londres: Metropolitan, 2005.

Buss, Doris. "Rethinking Rape as a Weapon of War". *Feminist Legal Studies* 17 (julio del 2009): 145-163.

Cain, Patricia. "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories". *Berkeley Women's Law Journal* 4 (1989-1990): 191-214.

Engle, Karen. "Feminism and Its (Dis)contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina". *American Journal of International Law* 99, n.º 4 (octubre del 2004): 778-916.

Engle, Karen. "Confronting War: Classic Revisited: Judging Sex in War". *Michigan Law Review* 106 (2008): 941-962.

Enzensberger, Hans Magnus. Prólogo a anónimo, *A Woman in Berlin*.

Halley, Janet. "Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict". *Melbourne Journal of International Law* 9, n.º 1 (2008): 78-124.

Harris, Angela. "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory". *Stanford Law Review* 42 (febrero de 1990): 581-616.

Hemingway, Ernest. *Por quién doblan las campanas*. Barcelona: Debolsillo, 2011.

Ibárruri, Dolores. *They Shall Not Pass: The Autobiography of La Pasionaria*. Nueva York: International Publishers, 1966.

Jackson, Angela. "The Clarion Call: Women and the Spanish Civil War". Conferencia pronunciada en el Belfast Institute of Further and Higher Education para la celebración del Día Internacional de la Mujer. Transcripción publicada en marzo del 2006, http://irelandscw.com/misc-IWDLecture.htm.

Mandy Jacobson, dir. *Calling the Ghosts: A Story about Rape, War and Women*. Filme. Estados Unidos: Bowery Productions, Indican Productions y Luthanda Films, 1997.

Lazić, Branko y Milorad Drachkovitch. *Biographical Dictionary of the Comintern*. Stanford: Hoover Institution, 1986.

Lilly, Carol y Jill Irvine. "Negotiating Interests: Women and Nationalism in Serbia and Croatia, 1990-1997". *East European Politics and Societies* 16, n.º 1 (2002): 109-144.

Orwell, George. *Homenaje a Cataluña*. Traducido por Miguel Temprano. Barcelona: Debate, 2011.

Sander, Helke. Prólogo a *Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina*, de Alexandra Stiglmayer. Lincoln: University of Nebraska Press, 1994.

Schaber, Iirme, Richard Whelan, Kristen Lubben e International Center of Photography. *Gerda Taro*. Nueva York: International Center of Photography, 2007.

Sorel, Andrés. *Dolores Ibárruri, "Pasionaria": memoria humana*. Madrid: Exadra, 1989.

Wood, Elizabeth. "Variation in Sexual Violence during War". *Politics and Society* 34 (septiembre del 2006): 307-341.

# ¿DÓNDE TRAZAR LA LÍNEA ENTRE LA JUSTICIA Y LA PAZ? EL ALCANCE DE LA JUSTICIA PENAL A LA LUZ DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ*

Juan Camilo Rivera**

Según el derecho internacional, cuando ocurre una violación grave de los derechos humanos el Estado en que se cometió debe investigarla y sancionar a sus responsables. Pese a su aparente claridad, esta obligación ha dado lugar a grandes debates doctrinarios acerca de su alcance. En particular, tratándose de contextos en que las violaciones de derechos humanos son numerosas, se ha cuestionado si es conveniente e incluso factible entender que la mencionada obligación implica para el Estado el compromiso de investigar y sancionar todas las atrocidades cometidas.

Así, durante las últimas décadas se ha consolidado en el plano internacional un movimiento que defiende la idea de que, ante violaciones graves de derechos humanos, la actuación de la justicia penal es necesaria en todos los casos para restablecer el Estado de derecho y para crear condiciones que propicien la reconciliación. Este movimiento, en el cual cumplen un papel importante los activistas de los derechos humanos, clama además que la impunidad afecta los derechos de las víctimas de tales violaciones a la verdad, la justicia y la reparación, por lo que hay que luchar contra ella y erradicarla[1]. La exigencia de combatir la impunidad mediante la activación de la justicia penal ha ayudado a darle lugar a una "cascada de justicia", un nuevo paradigma que considera legítimo exigir responsabilidades individuales por violaciones de derechos humanos y que ha

* Isabel Cristina Jaramillo, Guillermo Otálora Lozano y Camilo Eduardo Umaña Hernández tuvieron la generosidad de leer una versión anterior de este texto; sus comentarios me fueron de gran ayuda para redactar la versión final. A ellos mis sinceros agradecimientos. También agradezco a mis excompañeros de la Comisión Colombiana de Juristas, en especial a Federico Andreu Guzmán y Gustavo Gallón Giraldo, con quienes sostuve numerosas conversaciones y discusiones que me ayudaron a entender mejor las críticas que se le formularon al marco jurídico para la paz.

** Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá), donde es profesor de Teoría del Derecho. Tiene una maestría en Derecho en la Universidad de los Andes (Bogotá). Actualmente trabaja en la Corte Constitucional.

1 Cf. Karen Engle, "Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights", en *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Dennis Davis, Karen Engle y Zinaida Miller, eds. (Nueva York: Cambridge University Press, 2014). Engle afirma que la lucha contra la impunidad mediante procesos penales "se ha convertido en un método y objetivo de los defensores de derechos humanos en gran medida no controversial".

traído consigo un incremento de los juicios penales por estos hechos en distintos lugares del mundo[2].

Los beneficios de que se lleven a cabo procesos penales para todos los casos de violaciones graves de derechos humanos han sido disputados por sectores políticos y académicos e incluso por algunos miembros de la sociedad civil, que afirman que es improbable que la persecución penal de los responsables de delitos atroces restablezca el Estado de derecho y contribuya a la reconciliación. Este sector sostiene que es más factible hacer realidad tales objetivos utilizando amnistías, que sí pueden ayudar a reducir la violencia y a crear las condiciones propicias para la reconciliación[3]. Algunos complementan el argumento intentando mostrar que las amnistías no están proscritas por el derecho internacional, de manera que los estados pueden acudir a ellas[4].

Este debate entre defensores y detractores de ciertas clases de amnistías para violaciones graves de derechos humanos apareció con fuerza en Colombia durante los tres últimos años, con ocasión de la discusión y aprobación de la enmienda constitucional conocida como marco jurídico para la paz. Esta reforma constitucional permite que, en el marco de un proceso de negociación de la paz con grupos armados, el Estado centre su investigación en la persecución de ciertas graves violaciones de derechos humanos (los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y el genocidio) y de ciertos responsables de haberlos cometido (los "máximos responsables").

El debate es de interés, no sólo porque refleja las posiciones políticas acerca de uno de los temas más sensibles del proceso de paz en curso con las FARC-EP

2 Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics* (Nueva York: Norton, 2011). Por otro lado, algunos autores sostienen que las exigencias de la sociedad civil han sido en efecto relevantes en América Latina para combatir leyes de amnistía y dar lugar a enjuiciamientos penales. Advierten, sin embargo, que dichas exigencias no son el único factor determinante; también son importantes (i) la ausencia de actores con poder de vetar iniciativas de judicialización, (ii) el liderazgo de la rama judicial doméstica y (iii) la presión internacional. Véase Francesca Lessa *et al.*, "Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America", *The International Journal for Transitional Justice* 8, (2014): 75-98.

3 Cf. Louise Mallinder, "The Role of Amnesties in Conflict Transformation", en *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Cedric Ryngaert, ed. (Amberes: Intersentia, 2009), 195-236; Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice* (Nueva York: Cambridge University Press, 2009).

4 Cf. Louise Mallinder, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *The International Journal for Transitional Justice* 1 (2007): 208-230; Robert C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", *Virginia Journal of International Law* 43 (2002-2003): 173-247; Mark Freeman y Max Pensky, "The Amnesty Controversy in International Law", en *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, Francesca Lessa y Leigh A. Payne, eds. (Nueva York: Cambridge University Press, 2012), 42-65.

(el tratamiento penal de los responsables de las atrocidades cometidas en el conflicto), sino también porque ilustra los argumentos sobre la cuestión de cuál debe ser el alcance de la obligación internacional por la que los estados (todos, no sólo del colombiano) deben investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos[5]. El interés de estudiar el marco jurídico para la paz no se pierde por el hecho de que las FARC hayan, en repetidas oportunidades, rechazado esta enmienda constitucional, ya que los cuestionamientos del grupo guerrillero se han centrado, hasta el momento, en aspectos distintos al modelo de investigación, juzgamiento y sanción propuesto por el marco para la paz[6]. Así, este sigue siendo un modelo plausible, que podrá ser utilizado en caso de que se llegue a un acuerdo.

En este texto pretendo, en primer lugar, identificar y exponer los argumentos principales usados por los defensores y los detractores de la enmienda constitucional para sentar sus posiciones. Con este fin, considero oportuno reconstruir el debate que tuvo lugar en la Corte Constitucional con ocasión de la revisión del marco jurídico para la paz, pues en este escenario se plantearon con claridad y detalle las posiciones de ambas partes —discusión que, en cambio, fue bastante pobre durante el trámite de la reforma en el Congreso—. Después de reconstruir el debate haré algunos comentarios en relación con dos aspectos suyos. El primero comprende algunos puntos cruciales y algunas dificultades de la reglamentación del marco jurídico para la paz. Con el segundo pongo de presente que haberle otorgado una preeminencia excesiva al derecho internacional en la discusión sobre la estrategia de persecución a emplearse en el actual proceso de paz empobreció el debate acerca de este punto.

Valga anotar, desde ahora, que este texto entonces no apunta a proponer una "interpretación adecuada" de la compatibilidad del marco jurídico para la paz con las normas de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Colombia es parte. En cambio, se limita a presentar la discusión acerca del tema y a formular algunos comentarios.

5 Sólo por cuestiones de forma, en el texto uso como sinónimos las expresiones *graves violaciones de derechos humanos*, *atrocidades* y *crímenes atroces*.

6 Estas críticas se relacionan, básicamente, con dos cuestiones: la primera, que el marco no fue consultado con las FARC; la segunda, que inhabilita a los guerrilleros para participar en política. Al respecto, en una entrevista con *Semana*, Enrique Santiago, asesor jurídico de las FARC, declaró: "Creo que las FARC nunca aceptarán ese marco porque a pesar de que fue pensado con buena intención tiene dos problemas: el primero es que lo creó de manera unilateral una de la partes, sin contar con la otra. Y el segundo, más grave, es que inhabilita para participar en política a quienes resulten condenados por crímenes de lesa humanidad o de graves de guerra [*sic*]". "¿Qué es lo que plantea el abogado de las FARC?", *Semana*, 25 de julio del 2015, http://www.semana.com/nacion/articulo/exclusivo-habla-el-abogado-de-las-farc/436150-3.

## I. La discusión, aprobación y revisión del marco jurídico para la paz

El propósito de esta sección es exponer el contenido del marco jurídico para la paz, específicamente la parte de esta enmienda relacionada con el tratamiento penal de los miembros de grupos armados que hayan participado en el conflicto armado interno. Además, se explicarán las motivaciones de la enmienda constitucional y el debate que la rodeó.

### A. La discusión del marco jurídico para la paz en el Congreso

Desde finales del 2011, casi un año antes de hacerse pública la decisión del Gobierno de iniciar diálogos de paz con la guerrilla de las FARC, fue presentado en el Congreso un proyecto de reforma constitucional relacionado principalmente con tres aspectos: (1) el tratamiento penal que se les daría a los miembros de las partes del conflicto armado que hubieran cometido atrocidades; (2) algunos mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, adicionales a los procesos penales; y (3) la posibilidad de que miembros de grupos desmovilizados pudieran participar en política una vez hubieran dejado las armas[7]. El proyecto de reforma, conocido como "marco jurídico para la paz", fue elaborado por el senador Roy Barreras, pero desde el inicio contó con el pleno apoyo del presidente de la República y de su bancada en el Congreso.

En cuanto al tratamiento penal de las atrocidades cometidas en el conflicto, tema que en gran medida acaparó la atención de la prensa nacional[8], se proponía adoptar un modelo de justicia que fuera a la vez distinto del modelo ordinario y del diseñado por la Ley 975 del 2005. Esta propuesta estaba respaldada por el argumento de que era necesario tomar en cuenta el proceso de transición que

7 Proyecto de acto legislativo 94 del 2011, Cámara, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 12 de septiembre del 2011).

8 Los medios nacionales se ocuparon, principalmente, del interrogante de si las medidas penales propuestas por el proyecto de enmienda determinaban impunidad o no; quedó en un segundo plano el tema de la participación política de los miembros de grupos armados desmovilizados. En alguna medida ello se explica porque durante buena parte del trámite de la enmienda en el Congreso el tema de la participación política no estuvo en el articulado del proyecto (lo estuvo sólo al inicio y al final); en todo caso, siempre estuvo latente en la discusión del marco jurídico para la paz. Sobre el tratamiento de la discusión sobre el marco por parte de los medios de comunicación nacionales véase Karen Lorena Cruz y María Alejandra Solano, *Revisión de noticias, a propósito del marco para la paz* (Bogotá: Dirección de Investigación y Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, 2013), http://derecho.uniandes.edu.co:8088/images/stories/pdf/marco_juridico_para_la_paz.pdf.

vivía el país, pero sin repetir los diseños transicionales existentes en Colombia, que estaban en crisis[9]. Dicha crisis se ilustraba con los pobres resultados obtenidos por la Ley 975, que se propuso investigar y juzgar a todos los miembros de grupos armados que se hubieran desmovilizado hasta la fecha de expedición de la ley y que fueran responsables de graves violaciones de derechos humanos, pero había dado lugar a un número muy reducido de condenas en el momento de empezar a discutirse el marco jurídico para la paz[10] —situación que no ha cambiado mucho hasta hoy—. Se argumentaba que si se continuaba con la ambiciosa meta fijada por la mencionada ley, realizarla "podría tardar cerca de 100 años"[11].

En materia de tratamiento penal de las partes del conflicto armado la opción que quedó recogida en el marco jurídico para la paz consta principalmente de cinco lineamientos: (1) sostiene que el deber estatal de investigar y sancionar podrá adelantarse también por medio de mecanismos extrajudiciales, y no sólo mediante mecanismos judiciales; (2) señala que la priorización y la selección deben considerarse inherentes a la justicia transicional; (3) dispone que el Estado deberá centrarse en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (4) admite la posibilidad de establecer medidas alternativas a la pena privativa de la libertad para sancionar a los miembros de grupos que hayan participado en el conflicto armado; y (5) condiciona este tratamiento penal especial al cumplimiento de una serie de condiciones relacionadas con la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y con la garantía de no repetición de los crímenes cometidos[12].

9 Así lo reitera el informe de ponencia para primer debate del marco jurídico para la paz. Colombia, Congreso de la República, "Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo 94 de 2011 Cámara, 'por medio del cual se adiciona un nuevo artículo transitorio 66 a la Constitución Política de Colombia con el fin de darle coherencia a los diferentes instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política'", *Gaceta del Congreso* 716 (2011). Igualmente, se afirma que "de no tomar medidas pronto el modelo de justicia transicional en el país estará en riesgo de colapsar".

10 Formulando un balance de la Ley 975 del 2005, el informe de ponencia para primer debate del marco jurídico para la paz advertía que "seis años después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz, y luego de la desmovilización de 35.299 miembros de grupos paramilitares, se han producido cuatro sentencias, de las cuales sólo una está en firme". *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 En relación con el último punto precisa el marco jurídico para la paz que "el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley".

Desde que el marco jurídico para la paz fue presentado en el Congreso, varias voces críticas empezaron a oírse. Entre los críticos se encontraban algunas organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales y ciertos sectores políticos, de izquierda y de derecha. El principal argumento de todos contra la enmienda constitucional era que admitía la impunidad. Como los defensores del marco jurídico para la paz, sus críticos reconocían la importancia o la necesidad de aplicarles a los miembros de los grupos participantes del conflicto armado un modelo de justicia penal distinto del ordinario, pero, a diferencia de aquellos, los críticos de la reforma reclamaban que ese nuevo modelo especial tuviera por propósito la investigación de todos los responsables de graves violaciones de derechos humanos.

En la articulación de su crítica contra el marco jurídico, sus detractores enfatizaron que el derecho internacional obliga a los estados a investigar las violaciones graves de los derechos humanos, y dejaron en un segundo lugar la tarea de explicar con claridad por qué la impunidad obraría en contra de los intereses de la paz[13] —en ocasiones no se ocuparon en absoluto de este aspecto, y se limitaron al tema del derecho internacional—[14]. Así, su estrategia consistió en utilizar el derecho internacional como un argumento de autoridad para respaldar su posición. Intentaron demostrar que el derecho internacional determinaba con claridad la existencia de un deber estatal de investigar las violaciones graves de derechos humanos, y desestimaron como no jurídica la defensa del marco para la paz basada en argumentos relacionados con la justicia transicional. Sobre este punto volveré más adelante.

### B. El marco jurídico para la paz pasa a la Corte Constitucional

Luego de surtir el trámite en el Congreso, el marco jurídico para la paz fue aprobado y entró en vigencia el 31 de julio del 2012. Con todo, con su aprobación la discusión recién inició, pues fue posteriormente demandado ante la Corte Constitucional con el argumento de que desconocía los derechos de las víctimas

13 Cito, a modo de ilustración, algunos documentos que analizan críticamente la propuesta de reforma constitucional: Comisión Colombiana de Juristas, "Comentarios al 'marco jurídico para la paz'" (4 de junio del 2012), http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/comentarios_marco_juridico_2012-06-04.pdf; Human Rights Watch, "Colombia debe reformar el 'Marco Jurídico para la Paz'" (31 de mayo del 2012), http://www.hrw.org/es/news/2012/05/31/colombia-debe-reformar-el-marco-jur-dico-para-la-paz; Rafael Nieto Loaiza, "¿Marco para la paz o para la violencia?" (3 de junio del 2012), http://www.pensamientocolombia.org/marco-para-la-paz-o-para-la-violencia.

14 Cf. Carlos Holmes Trujillo, "El marco para la paz promueve la impunidad" (1.º de agosto del 2013), http://www.pensamientocolombia.org/el-marco-para-la-paz-promueve-la-impunidad.

tal como eran protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos y por la Constitución Política.

Para oponerse a la posibilidad de que un Estado deje de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de graves violaciones de derechos humanos pueden seguirse por lo menos dos vías argumentativas con base en el derecho internacional. Una es la de sostener que efectivamente el Estado tiene el deber de perseguir penalmente a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos. Este argumento es susceptible de serios cuestionamientos: ¿es eso materialmente posible?; ¿no puede esta posición desincentivar la dejación de las armas entre los miembros de los grupos armados?; ¿no pierde de vista que, según lo han dicho distintas instancias internacionales, el deber de investigar no es una obligación de resultado sino de medio? La otra alternativa consiste en sugerir que los estados están comprometidos a no renunciar de antemano a su obligación de perseguir penalmente las atrocidades cometidas, por lo que deben actuar con diligencia en la investigación de los casos y posteriormente evaluar si, en aras de la paz, es deseable que haya castigo[15]. Entre ambas alternativas, la demanda de inconstitucionalidad optó por la primera. Planteaba que el Estado colombiano tiene el deber de investigar y juzgar a *todos* los responsables de *todas* las violaciones graves de derechos humanos, y no sólo a *algunos* responsables (los "máximos") de haber cometido *algunas* violaciones graves de derechos humanos[16]. De esta forma, la demanda se centraba en discutir la validez del uso de criterios de selección en la persecución de atrocidades, mas no discutía otros aspectos previstos en el marco jurídico para la paz, como el de las sanciones que han de imponérseles a los responsables de tales conductas.

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad, varias personas acudieron ante la Corte Constitucional para sentar su posición, en escritos enviados en el marco del proceso o en la audiencia pública convocada por el tribunal. Los intervinientes pueden organizarse en dos grupos, en la medida en que utilizaron argumentos similares, unos para defender la constitucionalidad del marco jurídico para la paz y otros para apoyar la solicitud de que fuera declarado inconstitucional[17]. A continuación destacaré algunos de sus argumentos.

15 Robert C. Slye sugiere estas dos alternativas. Véase Slye, "Legitimacy of Amnesties": 189.

16 Comisión Colombiana de Juristas, "Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 01 de 2012" (19 de diciembre del 2012), http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.html.

17 Destaco que organizo a los intervinientes en dos grupos con base, exclusivamente, en los argumentos expuestos para defender o atacar el marco jurídico para la paz, sin tomar en cuenta las opiniones políticas de estos actores acerca del proceso de paz. En un grupo pueden coincidir actores con opiniones diferentes sobre este proceso, pero partidarios de argumentos "puramente"

Como se verá, casi la totalidad de este debate estuvo marcada por cuestiones legales relacionadas con la "correcta interpretación" de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y quedaron a un lado discusiones teóricas ricas, en especial la relacionada con las finalidades del proceso penal en un contexto de negociación de la paz.

### C. Los defensores del marco jurídico para la paz

De acuerdo con los defensores del marco jurídico para la paz[18], el derecho internacional no es tan inflexible como lo pretenden quienes critican la enmienda constitucional. En este sentido, destacaron dos argumentos tomados del mismo derecho internacional que mostrarían que es posible limitar el deber de investigación y juzgamiento en contextos de justicia transicional. Por un lado, señalaron, la prohibición de las amnistías existente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario ha sido construida principalmente con base en casos en que se juzgaron hechos cometidos durante dictaduras (tal fue el caso argentino) o regímenes autoritarios (el caso peruano), y no para conflictos armados internos, evento este último en el que se presentaría con más fuerza la tensión entre la paz y la justicia.

Agregan que los pocos pronunciamientos en que los organismos internacionales se han ocupado de estudiar la legitimidad de las amnistías en contextos de terminación de conflictos armados internos sugieren que el estándar, en estos casos, debe ser distinto al de las amnistías concedidas en dictaduras o en regímenes autoritarios. Así, los defensores del marco jurídico para la paz (igual que sus contradictores, como se mostrará más adelante) hicieron referencia

jurídicos divergentes a la hora de sentar su posición respecto del marco jurídico para la paz; por ejemplo, quienes tienen grandes reservas acerca del proceso de negociación con las FARC, pero critican el marco con el argumento "jurídico" de que desconoce los derechos de las víctimas de los crímenes cometidos por la guerrilla.

18 En este grupo revisé las siguientes intervenciones: Centro de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, "Intervención ciudadana en el proceso D0009499. Norma revisada: Acto Legislativo 01 de 2012" (4 de marzo del 2013), http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_litigios&field=archivo&id=182 (en adelante, "Intervención de Dejusticia"); ministro del Interior, ministra de Justicia y del Derecho, alto comisionado para la paz, director del Departamento para la Prosperidad Social, director de la Agencia Colombiana para la Reintegración, director de la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas, directora del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, "Intervención en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012" (4 de marzo del 2013) (en adelante, "Intervención del Gobierno nacional"); Iván Orozco Abad, "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 del 2012" (s. f.) (en adelante, "Intervención de Iván Orozco"); fiscal general de la Nación, "Intervención de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-9499" (4 de marzo del 2013) (en adelante, "Intervención del fiscal general de la Nación").

constante al caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador[19], de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que el tribunal reconoció que debía revisar por primera vez la validez de una amnistía otorgada en el contexto de un conflicto armado interno. Tras estudiar la ley de amnistía promulgada en El Salvador, la Corte Interamericana concluyó que era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero también sostuvo que dicha ley "contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades"[20]. Esta afirmación de la Corte Interamericana fue leída por los defensores del marco para la paz como el reconocimiento de cierta relevancia de los acuerdos de paz entre las partes del conflicto para efectos de determinar la validez de los términos de las amnistías. Dicho reconocimiento indicaría que el derecho internacional no prohíbe de manera contundente las amnistías y que los términos en que se ponga fin a un conflicto armado pueden ser relevantes para definir la validez de las amnistías.

El segundo argumento en favor de la posición de que del derecho internacional no se desprende un deber absoluto de investigación, sanción y juzgamiento remite a las políticas operativas de organismos penales internacionales, particularmente la Corte Penal Internacional. Los partidarios del marco recordaron que la competencia de la Corte Penal Internacional no se determina únicamente por la naturaleza del delito (en referencia a los delitos definidos en el Estatuto de Roma), sino también por su gravedad y trascendencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Estatuto. Este artículo señala que "la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Con estas consideraciones, sostuvieron que hay conciencia, a nivel internacional, de la necesidad de racionalizar el uso de la acción penal para perseguir crímenes internacionales.

Los defensores del marco jurídico para la paz enfatizaron que investigar y juzgar crímenes atroces efectivamente es un deber internacional, pero que no aplica en todas las circunstancias, sino en "sociedades bien ordenadas"[21]. En cambio, en contextos en que han sido cometidas atrocidades de manera masiva, es posible limitar el cumplimiento de dicho deber internacional cuando ello contribuya a la

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador; fondo, reparaciones y costas; Sentencia del 25 de octubre del 2012, serie C, n.º 252, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

20 *Ibid*., párr. 292.

21 "Intervención del Gobierno nacional", 5.

consecución de la paz y a garantizar los derechos de las víctimas. Así sucedería cuando se adelantan conversaciones para terminar conflictos como el colombiano, caso en el que, por un lado, es materialmente imposible procesar a todos los responsables de las atrocidades, que han durado casi cincuenta años[22], y, por otro lado, es necesario darles seguridad jurídica a los combatientes de las fuerzas que negocian la paz.

Por todo lo anterior, concluyen los defensores, es válido tomar en cuenta figuras como las amnistías condicionadas, que conceden beneficios penales con condiciones, por ejemplo, contar la verdad o contribuir a la reparación de las víctimas. De esta forma se les conceden incentivos a los miembros de grupos armados para que se desmovilicen, y a la vez se garantizan los derechos de las víctimas. Tales amnistías, en todo caso, deben respetar un mínimo de justicia, mínimo que en el presente caso se cumpliría, pues la enmienda constitucional dispone que es necesario centrarse en la investigación de determinadas conductas especialmente graves y en sus "máximos responsables", en vez de tener que investigarlas *todas* y a *todos* los responsables.

Al argumento de que dejar de investigar ciertas conductas conduce a la impunidad y así se propicia la repetición de las atrocidades, responden los partidarios del marco que la investigación de los máximos responsables y de los delitos cometidos de manera sistemática en realidad contribuye significativamente a prevenir la repetición de los hechos investigados, mucho más de lo que lo haría la investigación caso a caso. En efecto, señalan, concentrarse en los máximos responsables hace más fácil determinar los patrones de macrocriminalidad con que operaba el grupo al que pertenecían y conocer la estructura de este grupo, y este conocimiento es indispensable para tomar medidas que eviten la repetición de las conductas[23]. La "verdad" que deben contar los procesos es, entonces, la de cómo se conformó el grupo armado ilegal, cómo operaba, quiénes lo apoyaban, y no sólo la de las circunstancias específicas que rodearon el hecho que se juzga.

22 La Fiscalía anota que en la actualidad están abiertos 1 509 244 procesos, a los que se les suman los aproximadamente 346 433 procesos en indagación en los términos de la Ley 975 del 2005. Además, menciona que entre el 2011 y el 2012 recibió 2 174 435 denuncias. A estos procesos se les agregarían los derivados de los actos del grupo armado que se desmovilice. Aunque no hay cifras al respecto, la Fiscalía ofrece un cálculo a modo de ilustración: "Si se asume que cada uno de los siete bloques de las FARC cometió al menos dos delitos diarios durante el conflicto, la Fiscalía debería investigar aproximadamente 300.000 hechos delictivos, lo cual es una tercera parte del total de denuncias anuales que recibe el ente investigador". Cf. "Intervención del fiscal general de la Nación", 56-57. Hay que anotar, en todo caso, que este ejemplo pierde el punto, pues el debate gira en torno a la investigación de graves violaciones de derechos humanos cometidas por la guerrilla, no de todos los delitos.

23 "Intervención del Gobierno nacional", 17-18; "Intervención del fiscal general de la Nación", 55.

### D. Los contradictores del marco jurídico para la paz

Los críticos del marco jurídico para la paz[24] argumentaron que no es posible para un Estado dejar de perseguir a los responsables de delitos atroces, básicamente porque existen normas internacionales que establecen con claridad el deber de investigar y juzgar estos delitos. Así, los críticos del marco defendieron un monismo con primacía del derecho internacional sobre el interno, de acuerdo con el cual los compromisos internacionales adquiridos por Colombia no pueden ser incumplidos por disposiciones nacionales, ni siquiera cuando tales disposiciones estén contenidas en la Constitución[25].

El compromiso internacional que estaría incumpliendo el Estado colombiano con el marco jurídico para la paz consiste en investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de graves violaciones de derechos humanos, compromiso que debe ser necesariamente cumplido por los estados para garantizar de manera efectiva los derechos reconocidos en las normas internacionales sobre derechos humanos. Según los críticos, este deber aplica en circunstancias de paz y también en circunstancias de guerra, de manera que no puede desconocerse incluso en contextos de conflicto armado interno. En tales contextos, en los que se han cometido de manera masiva las más graves violaciones de derechos humanos, "no existe un estándar de justicia menos riguroso y diferente para los contextos de transición —como pueden ser los acuerdos de paz que ponen fin a

[24] Entre ellos se encuentran las organizaciones internacionales Human Rights Watch y Amnesty International, la organización nacional Comisión Colombiana de Juristas, la Procuraduría General de la Nación y el grupo de investigación Democracia y Justicia de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Véase Amnesty International, "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012" (27 de marzo del 2013) (en adelante, "Intervención de Amnesty International"); Human Rights Watch, "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012" (4 de marzo del 2013) (en adelante, "Intervención escrita de Human Rights Watch"); Human Rights Watch, "Intervención en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional el 25 de julio de 2013" (en adelante, "Intervención oral de Human Rights Watch"); Comisión Colombiana de Juristas, "Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 01 de 2012" (19 de diciembre del 2012), http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.html; Comisión Colombiana de Juristas, "Intervención en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional" (25 de julio del 2013), http://www.coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/pro_2013-07-25.pdf (en adelante, "Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas"); Procuraduría General de la Nación, "Concepto en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012" (s. f.), http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/D-9499%20Marco%20jur%C3%ADdico%20para%20la%20paz.pdf (en adelante, "Concepto de la Procuraduría General de la Nación"); Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, grupo de investigación Democracia y Justicia, "Intervención en el proceso D-9499 en el que se interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo n.º 1 de 2012" (abril del 2013) (en adelante, "Intervención de la Universidad del Rosario").

[25] La única intervención que desarrolla explícitamente este argumento es la de Amnesty International. Cf. "Intervención de Amnesty International", 2-4. Las otras intervenciones estudiadas en este grupo parecen asumir el argumento de manera implícita.

un conflicto armado interno o internacional"[26]. En consecuencia, insistieron en que la justicia transicional no debe ser considerada un estándar de justicia diferenciado o una rama independiente del derecho que pueda justificar la inaplicación o modificación de los compromisos previstos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Para los detractores de la enmienda constitucional, el contenido de este compromiso internacional no fue alterado por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Esta decisión, sostienen, es una reafirmación del deber de realizar juicios penales cuando se cometan atrocidades. Consideraron que en el caso en mención la Corte Interamericana estudió la validez de la amnistía salvadoreña a la luz de las obligaciones mencionadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mas no de los términos del acuerdo de paz al que se llegó en El Salvador. Para explicar esta afirmación recordaron que en el acuerdo de paz que puso fin al conflicto salvadoreño se pactó que al menos las violaciones de derechos humanos identificadas por la Comisión de la Verdad serían investigadas por los jueces. Posteriormente, la Asamblea Legislativa salvadoreña dictó una ley que dejó inoperante lo pactado en el acuerdo de paz en lo relativo al deber de no dejar en la impunidad las violaciones graves de los derechos humanos. Los críticos del marco jurídico para la paz adujeron que si la Corte Interamericana había considerado que la ley de amnistía vulneraba los propios términos del acuerdo de paz era porque en últimas tal acuerdo reflejaba las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En su opinión, ese precedente debía desmarcarse del asunto discutido, pues el marco jurídico para la paz no se limita a reproducir las obligaciones internacionales del Estado, sino que las modifica[27].

Al abogar por el juzgamiento de la totalidad de los responsables de violaciones graves de derechos humanos, no desconocían la existencia de limitaciones materiales que dificultarían lograrlo, sino que consideraban posible hacerles frente a tales dificultades. Para enfrentar las limitaciones de recursos los organismos investigadores pueden renunciar a la persecución de los delitos que no sean considerados graves violaciones de derechos humanos[28]; también es legítimo que le den prioridad a la investigación de los máximos responsables (pues ello puede beneficiar la investigación de casos futuros), sin que esto habilite al

26 "Intervención oral de Human Rights Watch".
27 *Ibid.*; "Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas".
28 "Intervención oral de Human Rights Watch".

Estado para dejar de investigar crímenes graves[29]. Esta renuncia tampoco puede permitirse en caso de que se instalen mecanismos no judiciales de búsqueda de la verdad y de reparación de víctimas (los cuales, en efecto, están previstos en el marco para la paz), pues estos pueden ser complementarios, pero no excluyentes, de la investigación y el juzgamiento penal.

Por último, señalaban que la obligación de los estados respecto de investigar y juzgar a todos los responsables de crímenes atroces no se veía anulada por la política operativa de los tribunales penales internacionales, particularmente la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, que concentra sus esfuerzos de investigación en sólo algunos de los responsables de las violaciones que caen dentro de su competencia. Sostenían que era erróneo justificar el marco jurídico para la paz con el argumento de que emulaba la práctica de ciertos organismos penales internacionales: que estos organismos juzguen sólo algunos casos obedece a su naturaleza complementaria, pero ello no anula el deber de investigar y juzgar los casos no conocidos por el organismo en cuestión.

Además, aunque en principio la posibilidad que ofrece el marco jurídico para la paz de suspender la ejecución de la pena y de aplicar sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y de cumplimiento de la pena no fue objeto de la demanda de inconstitucionalidad, algunos de los detractores de la reforma se refirieron al tema. Así, por ejemplo, Human Rights Watch señaló que es deber de los estados, incluso en procesos de justicia transicional, imponer penas proporcionales a la gravedad de las conductas cometidas, deber que desconoce el marco jurídico para la paz porque autoriza al Congreso a "permitir que incluso los máximos jefes guerrilleros responsables de las peores atrocidades no cumplan ni un solo día en prisión"[30].

Las dos secciones anteriores resumen las líneas de argumentación de los defensores y los críticos del marco jurídico para la paz. Por supuesto que no todos los defensores ni todos los detractores utilizaron los mismos argumentos, pero sí argumentos complementarios, por lo que es posible hacer una exposición conjunta de ellos. Valga también aclarar que la exposición no pretende agotar todos los argumentos usados para sustentar cada una de las posiciones que se estudiaron, sino los principales. La tabla 1 expone con mayor detalle los argumentos usados en el debate para defender o atacar el marco jurídico para la paz.

29 *Ibid.*; "Intervención de Amnesty International".
30 "Intervención oral de Human Rights Watch", 13.

**Tabla 1.** Resumen de los principales argumentos para defender y atacar el marco jurídico para la paz

| Argumentos a favor del marco | Argumentos en contra del marco |
|---|---|
| 1. En contextos de justicia transicional, el deber estatal de garantizar los derechos humanos no implica necesariamente que exista persecución penal por todas las violaciones graves de derechos humanos. | 1. Tanto en situaciones de normalidad como en contextos de justicia transicional, el deber estatal de garantizar los derechos humanos implica necesariamente que exista persecución penal por las violaciones graves de derechos humanos. |
| 2. Las medidas a adoptar respecto de cada uno de los componentes de la justicia transicional (verdad, justicia, reparación y no repetición) no están preestablecidas, sino que deben ajustarse a las necesidades del país. | 2. Sí existen deberes específicos en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, incluso en contextos de justicia transicional (como el colombiano). Entre esos deberes se encuentra el de investigar y juzgar a los responsables de violaciones de derechos humanos. |
| 3. El deber de investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos no es una regla rígida, sino un principio ponderable, cuya limitación se justifica si contribuye al logro de la paz y si se adoptan otras medidas tendientes a proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. | 3. No puede entenderse que otras medidas distintas de la justicia penal satisfagan los deberes del Estado en materia de investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos. Tales medidas son complementarias de la justicia penal, pero no la reemplazan. |
| 4. No todas las amnistías están *prima facie* prohibidas. Por el contrario, son válidas las amnistías condicionadas, siempre y cuando con ellas se contribuya a establecer la paz y a la satisfacción de los demás elementos de los derechos de las víctimas. | 4. De las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de los tratados sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario, igual que de la práctica de los tribunales penales internacionales, se desprende que las amnistías para graves violaciones de derechos humanos están proscritas. |
| 5. El deber de investigar y juzgar todas las violaciones de derechos humanos aplica en "sociedades bien ordenadas", y Colombia no lo es, debido a las masivas atrocidades que han ocurrido en un conflicto de larga duración. | 5. El deber de investigar y juzgar todas las violaciones de derechos humanos aplica incluso en contextos de conflicto armado interno, no sólo en tiempos de paz. |
| 6. En contextos de atrocidades masivas, la determinación de las obligaciones del Estado debe tomar en cuenta si la superación de esta situación se logra mediante un acuerdo de paz. Esta opción es moral y políticamente superior a la victoria militar de un bando sobre el otro, por lo que debe tener consecuencias jurídicas. | 6. Aunque es deber de los Estados buscar la paz, este deber no autoriza a que se renuncie o se flexibilicen obligaciones en materia de juzgamiento de los responsables de violaciones de derechos humanos. En todo caso, los acuerdos de paz deben cumplir con un criterio de corrección, que está dado por los derechos humanos, los cuales exigen la persecución penal de graves violaciones contra ellos. |

| Argumentos a favor del marco | Argumentos en contra del marco |
|---|---|
| 7. En contextos de justicia transicional la investigación debe responder a estrategias específicas, como las de crímenes de sistema u otras, lo cual se opone a la investigación de hechos individuales. | 7. *Puede* priorizarse la investigación de fenómenos de macrocriminalidad, pero ello no implica la renuncia a la investigación de violaciones de derechos humanos individuales. |
| 8. La renuncia a la persecución de violaciones de derechos humanos está reconocida en la práctica de los tribunales penales internacionales. El carácter complementario de estos tribunales no impide que se haga una analogía con el aparato judicial doméstico. | 8. La renuncia a la persecución penal en tribunales internacionales se debe al carácter supletorio de estas instituciones, y no altera las obligaciones que los jueces nacionales tienen en los estados de los que hacen parte. |
| 9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sostenido que exista una obligación de investigar y juzgar todas las violaciones de derechos humanos en contextos de conflicto armado interno (se cita como apoyo, especialmente, el caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador). Y aún si tal obligación existe, la Corte Constitucional debe practicar una "autonomía reflexiva" que evita la adopción acrítica de estándares internacionales. | 9. La Corte Interamericana sí ha sostenido que existe una obligación de investigar y juzgar conductas violatorias de los derechos humanos, y los pronunciamientos de esta Corte obligan a las autoridades nacionales. Ese precedente, además, no cambió con el caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador. |
| 10. La investigación indiscriminada de conductas puede conducir a la impunidad masiva. Es más adecuado elegir algunos casos emblemáticos y prometedores, que ayuden a comprender mejor los fenómenos de violencia, y acompañarlos de pedagogía para las víctimas. Con ello se logra menos impunidad social, se contribuye a la garantía de no repetición y se protege verdaderamente el derecho a contar con un recurso ágil y efectivo. | 10. Dejar de investigar conduce a la impunidad, y la impunidad propicia la repetición de las atrocidades cometidas en el pasado. |

## E. Las cartas de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a la Corte Constitucional a propósito de la revisión del marco jurídico para la paz

Mientras la Corte Constitucional estudiaba si la estrategia penal diseñada por el marco jurídico para la paz desconocía o no el deber del Estado de investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional le dirigió dos comunicaciones al tribunal constitucional. La primera comunicación estuvo relacionada con la opinión de la Fiscalía acerca de la compatibilidad de la suspensión de las penas con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como es claro, esta carta pretendía ponerle de presente a la Corte Constitucional la opinión de la Fiscalía sobre un tema que podía eventualmente ser considerado en la decisión sobre el marco jurídico para la paz. La tesis que la Fiscalía expone en su comunicación es que va en contra de las disposiciones del Estatuto de Roma que se les suspenda totalmente la ejecución de la pena a responsables de crímenes internacionales, pues ello puede interpretarse o bien como un intento de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o bien como una prueba de que no se tiene la intención de someter a una persona a la acción de la justicia. Dice la carta:

> Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad[31].

En la segunda comunicación la Fiscalía se refirió al argumento empleado por algunos defensores del marco jurídico para la paz, para quienes la validez del uso de criterios de selección en la investigación de graves violaciones derechos humanos quedaba demostrada por el uso que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional había hecho de tales criterios. Con el "ánimo de aclarar la estrategia procesal de mi despacho", señala la fiscal en su carta, "la estrategia procesal de mi despacho no debe considerarse como una autoridad, precedente o directriz para interpretar los parámetros de las obligaciones jurisdiccionales internas con relación a la investigación o procesamiento de crímenes internacionales", ya que, como dice el Estatuto de la Corte Penal Internacional, "es obligación de

[31] Fatou Bensouda (fiscal de la Corte Penal Internacional), "Carta dirigida a Jorge Iván Palacio Palacio - Presidente de la Corte Constitucional de Colombia" (Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, 16 de agosto del 2013), www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimenes-de-su-competencia/.

cada estado ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales"[32]. De esta forma, en su comunicación la fiscal les dio la razón a los detractores de la reforma constitucional en la afirmación de que la naturaleza complementaria de la jurisdicción internacional impide comparar el alcance de su actuación con los deberes que recaen sobre los organismos de investigación y juzgamiento domésticos.

### F. La Corte Constitucional le da el visto bueno al marco jurídico para la paz

En agosto del 2013 la Corte Constitucional decidió denegar las pretensiones de la demanda contra el marco jurídico para la paz, por no haber encontrado que hubiera sustituido algún elemento esencial o pilar fundamental de la Constitución colombiana[33]. En todo caso, su decisión no se limitó a declarar la constitucionalidad de la reforma; la Corte se permitió incluir ciertos "parámetros de interpretación" en su decisión, con la intención de que fueran tomados en cuenta por el Congreso cuando reglamentara la reforma.

En su decisión, la Corte consideró necesario estudiar en su integridad la estrategia de persecución penal prevista por el marco jurídico para la paz, y no limitarse al debate planteado por la demanda de inconstitucionalidad. En otras palabras, no sólo se ocupó de determinar si la selección de casos de violaciones graves de derechos humanos implicaba un desconocimiento del deber de investigar y juzgar tales violaciones, sino que además incorporó a su estudio lo previsto por la reforma constitucional en relación con la posibilidad de imponerles penas alternativas a los responsables de esta clase de atrocidades.

La decisión de la Corte Constitucional compartió varios de los supuestos en que se basó la demanda, pero difirió respecto de las consecuencias que se desprenden de ellos. Así, la Corte reconoció que, como lo argumentaron los demandantes, existe un pilar esencial en la Constitución Política colombiana que dispone que es obligación del Estado "respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas", obligación de la que se desprenden deberes más específicos, entre ellos el de "investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario"[34].

32 *Ibid.*

33 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-579 del 13 de agosto del 2013 (magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

34 No sobra recordar que el juicio de constitucionalidad realizado sobre el marco jurídico para la paz siguió la metodología de análisis conocida como juicio de sustitución, en la que se indaga si una

En este sentido, la Corte asumió como parte integrante de la Constitución la manera como distintos organismos internacionales han entendido la obligación de garantizar los derechos humanos, obligación que se ha considerado atada al deber de iniciar investigaciones penales cuando se presente una violación grave de tales derechos[35].

Coincidiendo de nuevo con los críticos del marco jurídico para la paz, la Corte Constitucional admitió que, en busca de soluciones para el conflicto armado interno, es válido ponderar los derechos de las víctimas (los cuales se satisfarían, en parte, mediante la investigación penal de los perpetradores) con otros valores, como la paz y la reconciliación. Además, y acá la argumentación de los críticos del marco y la de la Corte se distancian, el tribunal concluyó que el modelo de persecución penal propuesto por el marco jurídico para la paz es una ponderación adecuada de los intereses en conflicto, a saber, los derechos de las víctimas, por un lado, y la paz y la reconciliación, por otro. De esta forma, aceptó la tesis de que las exigencias de la paz justifican la limitación de las exigencias de la justicia previstas en la enmienda constitucional.

Para la Corte, el marco jurídico para la paz protege el contenido mínimo de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, por cuanto garantiza que determinadas atrocidades serán investigadas y juzgadas, y además asegura que tales atrocidades le serán imputadas siempre, por lo menos, a uno de sus perpetradores, el que sea considerado "máximo responsable".

---

enmienda se limita a reformar el texto de la Constitución, caso en el que sería constitucional, o si altera uno de los elementos fundamentales de la Constitución, caso en el que sería inconstitucional. Según la Corte Constitucional, dicho juicio de sustitución se compone de tres pasos argumentativos: primero, debe identificarse el elemento de la Constitución que se considera sustituido y señalar las razones por las cuales se asume que tal elemento es fundamental en la Constitución; segundo, debe explicarse cuál es el elemento fundamental nuevo introducido en la Constitución en virtud de la reforma constitucional estudiada; y tercero, teniendo en cuenta las conclusiones a las que se haya arribado en los dos pasos anteriores, debe compararse el elemento originalmente adoptado por el constituyente primario con el nuevo elemento introducido por la reforma constitucional, con el fin de verificar "no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles". Al respecto, véase Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de agosto del 2010 (magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

35 Sobre la obligación de garantía en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y sobre uno de sus derivados, el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; fondo; Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Sobre el mismo tema, pero en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, véase Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, "Observación general n.º 31. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.° período de sesiones" (documento ONU HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, 2004).

En todo caso, como anoté, la Corte fijó ciertos "parámetros de interpretación" con el fin de que fueran observados por el Congreso a la hora de reglamentar el marco jurídico para la paz mediante una ley estatutaria. Los parámetros aclaraban que la limitación de la persecución en casos de graves violaciones de derechos humanos era excepcional, en la medida en que sólo podía aplicarse si se exigía la terminación del conflicto armado interno, se entregaban las armas y había un compromiso de no cometer nuevos delitos. También aclaró la Corte que la renuncia a la persecución penal era condicionada, pues para beneficiarse de ella no bastaba con desmovilizarse, sino que además el grupo armado debía contribuir al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, y asimismo debía liberar a todos los secuestrados en su poder y desvincular a todos los menores de edad que integraran sus filas.

Los parámetros de la Corte permiten entender que, aun en contextos de transición de la guerra a la paz, existe un mínimo irrenunciable del deber de persecución penal, de acuerdo con el cual el Estado está obligado a centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de *todos* los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, con lo cual se excluye una nueva selección de casos adicional a la selección ya realizada por el mismo marco jurídico para la paz. La Corte entendió también que una parte del deber de investigar, juzgar y sancionar que no puede dejar de cumplirse corresponde a la sanción penal, que debe existir para quienes sean condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; respecto de ellos no puede operar la suspensión total de la ejecución de la pena. Con este parámetro de interpretación la Corte limitó las alternativas ofrecidas por el marco jurídico para la paz. En efecto, el marco no precisaba las penas a imponérseles a los máximos responsables, de allí que hubieran surgido posiciones muy variadas sobre el tema[36].

[36] Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez y Camilo Sánchez agrupan estas posiciones en cuatro: (i) quienes están de acuerdo con que se utilicen criterios de selección y se suspenda totalmente la ejecución de la pena para los máximos responsables, como sería el caso del fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre; (ii) quienes están de acuerdo con el uso de criterios de selección, pero no admiten la suspensión total de la ejecución de la pena para los máximos responsables, posición defendida por los autores; (iii) quienes sostienen que deben investigarse y sancionarse con penas de prisión todos los responsables de violaciones graves de derechos humanos, como es el caso de la organización Human Rights Watch; y (iv) quienes sostienen que debe investigarse a todos los responsables de violaciones graves de derechos humanos, posición que no ha sido, hasta el momento, defendida explícitamente por ningún actor. Entre tales posibilidades, la Corte Constitucional optó por la segunda. Véase Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez y Nelson Camilo Sánchez, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (Bogotá: Dejusticia, 2014), 117.

## II. El derecho internacional: distractor del debate de fondo sobre el marco jurídico para la paz

Como se expuso en la primera sección, el derecho internacional tuvo un lugar preponderante en la discusión sobre la estrategia de persecución penal propuesta por el marco jurídico para la paz. Los críticos de la norma se esforzaron por mostrar que desconocía obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos; sus defensores controvirtieron esta posición. En esta sección mostraré que el énfasis excesivo en el derecho internacional como recurso para oponerse a la reforma empobreció la discusión de fondo que plantea el marco jurídico para la paz: ¿qué es más importante para lograr la paz: juzgar a todos los responsables de todas las atrocidades cometidas en el conflicto, o permitir que sólo sean juzgados algunos de ellos?

La cuestión central del debate puede resumirse en la pregunta acerca de cuánta justicia debería utilizarse para el proceso de paz en curso, de manera que se obtenga un balance satisfactorio entre la rendición de cuentas por parte de los actores armados, de un lado, y la necesidad de ofrecerles a estos actores incentivos para que se desmovilicen y se reinserten en la vida civil, de otro lado. De esta manera se conciliaría el interés de las víctimas (seguramente no de todas ellas, y también, seguramente, no sólo de ellas) por obtener justicia con el de la sociedad en general, y de las mismas víctimas, de hacer la paz. En el debate pueden identificarse dos posturas acerca de la relación que debería existir entre justicia y paz en el eventual acuerdo con las FARC.

Por un lado, los defensores del marco han sugerido que existe cierta dicotomía entre las exigencias de la justicia y las de la paz. El imperativo moral de buscar la paz justifica, dicen, que se renuncie a algunas exigencias de justicia que serían aplicables en situaciones en que no fuera necesario darle fin a un conflicto armado. Como en Colombia debe buscarse la terminación del conflicto, es preciso ofrecerles incentivos reales a los actores armados, y entre estos incentivos se cuentan ciertos beneficios penales. Además, continúa el argumento, tales beneficios penales no deben imponer una carga tan onerosa que el Estado no esté en capacidad de satisfacerla, pues en ese caso se prolongaría el otorgamiento de los beneficios penales necesarios para provocar la entrega de las armas.

Por otro lado, quienes atacan el marco jurídico para la paz rechazan la existencia de dicotomías insuperables entre la justicia y la paz, e invierten el argumento afirmando que no es posible llegar a una paz estable y duradera si no hay justicia. Así, la satisfacción de las exigencias de la justicia no se considera opuesta a la

búsqueda de la paz, sino una condición necesaria para alcanzarla. En una intervención que condensa con claridad este argumento, uno de los participantes en la audiencia pública realizada ante la Corte Constitucional señaló que

> Si el proceso de paz no está sólidamente sustentado en los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, quedará expuesto a sufrir múltiples, prolongados y demoledores ataques jurídicos ante tribunales nacionales e internacionales, que difícilmente podrá resistir, y que pueden poner en entredicho su viabilidad política. Algunos otros ataques (ojalá me equivoque al decirlo) podrán no circunscribirse a la controversia jurídica, y traducirse en acciones orientadas a suplir por la vía privada la justicia que no se imparta oficialmente[37].

Ambas partes entienden de manera diferente la relación entre los procesos penales y la búsqueda de la verdad; ello explica, parcialmente, sus distintas valoraciones de los procesos penales. Unos y otros aceptan la idea de que los procesos penales sirven para (y deben) buscar la verdad, pero esa "verdad" parece distinta: en un caso se trata de la verdad de los fenómenos de la macrocriminalidad, y en el otro de la verdad de las circunstancias específicas del delito (sin excluir necesariamente el conocimiento de los fenómenos de la macrocriminalidad). Así puede entenderse mejor la discrepancia sobre la selección de casos: si se deben conocer los fenómenos de la macrocriminalidad, se asume que no es necesario investigar todos los casos de delitos atroces, sino algunos que sean ejemplares[38]; en cambio, si, además de esto, el objetivo es develar las circunstancias específicas de determinado crimen, no es posible dejar de investigarlo, de lo contrario se renunciaría a la posibilidad de aclarar sus circunstancias.

Los argumentos de los críticos del marco que apoyan la vinculación entre paz y justicia, y entre justicia y verdad, son sugestivos y de gran importancia. Si efectivamente una gran dosis de justicia es necesaria para conseguir una paz estable y duradera y para conocer la verdad de lo sucedido, el Estado se verá obligado

37 "Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas".

38 Para evitar esta confusión sobre la "verdad" que debe perseguir el proceso penal, algunos invocan dos acepciones del *derecho a la verdad*, una individual y otra colectiva. Por esta última se entiende "la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos". Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 2006 (magistrados ponentes: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur y Clara Inés Vargas), citada en "Intervención del Gobierno nacional", 22. Esta distinción parece no recoger las dos acepciones de "verdad" que sugerí en el texto, sino que se refiere más a la titularidad del derecho, pues ese "relato relativamente fidedigno" bien puede estar compuesto por relatos sobre hechos individuales *y* sobre fenómenos de macrocriminalidad.

a hacer un esfuerzo presupuestal considerable para adecuar su aparato de justicia, si es que se encuentra realmente comprometido con la paz. No obstante, los críticos del marco no aportan evidencia que sugiera cuáles *pueden ser* los efectos empíricos de la adopción o exclusión de las amnistías para los procesos de paz, de manera que el argumento queda notablemente incompleto[39].

Además, si se revisan los estudios académicos, se aprecia que no existe un consenso acerca de la relación existente entre la realización de procesos penales y la estabilidad en procesos de transición[40]. Son pocas las afirmaciones categóricas en relación con este tema. Por ejemplo, con base en análisis de los casos de Argentina y Chile se argumenta que las amnistías generales pueden favorecer un período de estabilización, pero dichas amnistías no duran mucho, pues ceden a la presión nacional e internacional que exige justicia para los perpetradores[41]. El marco jurídico para la paz no parece asimilable a estos casos, pues contempla la aplicación de amnistías condicionadas, y no en todos los casos, dado que no beneficiarían a los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

De todos modos, es incierto que el marco jurídico para la paz vaya a ser derrotado en batallas jurídicas. La elasticidad de las normas internacionales de las que se pretende deducir la invalidez del marco, así como el eventual cambio en los balances de poder que dieron lugar al marco, hacen aventurada esta afirmación (como harían aventurada la afirmación contraria). De hecho, ya superó una de esas controversias jurídicas (quizás la más importante): la revisión por parte de la Corte Constitucional.

En todo caso, no es una hipótesis que pueda descartarse con rapidez. Cabe recordar que según algunos análisis la estabilidad de los acuerdos de amnistías depende de distintos factores políticos, como las demandas de la sociedad civil y de la comunidad internacional, así como de la actividad de la rama judicial nacional y de los balances de poder de los actores interesados en mantener o

39 Se trataría de información indicativa, si se tiene en cuenta la dificultad de demostrar más allá de toda duda los efectos de las amnistías sobre los procesos de paz. Al respecto, Max Pensky anota que ningún estudio puede documentar de manera fehaciente los aspectos negativos de la inclusión o exclusión de las amnistías en los acuerdos de paz; afirma que los estudios "no pueden mostrar que si no fuera por las amnistías la paz resultante no habría sido alcanzada, ni pueden mostrar que las transiciones fallidas no habrían fracasado si no fuera por el incentivo faltante que otorgan las amnistías". Max Pensky, "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability, and the Norms of International Law", *Ethics and Global Politics* 1, n.º 1-2 (2008): 1-40.

40 Al respecto, Karen Engle afirma que "existe muy poco acuerdo tanto sobre la inclusión como sobre la exclusión de las amnistías en los acuerdos de paz". "Anti-Impunity", 26.

41 Slye, "Legitimacy of Amnesties": 199-200.

anular dichos acuerdos[42]. Es previsible que las organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, que alegaron la inconstitucionalidad del marco jurídico para la paz sigan presionando por su inaplicación, a nivel nacional e internacional, y esta presión puede desencadenar pronunciamientos en contra de la norma. De hecho, como observó uno de los intervinientes en la audiencia pública ante la Corte Constitucional, ya el secretario general de la ONU manifestó su preocupación respecto del marco, argumentando que "podrí[a] dar lugar a amnistías de facto en beneficio de presuntos autores de infracciones de derechos humanos, incluidos miembros de las fuerzas de seguridad"[43]. Este pronunciamiento bien puede motivar otros análogos por parte de organismos internacionales de derechos humanos, o incluso de autoridades nacionales (fiscales, por ejemplo), que recurriendo a figuras como la excepción de inconstitucionalidad o el control de convencionalidad[44] decidan inaplicar el marco jurídico para la paz.

Por último, también es incompleta la explicación sobre la necesaria vinculación entre la justicia y la verdad, en particular porque no da cuenta de las razones por las cuales la verdad de las violaciones concretas cometidas en el conflicto armado sólo podría ser conocida a través de procesos judiciales, y no, como lo proponen los defensores del marco, mediante comisiones extrajudiciales de búsqueda de la verdad. Conviene recordar que las comisiones de la verdad han sido usadas para propósitos distintos, que van desde el esclarecimiento de hechos históricos sin la identificación de responsables hasta el relato de sucesos atroces con la posibilidad de indicar quiénes participaron en su comisión[45]. Puede, entonces, aceptarse que efectivamente el Estado está obligado a esclarecer las circunstancias de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el conflicto, sin que ello implique necesariamente aceptar que debe haber persecución penal de todas las violaciones graves de derechos humanos, pues esta tarea podría encomendársele a la comisión de la verdad mencionada también por el marco jurídico para la paz.

42 Lessa *et al.*, "Overcoming Impunity": 75-98.

43 Informe del secretario general de la ONU sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos (A/67/792-S/2013/149, 14 de marzo del 2013), http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2013/149, citado en "Intervención oral de Human Rights Watch".

44 Así denomina la Corte Interamericana de Derechos Humanos el deber que tienen las autoridades judiciales de los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de verificar, en el momento de dictar toda decisión, la compatibilidad de la norma que se aplica con dicho tratado, y de inaplicarla en caso de que el juez encuentre que la norma nacional llamada a ser aplicada por el juez en el fallo es contraria a la Convención.

45 Una clasificación de las comisiones de la verdad con base en sus funciones puede verse en Isabel Cristina Jaramillo y Juan Carlos Rincón, *Las comisiones de la verdad y el derecho a la verdad* (Bogotá: Dirección de Investigación y Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes), http://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/comisiones_de_verdad.pdf.

Con lo anterior pretendo mostrar que las razones esgrimidas contra el marco jurídico para la paz están lejos de ser evidentes; de hecho, existen trabajos académicos que pueden usarse para controvertirlas. La discusión exigía que se explicara de manera más detallada cada una de esas razones. La brevedad con que los críticos del marco se ocuparon de este planteamiento contrasta notablemente con su empeño de mostrar que el derecho internacional proscribe con claridad la renuncia a la persecución penal de graves violaciones de derechos humanos, sin importar si estas se cometieron en el marco de un conflicto armado o en tiempos de paz. Esta estrategia pierde de vista que, dada la porosidad de las normas de derechos humanos, la afirmación de que brindan una respuesta clara y específica sobre determinado tema seguramente no estará exenta de controversia. Como señala David Kennedy, "los textos más venerados en el canon de los derechos humanos son vagos y están abiertos a interpretación. En consecuencia, es improbable que cualquier articulación de un consenso global normativo escape de ser percibida por aquellos que disientan de ella —y habrá quienes disientan de ella— como parcial, subjetiva, selectiva"[46].

En efecto, no faltan quienes discrepan respecto a la vigencia de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de todas las violaciones graves de derechos humanos. Entre los que disienten se cuentan no sólo quienes participaron en el debate del marco jurídico para la paz con el fin de defenderlo, sino distintos doctrinantes del derecho internacional[47]. Suponer un consenso de la comunidad internacional sobre la obligatoriedad de perseguir penalmente a todos los responsables de violaciones graves de derechos humanos es asumir una posición débil; de hecho, argumentos provenientes del derecho internacional la desvirtúan: no hay tal consenso. Es de lamentar que a esta cuestión no

46 David Kennedy, "The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?", en *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Rob Dickinson *et al*., eds. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 19-34.

47 Algunos trabajos académicos que apuntan en este sentido fueron mencionados en la nota n.º 4. Estos trabajos sostienen, con argumentos similares, que el derecho internacional en efecto proscribe ciertas amnistías, pero no toda clase de ellas. Freeman y Pensky condensan con claridad los argumentos comúnmente usados en estos trabajos cuando afirman que, "en suma, mientras que es cierto que los Estados se encuentran bajo un número de obligaciones generales de hacer o de no hacer ciertos actos por ser partes de determinados tratados internacionales, está lejos de ser claro que algún tratado requiera a un Estado parte abstenerse del acto específico de otorgar una amnistía. La cadena de inferencias que va desde las obligaciones de los estados y pasa por los caminos de los deberes de enjuiciamiento, el derecho a un recurso o las obligaciones sobre la prescripción o la no derogación conlleva un número de pasos entre los deberes jurídicos de los estados y la posición específica sobre amnistías que un Estado pueda adoptar. En la mayoría de los casos, estos pasos intermedios requieren interpretaciones bastante extensas y la ponderación de obligaciones en tensión igualmente importantes. Y mientras tales interpretaciones bien pueden resolver que una amnistía específica de hecho implica una violación a las obligaciones jurídicas del Estado, otras bien pueden no implicarlo". Freeman y Pensky, "Amnesty Controversy", 42-65.

la haya seguido una discusión más profunda acerca de las razones por las cuales, según los críticos del marco, la justicia es una condición necesaria para la estabilidad de la paz y para el conocimiento de la verdad del conflicto[48].

## III. La relevancia de la discusión sobre las finalidades del uso del derecho penal en la reglamentación del marco jurídico para la paz

Tras haber superado el juicio de constitucionalidad de la Corte Constitucional, el marco jurídico para la paz deberá ser reglamentado por el Congreso de la República —claro está, si se insiste en él como fórmula de juzgamiento de las partes en conflicto, a pesar de la reticencia de las FARC—. Los debates más enconados sobre el marco para la paz están aún por venir. Preguntas como quiénes son los máximos responsables que serán objeto de investigación penal, cuáles son los beneficios penales que se les concederán, o si se les dará un tratamiento diferenciado a los máximos responsables de la Fuerza Pública y de la guerrilla alimentarán esas discusiones. Sería de gran conveniencia para el debate que se tradujeran estas cuestiones, aparentemente de mera interpretación de disposiciones del derecho internacional, en cuestiones básicamente morales y políticas. Se perdería mucho si fueran clausuradas, de entrada, invocando la supuesta rigidez de algunos estándares internacionales.

En lo que queda del texto, con el ánimo de contribuir a este proceso, pretendo mostrar que a este propósito contribuye volver la mirada a una cuestión fundamental: las finalidades del uso del derecho penal en contextos de justicia transicional. Esta discusión tiene relación directa con aspectos decisivos de un modelo de persecución penal limitado, centrado en los máximos responsables, pues ayuda a definir, por ejemplo, quiénes deben ser considerados máximos responsables. Mostraré que, aunque quienes participaron en el debate sobre el marco jurídico para la paz no le dieron, en su argumentación, un rol central a las finalidades del proceso penal en contextos de justicia transicional, tenían posiciones claras —y hasta cierto punto opuestas— sobre la importancia del proceso penal en la transición que puede tener lugar en Colombia. Luego, mostraré cómo esta discusión tiene relevancia para determinar de qué manera debe racionalizarse el recurso al derecho penal en la transición colombiana.

[48] Conviene aclarar, por si el texto hasta ahora no lo hace, que el lugar desde donde se critica el uso del derecho internacional en el debate local del marco jurídico para la paz no es el de la (des)legitimación democrática, sino más bien el de posiciones críticas que cuestionan la naturaleza clara

### A. Las discrepancias entre defensores y detractores del marco jurídico para la paz acerca de las finalidades del uso del derecho penal en la transición colombiana

Ni los detractores ni los defensores del marco jurídico para la paz le dieron, en su argumentación, un rol central a las limitaciones y potencialidades del derecho penal en la transición colombiana. No obstante, en sus escritos y en sus intervenciones ante la Corte Constitucional puede observarse que sí tenían posiciones definidas sobre este asunto, a tal punto que sus diferencias pueden explicarse por su desacuerdo sobre la importancia del proceso penal en la determinación de las responsabilidades por las atrocidades cometidas durante el conflicto.

Por un lado, en la argumentación de los contradictores del marco se advierte que le atribuyen dos finalidades al uso del derecho penal para juzgar dichas atrocidades. La primera es la de servir de instrumento para comunicar la vigencia del Estado de derecho. Según ellos, utilizar el derecho penal en un contexto de violaciones masivas es extenderle a la comunidad el mensaje de que las normas que protegen los derechos humanos no han perdido validez por haber sido sistemáticamente desconocidas. Uno de los intervinientes de la audiencia utilizó explícitamente este argumento; adujo que "[u]na sociedad que deje en la impunidad violaciones de derechos humanos que hayan sido ciertamente cometidas en el pasado no puede generar la confianza necesaria en relación con la decisión del Estado para actuar frente a violaciones que eventualmente se cometan en el futuro. Sobre esa incertidumbre no puede construirse una sociedad confiable"[49].

Esta función comunicativa de la pena guarda relación con la concepción del derecho penal como instrumento de prevención de la comisión de nuevos delitos[50]. En efecto, al comunicar la vigencia del ordenamiento jurídico, el derecho penal ayudaría a evitar la repetición de los delitos: le informa a la comunidad que siguen siendo castigados por el Estado y produce así un efecto disuasivo. Esta idea del uso del derecho penal como instrumento de prevención de nue-

---

y determinada de las normas jurídicas. Lo criticable no es que la fuente de derecho provenga de organismos internacionales, sino las características que a esta se le atribuyen.

49 "Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas".

50 Hay que precisar, en todo caso, que algunos teóricos del derecho penal distinguen la función comunicativa del derecho penal de su función de prevención general. Mientras que esta última se ubica en un plano empírico (relacionado con los efectos psicológicos que la pena produce entre los miembros de la comunidad), la primera se ubica en un plano lógico (pretende reafirmar la vigencia de una norma que había sido negada por un acto contrario a ella, y para ello impone una sentencia judicial que niega aquel acto). Cf. Jesús-María Silva Sánchez, "Del derecho abstracto al derecho 'real'", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2006): 1-6.

vas atrocidades también estuvo presente en la argumentación de los críticos del marco jurídico para la paz, quienes retomaron la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto. De manera reiterada, este tribunal ha afirmado que "la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos"[51].

La segunda razón para pedir la aplicación del derecho penal en la transición colombiana es, ni más ni menos, que este garantiza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Para los críticos del marco jurídico, la puesta en marcha del aparato judicial penal posibilita que haya una investigación exhaustiva que dé cuenta de las circunstancias en que ocurrió determinada violación; garantiza que las víctimas puedan obtener justicia, entendida como una sanción del responsable; y constituye en sí misma un mecanismo de reparación. En este sentido, es esclarecedor el concepto de la Procuraduría General de la Nación según el cual la posibilidad de que no sean investigados todos los delitos ni todos los responsables de graves violaciones de derechos humanos constituye, en la práctica, una negación de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Dice al respecto el concepto de la Procuraduría:

> Y esto [lo establecido en el marco jurídico para la paz], sin lugar a dudas, equivaldría al establecimiento constitucional de una "zona de excepción", como la llaman los accionantes, en donde más que no poder "exigirse el cumplimiento del deber de investigar y juzgar todas las violaciones de derechos humanos y todas las infracciones al DIH", no existirían sobre todo los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación[52].

La estrecha relación que existe, para los críticos del marco, entre la justicia y la paz —de la cual se habló en la sección anterior—, se debe entonces a que la justicia (penal) tiene la finalidad de devolverle la confianza a la sociedad en general, y a las víctimas en particular, en el funcionamiento de las instituciones y la vigencia de las normas, y además materializa los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Como consideran que el marco jurídico para la paz impide el

51 Este razonamiento fue expuesto por primera vez en 1998, en el "caso de la panel blanca". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia del 8 de marzo de 1998; fondo; párr. 173. Desde entonces ha sido reiterado de manera constante. Por ejemplo, en el ya citado caso de Masacres del Mozote (párr. 244) sostuvo la Corte que "[l]a eliminación de la impunidad, por todos los medios legales disponibles, es un elemento fundamental para la erradicación de las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos".

52 "Concepto de la Procuraduría General de la Nación", 91-92.

cumplimiento de estos dos fines, en ocasiones se refieren a esta enmienda constitucional como una "amnistía encubierta"[53], pues las amnistías, precisamente, tienen estas dos consecuencias jurídicas: evitan la investigación y el castigo de los responsables de un delito y les impiden a las víctimas buscar verdad, justicia y reparación por las violaciones de sus derechos[54].

Como podrá observarse, el consenso acerca de las finalidades del derecho penal en la transición colombiana no necesariamente implica un consenso acerca de qué etapa o momento del proceso penal cumple con tales finalidades: la investigación penal, la emisión de la sentencia por parte del juez o la imposición efectiva de la pena. Esta aclaración es importante, pues permite entender por qué los críticos del marco jurídico para la paz no tuvieron una posición unánime. Conviene recordar que algunos consideraron necesario que hubiera castigo penal para los responsables de atrocidades, mientras otros, en cambio, no necesariamente rechazaron la posibilidad de que existiera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre y cuando hubiera investigación penal seria y sentencia judicial[55].

La respuesta de los defensores del marco consideró especialmente (y desestimó) una de las supuestas finalidades del uso del derecho penal en un contexto de transición, y le prestó escasa atención a la otra. Para ellos, no existe una relación de posibilidad entre los procesos penales y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en virtud de la cual pueda decirse que, si no existieran los primeros para todos los hechos y para todos los responsables, en la práctica tales derechos desaparecerían.

Para sustentar su afirmación utilizaron principalmente dos argumentos. Por un lado, señalaron que la protección de los derechos a la verdad, la justicia y la repa-

53 Human Rights Watch, "Colombia debe subsanar falencias del proyecto sobre justicia transicional" (12 de junio del 2012), http://www.hrw.org/node/246600; "Fuerte rifirrafe entre Fiscal y Procurador en foro de marco para paz", *El Tiempo*, 9 de mayo del 2013, http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12788363 (el texto recoge las declaraciones del procurador general de la Nación sobre el tema); "Corte Constitucional citará audiencia pública por demanda al marco jurídico para la paz", RCN *La Radio*, 29 de mayo del 2013, http://www2.rcnradio.com.co/noticias/corte-constitucional-citara-audiencia-publica-por-demanda-al-marco-juridico-para-la-paz (cita las declaraciones del director de la Comisión Colombiana de Juristas).

54 Cf. Robert Slye, "A Limited Amnesty? Insights from Cambodia", en Lessa y Leigh, *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, 293. Con todo, lo más preciso sería decir que estos dos efectos se predican de *algunas* amnistías, que podemos llamar amnistías generales (*blanket amnesties*), por contraposición a las amnistías condicionadas, las cuales otorgan beneficios penales (en tanto evitan la investigación y el castigo) sujetos al cumplimiento de las condiciones. Estas condiciones pueden consistir, precisamente, en contar la verdad y reparar a las víctimas.

55 Sobre las alternativas que se derivan de la conjugación de las variables *investigación penal* y *castigo penal* véase la nota 36.

ración no se logra sólo mediante juicios penales, sino que requiere una conjugación de mecanismos judiciales y extrajudiciales, como las comisiones de la verdad y los programas administrativos de reparación[56]. La justicia penal, según algunos, debe reservarse para investigar los casos que ayuden a develar los patrones de la macrocriminalidad, ya que ello es necesario para conocer los mecanismos que quebrantaron el orden constitucional y para diseñar políticas públicas encaminadas a prevenir y desmantelar futuras organizaciones criminales[57].

Por otro lado, argumentaron que dejar de investigar todos los casos puede, en efecto, ayudar a garantizar estos derechos si la renuncia a la persecución penal va a atada al cumplimiento de requisitos como contar la verdad o ayudar a reparar a las víctimas[58]. Como dijo uno de los participantes de la audiencia pública ante la Corte Constitucional, cuando así sucede "las amnistías, en cuanto amnistías condicionadas, deben ser entendidas no como un mecanismo de impunidad sino como un mecanismo de justicia"[59].

Los defensores del marco para la paz no se ocuparon de controvertir la idea de que la persecución de todos los responsables es necesaria para comunicar la vigencia del Estado de derecho y para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Ello se explica, en parte, por la posición secundaria que los propios críticos del marco le dieron a este argumento en sus exposiciones. Cabe también preguntarse hasta qué punto aceptar que el Estado renuncie a procesos penales se explica por una postura escéptica respecto a la efectividad del derecho penal para prevenir futuras atrocidades. Algunos autores aducen este argumento explícitamente. Por ejemplo, Jon Elster anota que la función de prevenir futuras atrocidades tiene sentido de cara al futuro —y en todo caso es incierto que todo actor racional se verá disuadido de cometer crímenes por la posibilidad de ser castigado con penas severas, pues puede considerar que tal "costo" se justifica si se lo compara con los eventuales beneficios—, pero resulta problemática en el presente de una situación de violencia generalizada, pues puede, en la práctica, incentivar a quienes actúan en ella a continuarla para evitar ser sancionados[60].

56 "Intervención del Gobierno nacional", 4; "Intervención de Dejusticia", 6; "Intervención de la Fiscalía General de la Nación", 63.

57 "Intervención del Gobierno nacional", 17-18. De manera similar, "Intervención de Iván Orozco", 4.

58 "Intervención de Dejusticia", 3.

59 "Intervención de Iván Orozco", 5.

60 Jon Elster, "Retribution", en *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Jon Elster, ed. (Nueva York: Cambridge University Press, 2006), 49-51.

### B. La relevancia de las finalidades del derecho penal en la configuración del modelo de investigación, persecución y juzgamiento

Con todo, de cara a la reglamentación de la enmienda, volver a considerar explícitamente la función comunicativa de la pena, así como las demás finalidades del proceso penal, puede ser una guía útil para entablar una discusión más rica sobre cómo debe racionalizarse el ejercicio de la acción penal en la transición colombiana.

Uno de los retos más difíciles que deberá asumir el Congreso al reglamentar el marco jurídico para la paz consistirá en definir quiénes serán considerados los "máximos responsables" de las atrocidades, para centrar en ellos las investigaciones. En principio, puede asumirse que la mayor responsabilidad por la comisión de crímenes atroces recae sobre quienes ocupan las posiciones superiores en la estructura jerárquica, pues ellos toman las decisiones militares y tienen la capacidad de controlar a su tropa. En el debate en torno al marco jurídico para la paz se opinó sobre cómo debían definirse los "máximos responsables" de graves violaciones de derechos humanos. Para algunos, los "máximos responsables" se determinan por referencia a la estructura jerárquica del grupo al que pertenecen. En este caso, se hace referencia a las cúpulas y a los mandos medios que operan a nivel regional[61], quienes habrían tenido mayor incidencia en la concepción y ejecución de los planes que han dado lugar a violaciones masivas de los derechos humanos.

Esta concepción de la máxima responsabilidad estaría apoyada por quienes consideran que el proceso penal, en un contexto de transición, sirve no tanto para contar verdades individuales sino para develar los patrones de macrocriminalidad —centrarse en los máximos responsables puede ser útil en un contexto en que se hayan cometido crímenes de sistema—[62] y para retribuir el mal causado por la comisión de atrocidades —pues se persigue y, eventualmente, se castiga a quienes son moralmente más responsables por los daños ocasionados[63].

No obstante, si se acepta que el derecho penal puede ser usado como un elemento retributivo en contextos de transición, concentrar el juzgamiento sobre

61 "Intervención de Iván Orozco", 6-7; "Intervención del Gobierno nacional", 21.
62 "Intervención del Gobierno nacional", 21-22.
63 De acuerdo con Robert Slye, "hacer pagar a los superiores y a los líderes corresponde con nuestro sentido moral colectivo, de acuerdo con el cual los más responsables por violaciones sistemáticas deberían rendir cuentas". Slye, "Limited Amnesty?", 306.

los "máximos responsables", así entendidos, puede significar perder de vista las complejidades de la culpabilidad en estructuras criminales, y por esta razón no necesariamente se cumpliría a cabalidad el objetivo retributivo. Para ilustrar este punto es útil hacer referencia a un ensayo que en 1966 publicó Hannah Arendt a propósito de los juicios de Fráncfort[64], los cuales involucraron a veintidós "peces chicos", miembros de las Escuadras de Defensa que habían estado en Auschwitz y que fueron llevados a juicio acusados de asesinato. La referencia al ensayo de Arendt no tiene como propósito extrapolar de manera imprudente sus reflexiones sobre la responsabilidad moral a un fenómeno ajeno al contexto local, sino tan sólo mostrar los problemas de asimilar automáticamente la posición jerárquica en una estructura criminal con el mayor grado de responsabilidad moral.

A propósito de los juicios de Fráncfort, Arendt cuestionó un aspecto en el que la opinión de la mayoría parecía coincidir. Se trataba de la idea de que los "asesinos de escritorio" —como Adolf Eichmann, "el asesino de escritorio por excelencia"— eran "más culpables que aquellos que de hecho habían operado las máquinas de exterminio, arrojado las pastillas de gas dentro de las cámaras, operado las ametralladoras para las masacres de civiles, o estado ocupados con la cremación de montañas de cuerpos"[65]. Cuenta Arendt que en los procesos de Fráncfort aparecieron los detalles, las circunstancias de los "pequeños" crímenes que componían el plan de exterminio, "innumerables crímenes individuales, uno más horrible que el siguiente"[66], cometidos por personas normales, que habían ido a Auschwitz o a campos similares simplemente porque, "por una u otra razón, no eran aptos para el servicio militar"[67]. Este panorama hacía difícil que esa opinión generalizada pudiera seguir aceptándose como evidente. Al respecto, Arendt anotó:

> Estos [los hombres de las Escuadras de Defensa que estuvieron en Auschwitz], de seguro, no eran los "mayores criminales de guerra", como fueron llamados los acusados en los juicios de Núremberg. Ellos fueron los parásitos de los "grandes" criminales, y cuando uno los ve empieza a preguntarse si no eran peores que aquellos a quienes hoy acusan de haber causado su desgracia[68].

64 Hannah Arendt, "Auschwitz on Trial", en *Responsibility and Judgment*, Hannah Arendt, ed. (Nueva York: Schocken, 2003), 227-256.
65 *Ibid*., 241.
66 *Ibid*., 247.
67 *Ibid*., 251.
68 *Ibid*., 253-254.

La tesis que subyace en la idea de que los peces chicos son menos responsables, o pueden incluso no ser responsables por delitos atroces consiste en que estos no eligen cometerlos, sino que sólo obedecen una orden dada por alguien más, quien sí es responsable. Arendt rechaza este argumento diciendo que "no hay tal cosa como la obediencia en asuntos morales o políticos"[69]. Cuando alguien hace parte de una organización, aun si no pertenece a la cúpula que toma decisiones, se supone que *apoya* su constitución con su pertenencia. Además, cuando, siendo parte de la organización, una persona recibe una orden criminal de su superior, puede abstenerse de cumplirla. Por esta razón, debe descartarse la idea de que quienes conforman una estructura criminal son simples engranajes; en todo caso, existe responsabilidad por el hecho de haber consentido en hacerse parte del engranaje[70]. Argumentos exculpatorios como el de ser un simple engranaje dentro de una organización criminal tampoco deben, para Arendt, valer en los procesos judiciales. Una vez un acusado los invoque a su favor tendrá, en todo caso, que responder la siguiente pregunta: "¿Y por qué, con su permiso, usted se convirtió en engranaje, o siguió siendo engranaje bajo tales circunstancias?"[71].

Si con la persecución de los "máximos responsables" se pretende no sólo develar patrones de macrocriminalidad, sino también públicamente centrar la atención en quienes se consideran más responsables por los hechos cometidos y asignarles una sanción (simbólica o real) por los daños causados, asimilarlos automáticamente a quienes ocupaban una posición jerárquica superior en la estructura militar puede no ser la mejor alternativa. En cambio, sería necesario optar por una definición más amplia, que incluyera también a quienes no eran líderes o mandos regionales. Con investigaciones y eventuales sanciones contra miembros de estructuras armadas ubicados en distintos lugares de la jerarquía militar (o incluso por fuera de ella[72]) pueden satisfacerse mejor las funciones que tradicionalmente se le atribuyen al derecho penal. Se podría no sólo conocer los patrones de macrocriminalidad que describen la actuación de las partes en el conflicto, sino también saber cómo determinados actores individuales actuaron en el conflicto; podría enviarse el mensaje de que en el Estado de derecho los

69 Hannah Arendt, "Personal Responsability under Dictatorship", en Arendt, *Responsibility and Judgment*, 21-22.

70 *Ibid*., 31.

71 *Ibid*.

72 Este es un punto de discusión particularmente importante en relación con la definición de máximos responsables de crímenes cometidos por agentes del Estado. Según la Constitución, la Fuerza Pública no es deliberante y está sometida a la autoridad civil. En ese sentido, se plantea si, respecto de determinadas conductas, autoridades civiles (ministros de Defensa o presidentes, por ejemplo) pueden ser consideradas máximos responsables de delitos cometidos por la Fuerza Pública.

procesos penales y las eventuales condenas no están reservados para quienes lleguen a posiciones de liderazgo en una estructura, mientras eximen a los demás; y se podrían comprender mejor las cuestiones de la responsabilidad moral en estructuras criminales complejas, más allá de asumir que la responsabilidad moral es proporcional a la posición jerárquica.

Una sugerencia similar se encuentra consignada en el reporte interino sobre Colombia elaborado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, publicado en el 2012. La Fiscalía sostuvo que "la estrategia de centrarse en aquellos que tienen la máxima responsabilidad por los crímenes puede dejar una 'brecha de impunidad' a menos de que las autoridades nacionales, la comunidad internacional y la Corte trabajen en conjunto para asegurar que se usarán todos los medios apropiados para traer a los perpetradores ante la justicia"[73]. Según la Fiscalía, es importante que se adelanten también procesos contra perpetradores de bajo nivel, ya que la información que ellos pueden aportar puede ser de considerable utilidad para reconstruir los modos de operación de cada grupo y para conocer los roles internos de liderazgo. Prescindir de esta información puede, eventualmente, impedir que pueda determinarse quiénes son los máximos responsables por las graves violaciones ocurridas[74]. Esta advertencia de la Fiscalía parece plantear una paradoja: no se puede (por limitaciones materiales y políticas) investigar a todos los responsables, pero no hacerlo impedirá saber con certeza quiénes son los máximos responsables.

Así, desde el punto de vista de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, existen una razón de tipo legal y otra de tipo práctico por las que, en la reglamentación del marco jurídico para la paz, no debe equipararse a los máximos responsables con los líderes de una estructura armada. La razón legal, según ya se expuso, es la insistencia de dicha Fiscalía en que su estrategia operativa no debe asimilarse por completo a los deberes de los jueces nacionales en la persecución de los crímenes internacionales. La razón práctica consiste en que para las autoridades investigativas es importante determinar la responsabilidad de personas distintas de las que ocuparon posiciones de liderazgo, en aras de definir quiénes deben ser considerados máximos responsables. En consecuencia, la definición de los máximos responsables no debe resolverse simplemente asimilándolos a quienes han ocupado posiciones de liderazgo en una estructura militar; a personas que ocuparon otras posiciones también se les puede atribuir una responsabilidad máxima.

73 Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, "Situation in Colombia" (documento de trabajo, noviembre del 2012), párr. 204.

74 *Ibid.*, párr. 205.

A este respecto la baraja de posibilidades es enorme, como también lo será la discusión que lleve a definir quiénes son los máximos responsables por las violaciones contra los derechos humanos. Puede presumirse que quienes le reprochan al marco jurídico para la paz dar lugar a impunidad en la medida en que impide la investigación de todos los responsables recomendarán que se adopte una definición bastante amplia de *máximos responsables*, que comprenda a la mayoría de quienes ellos consideran responsables de haber cometido violaciones de derechos humanos[75].

## Conclusión

Se suele decir que en contextos de transición se presenta una tensión entre los imperativos de la justicia y los imperativos de la paz. En palabras del presidente Juan Manuel Santos, esta tensión puede formularse así: "Si uno le pregunta a las víctimas, siempre le van a pedir más justicia; si uno le pregunta a las futuras víctimas, siempre van a pedir más paz. ¿Cuánto está dispuesto [*sic*] a permitir la sociedad colombiana en materia de sacrificio de la justicia para obtener la paz?"[76]. En el contexto colombiano, en el marco jurídico para la paz se concretó una alternativa para ponderar las exigencias de la justicia en relación con las exigencias de la paz. Esta alternativa propone centrar la investigación en los máximos responsables de haber perpetrado delitos de lesa humanidad, genocidio y, de manera sistemática, crímenes de guerra.

La opción propuesta por el marco jurídico para la paz dio lugar a una discusión acerca del alcance de la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de un conflicto armado. Puede decirse que esta discusión, aun cuando fue de gran interés, tan sólo nos muestra la punta del *iceberg*. Las discusiones más difíciles, que darán cuenta en verdad de qué tanta justicia penal es utilizada en el proceso transicional con la guerrilla de las FARC, están pendientes. Falta, por ejemplo, definir qué deberá entenderse por *máximo responsable* de haber perpetrado atrocidades, para efectos de que la justicia colombiana se centre en su persecución; cómo se

75 Se trataría de una definición amplia, similar a la defendida por el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martello en su aclaración de voto a la Sentencia C-579 del 2013, en la cual señaló que "[l]a definición de 'máximos responsables', tratándose de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en modo alguno, podría excluir, entre otros, a los determinadores y perpetradores identificados, ni a los artífices directos de la materialización de conductas ilícitas, ni a quienes prestaron su concurso efectivo en su planeación y consumación, quienes inequívocamente están comprendidos dentro de la aludida expresión".

76 Javier Moreno, "Tengo mis líneas rojas y sé qué ceder; de ahí no me mueve nadie", *El País*, 25 de abril del 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/25/actualidad/1366919348_421582.html.

determinará qué crímenes de guerra son considerados sistemáticos, para efectos de ser seleccionados e investigados; cuáles deben ser las penas a imponer; en qué casos resulta válido aplicar sanciones extrajudiciales en vez de penas privativas de la libertad, entre muchas otras cuestiones. Con la aprobación del marco jurídico para la paz y su validación por parte de la Corte Constitucional, hasta ahora se sabe que no se van a judicializar todos los delitos ni todos sus autores, pero no se sabe cuántos responsables por cometer qué delitos serán sometidos a la justicia.

Teniendo en cuenta que el debate sobre las tensiones entre la justicia y la paz en el marco de las negociaciones con las FARC apenas empieza, es bueno aprender de la discusión que ya se dio con ocasión de la aprobación y la demanda contra el marco jurídico para la paz. En esta discusión, como he pretendido mostrar, un asunto de moralidad política fue básicamente traducido en un debate técnico sobre derecho internacional, tanto por el escenario en que se dio como por los términos en que fue planteado por gran parte de los actores que participaron en él. Para propiciar un debate más rico, y también mucho más incluyente, en la medida en que puedan participar no sólo quienes están familiarizados con el lenguaje y los métodos del derecho internacional, debe trabajarse en el proceso de traducción inverso, es decir, en el proceso de reconvertir problemas de interpretación de disposiciones de derecho internacional en cuestiones básicamente morales y políticas. Para conseguirlo, debe evitarse que el escenario judicial (como el que ofrece la Corte Constitucional) sea el lugar preponderante del intercambio de ideas, pues aunque este escenario puede propiciar interesantes discusiones sobre aspectos puntuales y con un lenguaje particular, se encuentra reglado de una manera que limita en gran medida lo que puede decirse. Es deseable que se favorezca una discusión amplia e incluyente sobre la reglamentación del marco para la paz, que no se limite al trámite legislativo que se exige para la aprobación de cualquier proyecto de ley.

Este texto no da una receta completa para lograrlo; sólo pretende aportar dos ingredientes. El primero: aclarar los puntos del debate entre críticos y defensores del marco jurídico para la paz. Ponerse de acuerdo sobre los desacuerdos y comunicarlos con claridad puede contribuir a un debate más abierto y constructivo. Y el segundo: sugerir que, para efectos de llenar de contenido el marco jurídico para la paz (o la norma que haga sus veces, en caso de que las FARC rechacen esta enmienda), volver la mirada hacia lo que se espera del derecho penal en la transición colombiana es mucho más útil que invocar un uso autoritativo de fuentes legales (sobre todo internacionales, pero no sólo de ellas).

## Referencias

Amnistía International. "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012". Marzo 27 del 2013.

Arendt, Hannah. "Personal Responsability under Dictatorship". En *Responsibility and Judgment*, editado por Hannah Arendt, 21-22. Nueva York: Schocken, 2003.

Arendt, Hannah. "Auschwitz on Trial". En *Responsibility and Judgment*, editado por Hannah Arendt, 227-256. Nueva York: Schocken, 2003.

Colombia, Fiscalía General de la Nación. "Intervención de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-9499". Marzo 4 del 2013.

Colombia, Ministro del Interior, ministra de Justicia y del Derecho, alto comisionado para la paz, director del Departamento para la Prosperidad Social, director de la Agencia Colombiana para la Reintegración, director de la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas, directora del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. "Intervención en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012". Marzo 4 del 2013.

Colombia, Procuraduría General de la Nación. "Concepto en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012". http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/D-9499%20Marco%20jur%C3%ADdico%20para%20la%20paz.pdf.

Comisión Colombiana de Juristas. "Comentarios al 'marco jurídico para la paz'". Junio 4 del 2012. http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/comentarios_marco_juridico_2012-06-04.pdf.

Comisión Colombiana de Juristas. "Demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo 01 de 2012". Diciembre 19 del 2012. http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.html.

Comisión Colombiana de Juristas. "Intervención en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional". Julio 25 del 2013". http://www.coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/pro_2013-07-25.pdf.

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. "Observación general n.º 31. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones". Documento ONU HRI/GEN /1/Rev.7 at 225, 2004.

Cruz, Karen Lorena y María Alejandra Solano. *Revisión de noticias, a propósito del marco para la paz*. Bogotá: Dirección de Investigación y Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, 2013. http://derecho.uniandes.edu.co:8088/images/stories/pdf/marco_juridico_para_la_paz.pdf.

Elster, Jon. "Retribution". En *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, editado por Jon Elster, 49-51. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

Engle, Karen. "Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights". En *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, editado por Dennis Davis, Karen Engle y Zinaida Miller. Nueva York: Cambridge University Press, 2014.

Fatou Bensouda (fiscal de la Corte Penal Internacional). "Carta dirigida a Jorge Iván Palacio Palacio - Presidente de la Corte Constitucional de Colombia". Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, 16 de agosto del 2013. http://www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimenes-de-su-competencia/.

Freeman, Mark. *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2009.

Freeman, Mark y Max Pensky. "The Amnesty Controversy in International Law". En *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, editado por Francesca Lessa y Leigh A. Payne. Nueva York: Cambridge University Press, 2012.

Human Rights Watch. "Colombia debe reformar el 'marco jurídico para la paz'". Mayo 31 del 2012. www.hrw.org/es/news/2012/05/31/colombia-debe-reformar-el-marco-jur-dico-para-la-paz.

Human Rights Watch. "Colombia debe subsanar falencias del proyecto sobre justicia transicional". Junio 12 del 2012. www.hrw.org/node/246600.

Human Rights Watch. "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012". Marzo 4 del 2013.

Human Rights Watch. "Intervención en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional el 25 de julio de 2013".

Jaramillo, Isabel Cristina y Juan Carlos Rincón. *Las comisiones de la verdad y el derecho a la verdad*. Bogotá: Dirección de Investigación y Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes. http://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/comisiones_de_verdad.pdf.

Kennedy, David. "'The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?". En *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, editado por Rob Dickinson, Elena Katselli, Colin Murray y Ole W. Pedersen, 19-34. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Lessa, Francesca, Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira y Andrew G. Reiter. "Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America". *The International Journal for Transitional Justice* 8 (2014): 75-98.

Loaiza, Rafael Nieto. "¿Marco para la paz o para la violencia?". Junio 3 del 2012. http://www.pensamientocolombia.org/marco-para-la-paz-o-para-la-violencia.

Mallinder, Louise. "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?". *The International Journal for Transitional Justice* 1 (2007): 208-230.

Mallinder, Louise. "The Role of Amnesties in Conflict Transformation". En *The Effectiveness of International Criminal Justice*, editado por Cedric Ryngaert. Amberes: Intersentia, 2009.

Orozco Abad, Iván. "Intervención en el proceso de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2012".

Pensky, Max. "Amnesty on Trial: Impunity, Accountability, and the Norms of International Law". *Ethics and Global Politics* 1, n.º 1-2 (2008): 1-40.

Sikkink, Kathryn. *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. Nueva York: Norton, 2011.

Silva, Jesús-María. "Del derecho abstracto al derecho 'real'". *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2006): 1-6.

Slye, Robert C. "The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?". *Virginia Journal of International Law* 43 (2002-2003): 173-247.

Slye, Robert C. "A Limited Amnesty? Insights from Cambodia". En *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, editado por Francesca Lessa y Leigh A. Payne. Nueva York: Cambridge University Press, 2012.

Trujillo, Carlos Holmes. "El marco para la paz promueve la impunidad". Agosto 1.º del 2013. http://www.pensamientocolombia.org/el-marco-para-la-paz-promueve-la-impunidad.

Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, grupo Democracia y Justicia. "Intervención en el proceso D-9499 en el que se interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo n.º 1 de 2012". Abril del 2013.

Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez y Nelson Camilo Sánchez. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia, 2014.

# EL DELITO POLÍTICO EN EL MARCO DEL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC

Farid Samir Benavides Vanegas*

Colombia se encuentra de nuevo en medio de un proceso de paz con las FARC. Es un intento más, en una historia que comprende el comienzo de negociaciones en el gobierno de Belisario Betancur y la terminación dramática del proceso en el gobierno de Andrés Pastrana, de darle fin al conflicto armado por la vía de la negociación.

Son muchos los obstáculos que afronta el actual proceso de paz. Por el lado de las FARC, el dilema de la seguridad es una dificultad vigente, pues aún tienen presente el destino trágico que siguió la Unión Patriótica, vinculado a hechos por los cuales el Estado colombiano ha sido condenado en el Consejo de Estado y actualmente es objeto de proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el lado del Estado colombiano, la experiencia del Caguán, durante el gobierno de Andrés Pastrana, impide adoptar medidas como el despeje territorial, la tregua bilateral y el cese al fuego, pues en el pasado han sido usadas por las FARC para fortalecerse en términos militares y no para avanzar hacia la paz[1].

Es por ello que en esta ocasión se fijó una agenda de cinco puntos para negociar en La Habana. Se destacan dos aspectos: por una parte, nada está acordado hasta que todo esté acordado, con lo que se hace énfasis en el carácter integral de la negociación y en la necesidad de considerar todos y cada uno de los puntos de la agenda decisivos en relación con la negociación y con la paz. En segundo lugar, se negocia en medio del conflicto, con el propósito de no repetir los errores del Caguán y para no tener incentivos en la continuación de la guerra. Como lo aseguró el presidente Juan Manuel Santos en una entrevista radial[2], de no obrarse así las FARC se fortalecerían y tendrían un incentivo para alargar la negociación y la guerra.

* Profesor asociado y director del área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor y magíster en Ciencia Política de la Universidad de Massachusetts en Amherst, magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona. Trabaja en temas relacionados con derecho penal, criminología, globalización, sociología del derecho y teoría poscolonial.

1 Farid Samir Benavides y Ana María Ospina, *El largo camino hacia la paz* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2012).

2 "Entrevista completa a Juan Manuel Santos en Mañanas Blu", *Blu Radio*, 19 de mayo del 2014, http://www.bluradio.com/65182/entrevista-completa-juan-manuel-santos-en-mananas-blu.

El marco jurídico que reguló los anteriores procesos de paz ha cambiado, y por lo tanto las medidas que es posible adoptar no son las mismas. En los procesos de paz de la década de los noventa las guerrillas se presentaban como organizaciones armadas que buscaban mayor participación política y, en consecuencia, el proceso de paz se constituía en una negociación en la que ofrecían dejar las armas a cambio de reformas que hicieran realidad ese objetivo, especialmente en lo concerniente a la posibilidad de que miembros de las organizaciones guerrilleras fueran elegibles para al Congreso de la República[3].

El caso del Movimiento 19 de Abril de 1970 (M-19) es paradigmático de este modelo; esta guerrilla se desmovilizó y destruyó sus armas a cambio de la posibilidad de tomar parte en la Asamblea Nacional Constituyente, a la que llevaría sus propuestas para que fueran consideradas conforme a las reglas de la democracia. Para poder tomar parte en el juego político era necesario que se les concedieran amnistías amplias e indultos a los actores armados desmovilizados, pues sólo de esta manera era posible su reconocimiento político y su ingreso a la vida pública.

Con la expedición del Estatuto de Roma este marco jurídico se ha visto limitado. La posibilidad de conceder amnistías e indultos amplios está restringida por la exigencia de sancionar los crímenes internacionales, y, por tanto, por la necesidad de distinguir entre los actores armados que han cometido tales crímenes y los que no. El Estado no puede renunciar a ese deber de sancionar sin incurrir en responsabilidades internacionales. Sin embargo, diversos autores consideran que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Estatuto de Roma no exigen la sanción de todos los delitos ni de todas las personas, y sugieren que es posible concentrar la acción de las autoridades en unos pocos casos y en unos pocos perpetradores[4].

En ese marco de derecho internacional se debe mover el proceso de paz actual. Como lo señalé, la estrategia de los gobiernos en los procesos de paz anteriores era la concesión de amnistías e indultos y la oferta de la posibilidad de participar en la política a cambio de la dejación de las armas. La figura utilizada para hacer posible esa transición hacia la paz era el delito político, de manera que el reconocimiento de un actor armado como delincuente político era de fundamental

3 Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas* (Bogotá: Temis, 1992).

4 Guillermo Otálora Lozano, "El alcance limitado de la obligación internacional de sancionar las violaciones graves de los derechos humanos", *Derecho Público* 26 (junio del 2011), y Paul Seils, "Propuestas de criterios de selección y priorización para la Ley de Justicia y Paz en Colombia", *Documentos ICTJ* (marzo del 2012).

importancia para el avance de las negociaciones; de ello dependía el éxito del posconflicto.

Desde el caso de Barrios Altos vs. Perú hasta el de Juan Gelman vs. Uruguay la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una jurisprudencia clara y consistente que afirma que los estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Esta jurisprudencia fue ratificada en el caso El Mozote vs. El Salvador[5], en el que la Corte reconoció la existencia del deber pese al hecho de tratarse de una transición hacia la paz. Estos límites determinan, entonces, lo que el Estado puede y no puede hacer en el proceso de paz.

En el primero de los casos, la Corte indicó que

> 41. […] considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
>
> 42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.
>
> 43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea

[5] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 19 de agosto del 2013, serie C, n.º 264.

> sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.
>
> 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú[6].

En el segundo de los casos la Corte manifestó que el deber de investigar y sancionar es un deber positivo para garantizar los derechos incluidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostuvo que,

> Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción[7].

La jurisprudencia sentada en el caso Barrios Altos se ha sostenido en los casos Almonacid Arellano vs. Chile, del 2006, y Gómez Lund y otros vs. Brasil

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, Sentencia del 14 de marzo del 2001, serie C, n.º 75, párrs. 41-44.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, Sentencia del 24 de febrero del 2011, serie C, n.º 221, párrs. 190-191.

(guerrilla de Araguaia), del 24 de noviembre del 2010; y finalmente en Gelman y El Mozote vs. El Salvador.

En el derecho internacional existe un cuerpo suficiente que prohíbe las autoamnistías. Es importante destacar que estas prohibiciones se ubican en la línea de prohibiciones establecidas dentro del concepto de delito político. Así, en los principios de la relatora especial de Naciones Unidas Diane Orentlicher se prohíben las amnistías que impidan el enjuiciamiento de personas responsables de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. También se prohíben cuando afectan el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a recibir la reparación por el daño causado. Un punto importante que destaca la relatora, y que toca con el fin de los mecanismos de justicia transicional —esto es, la no repetición de las conductas—, es que las amnistías no deben estar formuladas para limitar los derechos de las personas ni para perpetuar las violaciones sufridas. Con respecto a la utilización de las amnistías en contextos de justicia transicional ha precisado Orentlicher que

> La verdad, la justicia y las reparaciones son respuestas complementarias, más que alternativas, a las violaciones manifiestas de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Si bien en algunos casos la revelación completa de la verdad acerca de las violaciones puede justificar una reducción de la sentencia de una persona, las medidas de la justicia de transición, como el establecimiento y el funcionamiento de comisiones de la verdad, no deben exonerar a los autores de un juicio penal a cambio de su testimonio.
>
> Asimismo, la reparación otorgada a las víctimas por las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario no reduce la obligación de los Estados de velar por el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de las violaciones graves de los derechos humanos[8].

Con el fin de dotar al proceso de paz de un marco constitucional, el Congreso de la República aprobó una reforma de la Constitución Política que contempla los mecanismos de la justicia transicional, la posibilidad sancionar a los máximos responsables de violaciones contra los derechos humanos y otras medidas para los autores de otros tipos de delitos. Por primera vez, desde que se habla el lenguaje de la justicia transicional en Colombia, se prevén mecanismos como la comisión de la verdad en calidad de sustitutos de la justicia penal.

8 Diane Orentlicher, citada por Nicolás Arana, "Amnistías e indultos en el derecho colombiano" (documento inédito del Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011).

En este texto me ocuparé de mostrar el desarrollo reciente de la concepción del delito político en Colombia; destacaré cómo ha pasado de ser el centro y la base de todo proceso de desmovilización a convertirse en una categoría vacía y un posible obstáculo para la paz. Sostengo que es mucho mejor una aproximación política al proceso de paz, sin detenerse en una categoría como la del delito político, más propia de las guerras del siglo xix que de las del siglo xxi, y que impide la discusión[9]. Igualmente, sostengo que el marco del derecho internacional impide que se otorguen amnistías como las que se otorgaron en la década de los noventa y, por el contrario, les impone a los Estados un deber más estricto de sancionar los crímenes internacionales cometidos en su territorio. Todo ello implica que si recurriéramos a la categoría de delito político su rendimiento en materia de perdón sería mínimo, pero sí se convertiría en el centro de la discusión y así pondría en peligro cualquier acuerdo de paz. Esto significa que en la cuestión de las amnistías y los indultos no se interpela al delincuente político, sino al autor de crímenes de lesa humanidad.

## I. El delito político y el conflicto armado de carácter no internacional

Uno de los aspectos centrales de la discusión sobre la responsabilidad penal de los procesados es el relativo al delito político. Desde diversos sectores se insiste en la necesidad de recuperar la tradición del delito político, y cuando se advierte sobre su carácter limitado y su escaso rendimiento en relación con crímenes de lesa humanidad, se insiste en la modificación de la tradición, todo ello con el fin de hacer de estos crímenes actos conexos al delito político y, por lo tanto, actos susceptibles de amnistía e indulto.

En la legislación colombiana se han adoptado ciertas instituciones del derecho de los conflictos armados de carácter internacional como si fuesen aplicables al conflicto interno[10]. Una de estas categorías es la de combatiente y otra, su

[9] Desde la perspectiva de la defensa del concepto de delito político esta afirmación es controvertible. Sin embargo, la literatura más reciente sobre el derecho penal internacional o sobre el derecho de asilo abandona la noción de delito político y, en su lugar, se concentra en la discusión sobre los crímenes cometidos por los actores armados y las posibilidades de la justicia internacional. La postura que ha caracterizado a la discusión colombiana no es otra cosa que un rezago anacrónico de una discusión del siglo xix, en la que la visión fuerte de la soberanía impedía la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Véase Stephan Parmetier y Elmar G. M. Weitekamp, "Political Crimes and Serious Violations of Human Rights", en *Crime and Human Rights (Sociology of Crime, Law and Deviance*, vol. 9*)*, Stephen Parmentier, Elmar G. M. Weitenkamp y Mathieu Deflem, eds. (Emerald, 2007); Cherif M. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013).

[10] Orozco, *Combatientes*. Annyssa Bellal y Vincent Chetail afirman que "the concept of combatant has always been a fundamental issue, as it entails the right to attack the enemy and to enjoy

correlato, la de prisionero de guerra. Pero el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra señala claramente que el estatus de las partes en el conflicto no se ve afectado por la aplicación del derecho internacional humanitario. A diferencia de lo que sucede en el caso de conflicto armado internacional, al término de un conflicto no internacional las personas privadas de la libertad por alzarse en armas no tienen derecho a una liberación automática, pues la ley penal sigue vigente.

Por ello, el derecho internacional humanitario aconseja que se otorguen los indultos y amnistías más amplios posibles, pero dentro del marco del derecho internacional, es decir, no se pueden perdonar los crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. En estos casos el Estado tiene el deber de investigar y de sancionar, como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Barrios Altos hasta el caso Gelman vs. Uruguay, decidido el 24 de febrero del 2011.

Tradicionalmente, en Colombia, los procesos de paz han terminado con un acuerdo de paz por el cual los rebeldes reciben amnistías e indultos por los delitos cometidos, que han sido considerados delitos políticos. Los modelos anteriores estaban basados en una política de perdón y olvido que no demandaba, e incluso consideraba inconvenientes, las investigaciones judiciales, pues el proceso buscaba la inserción de los rebeldes desmovilizados en la actividad política.

En la discusión posterior a 1997 el concepto de delito político fue objeto de debates, e incluso se coqueteaba con frecuencia con el concepto de beligerancia[11], pese al hecho de que era ya una categoría en desuso y a que los rebeldes no

---

prisoner of war status, i. e., the privilege of benefitting from immunity of prosecution for having participated in hostilities. Conversely, a fighter who is not recognized as a combatant under International Humanitarian Law faces prosecution under the national law of the state capturing him for simply taking up arms". Annysa Bellal y Vincent Chetail, "The Concept of Combatant under International Humanitarian Law", en *International Humanitarian Law. An Anthology*, Jahid Hossain Bhuiyan, Lousie Doswald-Beck y Azizur Rahman Chowdhury, eds. (Nagpur: LexisNexis, 2009), 57. Es importante tener en cuenta que el estatus de combatiente sólo se les puede reconocer a aquellas personas que toman parte directa en las hostilidades en el marco de un conflicto armado de carácter internacional. Históricamente este estatus tiene que ver más con el principio de distinción que con razones humanitarias.

11 Durante muchos años, Colombia se negó a adoptar los protocolos adicionales I y II, con el argumento de que hacerlo significaba reconocerle el estatus de beligerancia a la guerrilla. Esta interpretación del derecho internacional humanitario se remonta a 1977 y era todavía sostenida por algunos miembros del gobierno de Álvaro Uribe. Sin embargo, es claro que las FARC y el ELN no cumplen con los requisitos para ser reconocidos como beligerantes de acuerdo con el derecho internacional humanitario. Las guerrillas no cumplen con los requisitos del artículo 1.º del anexo del IV Convenio de La Haya de 1907. Sin embargo, cumplen con los requisitos para ser sujetos del derecho internacional humanitario y, por lo tanto, tienen el deber de respetarlo. El mencionado artículo 1.º establece que "[l]as leyes, los derechos y deberes de la guerra se aplican no solamente al

reunían los requisitos necesarios para ser considerados beligerantes. Sin embargo, una vez un grupo era reconocido como un actor político y sus actos eran tratados como delitos políticos, surgía la posibilidad de reconocerle un estatus político y de otorgarle amnistías y, en consecuencia, de incorporar a sus miembros en el sistema político[12].

## II. La experiencia internacional

La noción de delito político es común a diversas legislaciones que acogen la idea de que el delincuente político es alguien que actúa por razones altruistas y, en esa medida, merece un tratamiento privilegiado. En contraposición con esta categoría se encuentra la del terrorista, que es percibido como agente del mal radical y, por lo tanto, como alguien con quien no se puede dialogar.

No obstante, la experiencia de Irlanda del Norte, por ejemplo, nos muestra que la categoría legal que se le aplicaba al Ejército Republicano Irlandés (Irish Republican Army, IRA), esto es, la de terrorista, no se convirtió en un obstáculo para alcanzar la paz. Debe destacarse que el Gobierno británico estableció conversaciones directas con el Sinn Féin, al que reconoció como un interlocutor legítimo en el proceso de paz. De esta manera, se reconocía a este partido como un actor político, y así se facilitaban las negociaciones. Durante estos diálogos el IRA optó por evitar las bajas de civiles, sin que ello fuera en detrimento de la necesaria demostración de que seguía con vida y tenía la capacidad de hacerle daño a la parte contraria[13].

En el proceso de negociación en Irlanda es observable la voluntad política de superar los obstáculos que se presentaban. Para salirle adelante a la cuestión de los detenidos en cárceles inglesas el Gobierno del Reino Unido optó por una liberación anticipada de todos los combatientes, sin detenerse a discutir las categorías políticas. De ese modo, conociéndose con precisión la condición jurídica del enemigo, fue claro que la solución era política y no jurídica.

---

ejército sino también a las milicias y cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: (1) Tener un mando que responda de sus subordinados; (2) Tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; (3) Llevar armas a la vista, y (4) Llevar a cabo sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. En los países donde las milicias o los cuerpos de voluntarios constituyen el ejército, o forman parte de él, se incluyen bajo la denominación de ejército".

12 Alejandro Valencia Villa, *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia* (Bogotá: Tercer Mundo, 1991).

13 Dominic M. Beggan, "State Repression and Political Violence: Insurgency in Northern Ireland", *International Journal on World Peace* 23, n.º 4 (diciembre del 2006); Kevin Boyle y Tom Hadden, "The Peace Process in Northern Ireland", *International Affairs* 71, n.º 2 (abril de 1995).

En el caso español encontramos una salida similar, que permite evitar usar categorías del siglo xix, como la de delincuente político y la de guerra con simetría moral, para resolver problemas del siglo xxi, esto es, guerras apolíticas en las que la simetría moral desaparece[14]. Desde que en octubre del 2011 el grupo terrorista Euskadi ta Askatasuna (País Vasco y Libertad, eta) anunció su final como un colectivo en lucha contra el Estado español se ha discutido qué hacer con las personas privadas de la libertad. Como en el caso irlandés, se ha dado una división entre los actores políticos legales, que podrían llevar a cabo la agenda política defendida por eta, y la organización armada, que es considerada más bien como una organización militar. La negociación y la apertura política son para los partidos políticos que toman parte en la democracia española, mientras que eta solicita que se desarrolle un proceso de paz que conduzca a su desmovilización.

El Gobierno español ha rechazado este pedido, pero es de destacarse que algunos jueces españoles han hablado de la posibilidad de conceder libertades anticipadas, con lo que de nuevo resulta claro que las categorías de delito político y de terrorista no se convierten en objeto central de las discusiones y, por lo tanto, no pueden ser un obstáculo para la paz. En este caso, como en el irlandés, la inclusión política y la posibilidad de que la agenda pueda ser defendida legalmente en las instituciones democráticas ha permitido que poco a poco se avance hacia la paz. En cuanto a los actores armados, son objeto de las sanciones penales correspondientes y, en consecuencia, sólo pueden beneficiarse de medidas individuales de liberación temprana si cumplen los requisitos que impone la legislación penitenciaria española.

Quiero detenerme en el caso de Sri Lanka, pues nos muestra cómo la obsesión por la categoría política olvida que el proceso es de tipo político y que, por consiguiente, su propósito es conseguir la paz de manera creativa, incluso abandonando viejas tradiciones que no tienen mayor rendimiento en el presente. La situación se agrava si con el uso de la tradición se busca pasar por alto los compromisos del Estado en lo que concierne a investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos.

Sri Lanka experimentó una guerra civil con un grupo llamado Movimiento Separatista Tamil. La convocatoria a formar un Estado separado se intensificó en 1976

[14] Mary Kaldor, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era* (Stanford: Stanford University Press, 2007); Henrik Munkler, *Viejas y nuevas guerras: asimetría y privatización de la violencia* (Madrid: Siglo xxi, 2005).

con la creación del Frente de Liberación Unido Tamil, que aprobó una declaración que reclamaba una Tamil Eealam[15] separada. La cuestión, de acuerdo con la dirigencia tamil, era si querían ser libres e independientes o si querían vivir en una continua servidumbre respecto del gobierno dominado por los cingaleses. Como en la mayoría de estos conflictos, los tamiles estaban preocupados por cuestiones de raza y clase; la mayor parte de sus quejas se referían a la desigualdad entre ellos y los cingaleses.

Con el fin de mejorar su condición, el movimiento separatista tamil participó en las elecciones y ganó algunos escaños en el Congreso. Sin embargo, esta participación política provocó tensiones, se desató la violencia y hubo una respuesta represiva por parte del Gobierno. Muchas personas murieron y más de 35 000 tuvieron que acudir a los campamentos de refugiados instalados en muchas partes de la isla.

A lo largo de estos acontecimientos políticos de 1975, los habitantes de Sri Lanka fueron testigos de la aparición de un grupo conocido como el Movimiento de los Tigres Tamiles. El Movimiento fue el responsable de las muertes de oficiales del gobierno local y de algunas masacres contra agentes de la Policía. Sus miembros recibieron capacitación en actividades terroristas por parte de organizaciones como el IRA irlandés y la alemana Baader-Meinhoff. En consecuencia, el Gobierno aprobó una ley que le permitía tratar a los Tigres como una organización terrorista, implementar medidas para desmantelarla y limitar algunos derechos de la población tamil[16]. Amnistía Internacional informó que Sri Lanka utilizó las leyes antiterroristas para arrestar no sólo a los miembros de los Tigres, sino también a miembros de la oposición política. Según Amnistía Internacional,

> Sri Lanka ha estado bajo un estado de excepción casi continuamente desde 1971. Los sucesivos gobiernos han utilizado la seguridad nacional como excusa para introducir una serie de normas de emergencia amplias y a menudo confusas. Esto ha dado lugar a una grave erosión e incluso a la suspensión de los derechos de las personas a la libertad de pensamiento, de conciencia y de expresión, así como de su derecho a vivir libres de arrestos y detenciones arbitrarias[17].

15 Tamil Eealam es el nombre que los nacionalistas tamiles le dieron al Estado que querían conformar en el norte. W. I. Siriwera, "Recent Developments in Sinhala-Tamil Relations", *Asian Survey* 20, n.º 9 (septiembre de 1980): 903.

16 *Ibid*., 911; Amita Shastri, "The Material Basis for Separatism: the Tamil Eelam Movement in Sri Lanka", *Journal of Asian Studies* 49, n.º 1 (febrero de 1990).

17 Amnesty International, "Forgotten Prisoners. Sri Lanka Uses Anti-Terrorism Laws to Detain Thousands" (informe, febrero del 2011), www.amnesty.org/en/library/asset/ASA37/001/2011/en/64530ad7-76a6-4fb1-8f46-996c8543daf8/asa370012011en.pdf (consulta: 31 de octubre del 2011).

Las detenciones se realizaron sobre la base de la legislación aprobada como ley de emergencia en 1979, que se convirtió en permanente en 1981.

A pesar de que los Tigres Tamiles fueron derrotados por la vía militar en el 2009, Sri Lanka todavía detiene a personas acusadas de ser miembros o simpatizantes de la organización, y extiende el estado de excepción con el fin de hacerle frente a la amenaza que representan los grupos terroristas. El respeto del derecho internacional humanitario es mínimo y, por supuesto, el Gobierno no reconoce a los Tigres como combatientes; los considera una organización terrorista y los enfrenta con la Policía y con medidas militares y penales.

La exclusión política y económica es uno de los factores que explican la erupción de la violencia a mediados de la década de los setenta en Sri Lanka. Los tamiles constituyen un 11 % de la población de Sri Lanka, pero han sido excluidos de la participación política en el gobierno. Como se mencionó, su participación ponía en peligro los privilegios de una parte de la población cingalesa. El hecho de que el lenguaje cingalés se convirtiera en un requisito para tener acceso a los cargos públicos debe tenerse en cuenta en la explicación de la aparición de las quejas y de la violencia. En efecto, la Ley Oficial de Idiomas de 1956 impuso el cingalés como lengua del Estado, y esta disposición excluyente fue ratificada en 1972 por la nueva Constitución de Sri Lanka. Como escribe Shastri, "los tamiles, que exigen un estado federal y un derecho al uso de su lengua, se vieron impotentes para influir en el proceso"[18]. Mientras implementaba estas medidas, el Gobierno cingalés impuso una reforma del sistema educativo que radicalizó a la juventud tamil de clase media.

Desde la década de los setenta la oposición pacífica a las políticas del Gobierno fue sustituida por una más militante, y los actos de violencia de ambas partes aumentaron. En febrero del 2002 el Movimiento de los Tigres Tamiles y el gobierno de Sri Lanka acordaron un alto el fuego[19]. Bell y O'Rourke explican que los acuerdos de paz por lo general tienen por objeto el establecimiento o ampliación de un alto el fuego, que se vincula a nuevas instituciones políticas. El acuerdo de paz establece un nuevo arreglo político o, en términos de Ackerman, un momento constitucional por el que se desarrollan nuevas instituciones y un sistema político más abierto, que incluye a los antiguos adversarios[20].

18 Shastri, "Material Basis": 60.

19 Camilla Orjuela, "Building Peace in Sri Lanka: a Role for Civil Society?". *A Journal of Peace Research* 40, n.º 2 (marzo del 2003).

20 Christine Bell y Catherine O'Rourke, "The People's Peace? Peace Agreements, Civil Society, and Participatory Democracy", *International Political Science Review* 28, n.º 3 (junio del 2007): 293-324.

El acuerdo entre el Gobierno de Sri Lanka y el Movimiento de los Tigres, en el 2002, no fue respetado por las partes, y se reanudó el combate. El Gobierno lanzó una ofensiva en varios frentes en la provincia Oriental, en el 2007, con el fin de derrotar a los Tigres. Durante el 2008, el grupo tuvo que hacer una guerra defensiva, y para principios del 2009 su derrota militar era inminente[21]. A medida que la posición militar del Gobierno parecía mejorar, los actores internacionales coincidieron en que la mejor estrategia para derrotar el terrorismo era la acción militar. Pero, al mismo tiempo, hubo consenso sobre la necesidad de devolver el poder del centro político a la periferia del país para evitar una nueva erupción del etnonacionalismo tamil y garantizar el respeto de los derechos de este pueblo. Los actores internacionales que trabajaban en la reconstrucción del país, después de los conflictos, se concentraron en tres temas, con el fin de conseguir una paz duradera: (1) el reasentamiento de la población desplazada, sin limitarse a la de los campos de refugiados; (2) la ayuda humanitaria y (3) la implementación de la descentralización.

Para los actores internacionales la mejor manera de evitar la violencia en el futuro era implementar un nuevo acuerdo político, con la participación de los dirigentes tamiles. De esta manera se abordaba una de las causas del conflicto.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas celebró una sesión especial para discutir las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por ambas partes en el conflicto. La oficina del Departamento de Estado de los Estados Unidos dedicada a los crímenes de guerra sostuvo también que en la última fase del conflicto las partes cometieron graves violaciones del derecho internacional humanitario, pero lo hizo sin alcanzar ninguna conclusión jurídica en cuanto a la responsabilidad de los Tigres o del Gobierno. La Unión Europea también ha analizado la violación de los derechos humanos, y dio a conocer un informe sobre la situación a mediados del 2010. El Gobierno de Sri Lanka ha considerado estos informes violaciones ilegales de su soberanía, y ha sostenido que se trata de actos internos que no pueden ser supervisados por la comunidad internacional.

La respuesta del gobierno de Sri Lanka a las acusaciones de violaciones de derechos humanos durante la guerra ha sido la negación, y ha adoptado también un cambio en la política exterior respecto a los países asiáticos, que no condicionan su asistencia en las investigaciones sobre crímenes de guerra o violaciones

21 Jayadeva Uyangoda, "Sri Lanka in 2009: From Civil War to Political Uncertainties", *Asian Survey* 50, n.º 1 (enero-febrero del 2010): 105.

de derechos humanos. Así mismo, el Gobierno se ha negado a hacer cualquier cambio significativo en la Constitución, y no ha devuelto los poderes de administración a las regiones en las que hay población tamil.

Las perspectivas de un proceso de justicia transicional son, en el mejor de los casos, sombrías. El Gobierno se niega a reconocer las violaciones de derechos humanos y la única estrategia que concibe para lidiar con el conflicto es el uso de medios militares.

La estrategia adoptada por el Gobierno de Sri Lanka fue la derrota militar de la guerrilla. La ofensiva militar lanzada tras el fin de la tregua, en el 2002, que condujo a la derrota militar del Movimiento de los Tigres Tamiles, buscaba obtener la paz mediante la guerra. Dado que el punto principal era la devolución de poderes a la población tamil y la formación de una especie de Estado federal, una buena parte de los debates se centraron en una reforma constitucional que les permitiera a las partes firmar un acuerdo de paz. Sin embargo, una lección que se puede aprender de la experiencia de Sri Lanka es que la paz no puede reducirse a una tarea técnica, esto es, supone mucha voluntad política y entender que la discusión no versa sobre la validez jurídica de categorías como la de delito político; se trata, en cambio, de la capacidad del sistema para incluir a actores que antes se le oponían.

El fracaso del proceso de paz en Sri Lanka es el resultado de la incapacidad de las partes para trabajar juntas en aras de una transformación del conflicto armado. Incluso dentro del movimiento de liberación tamil hubo diferencias de opinión en cuanto a la naturaleza del conflicto. Para los tamiles se trataba de un conflicto sobre los derechos de una minoría étnica; por esa razón, una solución implicaba la devolución de poderes y una transformación del sistema constitucional para constituir un Estado federal.

Para los Tigres el conflicto fue un enfrentamiento entre naciones, la lucha de un pueblo oprimido en pos de la liberación y la autodeterminación. Por lo tanto, el objetivo principal no era un nuevo acuerdo político, sino más bien un nuevo Estado tamil, con sus propias instituciones jurídicas y políticas. Estas diferencias nos muestran, precisamente, la necesidad de reconocer y resolver las divergencias políticas primero, para luego sí analizar las opciones legales con que cuentan los actores armados.

De permitir que los debates constitucionales primen sobre los políticos, los actores de la mesa de negociaciones pueden llegar a un punto muerto, debido a la imposibilidad de superar esas constricciones legales. En el caso colombiano,

la discusión sobre la naturaleza del delito político no puede conducir a debates constitucionales o legales que les impidan a las partes realizar los debates políticos. La etiqueta de delito político no se puede utilizar para evitar una discusión que es política en sí misma; un proceso de paz no es más que un debate sobre las nuevas disposiciones políticas que regirán el sistema de gobierno resultante.

## III. De rebeldes a terroristas: el cambio en la percepción de los delitos políticos en Colombia

El delito político es una institución que tiene una larga tradición en el derecho constitucional y en el derecho penal colombianos. Los códigos penales de 1890, 1936 y 1980 contemplan un tratamiento privilegiado para los delincuentes políticos, y la exclusión de penas para los delitos cometidos en combate o en estrecha conexidad con el delito político. En todos los casos se excluían los actos de ferocidad o de barbarie. Esto es, en nuestra tradición jurídico penal los delitos políticos no cobijan los actos de ferocidad y barbarie, pues se entiende que cuando esto ocurre se rompe la conexidad con el delito político. Por tal razón, los actos de violencia sexual, los secuestros, las ejecuciones extrajudiciales, entre otros crímenes, no se entienden como conexos con el delito político y no gozan de tratamiento privilegiado[22].

El reconocimiento del delito político supone el reconocimiento de los actores armados como actores en igualdad moral con el Estado, pero en desigualdad jurídica con él. Se reconoce, de este modo, el carácter de desobediencia civil, pero se sanciona el carácter violento[23]. La justificación de este tratamiento privilegiado se encuentra en la idea de progreso, propia de la modernidad, pues se entiende que si un actor armado busca el progreso moral y el bienestar de la sociedad no es posible aplicarle el derecho penal ordinario, sino que se le debe otorgar un tratamiento benigno, por sus motivos altruistas. En clave de la categoría dogmático-penal de la culpabilidad, se puede afirmar que el juicio de reproche es menor en tanto no se trata de un simple desconocimiento del orden jurídico sino de un desconocimiento motivado. Dicho en otros términos, el delincuente político desconoce todo el sistema normativo por buenas razones; el delincuente común lo engaña por razones egoístas.

22 Según Iván Orozco, *Combatientes*, el tratamiento privilegiado era el resultado de una legislación penal correspondiente al horizonte de la guerra civil. El delincuente político era tratado como una suerte de combatiente, pese al hecho de que ante el derecho internacional humanitario no tenía tal calidad. Véase también Bellal y Chetail, "Concept of Combatant".

23 John Rawls, *A Theory of Justicie* (Cambridge, Ma.: Belknap Press, 1971). José A. Estévez Araújo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994).

Estas justificaciones las encontramos en el penalista Luis Jiménez de Asúa, republicano y exiliado de la dictadura franquista, cuando señala que "no debe bastar, para definir las características de un delito político, el móvil de naturaleza política o social que preside los actos del infractor de la norma; es preciso que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados hacia el porvenir"[24].

El delito político se corresponde, así, con la noción de progreso, de manera que los actos de delincuentes con finalidades políticas que no apunten al mejoramiento de la sociedad no se consideran merecedores de un tratamiento privilegiado. A esta justificación moderna se suma la justificación medieval del derecho a la resistencia en contra de la tiranía o, como lo hemos anotado, a la desobediencia civil. El reconocimiento del delincuente político no excluye el castigo de sus actos, pero sí admite un tratamiento más benigno, en la medida en que señala los males de la sociedad y se enfrenta al Estado para eliminarlos. Por ello, el discurso de la derecha en Colombia rechaza la idea del delito político: aceptarlo supone aceptar la imperfección de nuestra democracia.

Según Luz María Sánchez[25], la relación entre el derecho internacional humanitario y el delito político comienza a fracturarse desde la década de los setenta, como consecuencia del advenimiento de una lógica por la cual el guerrillero no es percibido más como un rebelde sino como un terrorista. Los ataques en contra de la condición privilegiada del delincuente político comenzaron con el Estatuto de Seguridad del Gobierno de Julio César Turbay (1978-1982), el juzgamiento de civiles por parte de militares y el tratamiento de los rebeldes como terroristas.

El derecho penal colombiano carece de una definición de los delitos políticos. Existen diferentes teorías sobre la constitución de estos delitos, a saber: objetiva, subjetiva y mixta. Según la teoría subjetiva, lo que determina la naturaleza de un crimen político es la intención del culpable, es decir, la persona tiene que tener intenciones políticas y altruistas, lo que significa que los delitos cometidos con otros fines han de ser castigados como concierto para delinquir o como delitos de otro tipo. Desde un punto de vista objetivo, lo importante es el tipo de delito que se haya cometido, y no la buena fe del autor o sus buenas intenciones. La doctrina está de acuerdo en que en la legislación colombiana sólo

[24] Luis Jiménez de Asúa, "El asesinato de Matteotti y el delito político", citado por Luz María Sánchez Duque, "Tendencias en la judicialización de las Guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz" (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2011).

[25] Sánchez, "Tendencias".

tres delitos políticos pueden ser reconocidos: rebelión, sedición y asonada[26]. En los análisis jurídicos penales hay intentos de distinguir entre la rebelión y la sedición, y la principal diferencia que se encuentra es que la rebelión busca cambiar el régimen, mientras que la sedición sólo busca evitar que el régimen funcione correctamente. Una tercera teoría es el resultado de una combinación de teorías subjetivas y objetivas, y sostiene que un crimen político se comete cuando una persona ejecuta alguno de los delitos mencionados antes con una intención altruista[27].

De acuerdo con la Constitución de 1991, los delitos políticos pueden ser objeto de amnistías e indultos. Los rebeldes que hayan sido condenados por delitos políticos pueden participar en la vida política, pues estos se consideran delitos cometidos con la intención de mejorar la vida de las personas dentro del Estado. Los crímenes políticos también están protegidos de la extradición, y los que se sienten perseguidos por razones políticas, como un rebelde, pueden solicitar asilo en otros países, pero en este caso el país receptor tiene la última palabra en la determinación del carácter político de la persecución. Sin embargo, en los últimos años esta percepción está cambiando, no sólo por la práctica de la guerra de guerrillas, sino también porque el concepto de delito político no se considera aplicable en un Estado democrático.

Para la ley penal colombiana, antes de 1997, los rebeldes podían ser castigados con una pena reducida, y los delitos cometidos en combate estaban incluidos en la definición del delito de rebelión y, por lo tanto, quedaban impunes. No obstante, había una excepción: los actos de barbarie y crueldad no se consideraban en conexión con el delito de rebelión y debían ser castigados. La discusión en el derecho penal gravitaba en torno a la relación que existía entre los actos de rebelión y sedición y otros delitos. Por ejemplo, hubo consenso en las decisiones de la Corte Suprema respecto a que la rebelión era un acto que requería que los rebeldes usaran armas y uniformes, de manera que no podían ser casti-

26 Jaime Pardo Leal, *El delito político en Colombia* (Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2007); Luis Carlos Pérez, *Derecho penal: partes general y especial* (Bogotá: Temis, 1987); Ricardo Posada, *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2010). La Corte Constitucional, en la Sentencia C-928 del 2005, reconoció el carácter altruista de los delitos políticos. Sin embargo, en la Sentencia C-225 de 1995 destaca el poder del Legislador para regular este tema, y su importancia con respecto a los procesos de paz.

27 En el salvamento de voto de la Sentencia C-370 del 2006 se afirma que el delito de sedición es un delito político que no se aplica a los grupos paramilitares porque carecen de las intenciones altruistas y de la intención de combatir o incluso suspender las actividades del Estado. Para la Corte Suprema el delito político también se caracteriza como uno con intenciones altruistas, pero hoy en día es difícil que una Corte acepte que los actos de las guerrillas han sido cometidos por razones altruistas. Kaldor, *New and Old Wars* y Munkler, *Viejas y nuevas guerras*.

gados por hacerlo. En otros casos, por ejemplo, el secuestro, esa conexión no parece tan obvia, y ello conduce a castigar tanto la rebelión como el secuestro.

Sin embargo, la noción de delito político ha sufrido diferentes transformaciones en Colombia, en parte como consecuencia de las circunstancias cambiantes del conflicto colombiano. Las guerras civiles del siglo xix se libraron entre dos facciones que se consideraban moralmente iguales a pesar de que se reconocían como desiguales ante la ley. Liberales y conservadores lucharon por hacerse con el control del gobierno, y estas guerras por lo general terminaban con un acuerdo de paz[28]. Hernando Valencia sostiene que las constituciones políticas colombianas representaron acuerdos de paz, sobre todo porque el nuevo arreglo político solía integrarse en el texto de la Constitución. El modelo del proceso de paz, dado este carácter igual, era la amnistía. Con este mecanismo, los gobiernos les concedían la inclusión en el sistema político a los que habían sido derrotados en la guerra o a los que habían dejado las armas[29].

En 1997 la Corte Constitucional, en la Sentencia C-456, tuvo que decidir, como resultado de una demanda presentada por algunos miembros de las Fuerzas Armadas, sobre el trato privilegiado concedido a los delitos políticos, pues en opinión de los demandantes violaba el artículo 150-17 de la Constitución. Quienes defendían la idea de los crímenes políticos recordaban el trato privilegiado que había tenido en la legislación colombiana. Sobre la base de ese tratamiento, consideraban que los delitos relacionados directamente con los de rebelión y sedición no podían ser castigados; hacerlo significaría ponerle fin a una vieja tradición.

Para la Corte, sin embargo, la discusión era si la ley había previsto una amnistía general y anterior para los delitos cometidos en combate. Para la doctrina, el artículo 127 del Código Penal establecía una causa de impunidad y, por lo tanto, una razón legal para no aplicarles ningún tipo de penalización a esos actos. Según la Corte, se trataba en realidad de una amnistía general, previa y sin límites, y por eso estaba en contra de la Constitución colombiana: de acuerdo con la Constitución de 1991 sólo el poder legislativo puede concederles amnistías a los rebeldes que participan en un proceso de paz. Esta amnistía es para ciertos delitos y por un tiempo limitado, de lo contrario se convertiría

28 Gonzalo Sánchez, "Orden y violencia", *Análisis Político*, n.º 2 (septiembre-diciembre de 1987); Orozco, *Combatientes*; Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006); Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2010).

29 Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1986).

en una suerte de autorización general para violar la ley sin tener que enfrentar las consecuencias legales.

La Corte reconoce que la Constitución de 1991 no define ni determina lo que es un crimen político. Afirma que sólo la rebelión y la sedición se reconocen como delitos políticos, reciben un trato privilegiado y, por lo tanto, tienen que ser interpretadas de manera restrictiva. La Corte añade que la eliminación del trato privilegiado de los delitos que están conectados a la rebelión y a la sedición no significa el final del tratamiento privilegiado para los delitos políticos como tales, porque, después de un proceso de paz, el Legislativo puede amnistiar a los rebeldes desmovilizados por su delito de rebelión y por otros delitos, siempre y cuando no constituyan infracciones graves contra el derecho internacional humanitario o crímenes de lesa humanidad. Afirma la Corte en la Sentencia C-456 de 1997:

> No puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos. Cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos. En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva.

Y con respecto a la exclusión de pena, agrega:

> […] el Estado resigna su deber de defensa de los derechos fundamentales cuando omite tipificar en la legislación penal, en algunos casos, los comportamientos más graves que injustamente lesionan los bienes de rango constitucional que pertenecen al ámbito de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de la libertad de configuración normativa de que goza el Legislador en materia penal, una función suya, es la de reforzar la tutela de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, la falta de tipificación del homicidio, salvo en casos excepcionales, por ejemplo, implicaría el desconocimiento del derecho a la vida.

> El derecho penal no agota su cometido en el castigo de las conductas que quebrantan los derechos fundamentales; incluso, esta prestación estatal no siempre resulta necesaria ni pertinente. No obstante, respecto de determinados derechos fundamentales, la tipificación penal de ciertas conductas, corresponde a la protección mínima a cargo del Estado que se integra en su núcleo esencial.
>
> La exclusión de la pena que concede el Legislador ordinario, referida a los hechos punibles cometidos en combate, tiene el efecto de crear una zona franca a la acción delictiva, por fuera de todo control del Estado. Allí es patente la renuncia que el Estado hace a su *ius puniendi* y, por consiguiente, se hace visible el olvido del deber de protección que le incumbe respecto de los derechos fundamentales. Particularmente, la vida de los militares, y aun de personas ajenas al conflicto, si el homicidio en combate deja de sancionarse, quedaría desprovista de todo amparo, sin que su sacrificio se refleje siquiera en un día más de prisión por el delito de rebelión que, según la tesis que la Corte impugna, se extendería a las figuras conexas[30].

Para algunos autores, como Orozco, esta sentencia de la Corte supuso el fin del delito político y por lo tanto la estabilización del rebelde como terrorista. Lo propio señaló el magistrado Carlos Gaviria, disidente de la opinión mayoritaria. Conviene matizar estas reacciones, pues la sentencia no supuso el fin del delito político y, sobre todo, no impide que al final del conflicto los homicidios cometidos en combate sean objeto de amnistía e indulto, conforme al Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Lo único que se da es que no se excluye la pena sino que se sanciona, y posteriormente, como resultado de un proceso de paz, se pueden otorgar las amnistías más amplias posibles, con la salvedad de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.

Como resultado de las negociaciones entre las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y el Gobierno nacional el Congreso aprobó la Ley 975 del 2005. Para concederles amnistías a los miembros de las AUC el artículo 71 trataba las actividades paramilitares como una especie de delito político, con el argumento de que los miembros de las AUC les impidieron a las autoridades colombianas hacer su trabajo correctamente. De esta manera, a pesar de que no atacaron al Gobierno, o no querían la eliminación del régimen político colombiano, según el gobierno de la época, sí entorpecieron el trabajo de las autoridades.

[30] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997 (magistrados ponentes: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz).

La Ley 975 del 2005 fue impugnada por razones constitucionales y la Corte Constitucional emitió un fallo en la Sentencia 370 del 2006. El tribunal consideró que el artículo 71 estaba en contra de la Constitución por motivos formales, lo que significa que no analizó los argumentos sustanciales que podían ser considerados en el análisis de la constitucionalidad. Sin embargo, vale la pena destacar la opinión disidente del magistrado Alfredo Beltrán, que consideró que tratar a las AUC como si fueran responsables del delito de sedición era inconstitucional por las siguientes razones.

Para el magistrado Beltrán, los redactores de la Constitución, siguiendo la tradición colombiana, les dan un trato privilegiado a los delitos políticos, pero dentro de un marco legal penal. Esto significa que el Legislativo debe tener en cuenta que los crímenes políticos sólo pueden ser aquellos que apuntan a cambiar o suspender el régimen legal o constitucional. Teniendo en cuenta que la paz tiene una importancia predominante en la Constitución, el poder legislativo puede conceder amnistía por delitos políticos y por otros que estén en estrecha relación con ellos, disposición que, en últimas, es una simple aplicación del derecho internacional humanitario mediante el otorgamiento de las más amplias amnistías que sean posibles. Señaló el magistrado Beltrán en su voto disidente que

> De las varias clasificaciones que de los delitos existen desde antiguo, se ha distinguido entre los delitos comunes y los delitos políticos. Nuestra Constitución no ha definido el delito político, ni tampoco el delito común sino que ha dejado el asunto al legislador. Ello explica que la tipificación de las conductas que configuran uno u otro se realice en el Código Penal o en leyes especiales. Sin embargo, la Constitución le da un tratamiento privilegiado a los delitos políticos teniendo en cuenta su propia naturaleza, los fines altruistas que con ellos se persiguen, las circunstancias en que se realizan y los móviles que determinan a sus actores a promoverlos o a participar en ellos. Es claro que con el delito político se ataca el régimen constitucional y legal en cuanto la organización política de la sociedad y sus formas de gobierno o para derrocar a las autoridades que detentan el poder cuya legitimidad se desconoce o cuyos abusos se pretende terminar, y todo el actuar se justifica entonces por el beneficio superior de la sociedad. En el delito común, en cambio los móviles carecen de nobleza, su comisión ataca bienes jurídicos que toda la sociedad necesita proteger en defensa de la vida, de los bienes y de la convivencia pacífica. Por eso, se tiene por establecido que el delito político es de menor gravedad que el común, ya que los bienes jurídicos que mediante él se atacan no son de aquellos que el grupo social tiene instituidos como indispensables para la vida diaria. De ahí que la legislación atendido lo expuesto le dé a los delitos políticos un tratamiento

> más benigno que a los delitos comunes y que, atendidas circunstancias concretas y específicas el legislador, por motivos de conveniencia pública le dé prevalencia a la paz como valor constitucional y autorice extender la amnistía o el indulto a delitos conexos con los delitos políticos.
>
> […]
>
> De la misma manera, no pueden tampoco incluirse como delitos políticos conductas que por su barbarie y atrocidad son constitutivas de graves atentados contra la humanidad, pues con éstas no sólo se causa daño a una persona determinada sino que la acción resulta lesiva de la dignidad y condición humana en general. Es esa la razón por la cual a tales hechos delictuosos se les reprocha por las normas consuetudinarias del derecho aceptado por las distintas naciones del orbe, normas que se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico universal que son de obligatorio cumplimiento y que ningún Estado puede desconocer en ninguna circunstancia. Conforman lo que se ha denominado el *jus cogens*, es decir el conjunto de reglas del Derecho Internacional Humanitario. Estas, en tal virtud se integran al ordenamiento constitucional colombiano por expreso mandato del artículo 93 de la Constitución en el que se ordena que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que hubieren sido ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno y no pueden limitarse ni siquiera durante los estados de excepción.
>
> […]
>
> Así las cosas, los delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos no pueden ser objeto del tratamiento benigno que por razones superiores se les da a los delitos políticos sino que, por el contrario, sus autores se encuentran sujetos a las reglas del derecho común[31].

Por mor de la Sentencia 370 del 2006 el Gobierno no pudo conceder amnistías para estos crímenes y, por lo tanto, tuvo que darle una solución a este problema en particular. La solución la aportó la Corte Suprema mediante la aplicación del tipo penal del concierto para delinquir. De esta manera, la Corte Suprema tuvo en cuenta lo que la Corte Constitucional había decidido, es decir, evitar concederles la etiqueta de delincuentes políticos a los paramilitares. Pero el Gobierno también tuvo la prohibición de conceder amnistías para estos crímenes, lo que hizo más fuerte el argumento en contra de la posibilidad de otorgarles a los

[31] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo del 2006 (salvamento de voto de Alfredo Beltrán Sierra).

miembros de las AUC un trato privilegiado. En consecuencia, la Ley 975 del 2005 se implementó como una ley común que establecía una jurisdicción especial, y no fue una ley que estableciera un mecanismo de justicia transicional.

Esa es la base de una decisión adoptada por la Corte Suprema en la que dio un paso más. Para la Corte, la pertenencia a las AUC no puede ser considerada un delito político, sino concierto para delinquir. Este tribunal ha sido consistente en considerar que un delito político es aquel que ataca el régimen legal y constitucional y tiene un fin altruista. Para la Corte Suprema esta caracterización no es extensible al concierto para delinquir, que carece de la motivación altruista.

En la decisión tomada el 10 de abril del 2008 en el proceso 29472, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez, la Corte Suprema consideró que los paramilitares debían ser responsables de un crimen de lesa humanidad, incluso en aquellos casos en que no se hubiera cometido otro delito adicional al concierto para delinquir. Para la Corte Suprema este tipo de delito debe ser tratado como un crimen contra la humanidad sobre la base de la intención de los culpables. Para la Corte, el delito tiene los siguientes elementos:

> 1) Las actividades públicas de la organización tiene que incluir algunos de los crímenes de lesa humanidad.
>
> 2) Los culpables tienen que ser miembros de la organización.
>
> 3) La mayoría de los miembros de la organización deben tener conocimiento de las actividades delictivas de la organización[32].

En una interpretación errónea de la ley penal internacional, la Corte Suprema sostuvo que en el Estatuto de Roma y en diversos tratados internacionales se encuentra el concierto para delinquir (conspiración) como un crimen de lesa humanidad. En este caso la Corte Suprema asume que una manera de participar en un delito, tal como está escrito en los textos legales, puede ser el equivalente de un crimen contra la humanidad. De este modo, la Corte impide que a los miembros de las AUC se les conceda la amnistía o el indulto, ya que los responsables de formar parte de la organización, sin ser acusados de otros delitos, serán considerados responsables de un crimen contra la humanidad. Esta posición también es un obstáculo importante para un proceso de paz con la guerrilla, porque la guerrilla también ha cometido crímenes contra la humanidad.

[32] Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de abril del 2008 (magistrado ponente: Yesid Ramírez).

Teniendo en cuenta que son muchos los miembros de las auc —una estimación conservadora dice que 14 000— que no han sido cobijados por los beneficios establecidos por la Ley 975 del 2005, el Gobierno introdujo en la Ley 1312 del 2009, con el fin de hacer frente estos casos, el uso de la figura de la negociación de los cargos, que en el Código de Procedimiento Penal se conoce como "principio de oportunidad". La Corte Constitucional consideró que esta reforma estaba en contra de la Constitución, ya que concedía una especie de amnistía para los miembros de las auc sin garantizar un mínimo de verdad y de justicia[33].

Para la Corte es importante tener en cuenta que el poder legislativo no puede otorgar amnistías sin tener en cuenta el deber del Estado de investigar con el fin de proteger los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia. En la legislación colombiana, el proceso de negociación de los cargos es considerado una excepción al principio de legalidad, y para ello es necesario que pueda ser completamente determinado, es decir, que se aplique a algunos determinados casos excepcionales, y no se permite para crímenes graves como los de lesa humanidad.

Con el fin de responder a la decisión de la Corte, el Gobierno presentó un proyecto que se convirtió en la Ley 1424 del 2010. De acuerdo con esta ley, los miembros de grupos armados ilegales que se desmovilizaron y que fueron responsables de delitos de menor gravedad pueden beneficiarse de una suspensión de su pena de prisión, siempre y cuando cooperen con la búsqueda de la verdad y el establecimiento de la memoria. La ley fue impugnada por razones constitucionales y el 13 de octubre del 2011 la Corte Constitucional emitió un fallo que la declaró conforme con la Constitución de 1991[34].

Para la Corte, es necesario distinguir entre los contextos de la justicia ordinaria y los contextos de transición. En estos últimos, los jueces deben hacer un balance entre la justicia y la paz, con el fin de que puedan lograrse la justicia, la verdad y la reparación, y de garantizar que no se repitan las violaciones. A pesar de que la Corte no utiliza la etiqueta de delitos políticos, sí reconoce el carácter político del proceso de paz y le da un amplio margen al Congreso para diseñar mecanismos de justicia transicional. Para la Corte, el proceso establecido por la Ley 1424 del 2010 observa un adecuado equilibrio entre la justicia y la paz. Además, este proceso no significa que el Estado renuncie a su obligación de

33 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-936 del 23 de noviembre del 2010 (magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

34 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-771 del 13 de octubre del 2011 (magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla).

investigar y sancionar, sino que lo hace de tal forma que se reconozca el carácter excepcional de la justicia transicional.

## Conclusiones

La categoría de delito político es propia de las guerras del siglo XIX. Sin embargo, reconozco que para los grupos armados puede ser importante ser calificados como rebeldes y no como terroristas, con independencia de las consecuencias penales que correspondan. Pese a todo ello, la etiqueta de delito político no puede ser el centro de atención hasta el punto de evitar a los actores armados discutir la agenda de paz. Los efectos de permitir amnistías por delitos políticos y los delitos relacionados con la rebelión o la sedición no se pierden con la Sentencia 456 de 1997.

El derecho internacional humanitario sigue vigente en la legislación colombiana. En un proceso de paz los actores, en la mesa de negociaciones, se ponen de acuerdo sobre la concesión de las más amplias amnistías posibles, excluyendo graves violaciones de los derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario. La Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-225 de 1995 que el Protocolo II no obliga al Estado a conceder amnistías, sino que establece que las autoridades procurarán conceder las amnistías más amplias posibles. Considerando que la referencia al delito político es obvia, es claro que la Corte reconoce el derecho del Estado a definir cuáles son los delitos de connotación política para efectos de estas amnistías.

Un proceso de justicia transicional puede configurar un paquete para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación.

Reconociendo el hecho de que son actores armados y políticos, los estados pueden abrir posibilidades para un proceso de paz. Las etiquetas son importantes para los actores. Según Riccigliano, debemos tener en cuenta que las negociaciones de paz las llevan a cabo actores armados, que son conscientes de los efectos de las etiquetas y de las categorías[35]. Quienes ejercen la violencia se encuentran en una mejor posición para ponerle fin al conflicto que aquellos que son sólo actores de buena voluntad y que no tienen poder sobre los otros. Por esa razón, las etiquetas pueden ser instrumentos para abrir o cerrar las negociaciones. Al etiquetar a un actor armado como actor político, los negociadores

[35] Robert Ricigliano, *Choosing to Engage. Armed Groups and Peace Processes* (Londres: Conciliation Resources, 2005), 5.

permiten que las negociaciones se abran. Categorías jurídicas como la de delincuencia política y la de delincuente político pueden favorecer o entorpecer las conversaciones de paz.

El caso de Sri Lanka muestra que se trata de una pelea significativa para los actores políticos. Para el Gobierno los rebeldes del Movimiento de los Tigres Tamiles eran terroristas que lucharon contra la sociedad de Sri Lanka, mientras que los miembros del grupo se percibían como luchadores en favor de la autodeterminación. La imposibilidad de llegar a un lenguaje común condujo al Estado a poner en marcha una campaña militar y a rechazar las conversaciones de paz. Al final, los tamiles y los miembros del Movimiento de los Tigres fueron igualmente víctimas de una estrategia antiterrorista.

Reconocer el carácter político del actor armado es muy importante para el éxito de las negociaciones. Debe tenerse en cuenta que están en juego la paz y una solución política nueva. Irlanda logró evitar las discusiones jurídicas, y de esa manera lo que era parte del juego político seguía siendo político. Reconociendo la naturaleza política del Sinn Féin, las partes pudieron llegar a un acuerdo que llevó a la participación de este partido político en el Gobierno irlandés.

El acuerdo ha sido inestable, pero la paz ha sido sólida. En el caso de Eta, la comunidad internacional y los partidos políticos han encontrado una manera de diferenciar el proceso jurídico del proceso político. En tanto se ha apelado a los partidos políticos legales, han aumentado las perspectivas de un diálogo de paz entre el Gobierno español y ETA. El anuncio con el que ETA renuncia a la violencia es el primer resultado de esta repolitización del conflicto.

Estas son experiencias que dejan lecciones para el caso colombiano. En este país la tradición del derecho internacional humanitario y el reconocimiento de un trato privilegiado para los delitos políticos son viejos y tienen bases constitucionales. En cualquier caso, es importante recordar que el debate es político y no simplemente jurídico. Los mecanismos de justicia transicional tienen el reto de hacer esta transición justa, sin olvidar que se trata de una transición que es también política.

## Referencias

Aponte, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006.

Arana, Nicolás. "Amnistías e indultos en el derecho colombiano". Documento del Centro Internacional para la Justicia Transicional. Inédito, 2011.

Bassiouni, Cherif M. *Introduction to International Criminal Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013.

Beggan, Dominic M. "State Repression and Political Violence: Insurgency in Northern Ireland". *International Journal on World Peace* 23, n.º 4 (diciembre del 2006).

Bell, Christine y Catherine O'Rourke. "'The People's Peace? Peace Agreements, Civil Society, and Participatory Democracy". *International Political Science Review* 28, n.º 3 (junio del 2007): 293-324.

Bellal, Annysa y Vincent Chetail. "'The Concept of Combatant under International Humanitarian Law". En *International Humanitarian*, editado por Jahid Hossain Bhuiyan, Lousie Doswald-Beck y Azizur Rahman Chowdhury. Nagpur: LexisNexis, 2009.

Benavides, Farid Samir y Ana María Ospina. *El largo camino hacia la paz*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2012.

Boyle, Kevin y Tom Hadden. "The Peace Process in Northern Ireland". *International Affairs* 71, n.º 2 (abril de 1995).

Estévez Araújo, José A. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.

Iturralde, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2010.

Kaldor, Mary. *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

Munkler, Henrik. *Viejas y nuevas guerras: asimetría y privatización de la violencia*. Madrid: Siglo xxi, 2005.

Orjuela, Camilla. "Building Peace in Sri Lanka: A Role for Civil Society?". *Journal of Peace Research* 40, n.º 2 (marzo del 2003).

Orozco, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Temis, 1992.

Otálora Lozano, Guillermo. "El alcance limitado de la obligación internacional de sancionar las violaciones graves de los derechos humanos". *Derecho Público* 26 (junio del 2011).

Pardo Leal, Jaime. *El delito político en Colombia*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2007.

Parmentier, Stephan y Elmar G. M Weitekamp. "Political Crimes and Serious Violations of Human Rights". En *Crime and Human Rights (Sociology of Crime, Law and Deviance*, vol. 9), editado por Stephen Parmentier, Elmar G. M. Weitekamp y Mathieu Deflem, 109-144. Emerald, 2007.

Pérez, Luis Carlos. *Derecho penal: partes general y especial*. Bogotá: Temis, 1987.

Posada, Ricardo. *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Ma.: Belknap Press, 1971.

Ricigliano, Robert. *Choosing to Engage. Armed Groups and Peace Processes*. Londres: Conciliation Resources, 2005.

Sánchez, Gonzalo. "Orden y violencia". *Análisis Político*, n.º 2 (septiembre-diciembre de 1987).

Sánchez Duque, Luz María. "'Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz". Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

Selis, Paul. "Propuestas de criterios de selección y priorización para la Ley de Justicia y Paz en Colombia". *Documentos ICTJ* (marzo del 2012).

Shastri, Amita. "'The Material Basis for Separatism: The Tamil Eelam Movement in Sri Lanka". *Journal of Asian Studies* 49, n.º 1 (febrero de 1990).

Siriwera, W. I. "Recent Developments in Sinhala-Tamil Relations". *Asian Survey* 20, n.º 9 (septiembre de 1980).

Uyangoda, Jaydeva. "Sri Lanka in 2009: from Civil War to Political Uncertainties". *Asian Survey* 50, n.º 1 (enero-febrero del 2010).

Valencia Villa, Alejandro. *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia.* Bogotá: Tercer Mundo, 1991.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1986.

# CASTIGO PENITENCIARIO Y TRANSICIÓN. ELEMENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA*

Libardo Ariza**

Manuel Iturralde***

A pesar de su invisibilidad, la institución penitenciaria cumple un papel determinante en las sociedades contemporáneas. Es la encargada de dos propósitos fundamentales: por una parte, asume la función material y simbólica de hacer efectivo el reproche contra los individuos cuyo comportamiento pone en peligro o afecta los bienes e intereses protegidos por el discurso penal. Por otra, asume como suya la tarea de perdonar al individuo infractor, en el marco de una promesa de reinserción social. La prisión se encarga de hacer realidad los principios de retribución y reconciliación, pilares sobre los que debería descansar un proceso de justicia transicional adecuado. No obstante, la realidad del encierro —la forma que asume efectivamente en el mundo de las relaciones sociales— y su naturaleza misma como forma de sanción penal han conseguido que estos principios se encuentren en permanente crisis. La violación masiva y sistemática de los derechos de las personas presas, la estratificación del encierro penitenciario y su poca capacidad para restaurar los vínculos sociales quebrantados han hecho de la prisión una de las instituciones más cuestionadas en las sociedades democráticas. De hecho, la prisión no ha logrado facilitarles a las personas presas una transición fluida hacia la sociedad civil.

Si esta ha sido la enseñanza que se ha desprendido del largo tiempo de funcionamiento de la prisión, ¿qué papel debería cumplir en un proceso de justicia transicional como el que se adelanta en Colombia?, ¿cómo superar la paradoja que implica el hecho de que el Estado responda a graves violaciones de derechos humanos con un tratamiento penitenciario que en la actualidad se traduce en una violación sistemática y masiva de los derechos humanos de sus destinatarios? Este texto aborda estas preguntas y esboza algunas líneas de análisis para plantear el debate sobre el significado del castigo penitenciario en la búsqueda

* Queremos agradecer la valiosa colaboración de Julián Berrío, quien contribuyó a la creación de este texto con la investigación sobre la normatividad relevante.

** Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

*** Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Doctor y magíster en Derecho de London School of Economics. Trabaja en temas relacionados con economía, política y sistemas penales, criminología, sociología jurídica, teoría jurídica y derecho constitucional.

de la paz y la reconciliación en Colombia. Sostenemos, en primer lugar, que un proceso de justicia transicional no debería apoyarse de manera fuerte en la institución penitenciaria y que, por ello, el crecimiento estructural de esta institución y la expansión de su capacidad de albergue no son aconsejables. Lo anterior no supone que la reforma institucional no sea necesaria para adecuar el sistema a los retos que plantea la transición. El segundo argumento que planteamos se refiere, así, a la adecuación de la institución penitenciaria en términos de la reducción de la población interna común, para que, tanto en los casos de hechos delictivos comunes como en los derivados del conflicto armado, sea destinada al reproche de las conductas verdaderamente graves. La reconciliación debería intentarse también con las personas a las que se les pone el rótulo de delincuentes comunes, con los victimarios cotidianos. Ello permitiría que la percepción de injusticias y privilegios que inunda el ambiente penitenciario se aminorara, al tiempo que ayudaría a que los recursos del sistema fueran usados de manera adecuada para garantizarle condiciones de vida dignas a la población interna, con independencia de su estatus o capital económico, social o político.

Con este objetivo en mente, el presente capítulo se divide en tres partes. En la primera se explica el régimen jurídico aplicable a la población desmovilizada que, una vez son puestos en práctica los criterios de priorización y selección, es investigada por la Fiscalía General de la Nación y sancionada penalmente. En esta parte se explican la vigencia y el ámbito de aplicación del marco jurídico para la paz (Acto Legislativo 1.º del 2012) y de la Ley 1592 del 2012. En la segunda parte se evalúa la función de la pena privativa de la libertad en contextos de justicia transicional. En la tercera se presentan y se explican las estrategias y reformas institucionales que son indispensables para que las penas de prisión de los desmovilizados, y de la población penitenciaria en general, se puedan cumplir respetando los estándares internacionales sobre la vigencia de los derechos humanos en el interior de las cárceles y penitenciarías.

## I. Marco jurídico para la paz: el régimen jurídico aplicable a los desmovilizados investigados y sancionados penalmente

Actualmente, en Colombia, existen dos vías jurídicas para juzgar y sancionar delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno: por un lado, el proceso que se adelanta contra las personas que cometieron "delitos ordinarios"[1]

[1] Por delitos ordinarios se entienden las infracciones de la ley penal que, si bien son cometidas con ocasión del conflicto armado interno, no revisten una gravedad tal que permita considerarlas

pero respecto de las cuales, una vez se aplican los criterios de priorización y selección, se decide no adelantar una investigación penal. Esta vía jurídica supone la amnistía para un grupo de desmovilizados y el indulto para quienes ya hayan sido condenados por dichos delitos[2]. Por otro lado, el proceso que se adelanta contra las personas que, en el marco del conflicto, cometieron delitos que pueden considerarse graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y respecto de las cuales se adelanta una investigación penal que termina con la imposición de una "pena alternativa".

La distinción entre estas dos vías jurídicas se hizo aún más clara el 31 de julio del 2012, aproximadamente un mes antes de que el presidente Juan Manuel Santos hiciera oficial el inicio de los diálogos de paz con las FARC, cuando el Congreso de la República le dio vía libre a la reforma constitucional denominada "marco jurídico para la paz" (Acto Legislativo 1.º del 2012). Con este marco, impulsado por el Gobierno y la Comisión de Paz del Congreso —liderada por el senador Roy Barreras—, el país "sentó las bases" sobre las cuales se podía negociar una terminación no militar del conflicto armado interno. Como presupuesto fundamental de un eventual acuerdo de terminación pacífica del conflicto, el marco para la paz contempló la posibilidad de fijar criterios precisos para la priorización y selección de los casos en que se podría ejercer la acción penal. De acuerdo con este acto legislativo, el fiscal general de la Nación, valorando los recursos técnicos y operativos de la institución que tiene a su cargo, determinará los criterios de priorización, sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[3].

---

delitos de lesa humanidad o graves violaciones del derecho internacional humanitario. Son ejemplos de delitos ordinarios el concierto para delinquir simple o agravado, la utilización ilegal de uniformes e insignias, la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y el porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. En relación con los procesos que se adelantan en contra de los desmovilizados que sólo hayan cometido este tipo de delitos se puede revisar la Ley 1424 del 2010, "Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la Ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 29 de diciembre del 2010).

2 Este proceso está regulado por la Ley 1424 del 2010 y se encuentra sujeto a que el desmovilizado cumpla unos requisitos determinados (artículos 6.º, 7.º y 8.º). Entre los requisitos que se le exigen al desmovilizado para ser beneficiario de la suspensión de la pena en establecimiento penitenciario se encuentran los siguientes: "1. Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional. 2. Estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso. 3. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización". En todo caso, vale la pena mencionar que aunque generan efectos similares en términos jurídicos —y políticos— su denominación de amnistías e indultos puede resultar equívoca, en la medida en que estos procedimientos no se encuentran sujetos al mismo régimen jurídico. Por ello, pueden ser considerados como tales en sus efectos, pero no en cuanto a su forma de producción.

3 Acto Legislativo 1.º del 2012, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia

Así mismo, el marco para la paz estableció que el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá determinar mediante una ley estatutaria los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos de la investigación penal en los máximos responsables de los delitos cometidos con ocasión del conflicto. Con este fin, el Congreso podrá establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procederá la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. De acuerdo con el marco, la "ley estatutaria deberá tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección"[4].

La Ley 1592 le hizo algunas modificaciones relevantes a la Ley 975 del 2005, que era, hasta la aparición del acto legislativo, el instrumento legal que establecía las reglas para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley (estableció instrumentos para garantizar la confesión de la verdad sobre los hechos ocurridos, el sometimiento a la justicia por parte de los desmovilizados y los mecanismos de reparación de las víctimas). De esta forma,

---

transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 31 de julio del 2012), motivación y preámbulo. En concreto, la Ley 1592 del 2012, "Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005, 'Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios' y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Congreso de la República, 3 de diciembre del 2012) modificó las causales para la terminación del proceso de Justicia y Paz —como se conoce el proceso jurídico que se desprende de la aplicación de la Ley 975—, junto con las causales que podrían justificar una eventual exclusión de la lista de postulados para algunos desmovilizados y el mecanismo para la renuncia expresa a los beneficios que ofrecen las reglas de justicia transicional (artículos 11A y 11B). Así mismo, en cuanto a los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal (artículo 14A), se establece que el fiscal general de la Nación deberá determinarlos para esclarecer el patrón de "macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y […] develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables". Para estos efectos, señala la Ley 1592 del 2012, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el Plan Integral de Investigación Priorizada. La Fiscalía General de la Nación, por medio de la Directiva 0001 del 2009, "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación" (Colombia, Fiscalía General de la Nación, 4 de octubre del 2012), estableció los criterios de priorización de situaciones y casos que deben orientar la actuación de la entidad. La Directiva establece tres criterios principales. En primer lugar, un criterio subjetivo que se basa en la calidad de la víctima y del perpetrador. En segundo lugar, un criterio objetivo, que se refiere a la gravedad del hecho; y, finalmente, un criterio complementario, orientado a la contextualización del hecho. De esta manera, la priorización y selección de casos supone una racionalización de la actuación de los operadores que permite suponer que será una población particular la que terminará en fase de ejecución de la sanción penal expuesta, agrupada en términos de su estatus, de la gravedad de la conducta y de la modalidad de actuación.

4 Acto Legislativo 1.º del 2012, motivación y preámbulo.

puede decirse que el marco jurídico vigente en Colombia sobre las causales de imposición de la "pena alternativa" y las condiciones en que dicha pena se debe cumplir en instituciones penitenciarias está integrado por normas que se encuentran en la Ley 975 del 2005, en la Ley 1592 del 2012 —que se expidió como parte de las reglas que componen el actual marco legal para la paz— y en los correspondientes decretos reglamentarios[5]. A continuación se describen en términos generales el sentido y alcance de estas normas.

a. *Ley 975 del 2005; capítulo V, pena alternativa; artículo 29, pena alternativa*. Según este artículo, la sala competente del tribunal superior de distrito judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. Sin embargo, en caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas, la sala le impondrá una pena alternativa que consiste en la privación de la libertad por un período mínimo de cinco años y no superior a ocho, tasada de acuerdo con la gravedad de sus delitos y su colaboración efectiva en la tarea de esclarecerlos[6]. Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización por medio del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al que perteneció. Cumplidas la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se comprometerá a no reincidir, a presentarse periódicamente ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia[7]. Una vez surtidas estas

5 Decreto 3570 del 2007, "Por medio del cual se crea el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005" (Colombia, Presidente de la República, 18 de septiembre del 2007); Decreto 1059 del 2008, "Por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006 y se modifican parcialmente los Decretos 128 de 2003 y 395 de 2007 en materia de desmovilización individual de los miembros de los grupos de guerrilla que se encuentren privados de la libertad" (Colombia, Presidente de la República, 4 de abril del 2008); Decreto 299 del 2010, "Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Información Interinstitucional de Justicia y Paz, SIIJYP, y se dictan otras disposiciones" (Colombia, Presidente de la República, 1.º de febrero del 2010); Decreto 1737 del 2010, "Por el cual se modifica el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005, creado mediante el Decreto 3570 de 2007" (Colombia, Ministerio del Interior y de Justicia de la República, 19 de mayo del 2010); y Decreto 3011 del 2013, "Por el cual se reglamentan las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012" (Colombia, Presidente de la República, 26 de diciembre del 2013).

6 El inciso 1.º del artículo 25 de la Ley 975 del 2005 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-575 del 25 de julio del 2006 (magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis).

7 Este artículo establecía que la libertad a prueba era un período en que el desmovilizado se comprometía a no reincidir en los delitos por los que había sido condenado. Más tarde, la Corte Constitucional señaló que el compromiso de los desmovilizados debía ser no reincidir en ningún

obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan[8]. No obstante, se establece que en ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa[9].

b. *Ley 975 del 2005; capítulo VI, régimen de la privación de la libertad; artículo 30, establecimiento de reclusión*. Conforme a este artículo, el Gobierno nacional determinará el establecimiento de reclusión donde deberá cumplirse la pena efectiva. Se señala que los establecimientos de reclusión deben satisfacer las condiciones de seguridad y austeridad propias de los establecimientos administrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)[10]. La pena podrá cumplirse en el exterior.

c. *Ley 975 del 2005; capítulo XII, vigencia y consideraciones complementarias, artículo 66; modificado por la Ley 1592 del 2012, artículo 35, sobre la resocialización y reintegración de postulados en detención preventiva y de condenados a la pena alternativa*. El Gobierno nacional velará por la resocialización de los postulados mientras permanezcan privados de la libertad, y por la reintegración de quienes sean dejados en libertad por cumplimiento de la pena alternativa privativa de la libertad o por efecto de la sustitución de la medida de aseguramiento.

En materia de ejecución penitenciaria, el régimen especial y diferenciado se mantiene. El Inpec tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa especial para la resocialización de los postulados que se encuentren privados de la libertad en establecimientos penitenciarios o carcelarios[11]. En estos casos, de acuerdo con la normatividad, la finalidad de la detención preventiva también incluirá la resocialización de los desmovilizados

---

tipo de delito. El apartado de marras fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-575 del 2006, providencia confirmada en las sentencias C-575 del 2006 y C-719 del 23 de agosto del 2006 (magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería).

8 Este inciso fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo del 2006 (magistrados ponentes: Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur y Clara Inés Vargas).

9 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-127 del 22 de febrero del 2006 (magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis).

10 El inciso fue declarado exequible condicionalmente por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 del 2006.

11 Como se verá más adelante, el programa diseñado por el Inpec para darle cumplimiento a la Ley 975 del 2005 se denomina Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz (Maijup), y consta de ocho módulos ("Axiológico", "Familia, un proyecto de vida", "Cuidando nuestra casa", "Nueva vida", "Sujeto y Estado", "Resignificación", "Forjadores" y "Verdad, justicia, reparación y reconciliación").

que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para el proceso penal alternativo y que se encuentren activos en él. El programa de resocialización deberá comprender un componente de atención psicosocial que les permita a los postulados participar de manera efectiva en los procesos penales especiales de justicia y paz.

Además, este artículo establece que la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas diseñará e implementará, en el marco de la "Política nacional de reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas", un proceso de reintegración particular y diferenciado para los desmovilizados postulados a la presente ley que sean dejados en libertad, el cual tendrá como objetivo que estos postulados contribuyan a la reconciliación nacional. Este programa, en ningún caso, podrá incluir la financiación de proyectos productivos.

El proceso de reintegración será de carácter obligatorio para los desmovilizados postulados al proceso establecido en la Ley 975 del 2005 y en la Ley 1592 del 2012. El Gobierno nacional, a través de las entidades competentes, determinará y adoptará las medidas de protección para los postulados que quedaren en libertad por cumplimiento de la pena alternativa privativa de la libertad o por efecto de la sustitución de la medida de aseguramiento, previo estudio del nivel de riesgo y de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional, con el fin de garantizar su proceso de reintegración.

Las figuras 1 a 5 sintetizan las rutas jurídicas de entrada al proceso y la forma en que se calcula el tiempo de cumplimiento de la pena alternativa.

**Figura 1.** Ruta 1. Desmovilización posterior al 25 de julio del 2005

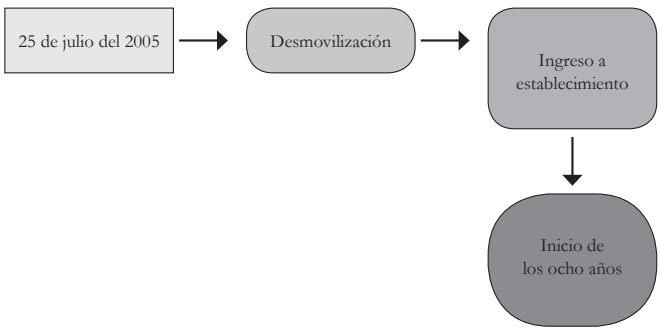


**Figura 2.** Ruta 2. Desmovilización e ingreso a establecimiento antes del 25 de julio del 2005

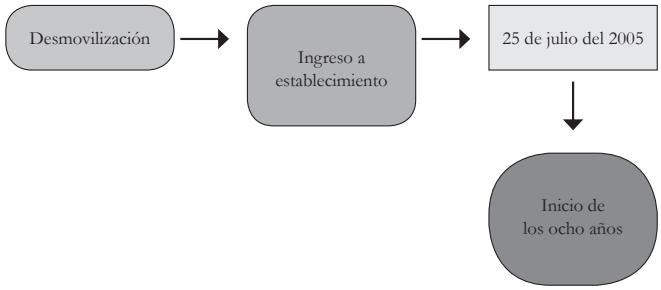



**Figura 3.** Ruta 3. Desmovilización antes del 25 de julio del 2005 e ingreso a establecimiento posterior a esa fecha

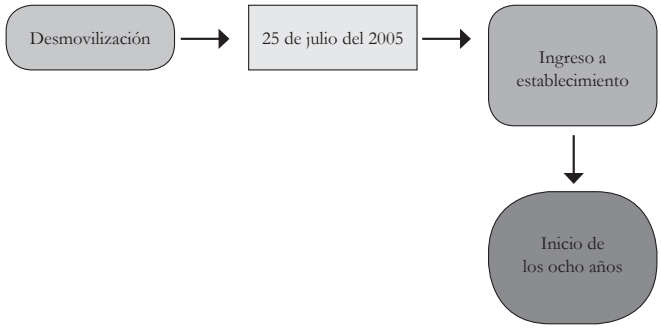



**Figura 4.** Ruta 4. Reclusión previa a la desmovilización colectiva

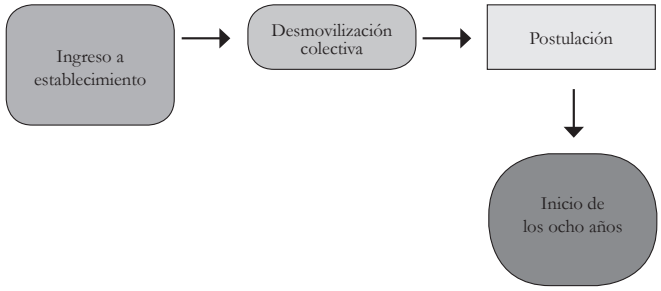
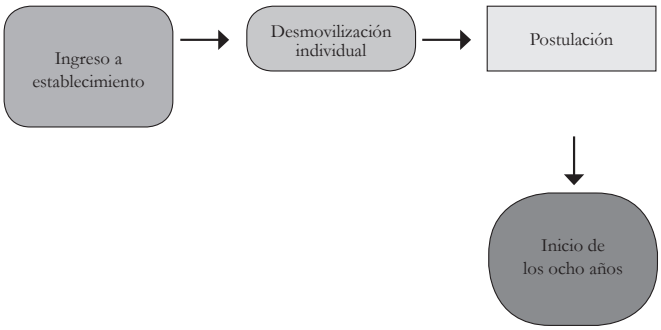


**Figura 5.** Ruta 5. Reclusión previa a la desmovilización individual




El marco legal presentado expone las condiciones normativas e institucionales que el Estado espera que se presenten para la ejecución de la pena alternativa en los casos en que un desmovilizado, por las características de los delitos que haya cometido en el marco del conflicto armado, deba ir a prisión. En síntesis, la pena alternativa sólo se exigirá para quienes hayan cometido delitos que se puedan considerar graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Esta pena no superará los ocho años y deberá cumplirse en establecimientos penitenciarios que les garanticen condiciones de dignidad a los desmovilizados. Finalmente, todos los desmovilizados que ingresen al sistema penitenciario para cumplir la pena alternativa deberán vincularse a los programas de resocialización establecidos por el Inpec.

Sin embargo, como se explicará en seguida, las condiciones actuales del sistema penitenciario colombiano dificultan la realización de los objetivos que el Estado se ha propuesto en relación con el cumplimiento de las penas en establecimientos de reclusión. En las siguientes dos secciones se explicará cuáles son los fines de la pena en un contexto de justicia transicional, las condiciones que impiden la realización de esos fines y qué debe hacerse para que la prisión, como lugar de cumplimiento de la pena alternativa, contribuya a la reincorporación social de los desmovilizados, a la consecución de una paz justa y duradera y al restablecimiento de los lazos sociales, particularmente entre victimarios y víctimas.

## II. La función de la prisión en un contexto de justicia transicional

El castigo penitenciario ha cumplido un papel clave en los distintos procesos de transición. Desde las condenas a prisión y cadena perpetua proferidas en los

juicios realizados en Núremberg[12], para cuya ejecución se decidió destinar un complejo penitenciario especial y distinto a los establecimientos comunes en Spandau[13]; pasando por la ejecución penitenciaria en Argentina, que se realiza en cuarteles militares y con una fuerte presencia de medidas de ejecución penal extramural[14]; hasta las políticas penitenciarias de regímenes especiales de alta seguridad y dispersión de internos, como sucede con los presos de Euskadi Ta Askatasuna, la prisión aparece como el horizonte ineludible para hacer realidad la retribución en la transición.

Como se indicó, dado el precedente de la desmovilización de los grupos paramilitares y del marco legal que la hizo posible, de concretarse la desmovilización de los movimientos guerrilleros es de esperarse que la justicia transicional opte por una combinación de mecanismos de justicia restaurativa y de justicia retributiva[15]. En el primer caso, se establecerán instituciones y procedimientos

12 De las personas que fueron sentenciadas a prisión por el Tribunal de Núremberg, Rudolf Hess cumplió la pena de cadena perpetua hasta el día de su muerte en 1987 (41 años); Karl Donitz, Baldur von Schirach y Albert Speer cumplieron la totalidad de la pena y fueron liberados (10, 20 y 20 años, respectivamente); Walther Funk y Erich Raeder fueron liberados anticipadamente por mala salud, a pesar de haber sido condenados a cadena perpetua (pagaron 11 y nueve años, respectivamente); Konstantin von Neurath también fue liberado por mala salud antes de cumplir la totalidad de su pena (11 años de una sentencia de 15 años). En promedio, estas personas cumplieron un tiempo de prisión de 17 años. K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

13 Dicho complejo, por estar destinado exclusivamente a los criminales de guerra nazis, entre 1966 y 1987 tuvo como único prisionero a Rudolf Hess. Los prisioneros se encontraban en condiciones absolutas de aislamiento, dado que la interacción entre ellos estaba prohibida. Cada uno estaba recluido en una celda de 3 metros de longitud, 2,7 de ancho y 4 de altura. Los presos no tenían acceso a ningún mecanismo de redención de penas. Jack Fishman, *Long Knives and Short Memories: the Spandau Prison Story* (Breakwater, 1986).

14 De acuerdo con un informe del Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, "[d]el total de exrepresores que se encuentran efectivamente encarcelados, contamos casi en el 80% de los casos con el dato del lugar en el que se encuentran detenidos. A partir de esta cifra vemos cómo la mayoría cumple su detención en cuarteles militares o en su casa, gozando de arresto domiciliario (44 y 36% respectivamente), mientras que sólo un 20% se encuentran efectivamente cumpliendo su arresto en cárceles del Servicio Penitenciario". Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, "Menéndez fue condenado a cadena perpetua y deberá cumplir la pena en una cárcel común", 25 de julio del 2008, http://www.cels.org.ar/documentos/index.php?info=detalleDoc&ids=3&lang=es&ss=&idc=973. Respecto al caso argentino, véase también Leonardo Filipini, *La persecución penal en búsqueda de la justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en la Argentina* (Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Centro Internacional para la Justicia Transicional y Siglo xxi, 2011).

15 Al respecto, véase Joanna R. Quinn, "Transitional Justice", en *Human Rights: Politics and Practice*, Michael Goodhart, ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), 363-378; Rodrigo Uprimny y María Paula Safrón, "Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some Insights from the Colombian Case" (2006), 1-16, www.global.wisc.edu/reconciliation/library/open_papers/saffon.pdf; Pierre Hazan, "Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice", *International Review of the Red Cross* 88, n.º 861 (2006): 19-47; Charles V. Blatz, "Reason, Peace, Transitional Justice and Punishment", *International Journal of Peace Studies* 11, n.º 1 (2013): 59-89; y Orlagh O'Kelly, "Not by Punishment Alone: A Complementary Approach to Transitional Justice" (2009), 1-37, http://www.chumirethicsfoundation.ca/files/pdf/NotByPunishmentAlone_ChumirEssay2009_OKelly.pdf.

para determinar la verdad sobre las violaciones de los derechos de las víctimas de los grupos insurgentes, mecanismos para pedirles perdón a las víctimas y formas materiales y simbólicas de reparación; todo esto a cambio de amnistías e indultos a favor de quienes no hayan cometido crímenes atroces, procedimiento que facilitará la desmovilización de los grupos alzados en armas. Quienes hayan incurrido en conductas graves, además de la justicia restaurativa, deben someterse a un tipo de justicia retributiva, de acuerdo con las necesidades de la justicia transicional. Esta disposición se traduce, básicamente, en reducciones de penas a cambio de que se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y de que se dé garantía de que no se repetirán dichos crímenes; y en un sistema de priorización de casos para investigar y juzgar los delitos más graves, o al menos los más representativos, y para privilegiar el juzgamiento de los altos mandos de los grupos insurgentes, responsables de las decisiones que condujeron a la comisión de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En el segundo caso, la prisión tiene una función protagónica, en tanto es el castigo por excelencia de la justicia retributiva. A continuación se discutirá qué cabe esperar de la función que cumple la prisión en el contexto planteado, dados los desafíos que este plantea y las limitaciones y problemas del sistema penitenciario y carcelario colombiano.

### A. Los fines de la pena privativa de la libertad en el marco de la justicia retributiva

En el marco de la justicia retributiva, los fines que se le han asignado al castigo en prisión son al menos cinco: (1) reducir el riesgo de recurrencia de los crímenes cometidos por medio de la incapacitación de los responsables; (2) la disuasión individual —que la experiencia de la prisión contribuya a que los condenados decidan no reincidir en sus conductas criminales—; (3) la disuasión general —persuadir a toda la sociedad de que no cometa crímenes de gravedad contra los derechos humanos, pues el Estado los castigará—; (4) la rehabilitación por medio del tratamiento penitenciario, el cual debe servir para que el infractor se reintegre a la sociedad; y (5) el restablecimiento del sentido social de justicia a través del castigo[16].

La justicia retributiva también juega un importante papel simbólico en contextos de justicia transicional, pues la condena y el castigo de delitos atroces simbo-

16 O'Kelly, "Not by Punishment Alone", 6-7.

lizan la desaprobación pública de este tipo de conductas, desaprobación que reivindica a las víctimas. El Estado, por medio del castigo, expresa que en el futuro no tolerará este tipo de conductas; este proceder no es sólo una forma de disuasión, sino que se constituye, para las víctimas, en una garantía de no repetición, que a su vez hace más plausible la reintegración de los victimarios a la sociedad. En este sentido, el castigo no sólo simboliza una forma de justicia socialmente aceptada, sino que refleja y reafirma la perspectiva moral de una sociedad, que se ha visto debilitada durante el conflicto.

Los serios problemas del sistema penitenciario y carcelario colombiano, aquejado por altísimos índices de hacinamiento, deficiencias de infraestructura y la carencia de servicios básicos y de programas de resocialización, han traído consigo una violación masiva y sistemática de los derechos humanos de la población reclusa[17]. En estas condiciones, es evidente que la pena de prisión, en Colombia, no cumple con buena parte de las funciones que le son asignadas. Los problemas del sistema resultan aún más evidentes en un contexto de justicia transicional, en el que la prisión está lejos de responder a las expectativas de las víctimas y a las necesidades y promesas de la justicia. Si el sistema es incapaz de controlar y resocializar a personas que han cometido delitos comunes, aún más lejos está de cumplir sus fines cuando se trata de personas que dirigen estructuras criminales poderosas y que además han cometido delitos de suma gravedad en contra de miles de personas. En lo que sigue, en esta sección, se expondrá qué puede hacer, desde una perspectiva realista, el sistema penitenciario y carcelario colombiano para cumplir con los fines de la justicia retributiva en un proceso de justicia transicional.

## B. ¿Qué puede y debe hacer el sistema penitenciario colombiano en un proceso de justicia transicional?

### *1. En cuanto a la incapacitación de responsables de delitos atroces y los fines simbólicos de la justicia retributiva*

Lo que se le puede exigir al sistema penitenciario y carcelario en este aspecto es que efectivamente incapacite a los mandos altos y medios de las estructuras

[17] Libardo Ariza, "Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica", en *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y en América Latina*, Libardo Ariza y Manuel Iturralde, eds. (Bogotá: Estudios Cijus, Universidad de los Andes, 2011); Manuel Iturralde, "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente", en Ariza e Iturralde, *Los muros de la infamia*.

guerrilleras para que no sigan controlando desde la prisión eventuales actividades delictivas y mecanismos de presión sobre la población a la que han tenido sometida, mientras se desmantelan las estructuras de poder asociadas. Para que se satisfaga esta exigencia no es necesario crear una nueva normatividad o infraestructura carcelarias, sino ejecutar y aprovechar adecuadamente las existentes.

La aplicación rigurosa del régimen existente no sólo facilitará el desmantelamiento de las estructuras asociadas a las actividades delictivas de los grupos armados, sino que contribuirá a establecer una paz creíble y duradera, apoyará la garantía de no repetición y ayudará a consolidar un sentimiento de justicia entre la población, particularmente entre las víctimas, que constatarán que los miembros de grupos subversivos que pagan penas de prisión lo hacen bajo el control efectivo del Estado. Todo ello supone que se cumpliría también con el propósito retributivo de la pena. Sin embargo, no debe desconocerse la necesidad de un régimen especial que facilite la participación de los detenidos que hayan ejercido como líderes de grupos armados al margen de la ley en otros aspectos del proceso de justicia transicional, como la desmovilización de las personas a su mando, el establecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

*2. En cuanto a la resocialización de responsables de delitos atroces*

Desde finales de los setenta tanto la literatura especializada como buena parte de los políticos y los tecnócratas encargados del diseño y funcionamiento del sistema penitenciario, en diversas partes del mundo, han cuestionado la capacidad rehabilitadora del sistema, por las contradicciones y limitaciones conceptuales del modelo y por su deficiente puesta en práctica[18]. La crisis del ideal rehabilitador ha dado lugar a un resurgimiento de políticas penales y penitenciarias de corte punitivo, que hacen de la retribución y la incapacitación de quienes son considerados, en muchos casos, como delincuentes incorregibles, los ejes centrales del sistema penal y penitenciario[19].

Si existen serias dudas sobre la capacidad rehabilitadora de la prisión, son aún mayores en los casos de personas responsables por graves y masivas violaciones de derechos humanos. Colombia no es la excepción; las inmensas carencias del

18 Véase David Garland, *The Culture of Control. Crime and Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 8, 53-73, 148-152; y Roberto Gargarella, "De la injusticia penal a la justicia social", en Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social* (Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008), 80-86.

19 Gargarella, "De la injusticia penal a la justicia social".

sistema penitenciario, unidas a la relativa brevedad de las penas —que, en un contexto de justicia transicional, es el costo a asumir para lograr la desmovilización de los alzados en armas y una paz duradera— y al hecho de que quienes deben cumplirlas son personas influyentes dentro de estructuras criminales poderosas, hacen que sea ilusoria la pretensión de conseguir la rehabilitación por medio del sistema penitenciario y carcelario. La prisión es la institución menos adecuada para conseguir este fin.

Ello no quiere decir, sin embargo, que se deba renunciar a los fines que persigue el modelo rehabilitador ni que la prisión deba entenderse únicamente como un mecanismo de retribución e incapacitación. De asumirse esta perspectiva, se sumaría a las condiciones indignas de las prisiones colombianas, en contravía de los objetivos de la justicia transicional, pues, lejos de contribuir a la reconciliación social, reproduce el ciclo de la injusticia y el resentimiento, comoquiera que convierte a los victimarios en víctimas del Estado y la sociedad.

Una versión más realista y modesta del modelo rehabilitador debe conectarse con los fines de la justicia transicional, de forma que el tiempo que pasen en prisión los responsables de grandes violaciones de derechos humanos sea de utilidad en lo concerniente a dichos objetivos. A propósito, pueden considerarse al menos dos aspectos: en primer lugar, el tiempo que estas personas transcurran en prisión, y sus condiciones de reclusión, deben servir como herramientas que faciliten e incentiven su participación y colaboración en procesos judiciales y otros mecanismos de la justicia transicional, como las comisiones de la verdad. El hecho de que los líderes de estructuras criminales que ordenaron la comisión de crímenes de lesa humanidad estén concentrados en determinados centros de reclusión y bajo el control del Estado es un factor determinante para que los mencionados procesos se desarrollen de forma más ágil y satisfactoria. Además, a diferencia de lo que ha sucedido con el marco jurídico en el caso de los paramilitares, el buen comportamiento y la colaboración de las personas detenidas para esclarecer los hechos, pedir perdón y reparar a las víctimas pueden incentivarse recurriendo a beneficios administrativos en el régimen de reclusión y a reducciones adicionales de la pena[20]. En vez de enfatizar la amenaza de retirar beneficios en caso de que no se colabore con la justicia, pueden ofrecerse incentivos adicionales.

[20] Al respecto, es interesante la experiencia del tratamiento, por parte del Estado español, de los presos de ETA que renunciaron a la violencia y a la organización, con la fórmula de la llamada "vía Nanclares". Véase Borja Ventura, "La 'vía Nanclares' explicada en diez preguntas", *ElDiario.es*, 15 de mayo del 2012, www.eldiario.es/zonacritica/Via-Nanclares-explicada-preguntas_6_4959511.html.

En segundo lugar, el enfoque retributivo propio del régimen de reclusión puede ofrecer mecanismos alternativos para lograr la reparación de las víctimas y la reconciliación entre estas y sus victimarios. Así, es posible diseñar un régimen penitenciario que, en analogía con el modelo rehabilitador, permita redimir penas si los condenados cumplen con la ejecución de medidas de satisfacción y restauración de los derechos de las víctimas. Pueden, por ejemplo, llevarse a cabo actos en que los victimarios les pidan perdón a las víctimas y las reparen instrumental y simbólicamente.

Pero también, y especialmente, se pueden utilizar mecanismos y procedimientos propios de la justicia restaurativa para que los victimarios rediman sus penas participando en programas estatales de restitución, por cuyo medio se reparen los daños causados a las víctimas y se restablezca el tejido social con actividades que se realicen con las comunidades y en beneficio de ellas. En el proceso, el contacto entre victimarios y víctimas, bajo el control del Estado, puede dar lugar a dinámicas de reconciliación social; esto, ciertamente, es difícil de lograr, pero también es cierto que resulta imposible en un régimen de exclusión e incapacitación en el que el victimario no tiene ningún contacto con la víctima ni encuentra incentivos para reconocer el daño que ha causado y pedir perdón.

En la siguiente sección se propondrán reformas y medidas que pueden adoptarse en aras de que los objetivos de la pena en un contexto de justicia transicional sean realizables.

## III. Reforma institucional penitenciaria

Una de las medidas que se han adoptado en los procesos de transición es la reforma institucional[21]. Cuando se entiende que el diseño o el funcionamiento de una institución ha cumplido un papel determinante en la comisión de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, su reforma constituye una medida de reparación adecuada y una garantía de no repetición. En el caso del sistema penitenciario colombiano la reforma debería estar orientada, en primer lugar, a reconocer las violaciones cometidas con ocasión del conflicto armado en el interior de los muros[22]. La constatación de la ausencia de un gobierno estatal

21 Al respecto véase Ilaria Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004); Pablo de Greiff, "Justice and Reparations", en *The Handbook of Reparations*, Pablo de Greiff, ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006); y Jon Miller y Rahul Kumar, ed., *Reparations: Interdisciplinary Inquiries* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

22 En especial, las masacres ocurridas en la Cárcel Nacional Modelo entre los años 2000 y 2003 como consecuencia de los enfrentamientos entre grupos guerrilleros y paramilitares por el control del sistema penitenciario local. Al respecto véase "Los desaparecidos de La Modelo", *Verdad Abierta*,

efectivo del sistema, entendida como causa directa de las violaciones, debería conducir a una reforma institucional que fortaleciera el control estatal para evitar que el conflicto se traslade de la sociedad a la prisión y que el sistema sea gobernado informalmente por los internos desmovilizados. En segundo lugar, como se mostrará a continuación, en el contexto de la justicia transicional no debería aumentarse la infraestructura existente, sino más bien buscar mecanismos para que menos personas entren a prisión, y ajustar la infraestructura para hacerla digna y acorde con sus objetivos. La racionalización de su utilización y su preparación para el aumento previsible de la criminalidad común tras el cese de hostilidades son medidas indispensables.

### A. La experiencia de Justicia y Paz

Uno de los aprendizajes claves en el actual proceso de justicia transicional, en Colombia, ha sido el cuestionamiento del papel que debe cumplir el derecho penal, particularmente en lo que se refiere a la resolución de la difícil tensión entre la reconciliación y el castigo entendido como expresión de justicia. Esta discusión, en la que puede considerarse la primera fase del proceso transicional colombiano, se resolvió con la creación de la Ley 975 del 2005, que estableció una *pena alternativa* que variaría entre un mínimo de cinco y un máximo de ocho años de privación de la libertad en un establecimiento de reclusión. Este camino, que bien puede considerarse una forma de *perdón responsabilizante*[23], resuelve la mencionada tensión ofreciendo un castigo atenuado a cambio de una intensificación de la exigencia de participar en los procesos de verdad y reparación. Las enseñanzas que se derivan del proceso Justicia y Paz, con su apuesta fuerte por la cárcel como institución central para alcanzar los fines de la transición, son varias. Presentaremos las principales y más relevantes para los propósitos de este texto.

En primer lugar, uno de los principales errores del proceso es su decidida confianza en el aparato judicial en la tarea de alcanzar la verdad, la justicia y la reconciliación. Esta "sobrejudicialización" de la transición, como la denomina Díaz[24], supone un desgaste excesivo del aparato judicial, que se ve superado a

---

10 de agosto del 2010, www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/versiones/526-bloque-centauros/2638-los-desaparecidos-de-la-modelo.

23 Rodrigo Uprimny y María Paula Safrón, "Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades", en Rodrigo Uprimny *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Bogotá: De Justicia, 2006); Rodrigo Uprimny, "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano", en Uprimny *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición?*

la hora de tramitar los incontables casos que asume. La situación se traduce en una pérdida enorme de legitimidad, que afecta gravemente "la confianza que tienen tanto las víctimas, las comunidades victimizadas, como los excombatientes desmovilizados, en el aparato de justicia y en el Estado en general"[25].

En segundo lugar, la apuesta por una pena alternativa, atenuada, si se quiere, que en teoría se vería compensada por niveles altos de verdad y reparación, tampoco parece haber alcanzado los resultados que se esperaban. Como lo señala la Comisión Colombiana de Juristas, la ley de Justicia y Paz no establece de manera adecuada procedimientos que garanticen la participación de las víctimas, y esta omisión favorece la persistencia de índices de impunidad elevados; además, asegura la Comisión, el compromiso de los paramilitares desmovilizados con la verdad es débil, en la medida en que sus versiones libres no son completas ni veraces, ni contribuyen desmantelar las vastas estructuras de poder que permitieron el surgimiento del paramilitarismo[26]. La precaria verdad que se ha alcanzado procede del victimario, sin confrontación ni participación de las víctimas[27]. Si a esto se suma el fracaso del diseño institucional en materia de financiación de las reparaciones, cuyo peso no recae en el victimario sino en el Estado[28], el panorama es desalentador.

Aunque en este corto espacio no pretendemos hacer una evaluación de una década de implementación de la Ley de Justicia y Paz, creemos que una breve descripción de las lecciones que ha dejado es adecuada para contextualizar la evaluación que presentamos sobre la fase de ejecución penitenciaria de la pena alternativa. Como mostraremos a continuación, en este aspecto los resultados han sido igualmente desalentadores, no sólo por los problemas estructurales que históricamente afectan al sistema penitenciario colombiano, sino, principalmente, por la ausencia de una reflexión seria y anterior a la ejecución de la pena sobre las posibilidades reales de la cárcel con miras a alcanzar la justicia, la verdad y la reconciliación[29]. En seguida, entonces, presentamos algunas reflexiones sobre la ejecución de la pena alternativa en el proceso transicional colombiano.

24 Catalina Díaz, "Intervención en el panel Comisión de la Verdad: Organización, Alcances y Relación con Tribunales de Justicia", en *Entre transición y restauración: desafíos para la sociedad colombiana en el posconflicto*, Andrés Molano, ed. (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014), 28.

25 *Ibid*., 28.

26 Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005* (Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2008), 131-147; Eduardo Pizarro y León Valencia, *La ley de justicia y paz* (Bogotá: Norma, 2009).

27 Farid Benavides, "Memoria y verdad judicial en Colombia: los procesos de justicia y paz", *Revista de Derecho Público* 31 (2013): 1-23.

28 Camilo Peña, "El costo de las reparaciones, ¿quién está pagando la justicia transicional?", *Revista de Derecho Público* 31 (2013).

29 Como observa Nussio, uno de los asuntos clave en los procesos de transición es la relación entre

Actualmente se encuentran recluidas en el sistema penitenciario y carcelario de Colombia 1663 personas postuladas a la Ley 975 del 2005. Vale la pena aclarar que las cifras que se presentan a continuación se refieren a personas previamente vinculadas al sistema penal, que ya estaban recluidas en calidad de sindicadas o condenadas, y que posteriormente se postularon para acceder a la Ley 975[30].

A diferencia de lo que sucede con la población interna común, la gran mayoría de estas personas ya ha recibido sentencias condenatorias como resultado de un juicio penal ordinario previo a su postulación al proceso (85%), y apenas un porcentaje reducido (15%) está detenido en forma preventiva[31]. La misma diferencia se observa en el acceso a programas de trabajo, estudio y enseñanza. El 60% de la población reclusa general se encuentra vinculado a uno de tales programas —cifra que supone un déficit en el acceso cercano al 40%—, mientras que en el caso de las personas recluidas en virtud de la Ley 975 del 2005 el porcentaje de participación en actividades ocupacionales asciende al 82% (1370 personas). De los 869 internos vinculados a programas ocupacionales laborales, 568 lo están en el círculo productivo artesanal, 222 en el sector de servicios, 55 en el de industria y 32 en el ámbito agropecuario[32]. En cuanto a los programas educativos, 332 personas se encuentran vinculadas a programas formales de enseñanza, 59 se encuentran en educación informal y 106 en "educación para el trabajo y el desarrollo humano"[33]. Con independencia de los resultados y enfoque del Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz desarrollado por el Inpec[34], la desproporción es evidente y confirma que los esfuerzos del sistema se han concentrado en esta población, de manera que se ha acentuado la sensación de que se la privilegia

---

la reintegración social y la reincidencia en actividades delictivas. Enzo Nussio, "¿Reincidir o no? Conceptos de la literatura internacional aplicados al caso de desarme, desmovilización y reintegración de las autodefensas Unidas de Colombia", *Pensamiento Jurídico* 26 (2009): 215. En este sentido, la incapacidad del sistema penitenciario en lo concerniente a asegurar la resocialización de las personas que han incurrido en actos de delincuencia común debería, por lo menos, haber sido objeto de un análisis más detallado antes de confiarle la tarea clave de reintegrar a las personas que han incurrido en crímenes de lesa humanidad. Si ha fracasado en alcanzar su tarea común y ordinaria, pocas esperanzas deberían albergarse respecto de que el sistema penitenciario lleve a cabo una tarea excepcional e histórica.

30 Enzo Nussio, "Desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes: políticas y actores del postconflicto", *Colombia Internacional* 77 (2009): 11, destaca la "importancia de los procesos de reintegración de los últimos años, que no tienen precedentes en la historia de Colombia: desde 2002 se han desmovilizado alrededor de 55.000 combatientes de algún grupo armado ilegal, 31.671 de ellos en el proceso colectivo con las Autodefensas Unidas de Colombia".

31 Inpec, Dirección de Atención y Tratamiento, Grupo de Reintegración. *Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz* (Bogotá, 2013), 3.

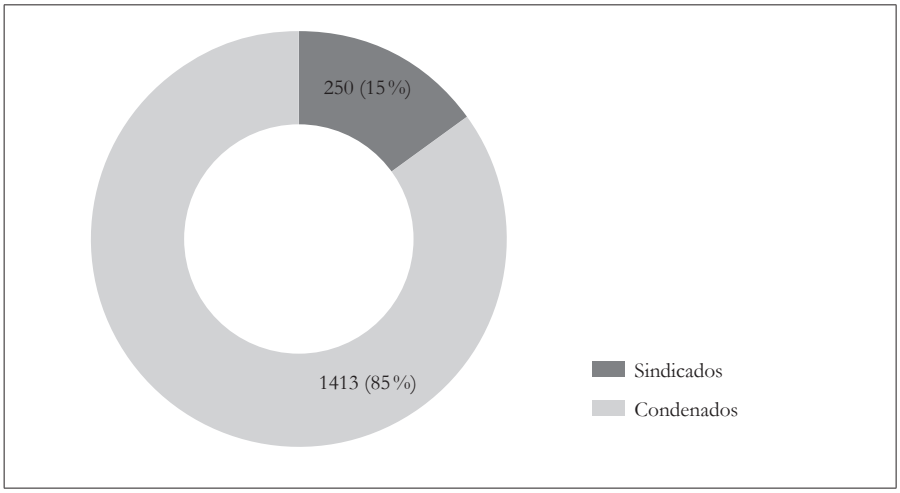
32 *Ibid.*

33 Inpec, *Modelo de atención.*

34 *Ibid.*

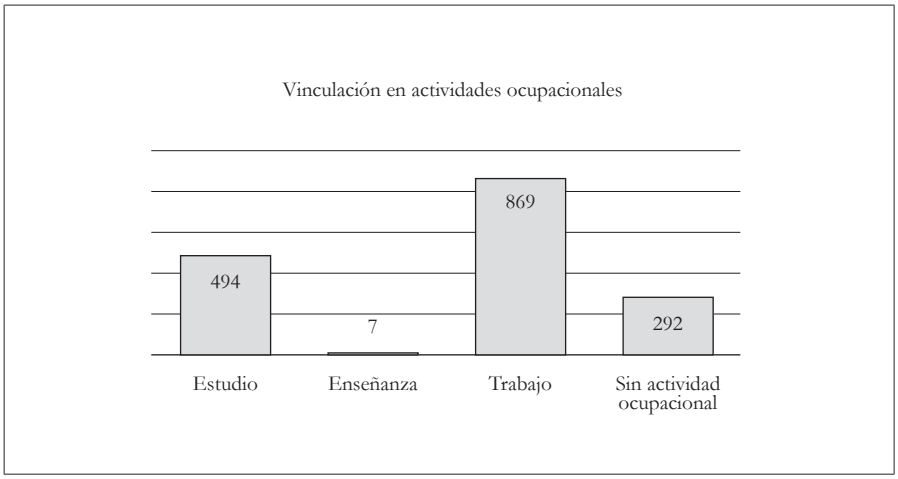
en el acceso a los programas de tratamiento penitenciario. En todo caso, este tipo de actividades tiene mayor efectividad en lo que se refiere al cumplimiento formal de los requisitos legales que como medios efectivos para resocializar a personas que han cometido graves delitos.

**Gráfico 1.** Personas recluidas en establecimientos penitenciarios y carcelarios postuladas a la Ley 975 del 2005 (justicia ordinaria)




Fuente: Elaboración propia con base en Inpec, *Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz*, 3.

**Gráfico 2.** Distribución de la población interna según su ocupación




Fuente: Elaboración propia con base en Inpec, *Modelo de Atención e Intervención Integral para Internos de Justicia y Paz*, 3.

La misma situación se presenta en lo que atañe a la clasificación de la población interna por fases de seguridad, procedimiento indispensable para poder "avanzar" dentro del sistema. En efecto, uno de los principales problemas que enfrenta la población interna común es la ausencia de una clasificación adecuada —la mayoría se encuentra en fase de observación y diagnóstico—, que impide, por ejemplo, la actualización de la información para acceder de manera eficiente a beneficios administrativos. En el caso de la población interna en virtud de la Ley 975 del 2005, 98 se encuentran en fase de observación y diagnóstico, 20 en mínima, 222 en mediana y 1073 en alta[35]. El hecho de que la mayoría de los internos se encuentre clasificada en alta seguridad, como se mencionó, ocasiona una concentración de los servicios de guardia y custodia sobre esta población, que debilita la ya de por sí precaria presencia institucional en el interior de los patios.

La experiencia de la aplicación de la pena alternativa en el proceso reciente de Justicia y Paz muestra con mayor claridad lo que se ha afirmado hasta aquí. La creciente pérdida de legitimidad de la institución penitenciaria y la reafirmación, por parte de los postulados, de la necesidad de reemplazar al Estado en sus funciones esenciales en el interior de los muros, parecen dar al traste con uno de los objetivos principales del proceso: desmontar, en términos materiales y simbólicos, las estructuras paraestatales. Los postulados consideran que el Inpec no cumple con las funciones que se le han asignado y que se les trata de una manera indigna, que no corresponde al estatus que previamente les otorgaba la pertenencia al grupo; y afirman que la prisión se caracteriza por la corrupción y la existencia de privilegios, y que se ven obligados a asumir con sus propios recursos las tareas que por definición le corresponden al Estado. De esta manera, el discurso que legitima la emergencia de una estructura paralela al Estado, que lo suplanta y compite con él, se fortalece en el contexto del actual arreglo penitenciario y carcelario. No se consigue que los postulados abandonen la creencia en la legitimidad de la formación de estructuras paraestatales, dada la ausencia del Estado. En las palabras de un interno:

> El patio ERE 4 es el calabozo de Justicia y Paz. Si hay programas de educación o de apoyo psicosocial, duran poco e incluso los instructores se aburren porque no los dejan ingresar el material de trabajo. Si alguien quiere realizar una actividad no hay espacio. Si llueve, nos llueve adentro. Aquí no hace presencia alguien de la guardia que nos explique en qué fase del proceso de resocialización estamos, si tenemos

35 *Ibid.*

> acceso a algunos programas o simplemente si nos pueden ayudar con alguna dificultad de salud. No existe ninguna actividad para el manejo del tiempo libre y, por la forma en la que está construido el patio, no hay ningún espacio para actividades lúdicas (que pueden ir desde que nos permitan tener al menos unas matas para cuidar). Para ser sincero, uno se siente maltratado aquí adentro y eso hace difícil que uno piense en salir a hacer la paz[36].

### B. Limitación del crecimiento del sistema penitenciario

El primer argumento que presentamos, respecto a este tema, se refiere a la inconveniencia de construir nuevas prisiones para albergar a las personas que, luego de la aplicación de las medidas de justicia diseñadas para el proceso de transición, se hagan objeto de medidas de aseguramiento o deban cumplir una pena privativa de la libertad. Basamos esta afirmación en los siguientes supuestos. En primer lugar, la transitoriedad propia de las medidas adoptadas en los procesos de transición. En efecto, la nueva infraestructura penitenciaria que se habilite para una población cuya reclusión será relativamente breve permanecerá en el tiempo. La población itinerante y excepcional sale de la prisión, mientras que las instalaciones perduran. Por lo general, estos centros están adaptados a regímenes de máxima y alta seguridad, pues así lo requiere el perfil de los internos —violadores sistemáticos de derechos humanos—. Una vez cumplidas las penas, y con la excarcelación subsiguiente y la inexistencia de la misma población, en el entendido de que no se repetirán las atrocidades, la sociedad dispondrá de penitenciarías de máxima seguridad para recluir a la delincuencia derivada de la conflictividad común. Así, una medida transitoria y especial se haría general y permanente.

El segundo supuesto son los altos costos de la reforma y su relación con el marco temporal en que se debe desarrollar el proceso. En los últimos doce años, y desde la declaratoria de estado de cosas inconstitucional realizada en la Sentencia T-153 de 1998 por parte de la Corte Constitucional, el Estado colombiano ha invertido cerca de 783 000 millones de pesos en la construcción de nuevos centros penitenciarios con capacidad teórica para albergar a 22 000 personas[37]. Entre ellos se encuentran ciertos establecimientos emblemáticos, como los de Cómbita y Valledupar, destinados a la reclusión de internos de alta peligrosidad. Los resultados observados en estas cárceles, en términos de la garantía de los

[36] J. J. M. P., entrevista, 28 de noviembre del 2013, patio ERE 4, Centro de Reclusión La Picota, Bogotá.
[37] Ariza, "Reformando el infierno".

derechos de los internos y de las posibilidades de resocialización, dejan mucho que desear y, de hecho, muestran que el remedio puede agravar la herida que debería sanar[38]. El crecimiento del sistema penitenciario, como medida para enfrentar la criminalidad derivada del conflicto común ya es, en sí misma, una mala idea; expandirlo para enfrentar los retos de un proceso transitorio es una idea incluso peor.

La reforma del sistema penitenciario colombiano, en consecuencia, debe orientarse a disminuir los efectos nocivos, simbólicos y materiales, del arreglo institucional actual, para crear una adecuada percepción de justicia y reconciliación en el proceso transicional, una percepción que debe extenderse a la población penitenciaria común. Así, la justicia transicional debe contemplar la conflictividad tramitada por la justicia ordinaria en el campo penitenciario[39]. En este sentido, proponemos algunos principios para adaptar el sistema y darle la capacidad de responder a los retos que supone la transición.

### C. Reducción de la población penitenciaria común y habilitación del sistema

En lugar de aumentar la capacidad del sistema construyendo establecimientos de máxima y alta seguridad, una medida razonable es aumentar su capacidad de respuesta reduciendo el número de internos condenados y sindicados por delitos menores y de poca gravedad. Actualmente, la población penitenciaria y carcelaria colombiana alcanza las 100 451 personas, al tiempo que su capacidad de albergue es de 75 620 cupos, datos que se traducen en un hacinamiento cercano al 45 %, el máximo histórico del sistema[40]. La excesiva penalización de conductas menores, junto a la utilización normalizada de la detención preventiva, han desbordado el sistema. Para que los recursos disponibles, y los que se piense invertir en la adecuación del sistema, sean asignados de manera eficiente y se pueda responder al reto que supone la reclusión de internos que han cometido graves y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales y que, además, cuentan con un capital que les permite influir en las decisiones de los operadores institucionales penitenciarios, es necesario que la prisión se limite a lo verdaderamente grave e intolerable. El sistema penitenciario debería destinarse al

38 *Ibid.*

39 Un argumento sobre las relaciones entre la justicia transicional y la justicia ordinaria puede encontrarse en Eric A. Posner y Adrian Vermeule, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *Public Law and Legal Theory Working Paper* 49 (2003).

40 Un análisis del funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en Iturralde, "Prisiones y castigo en Colombia".

tratamiento de conductas graves que hayan tenido lugar en el marco del conflicto armado o bien se inscriban en la conflictividad común. La gravedad del hecho debe ser el denominador común. La reducción de la población penitenciaria común, además, contrarrestaría otros efectos nocivos, como el fortalecimiento de la sensación de privilegio en la ejecución de la pena, la monopolización de los servicios penitenciarios por parte de los internos de perfil alto y la atrofia de los procesos de tratamiento penitenciario dirigidos a la población reclusa mayoritaria.

### D. El "efecto Catedral"

Una de las principales características del sistema penitenciario colombiano es su extrema permeabilidad a la influencia del mundo exterior, que redunda en un medio caracterizado por la estratificación de los internos con base en su capital económico, social y cultural. Así, algunos tienen la capacidad de transformar un ambiente penitenciario para darse mejores condiciones de vida entre los muros y definir, de hecho, el régimen de reclusión aplicable[41]. De esta forma, la cárcel reproduce los sentimientos de injusticia e inequidad y fortalece la creencia de que el sistema sólo recae en su pura intensidad sobre las personas pobres y desposeídas. La imagen más representativa de esta situación es la de la famosa cárcel La Catedral, donde fue recluido Pablo Escobar, pero hay versiones más recientes de este fenómeno, como el caso de La Ceja —donde estaban internados los jefes paramilitares—, los pabellones ERE —sitios de reclusión de políticos de alto perfil— y la reclusión militar denominada por la prensa "Tolemaida Resort"[42]. La gravedad de las conductas cometidas se refleja, paradójicamente, en mejores condiciones de reclusión.

Pero la presencia de internos con capitales y capacidades suficientes para influir en el sistema se traduce, también, en la monopolización de los escasos servicios, especialmente en materia de seguridad, custodia y tratamiento penitenciario. En efecto, debido en gran medida a la sobrepoblación, el personal de guardia disponible se concentra en la custodia de los internos con mayor capital, y deja el gobierno de los demás patios y pabellones en manos de las estructuras infor-

41 Libardo Ariza, "Dados sin números: un acercamiento al orden social en la cárcel La Modelo", *Revista de Derecho Público* 26 (2011): 1-21.

42 Sobre este tema consúltese, por ejemplo, el artículo "Tolemaida Resort", *Semana*, 4 de febrero del 2011, http://www.semana.com/nacion/articulo/tolemaida-resort/237791-3. Igualmente, véase Manuel Iturralde, "Los habitantes de ERE Sur", *Boletín de la Relatoría de Prisiones* 1 (2013): 27-28, http://issuu.com/alpiedelaletra/docs/boletin_relatoria_prisiones?mode=window, sobre las condiciones de reclusión de los internos en los pabellones ERE de la penitenciaría La Picota de Bogotá.

males de poder que, por lo general, son controladas por los mismos internos de alto perfil. Igualmente, los cupos disponibles para actividades educativas y laborales que favorecen la resocialización son escasos, y tienden a acapararlos los internos desmovilizados, que buscan cumplir las exigencias legales de los programas de reducción de penas.

En todo caso, debido a los problemas de seguridad que afrontan en algunos establecimientos, los internos desmovilizados deben permanecer en sus respectivos patios y pabellones para no mezclarse con la población común y, por ello, su acceso a los programas educativos y laborales se dificulta en extremo o tiene que realizarse, nuevamente, acudiendo a los servicios de custodia y vigilancia. La presencia de presos políticos, en este sentido, tiene un peso particular e importante en el orden social penitenciario[43]. En cualquiera de los dos aspectos, el efecto previsible es la reducción de las de por sí escasas oportunidades de resocialización de los internos comunes y de sus posibilidades de obtener redenciones de penas, beneficios administrativos y subrogados penales, todo lo cual redunda en tiempos de reclusión más prolongados. El efecto acumulado de estos procesos es el aumento de la probabilidad de que la población interna común reincida en la delincuencia.

### E. El tratamiento de la criminalidad común por venir

La comparación de experiencias enseña que uno de los efectos previsibles tras los procesos de desmovilización y justicia transicional es el aumento de la criminalidad común; este ha sido el caso de El Salvador y Guatemala[44]. En efecto, la reincorporación de los antiguos combatientes a la vida civil no siempre se efectúa por la vía del mercado laboral, en la condición de trabajadores independientes o asalariados. Es previsible que el conocimiento acumulado en medio de la violencia o la ilegalidad opere en la vida posterior al conflicto. La reincorporación puede concretarse en roles de delincuencia común de baja, mediana o alta intensidad[45].

43 Un análisis del gobierno penitenciario y su relación con la presencia de presos políticos puede consultarse en Brian Gormally y Kieran McEvoy, "Politics and Prison Management: The North Ireland Experience", en *Contemporary Issues in Criminology*, Lesley Noaks, Michel Levi y Mike Maguire, eds. (Cardiff: University of Wales Press, 1995).

44 Juan Carlos Garzón, "Las limitaciones de la paz", *Revista de Estudios Sociales* 15 (2002): 125-132.

45 El proceso sudafricano muestra con claridad esta tensión. El proceso de amnistía no parece haber contribuido notoriamente a reducir el hacinamiento carcelario que caracterizaba al sistema penitenciario local. Por el contrario, en el posconflicto se ha verificado un aumento significativo de la tasa de encarcelamiento y, paralelamente, del hacinamiento. La población interna de Sudáfrica ha sufrido un aumento del 58% en los diez años posteriores a la transición, mientras que la creación

Así, la transformación del antiguo combatiente en delincuente común, en un contexto en que la legislación penal es especialmente dura con la delincuencia asociada a la conflictividad ordinaria, culminará en un retorno al sistema penitenciario para cumplir una pena privativa de la libertad de alta intensidad, una pena que antes no recibió con ocasión de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, por encontrarse en un proceso de transición. La reincidencia, en la forma de una mutación del fenómeno criminal —del crimen atroz al crimen común—, es uno de los principales obstáculos de los procesos de transición. Como señala Nussio,

> Llevado al nivel individual del excombatiente, esto significaría que el objetivo primordial es que no reincida en actividades ilegales. Aunque la asimilación social, económica y política de los excombatientes a la vida civil son los objetivos positivos que tienen que guiar las políticas de DDR [desarme, desmovilización y reintegración], el nivel de reincidencia es el indicador más manifiesto para determinar si un proceso ha sido un éxito o un fracaso […]. Intuitivamente consideramos un proceso con muchos reincidentes como un fracaso[46].

Mencionamos esta aparente paradoja para justificar, nuevamente, la afirmación de la necesidad de revisar la función general de la pena privativa de la libertad y de considerar la legislación penal ordinaria un componente esencial de los programas de justicia transicional, y no un aspecto distinto y separado. En el contexto colombiano, la posibilidad de alcanzar una paz positiva exige la elaboración de procesos de reconciliación que incluyan reformas institucionales de los mecanismos judiciales y administrativos dirigidos al manejo de la criminalidad común.

---

de cupos por medio de la construcción de cárceles no ha podido mantener el mismo ritmo de crecimiento. Los niveles de hacinamiento se han incrementado en un 40%. En el 2002, el hacinamiento era del 67%. Esta situación ha obligado, como parte de la reforma institucional del posconflicto, a diseñar modelos alternativos de ejecución penal que no supongan la expansión del aparato penitenciario. Al respecto véase Jonny Steinberg, "Prison Overcrowding and the Constitutional Right to Adequate Accommodation in South Africa" (Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2005), www.csvr.org.za/docs/correctional/prisoncovercrowding.pdf.

46 Nussio, "¿Reincidir o no?", 215.

## Referencias

Ariza, Libardo. "Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica". En Ariza e Iturralde, *Los muros de la infamia*.

Ariza, Libardo. "Dados sin números: un acercamiento al orden social en la cárcel La Modelo". *Revista de Derecho Público* 26 (2011): 1-21.

Ariza, Libardo y Manuel Iturralde, eds. *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina.* Bogotá: Estudios Cijus, Universidad de los Andes, 2011.

Benavides, Farid. "Memoria y verdad judicial en Colombia: los procesos de Justicia y Paz". *Revista de Derecho Público* 31 (2013): 1-23.

Blatz, Charles V. "Reason, Peace, Transitional Justice and Punishment". *International Journal of Peace Studies* 11, n.º 1 (2013): 59-89.

Bottigliero, Ilaria. *Redress for Victims of Crimes under International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la Aplicación de la Ley 975 de 2005*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2008.

De Greiff, Pablo. "Justice and Reparations". En *The Handbook of Reparations*, editado por Pablo de Greiff, 451-477. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Díaz, Catalina. "Intervención en el Panel Comisión de la Verdad: Organización, Alcances y Relación con Tribunales de Justicia". En *Entre transición y restauración: desafíos para la sociedad colombiana en el posconflicto*, editado por Andrés Molano, 28-32. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Filipini, Leonardo. *La persecución penal en búsqueda de la justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en la Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Centro Internacional para la Justicia Transicional y Siglo xxi, 2011.

Fishman, Jack. *Long Knives and Short Memories: the Spandau Prison Story*. Breakwater, 1986.

Gargarella, Roberto. "De la injusticia penal a la justicia social". En Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, 77-103. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008.

Garland, David. *The Culture of Control. Crime and Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Garzón, Juan Carlos. "Las limitaciones de la paz". *Revista de Estudios Sociales* 15 (2002): 125-132.

Goodhart, Micheal, ed. *Human Rights: Politics and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Gormally, Brian y Kieran McEvoy. "Politics and Prison Management: The North Ireland Experience". En *Contemporary Issues in Criminology*, editado por Lesley Noaks, Michel Levi y Mike Maguire, 276-313. Cardiff: University of Wales Press, 1995.

Hazan, Pierre. "Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: a Framework for Evaluating Transitional Justice". *International Review of the Red Cross* 88, n.º 861 (2006): 19-47.

Heller, K. J. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Iturralde, Manuel. "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente". En Ariza e Iturralde, *Los muros de la infamia*.

Iturralde, Manuel. "Los habitantes de ERE Sur". *Boletín de la Relatoría de Prisiones* 1 (2013): 27-28. http://issuu.com/alpiedelaletra/docs/boletin_relatoria_prisiones?mode=window.

Miller, Jon y Rahul Kumar, eds. *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Nussio, Enzo. "¿Reincidir o no? Conceptos de la literatura internacional aplicados al caso de desarme, desmovilización y reintegración de las Autodefensas Unidas de Colombia". *Pensamiento Jurídico* 26 (2009): 213-235.

Nussio, Enzo. "Desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes: políticas y actores del postconflicto". *Colombia Internacional* 77 (2009): 9-16.

O'Kelly, Orlagh J. "Not by Punishment Alone: A Complementary Approach to Transitional Justice". 2009. http://www.chumirethicsfoundation.ca/files/pdf/NotByPunishmentAlone_ChumirEssay2009_OKelly.pdf.

Peña, Camilo. "El costo de las reparaciones, ¿quién está pagando la justicia transicional?". *Revista de Derecho Público* 31 (2013).

Pizarro, Eduardo y León Valencia. *La Ley de Justicia y Paz.* Bogotá: Norma, 2009.

Posner, Eric A. y Adrian Vermeule. "Transitional Justice as Ordinary Justice". *Public Law and Legal Theory Working Paper* 49 (2003).

Quinn, Joanna R. "Transitional Justice". En *Human Rights: Politics and Practice*, editado por Michael Goodhart, 363-378. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Steinberg, Jonny. "Prison Overcrowding and the Constitutional Right to Adequate Accommodation in South Africa". Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2005. www.csvr.org.za/docs/correctional/prisoncovercrowding.pdf.

Uprimny, Rodrigo. "Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano". En Uprimny *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición?*, 17-44.

Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. "Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades". En Uprimny *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición?*

Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. "Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some Insights from the Colombian Case". 2006. www.global.wisc.edu/reconciliation/library/open_papers/saffon.pdf.

Uprimny, Rodrigo, María Paula Saffón, Catalina Botero y Esteban Restrepo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2006.

# LAS FORMAS INSTITUCIONALES PARA BUSCAR LA VERDAD ESTRUCTURAL: A PROPÓSITO DE LA CREACIÓN DE UNA (OTRA) COMISIÓN DE LA VERDAD EN COLOMBIA*

Isabel C. Jaramillo Sierra**

El Acto Legislativo 1.º del 2012, conocido como el marco jurídico para la paz[1], establece en su artículo 1.º que se incluirán algunos mecanismos de "carácter extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción" entre los instrumentos de la justicia transicional. Específicamente, determina que la ley estatutaria que establecerá estos instrumentos "deberá crear una Comisión de Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones".

Esta orden del constituyente delegado dista de ser tan clara y precisa como parece. De una parte, porque no existe una receta acabada y completa para la construcción de comisiones de la verdad; el consenso internacional señala, en cambio, que estas comisiones deben ajustarse a cada contexto y a las características de los conflictos[2]. Existen, sí, algunas "buenas prácticas" que se han identificado evaluando los más de treinta casos en que se han conformado comisiones de la verdad. Pero estas sugerencias solamente tienen sentido cuando los objetivos políticos específicos están definidos, y con ellos las demás condiciones del proceso. De otra parte, porque el país cuenta ya con una legislación y una institucionalidad complejas, creadas para los casos de desmovilización individual o colectiva de grupos armados, sin distinción de ideología, que de muchas maneras pueden tratar los asuntos de la memoria, la verdad y la historia. No parece haber, por ahora, ninguna razón que justifique apartarnos del esquema existente para crear una nueva institución destinada a establecer la verdad en el caso colombiano, salvo por la afirmación feminista de que las comisiones de la verdad son el mecanismo idóneo para que las mujeres puedan reconocer su victimización y hacer los reclamos correspondientes, y porque los agentes estatales no se han sometido a ningún proceso de memoria, verdad e historia y

* Una primera versión de este texto se publicó en coautoría con Juan Carlos Rincón. Agradezco mucho su contribución en la investigación para esa versión y para la actual.

** Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

1 Véase en este libro el capítulo de Juan Camilo Rivera sobre el marco jurídico para la paz.

2 Priscilla Hayner, "Fifteen Truth Comissions, 1974-1994: A Comparative Study", *Human Rights Quarterly* 9 (1994): 597-655; Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Nueva York: Routledge, 2010).

han dejado que la justicia ordinaria les aplique la normatividad ordinaria a los mandos medios y bajos, pero sin intentar reconocer las estructuras que originaron y sostuvieron un enfrentamiento tan prolongado[3].

El propósito de este capítulo es examinar el mandato constitucional de crear una comisión de la verdad en el contexto histórico, político e institucional colombiano actual, y apoyar con nuevos argumentos la propuesta de que se investigue, compile y publique información sobre la manera en que los gobernantes, las élites y los ciudadanos o "civiles" han participado en el surgimiento y la reproducción de la violencia[4]. Vinculo dicha propuesta con la posibilidad de establecer una verdad estructural, pues supone reconocer hasta qué punto los agentes individuales y las condiciones estructurales han propiciado la movilización armada y hasta qué punto gobernantes, élites y civiles se han enriquecido gracias a la violencia. Espero con esto, por un lado, politizar un debate que se ha pretendido estrictamente jurídico/técnico: o bien nos preocupa el límite que el derecho internacional le impone al uso de mecanismos alternativos a la justicia en las transiciones, o bien nos preocupa el vínculo entre la calidad de las verdades que se alcanzan y el diseño específico que se adopta; pero poco se discuten preguntas más políticas, como cuál es la verdad a la que aspiramos en estos casos y quiénes han de asumir los costos de producirla. Por otro lado, pretendo argumentar que si bien el encuadre de las violaciones masivas de derechos humanos no es

3 El argumento de que las comisiones de la verdad favorecen el esclarecimiento de los hechos que han afectado a las mujeres ha sido propuesto, entre otros, por el Banco Mundial. Véase *World Bank*, "Gender, Justice and Truth Comissions" (2006), http://siteresources.worldbank.org/intlaw justinst/Resources/gjtclayoutrevised.pdf. También Christine Bell y Catherine O'Rourke, "Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay", *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 23-44; Vasuki Nesiah, "Gender and Truth Comission Mandates" (documento presentado en el Open Society Institute Forum on Gender and Transitional Justice, 7 de febrero del 2006); Barbara Bedont y Katherine Hall Martínez, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court", *Brown Journal of World Affairs* (1999): 65-85. En Colombia, un importante sector de la izquierda ha insistido en la necesidad de investigar los crímenes de Estado y las causas estructurales del conflicto armado; véase José Antequera Guzmán, "Más allá de lo evidente: el reto de una comisión de la verdad frente a la paz", en Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, *Detrás del espejo: los retos de las comisiones de la verdad* (Bogotá: Imprenta Nacional, 2014), 15-35. El movimiento sobre la investigación de crímenes de Estado ha sido liderado por Iván Cepeda. Véase el blog del representante Iván Cepeda, https://ivancepeda.wordpress.com/tag/crimenes-de-estado/ (consultado el 26 de enero del 2015). El comunicado de las FARC que reclama la creación de una comisión que investigue las causas estructurales del conflicto puede encontrarse en Delegación de Paz de las FARC, "Un asunto fundamental para la paz de Colombia" (comunicado público, 18 de septiembre del 2013), http://www.pazfarc-ep.org/contenido.html (consultado el 26 de enero del 2015; el vínculo con el video del 18 de septiembre del 2013 está desactivado).

4 Alguna vez el exalcalde de Bogotá Antanas Mockus propuso que cada ciudadano estuviera un día en la cárcel para empezar a hacer justicia en relación con la historia del conflicto armado. Este texto quiere contribuir a que propuestas de este tipo no sean calificadas de descabelladas, sino que puedan ser tenidas en cuenta como alternativas auténticas para dar cuenta de la violencia.

suficiente ni adecuado para esta tarea, tampoco lo es el encuadre estrictamente marxista de la lucha de clases. Una de las razones más importantes para rechazarlos consiste en que ambos excluyen a las mujeres del proceso de "refundación" simbólica que implica cada "transición"[5].

Este capítulo inicia con una discusión sobre la manera en que, en el derecho internacional, se ha construido el papel de las comisiones de la verdad en la garantía del derecho a la verdad. A continuación refiere algunas razones por las que puede ser una mala idea reducir la discusión sobre las comisiones de la verdad a la discusión sobre la impunidad, e igualmente reducir las comisiones de la verdad a espacios de catarsis para las víctimas. Finalmente, expone las maneras en que, en Colombia, se ha experimentado con el aspecto institucional de las comisiones de la verdad, examina el entramado actual de cara al propósito de llegar a la verdad sobre el conflicto armado y considera las omisiones históricas y contemporáneas en relación con la verdad estructural. En este sentido, plantea que la experiencia colombiana enseña que la alianza entre académicos y políticos en la producción de la verdad estructural puede ser muy productiva, pero a este tipo de trabajo deben agregarse espacios en que participen quienes consideran haber sido parte y haber sido afectados positiva o negativamente por lo que pasó, para asumir la responsabilidad o aceptar las disculpas. Una comisión de la verdad más de "confesionario", pero también orientada por preguntas concretas y no por la pregunta general sobre la verdad del conflicto armado, puede ser justamente la herramienta que falta en esta transición en particular.

## I. Las comisiones de la verdad y el derecho a la verdad en el derecho internacional

Las dos versiones de los principios sobre la impunidad tras graves violaciones de derechos humanos adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de las

[5] Estoy de acuerdo con Alejandro Castillejo, "La imaginación social del futuro. Notas para una comisión de la verdad en Colombia", en Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, *Detrás del Espejo*, en que el encuadre de la "transición" o de la "paz" es problemático porque pretende hacer de la violencia y la guerra fenómenos excepcionales o aislados; sin embargo, creo que los eventos de "refundación" pueden ser reapropiados para transformaciones estructurales, o al menos deberían serlo. El caso de la Constitución de 1991 nos da luces sobre el tema: la Constitución no solamente fue un "pacto de paz", sino que transformó significativamente las instituciones y permitió una democratización que no estaba relacionada solamente con el enfrentamiento entre el Estado y los grupos que se desmovilizaron. Véase Julieta Lemaitre Ripoll, "La guerra, la paz y la Asamblea Constituyente de 1991 en Colombia", en *Violencia, legitimidad y orden público*, Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, coord. (Buenos Aires: Libraria, 2013).

Naciones Unidas han sostenido que las comisiones de la verdad son un mecanismo idóneo para garantizarles a las víctimas el derecho a la verdad[6]. Esta apreciación se relaciona principalmente con el énfasis que ambas versiones ponen en las dimensiones colectivas del derecho a la verdad. Entienden que atender a estas dimensiones colectivas del derecho a la verdad es indispensable para la reconciliación[7].

En esta sección doy cuenta de las formas que han adoptado las comisiones de la verdad y de su relación con los temas de la verdad y la impunidad. Explico que la revisión sistemática de las llamadas comisiones de la verdad revela que, más que un solo modelo de comisión de la verdad con variaciones, existen tres tipos de comisiones: de acompañamiento, de memoria histórica y judiciales. Luego propongo que, si bien la discusión sobre la verdad es pertinente en los tres tipos, la discusión sobre la impunidad solamente afecta o importa en la categoría de las comisiones judiciales. Concluyo esta parte mostrando que, aunque no existe una prohibición de conformar comisiones judiciales, no existe evidencia de que este tipo de comisiones cumplan con los fines que se proponen. En particular, suponen unos costos altos para las víctimas en lo que concierne a la producción de la verdad y no permiten discutir la verdad estructural a la que me he referido.

### A. Experimentando con la verdad

El término *comisión de la verdad* se utilizó por primera vez en la transición chilena a la democracia y se popularizó como parte de la "receta" de las transiciones a partir del caso de Sudáfrica[8]. Más genéricamente, sin embargo, puede decirse que las comisiones de la verdad son "cuerpos que se organizan para investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas en un país en particular —que pueden incluir tanto las violaciones cometidas por militares u otras fuerzas del gobierno, como las de fuerzas armadas de oposición"[9]. Se estima que entre 1974 y el 2007 se han formado 33 comisiones de la verdad en 28 países diferentes[10].

6 Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Sesión 49, "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos): informe final" (documento elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la Decisión 1996/119, 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 del 2 de octubre de 1997); Diane Orentlicher, "Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity" (documento ONU E/CN.4/2005/102, 18 de febrero del 2005).

7 Comisión de Derechos Humanos de la ONU, "La cuestión de la impunidad".

8 Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 78-81.

9 Hayner, "Fifteen Truth Comissions": 600.

10 La mayor parte de nuestra información fue tomada de la página web del United States Institute for Peace. Se complementó con los análisis de Priscilla Hayner, "Fifteen Truth Comissions"; Víctor Espinoza Cuevas, María Luisa Ortiz Rojas y Paz Baeza Rojas, *Comisiones de verdad, ¿un camino incierto?: estudio comparativo de comisiones de la verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde*

Entre el 2007 y el 2013 se formaron cinco comisiones más: en Ecuador, Mauritania, Islas Salomón, Kenia y Honduras[11].

Cada una de estas comisiones ha sido singular, pues quienes las crearon las configuraron con libertad, comoquiera que no existe una fórmula hegemónica o de demostrada efectividad para todos los contextos —así lo afirma Hayner, en contra de la opinión de, por ejemplo, Amnistía Internacional—[12]. Las diferencias específicas pueden relacionarse con el mandato, la duración, la competencia, el respaldo político y las consecuencias del informe de la comisión. Las diferencias más importantes, sin embargo, se encuentran en sus mandatos: mientras algunas están encaminadas a apoyar la investigación y juzgamiento de los crímenes cometidos, otras se dedican a reconstruir el contexto general en que ocurrieron las violaciones de derechos humanos y otras más prometen reemplazar el proceso judicial mismo.

Llamo comisiones de acompañamiento, aunque también se llaman de investigación o instrucción, a las que hacen parte de una estrategia transicional más amplia y, sin tener funciones jurisdiccionales, hacen acopio de información que puede ser usada posteriormente por los tribunales. En términos cronológicos el primer caso de este tipo de comisión fue el de Brasil: Nunca Mais (1979), una iniciativa ciudadana orientada a preservar los registros de abusos militares ocurridos en el país. Como resultado, el proyecto publicó una lista de militares brasileños perpetradores de crímenes. Siguieron a esta iniciativa muchas comisiones encaminadas a documentar casos de abusos para posterior investigación judicial, pero creadas por los propios gobiernos: Chad (1991), Ruanda (1993), Etiopía (1993), El Salvador (1993), Haití (1994), Sri Lanka (1995), Burundi (1995), Ecuador (frustrada en 1996 y revivida en el 2007), Nigeria (1999), Corea del Sur (2000 y 2005), Paraguay (2004) y Liberia (2008)[13].

De estas comisiones, las menos efectivas, si se consideran los objetivos políticos perseguidos, fueron las de Chad (1991), Ruanda (1993) y El Salvador (1993).

---

*las víctimas y las organizaciones de derechos humanos* (Santiago de Chile: Codepu, 2003); y Amnesty International, "Truth, Justice and Reparation. Establishing an Effective Truth Comission", http://web.amnesty.org/library/print/ENGPOL300092007 (consultado el 15 de febrero del 2015). Las fuentes que se citan directamente fueron consultadas de manera individual, aunque supimos de su existencia gracias a las referencias mencionadas.

11 Una lista completa de las comisiones de la verdad, de elaboración propia, puede encontrarse en el anexo de este capítulo. Allí se citan las fuentes individuales.

12 Hayner, "Fifteen Truth Comissions"; Amnesty International, "Truth, Justice and Reparation".

13 Las competencias de cada comisión de la verdad pueden encontrarse en el anexo de este capítulo, que referencia también los documentos legales correspondientes.

En estos tres casos los gobiernos simplemente desistieron de iniciar las investigaciones o, como en El Salvador, dictaron leyes de indulto para los individuos identificados como perpetradores por las comisiones. En los casos de Sri Lanka (1995) y Ecuador (1996 y 2007) las comisiones identificaron números significativos de perpetradores y entregaron información completa a la justicia, pero los que finalmente fueron investigados y condenados fueron muchos menos. En esta categoría la comisión de Mauritania (2010) constituye un caso particular, porque su mandato consistió en la recolección de información socioeconómica y sobre repartición de tierras, con miras a futuras reparaciones.

Las comisiones de memoria histórica son aquellas orientadas a esclarecer hechos sin identificar responsables; dado este carácter, tienen pocas posibilidades de influir en los procesos judiciales que se adelanten simultáneamente o con posterioridad a su actividad. Son características de contextos de transición incompleta o sin renovación estructural, difíciles en términos políticos. En mi opinión, son ejemplos de este tipo de comisiones las de Uganda (1974 y 1986), Bolivia (1982), Argentina (1983), Zimbabue (1983), Nepal (1990), Chile (1990 y 2003), Alemania (1992 y 1995), Guatemala (1997), Ruanda (1999), Uruguay (2000), Perú (2001), Panamá (2001), Sierra Leona (2002), Ghana (2003), Congo (2003), Argelia (2003), Honduras (2010) e Islas Salomón (2010).

De todas ellas las más débiles fueron aquellas creadas por el mismo presidente o partido al que se le atribuían las violaciones de derechos humanos y cuya actividad terminó mientras dicho presidente o partido todavía ejercía el poder. Estos fueron los casos de Uganda (1974), Bolivia (1982) y Zimbabue (1983). En el caso de la Commission of Inquiry into the Disappearances of People in Uganda since 25 January, 1971, creada por el presidente Amin, el informe final fue censurado y los cuatro comisionados perseguidos. En el caso de Zimbabue, en el que la comisión fue creada por Mugabe para recoger entre los campesinos testimonios sobre las violaciones de derechos humanos, el informe final fue también censurado.

En los demás casos, las comisiones de la verdad han seguido una ley general de indulto o amnistía y, aunque no han estado habilitadas para identificar responsables, han contribuido a lograr otros objetivos políticos relacionados con la reconstrucción de los hechos históricos, como encontrar los cadáveres de las víctimas —Bolivia (1982)—, identificar restos de desaparecidos —Argentina (1983)—, devolver bienes a las víctimas —Alemania (1992 y 1995)— o escuchar testimonios de los perpetradores de manera anónima —Islas Salomón (2010).

Finalmente, las comisiones judiciales son las que, además de esclarecer hechos históricos, tienen facultades para indultar, perdonar o sancionar a los victimarios. El caso más claro de una comisión de la verdad con poderes jurisdiccionales fue el de Sudáfrica en 1995. En el capítulo 4.º de su mandato se establecía que la comisión podía "otorgar amnistía a personas que hagan una revelación total de todos los hechos relevantes relativos a actos asociados con un objetivo político, cometidos en el curso de los conflictos", en el período de tiempo que le competía a la comisión. Sus decisiones, entonces, reemplazaban las del poder judicial. Siguiendo esta línea, en el mandato de la comisión de Kenia (2008) había disposiciones para iniciar procesos de amnistía para individuos cuando la comisión considerara que el solicitante había revelado todos los hechos relevantes relacionados con sus crímenes.

Otras dos comisiones han tenido poderes jurisdiccionales, aunque mucho más limitados que los de la comisión de Sudáfrica. La de Timor Este (2002) tenía poderes jurisdiccionales para juzgar, perdonar y reintegrar a criminales responsables de ofensas menores. La información recaudada en sus investigaciones era usada por una Serious Crimes Unit que presentaba casos ante una corte híbrida autorizada por la ONU para investigar y juzgar los crímenes más serios. La comisión de Marruecos (2004) podía fallar sobre peticiones de reparación que estuviesen pendientes en la desaparecida Comisión Independiente de Arbitramento y determinar la responsabilidad de organismos estatales. Durante su vigencia fueron fallados 742 casos de reparación.

### B. El derecho a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la verdad, en tanto derecho relacionado con graves violaciones de los derechos humanos, tiene un desarrollo relativamente reciente en el derecho internacional de los derechos humanos. Según lo explica Louis Joinet en su informe de 1997 sobre la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, el debate sobre la impunidad comenzó en los años setenta como una discusión sobre la posibilidad de amnistiar a los presos políticos, y sólo una vez terminadas las dictaduras de esa época se enfocó, progresivamente, en los derechos de las víctimas de este tipo de crímenes[14]. En este último período el derecho a la verdad adquirió el carácter de un derecho relacionado con las graves violaciones de derechos humanos.

[14] Comisión de Derechos Humanos de la ONU, "La cuestión de la impunidad".

En cuanto derecho exigible a los Estados, el derecho a la verdad ha sido entendido como un derecho individual de las víctimas y sus familiares a obtener información y justicia en casos de graves violaciones de derechos humanos[15]. Se ha desarrollado a partir de dos derechos garantizados en el derecho internacional: el derecho de las personas a acceder a la justicia, que supone el deber del Estado de investigar los delitos e iniciar los procesos judiciales y disciplinarios correspondientes; y el derecho a ser protegido por el Estado cuando se está bajo su custodia, que se corresponde con los deberes, por parte del Estado, de dar a conocer qué ha ocurrido con las personas que han sido detenidas por agentes estatales, investigar los crímenes cometidos contra ellas y esclarecer el rol de dichos agentes en estos crímenes[16]. Estos derechos fueron reconocidos por el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el 2009[17] y han sido aplicados por varias cortes regionales y especiales[18].

Cabe destacar, por una parte, que las dimensiones colectivas del derecho a la verdad que se considera que pueden satisfacerse mejor por medio de comisiones de la verdad no hacen parte aún del repertorio de acciones que es legalmente exigible a los Estados; y, por otra parte, que el derecho a la verdad se considera

15 Dermot Groome, "The Right to Truth in the Fight Against Impunity", *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011): 176-199.

16 Artículos 8.º, 13 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 32 del primer protocolo de la Convención de Ginebra y preámbulo de la Convención Internacional para la Protección contra la Desaparición Forzada.

17 Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, Resolución 2005/66 ,"El derecho a la verdad" (E/CN.4/2005/L.10/Add.17, 20 de abril del 2005), http://ap.ohchr.org/documents/s/chr/resolutions/e-cn_4-res-2005-66.doc; y Consejo de Derechos Humanos, Resolución 9/11, "El derecho a la verdad" (24 de septiembre del 2011), http://ap.ohchr.org/documents/s/hrc/resolutions/a_hrc_res_9_11.doc.

18 En el contexto regional, véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párr. 181; Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, párr. 191; Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, serie C, n.º 34, párr. 90; Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia del 24 de enero de 1998, serie C, n.º 36, párr. 97; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre del 2000, serie C, n.º 70, párr. 201; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia del 5 de julio del 2004, serie C, n.º 109; Caso hermanos Gómez-Paquiyauri vs. Perú, Sentencia del 8 de julio del 2004, serie C, n.º 110; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre del 2004, serie C, n.º 114; Caso Molina Theissen vs. Guatemala, Sentencia del 3 de julio del 2004, serie C, n.º 108; Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Surinam, Sentencia del 15 de junio del 2005, serie C, n.º 124; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia del 22 de noviembre del 2004, serie C, n.º 117; Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia del 1.º de marzo del 2005, serie C, n.º 120; Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, serie C, n.º 134; y Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre del 2003, serie C, n.º 101. El Tribunal Europeo se ha referido sobre todo al derecho de los familiares de víctimas de desaparición forzada a conocer su destino; véase Caso Kurt c. Turquía, comunicación n.º 15/19997/799/1002; Sentencia del 14 de noviembre del 2000, Caso Tas c. Turquía, comunicación n.º 24396/94; y Sentencia del 10 de mayo del 2001, Caso Chipre c. Turquía, comunicación n.º 25781/94. Un excelente recuento de la jurisprudencia y la legislación internacionales sobre el tema puede encontrarse en Federico Andreu-Guzmán, *El derecho a la verdad y el derecho internacional* (Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

inextricablemente unido a la persecución judicial de los crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos.

### C. El problema de la verdad en las transiciones y las comisiones de la verdad

El gran número de comisiones de la verdad que se han creado en los últimos cuarenta años, pues, no tiene que ver con la existencia de una obligación legal de orden internacional en casos de graves violaciones de derechos humanos. Más bien, se ha venido estableciendo la idea de que estas comisiones son parte de un repertorio de instituciones que se consideran idóneas para las transiciones[19]. En particular, se ha señalado que las comisiones de la verdad pueden contribuir en situaciones en que existen altos niveles de corrupción en la justicia y la administración pública, al punto que la ciudadanía no les concede credibilidad a sus decisiones[20]; y que pueden ser espacios idóneos para la participación de sujetos generalmente excluidos de las instituciones oficiales, como las mujeres y las minorías étnicas, raciales o religiosas[21].

La clasificación de las comisiones de la verdad según su mandato, que he sugerido, es relevante porque muestra cómo unas y otras tienen distintos compromisos con la verdad y distintas versiones de la verdad. Así, las comisiones de acompañamiento se obligan a investigaciones conducentes a la producción de la verdad judicial, en cuanto auxiliares de los procesos judiciales. Para estas comisiones lo más importante es lograr demostrar independencia respecto de las partes en conflicto y tener suficientes recursos para realizar la instrucción de los procesos. Su apego a la verdad judicial y al proceso hace que se ocupen, principalmente, de los casos individuales y de dar las mejores explicaciones que se puedan dar en el contexto, respetando las garantías procesales y sin aspirar a elaborar grandes narrativas. Si bien la literatura es crítica de las comisiones de acompañamiento con mandatos demasiado restringidos, precisamente por el rigor probatorio y los obstáculos procesales a los que se someten, estas comisiones solo pueden operar en el marco de un mandato restringido en el tiempo y en lo correspondiente al tipo o la cronología de los crímenes a investigar.

19 Se debate extensamente hasta qué punto el término *transición* es útil para describir la variedad de procesos políticos y sociales que pretenden cobijarse con él. Para efectos de este artículo se usa el término según la definición de Ruth Teitel: como el proceso de cambio de un régimen menos democrático, ya sea por dictadura o guerra civil, a uno más democrático, que promueve la garantía plena de los derechos humanos por medio del Estado de derecho y la división de poderes. Teitel, *Transitional Justice*.

20 Comisión de Derechos Humanos de la ONU, "La cuestión de la impunidad", 5-8.

21 Orentlicher, "Report".

Las comisiones de memoria histórica se involucran de manera distinta con el problema de la verdad en las transiciones. Su propósito es dar cuenta del contexto general, de la estructura que hizo posible y sostuvo el menoscabo de la democracia. En la medida en que su tarea es elaborar una explicación, tienen que hacerse cargo de la discusión historiográfica acerca de la posibilidad de producir relatos ciertos sobre tiempos pasados. Deben responder a las preguntas correspondientes mientras, al mismo tiempo, les dan credibilidad a las versiones de las víctimas que fueron negadas e invisibilizadas en un estado de cosas anterior. Cuando se trata de este tipo de comisiones la estrategia más aceptada ha sido adoptar estándares académicos en la construcción y divulgación de narrativas, entre ellos revisiones críticas, debates internos y lecturas de pares, al tiempo que se disponen espacios en que las víctimas puedan relatar sus historias y crear vínculos de solidaridad. De esta forma, la verdad de la memoria no se reduce al dicho de una de las partes y se construye la capacidad política de quienes no han sido escuchados, para que puedan serlo en las nuevas circunstancias.

Las comisiones judiciales se envuelven en el proyecto más complejo en relación con la verdad, pues asumen la carga de confirmar el dicho de los declarantes a cambio de darles beneficios en términos de las sanciones a las que se someterán. Esto implica que además del rol de investigación de las comisiones de acompañamiento asumen el rol estrictamente judicial de darle valor jurídico a lo que se ha dicho, en relación con lo que ha sido posible verificar. A la luz de los estándares actuales en materia de impunidad, esta exigencia se ha vuelto tan dispendiosa que puede llegar a ser imposible de cumplir para las comisiones del futuro.

## II. El caso colombiano

En Colombia se han creado unos diez cuerpos orientados al esclarecimiento de hechos históricos relacionados con el conflicto armado entre Estado, guerrillas y, más recientemente, autodefensas y fuerzas paramilitares. De hecho, actualmente operan dos de estos cuerpos, con mandatos, términos y miembros distintos. En esta sección empiezo por describir brevemente las experiencias colombianas con comisiones de la verdad, particularmente con comisiones de memoria histórica, y luego muestro los sesgos que ha adquirido esta forma de abordar la verdad.

### A. Comisiones de la verdad a la colombiana

Los intentos de esclarecer la "verdad" sobre el conflicto armado colombiano han sido de naturalezas diversas. Tres de ellos se han materializado en comisiones de memoria histórica, entendidas de la manera restringida en que se han definido

aquí; cinco, en comisiones de acompañamiento; y otro más, en una comisión mixta con funciones de memoria histórica y de judicialización. Cada esfuerzo ha tenido sus propios límites y sesgos; en general, sin embargo, puede decirse que la legitimidad académica que han tenido, en exceso, no ha estado acompañada de la fuerza política necesaria para transformar las situaciones que los informes han puesto de presente. Probablemente por esta misma razón, se ha puesto poco énfasis en las responsabilidades individuales y colectivas, más allá de las condiciones abstractas.

El primer intento de dar cuenta oficialmente de la verdad del conflicto armado se concretó en la conformación de un grupo de analistas políticos que luego se conocería como el grupo de los violentólogos, dirigido por Gonzalo Sánchez y designado por Fernando Cepeda en su calidad de ministro de Gobierno del presidente Virgilio Barco[22]. Su informe, titulado *Colombia: violencia y democracia*[23], sirvió de diagnóstico para iniciar el proceso de paz con los grupos guerrilleros a finales de los ochenta, proceso que desembocaría en la desmovilización de varios de ellos y en la aprobación de una nueva Constitución en 1991[24]. La principal limitación de esta comisión fue su corta duración, pues apenas contó con cuatro meses para rendir su informe[25], y sus principales sesgos fueron (1) privilegiar una versión estructural en la que se identificaron problemas pero no responsables y (2) propender por explicar la violencia a partir de la cultura. Este diagnóstico estructural, con su versión compleja de la interrelación de las violencias cotidianas —familiar, callejera, étnica— y las extraordinarias —entre guerrillas y Ejército— vino a ser conocido como el diagnóstico de las "causas objetivas de la violencia". Su inclinación por las explicaciones culturales hizo que se considerara característica de esta propuesta la idea de una "cultura de la

22 Esta comisión es más conocida como la Segunda Comisión de Estudios, pues antes de su conformación existió la Comisión Nacional Investigadora de las Causas y Situaciones Presentes de la Violencia en el Territorio Nacional. La Comisión Nacional Investigadora fue creada por la Junta Militar en 1958, mediante el Decreto 0165 del 21 de mayo, y se le reconoce principalmente haber contribuido a revelar las necesidades de asistencia social existentes en las zonas rurales de Tolima, Valle del Cauca y el Viejo Caldas. No publicó un informe; la mayoría de sus hallazgos se publicó en el libro de Germán Guzmán, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña Luna, *La violencia en Colombia* (Bogotá: La Carreta, 1962-1963). Véase Jefferson Jaramillo Marín, "Las comisiones de estudio sobre la violencia en Colombia. La 'voz crítica' de uno de sus protagonistas", *Análisis Político* 73 (2011): 235; y Jefferson Jaramillo Marín, "Narrando el dolor y luchando contra el olvido en Colombia. Recuperación y trámite institucional de las heridas de guerra", *Sociedad y Economía* 19 (2010). No me refiero a ella porque, en estricto sentido, no estudió *este* conflicto armado sino el de los años cuarenta. Es interesante, sin embargo, que para algunos ha sido la más exitosa en lograr cambios concretos. Jaramillo Marín, "Narrando el dolor": 235.

23 Comisión de Estudios sobre la Violencia, *Colombia: violencia y democracia* (Medellín: La Carreta, 1987).

24 Laura Catalina Cartagena Núñez, "Intelectuales y expertos: 'violentólogos' y economistas en la producción de políticas sociales y económicas en Colombia", *Reflexiones* 92, n.º 2 (2013): 126-127.

25 Jaramillo Marín, "Las comisiones de estudio": 159-168.

violencia" que articulaba los múltiples niveles estudiados —económico, político, social, regional, etc.

Después de esta comisión de estudios se crearon cinco comisiones para investigar hechos concretos o dinámicas locales. En 1991 el gobierno de César Gaviria creó dos. La primera fue la Comisión de Superación de la Violencia, cuyo fin era proponer estrategias que facilitaran la reinserción de los desmovilizados del Quintín Lame y el Ejército Popular de Liberación. Igual que la Segunda Comisión de Estudios, esta estuvo conformada por académicos y liderada por un académico: Alejandro Reyes. Su informe se tituló *Pacificar la paz: lo que no se ha negociado en los acuerdos de paz*[26]. A diferencia del informe anterior, este les dio cabida a las voces de los actores armados y de las Fuerzas Militares[27]. La segunda comisión conformada en 1991 fue resultado de las negociaciones con el Partido Revolucionario de los Trabajadores y se conoció como Comisión de Derechos Humanos de la Costa Atlántica. Su mandato le encargaba investigar las vulneraciones de derechos humanos en la región de Montes de María. Nunca se conoció su informe[28].

En 1994, por iniciativa del gobierno de Ernesto Samper, se crearon dos comisiones más. La Comisión de Derechos Humanos se creó en el marco de las negociaciones con la Corriente de Renovación Socialista. Su alcance era nacional e incluía representantes del Gobierno, las organizaciones sociales, la Iglesia católica, la Cruz Roja y la Central Unitaria de Trabajadores, entre otros sectores. Esta comisión no entregó ningún informe porque las negociaciones se suspendieron cuando el Gobierno manifestó la intención de crear zonas de orden público[29].

La Comisión de Investigación de los Sucesos Violentos de Trujillo fue creada con el fin de investigar la masacre de varios jóvenes en el municipio de Trujillo. Fue instituida gracias a la presión que ejerció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la demanda presentada por iniciativa del Comité Intercongregacional de Justicia y Paz y la Asociación de Víctimas de Familiares de Trujillo. La investigación realizada por la Comisión sirvió para iniciar varios procesos contra quienes estuvieron involucrados[30]. Estos procesos, sin embargo, no han dado los frutos que se esperaban[31].

26 Comisión para la Superación de la Violencia. *Pacificar la paz: lo que no se ha negociado en los acuerdos de paz* (Bogotá: Iepri, Comisión Colombiana de Juristas y Cinep, 1992).
27 Jaramillo Marín, "Narrando el dolor": 205-228.
28 Jaramillo Marín, "Narrando el dolor".
29 *Ibid*., 213.
30 *Ibid*., 214.

En 1998 se crearon dos comisiones de acompañamiento para investigar violaciones de derechos humanos: la Comisión para la Búsqueda de la Verdad de los Eventos de Barrancabermeja (Decreto 1015 de 1998) y la Comisión para Impulsar y Acelerar las Investigaciones en Materia de Violaciones de Derechos Humanos (decretos 2391 y 2429 de 1998). Ninguna de las dos produjo resultados significativos[32].

Una comisión de acompañamiento más fue creada en esta época para investigar los hechos del Palacio de Justicia, en vista de lo que los sucesores de los magistrados que murieron en estos eventos consideraban una total impunidad[33]. Su informe, redactado por tres exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia y financiado totalmente con recursos de los propios magistrados, la Fundación Ford y la Comisión Europea, presentó el contexto histórico y político de la toma del Palacio y un relato detallado de la intervención de distintos actores en su desenlace. Aunque no tenía efectos vinculantes ni podía establecer responsabilidades individuales, es significativo que dos años después sus conclusiones fueran retomadas por el Tribunal Superior de Bogotá cuando ratificó la condena de treinta años de prisión contra el militar que lideró la ofensiva destinada a recuperar el Palacio de Justicia, solicitó al fiscal general de la Corte Penal Internacional iniciar proceso contra Belisario Betancur y exigió iniciar investigaciones sobre el papel de la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad en los hechos[34].

La Ley 975 del 2005 (ley de justicia y paz), marco legal que rigió los acuerdos entre el Gobierno y los grupos paramilitares, creó una compleja institucionalidad de transición que incluyó una comisión de la verdad con funciones judiciales y de memoria histórica, y además funciones relacionadas con la reparación de las víctimas y la reintegración de los desmovilizados. Se llamó Comisión Nacional de Reparación y Conciliación (CNRC) y funcionó hasta el 31 de diciembre del 2011. Si bien su mandato fue complejo (artículo 51 de la Ley 975) y mucho más largo que el de todas las demás comisiones, la CNRC se concentró en

31 Comisión de Memoria Histórica, *Trujillo: una tragedia que no cesa* (Bogotá: Centro de Memoria Histórica, 2008).

32 Jaramillo Marín, "Narrando el dolor": 214.

33 Jorge Aníbal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla, *Informe final. Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010). En los años noventa hubo otros esfuerzos por esclarecer "verdades" que, no obstante, no estaban encaminados directamente a acompañar o propiciar procesos judiciales.

34 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 30 de enero del 2012 (magistrado ponente: Hermens Darío Lara Acuña). La sentencia puede consultarse en http://derechos.org/nizkor/////colombia/doc/palacio20.html.

tres tareas estratégicas: (1) la construcción de memoria histórica a partir de casos emblemáticos —se hicieron informes sobre las masacres de Trujillo, El Salado y Bojayá, y se trataron temas relacionados con la violencia contra las mujeres y el despojo de tierras en la costa atlántica—[35]; (2) el seguimiento de los procesos de desmovilización que cursaban ante la Fiscalía —la Comisión debía informarle al Gobierno cualquier irregularidad que amenazara con afectar los derechos de las víctimas—; y (3) el seguimiento de los procesos de reparación.

El líder del grupo de memoria histórica que se encargó del primero de estos objetivos fue Gonzalo Sánchez, que también lideró la Comisión de Estudios formada por Betancur y era, para la época, un reconocido "violentólogo". Junto a Sánchez estuvieron en el grupo de memoria histórica profesores de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, e integrantes del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

A diferencia de las demás comisiones creadas en Colombia, la CNRC tenía la facultad de recibir los informes de los paramilitares desmovilizados y calificarlos para efectos de rebajas de penas en los procesos judiciales correspondientes. Esta facultad fue regulada por la Ley 1424 del 2010, que creó los llamados Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y Reparación, reglamentados por el Decreto 2601 del 2011. Los acuerdos, que debían ser firmados por la Agencia Colombiana para la Reintegración y cada uno de los desmovilizados, determinaban que los relatos de los desmovilizados no podían servir como pruebas en procesos judiciales, pero, si la Comisión lo consideraba justificado, podían conducir a una rebaja de la pena[36]. En la primera evaluación de la implementación de esta ley por parte de la Dirección de Acuerdos de Verdad se previno sobre la poca efectividad de este mecanismo para obtener versiones más completas de lo sucedido. Se identificaron varios factores. En primer lugar,

35 José Antonio Sánchez, "¿Podrían quedar impunes las 3.500 masacres ocurridas en Colombia?", *El Tiempo*, 6 de abril del 2011, www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9128480.html.

36 Colombia, Presidente de la República, 2011, Decreto 2601, "Por el cual se reglamenta la Ley 1424 de 2010", artículo 7.º: "Parágrafo. El Anexo del Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación constituirá documento informativo y, al igual que la información que surja en el marco de los Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación, *en ningún caso podrá ser utilizado como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que lo provea ni de terceros*, de conformidad con el inciso segundo del artículo 4o. de la Ley 1424 de 2010. Este anexo será enviado al Centro de Memoria Histórica como un primer elemento para poner en marcha el proceso de construcción de la verdad" (énfasis añadido). Los artículos 12 y 13 del mismo decreto obligan a los desmovilizados que firmen el acuerdo a asistir al Centro de Memoria Histórica, con pena de perder los beneficios adquiridos si fallan. El Centro de Memoria Histórica, según el artículo 14 del decreto, tiene la potestad de pedir la revocatoria de los beneficios si considera que el desmovilizado ha incumplido su pacto.

muchos desmovilizados se habían acogido a sentencias anticipadas en virtud de la confesión de hechos correspondientes a roles inferiores, como el de patrullero. En estos casos el Centro de Memoria Histórica no tenía herramientas para incentivar o sancionar la renuencia a contribuir con relatos sobre los aspectos menos conocidos del conflicto[37]. En segundo lugar, el apoyo psicosocial que se les brindaba a los desmovilizados propendía por el olvido de los hechos violentos y las circunstancias conflictivas, y esto, señalaba el informe, obraba en contra de la asunción de responsabilidad que implicaban los acuerdos sobre la verdad[38]. En tercer lugar, los desmovilizados sentían inquietud por los cambios en los "compromisos" y en las "reglas de juego"[39]. Finalmente, se explicaba que la persistencia de contextos de violencia e ilegalidad era un obstáculo para contar con versiones más fieles a la realidad que las que existían entonces[40]. De acuerdo con el último reporte disponible de la Dirección de Acuerdos de Verdad, más de 14 000 personas han suscrito acuerdos de verdad para conseguir beneficios penales, 5000 han presentado sus relatos y 2000 casos están en proceso de revisión[41].

La Ley 1448 del 2011 le dio fin a la CNRC y creó el Centro Nacional de Memoria Histórica, una entidad separada del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Su mandato se encuentra expuesto en el Decreto 4803 del 2011[42]. A grandes rasgos, el Centro Nacional de Memoria Histórica tiene las siguientes funciones:

a. Diseñar, implementar y administrar un Museo de la Memoria.

b. Integrar un archivo sobre el desarrollo del conflicto y las violaciones de los derechos humanos que en su curso se han producido.

c. Promover investigaciones que contribuyan a la reconstrucción de la verdad histórica. Se le asigna la tarea de diseñar e implementar un Programa de Derechos Humanos y Memoria, cuya primera etapa está en marcha. El Centro

37 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Yo aporto a la verdad. Acuerdos de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica. Mecanismo no judicial de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación, Ley 1424/2010* (Bogotá: Procesos Digitales, 2014), 217.

38 *Ibid*., 218.

39 *Ibid*., 220. Se hace referencia a que la Corte Constitucional ha considerado que la legislación sobre beneficios para los desmovilizados no es acorde con la Constitución. Véanse las sentencias C-370 del 2006, C-575 del 2006 y C-752 del 2013.

40 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Yo aporto a la verdad*, 221.

41 Centro Nacional de Memoria Histórica, "Nueva entrega de certificaciones por aportes a la verdad" (6 de mayo del 2015), http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/noticias/noticias-cmh/nueva-entrega-de-certificaciones-por-aportes-a-la-verdad (consultado el 18 de junio del 2015).

42 El mandato del Centro se puede consultar en http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/decretos/DECRETO_DE%20ESTRUCTURA_DEL_CENTRO.pdf.

cuenta, para el efecto, con el acumulado de experiencias, aprendizajes, metodologías y resultados del Grupo de Memoria Histórica.

d. Reconstruir las memorias de aproximadamente 24 680 exmiembros de las autodefensas que se incorporaron a los Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación y se comprometieron con las víctimas y el Estado a aportar su verdad, a cambio de beneficios que definirán los respectivos jueces.

e. Apoyar al Grupo de Memoria Histórica para que culmine la tarea que le encomendó la Ley 975 del 2005 (ley de justicia y paz), que consiste en entregar un informe sobre la evolución y desarrollo de los grupos armados organizados al margen de la ley que han operado en el país[43].

El Centro Nacional de Memoria Histórica pasa a ser, entonces, la primera iniciativa de largo plazo destinada a la conformación de una memoria institucionalizada. Su propósito no es dar una versión final o definitiva de los hechos, sino propiciar la investigación, crear archivo y operar un museo. Se cuenta entre sus funciones avalar los acuerdos de verdad suscritos por desmovilizados.

Finalmente, en el 2014, la mesa de negociación de paz formada por el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC creó una comisión de doce expertos a la que le encargó entregar, en el término de cuatro meses, una lectura diversa y neutral del conflicto armado y sus orígenes[44]. Esta comisión tuvo un mandato puramente político, esto es, sin respaldo legal. Entregó su informe, de más de ochocientas páginas, el 15 de febrero del 2015[45]. El informe está compuesto por dos ensayos de los relatores, Eduardo Pizarro y Víctor Moncayo, y un ensayo de cada uno de los expertos. Tal vez lo más interesante del informe sea la incapacidad que revelaron los expertos y los mismos relatores para ponerse de acuerdo con respecto a una metodología o algunos supuestos teóricos. Al respecto, Pizarro adopta un tono celebratorio para referirse a la importancia de la verdad plural, mientras que Moncayo plantea un esquema que le permite descalificar a veces unas posturas y a veces otras. Ambos coinciden en que

43 Centro Nacional de Memoria Histórica, "¿Qué es el Centro Nacional de Memoria Histórica?" (28 de enero del 2014), http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/somos-cnmh/que-es-el-centro-nacional-de-memoria-historica.

44 International Center for Transitional Justice, "Instalan comisión histórica de conflicto armado y sus víctimas en Colombia" (20 de agosto del 2014), http://www.ictj.org/es/news/instalan-comision-historica-de-conflicto-armado-y-sus-victimas-en-colombia.

45 Puede consultarse en https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/informe-comisio%CC%81n-histo%CC%81rica-del-conflicto-y-sus-vi%CC%81ctimas-la-habana-febrero-de-2015 (visitado el 18 de junio del 2015).

ninguno de los expertos proporciona datos o interpretaciones demasiado novedosos, dados el corto tiempo asignado y la magnitud de la tarea[46]. También están de acuerdo en que esta comisión no completó las tareas pendientes para una comisión de la verdad.

### B. Los crímenes de Estado y las comisiones de la verdad

Como se indicó, un reclamo que se les ha hecho a las comisiones de la verdad creadas en los últimos treinta años consiste en no haber involucrado a los militares ni investigado estrictamente los "crímenes de Estado". El recuento de la sección anterior ilustra la necesidad de matizar esta afirmación. Por un lado, algunas de estas comisiones han buscado explícitamente verificar la responsabilidad de agentes estatales, como la comisión de Barrancabermeja, el Comité de Derechos Humanos y el comité sobre los eventos del Palacio de Justicia. Por otro lado, algunas de estas comisiones han establecido en sus informes la responsabilidad de los militares en operaciones de exterminio y despojo de poblaciones, como en el caso de la Comisión de Trujillo, aun cuando inicialmente no se buscaba establecer esta responsabilidad.

Ahora bien, la pregunta importante a este respecto es la de si es necesario seguir ensayando la ruta de las comisiones de la verdad en relación con los crímenes de Estado, o si más bien se invierten esos recursos en fortalecer la justicia ordinaria. De hecho, la justicia ordinaria colombiana sí ha venido investigando estos delitos, ha condenado a militares de rangos medios y altos y ha declarado responsable al Estado por un significativo número de masacres y muertes de colombianos[47]. A diferencia de lo que ha sucedido con el narcotráfico y las

46 Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (Bogotá: 2015), 6-101.

47 Según el informe de Human Rights Watch del 2014, "[e]l Gobierno no mantiene un registro de datos estadísticos que clasifique a los casos de 'falsos positivos' como una categoría específica de delitos, distinta de otros tipos de ejecuciones ilegales. No obstante, hasta junio de 2013, se había asignado a la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía la investigación de 2.278 casos de presuntas ejecuciones ilegales perpetradas por agentes del Estado que afectaban a casi 4.000 víctimas, y esta había obtenido condenas en 189 casos. Las condenas alcanzaron a 605 miembros del Ejército, de los cuales 91 eran oficiales (en su mayoría de grados inferiores). Más de 40 coroneles y tenientes coroneles del Ejército estaban siendo investigados, pero solamente cuatro habían sido condenados al momento en que se redactó este informe". http://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/122015 (visitado el 15 de febrero del 2015).
Aunque para la organización estos datos muestran una "total impunidad", no es claro que estas cifras sean evidencia de ello. Respecto al debate sobre la impunidad en Colombia véase Luis Hernando Barreto Nieto y Snéider Rivera, *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio en Colombia* (Bogotá y Lima: La Milla, 2009); Elvira María Restrepo y Mariana Martínez, "Impunidad penal: mitos y realidades", *Documentos CEDE* (junio del 2004); Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, *Modelo probabilístico para medir la impunidad* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2000); Jorge E. Viñuelas, "Impunity: Elements for an Empirical Concept", *Law*

bandas ilegales —paramilitares o "bacrim", como han venido a llamarse últimamente—, los militares no parecen ejercer una influencia ni un amedrantamiento considerables sobre los jueces, y especialmente sobre los jueces de instancias superiores. No se ha comprobado que la justicia penal sea especialmente corrupta o encuentre barreras insuperables[48]. Además, las sumas entregadas por concepto de responsabilidad del Estado en casos como estos son potencial y efectivamente más altas que las que se logran por otras vías de reparación.

El problema de los "crímenes de Estado", sin embargo, sigue siendo interesante si se lo relaciona con el problema de la verdad estructural o verdad colectiva, es decir, con el de la responsabilidad de gobernantes y élites por las graves inequidades que han dado lugar al conflicto y la violencia, y por el ocultamiento o la invisibilización de dicha responsabilidad. De acuerdo con lo propuesto por el grupo de los violentólogos en su informe *Colombia: violencia y democracia*, este planteamiento implicaría entender la violencia como "todas aquellas actuaciones de los individuos o grupos que ocasionen la muerte de otros o lesionen su integridad física"[49], y por lo tanto considerar que la violencia es más que violencia política y, sobre todo, más que violencia ejercida por la guerrilla[50]. Especialmente, conduciría a profundizar en dinámicas como "la violencia del estado contra movimientos sociales de protesta… la violencia del estado contra minorías étnicas… la violencia de particulares no organizados… la violencia de particulares organizados… la violencia de particulares en su vida privada…"[51].

Pero ello también supondría, construyendo sobre la base de lo que ya se ha discutido y estudiado, comprender mejor las interrelaciones entre las distintas formas de violencia y el papel del derecho en su consolidación. En efecto, al enfatizar en la "cultura de la violencia" como la raíz de todas las violencias, los violentólogos les entregaron una salida fácil a quienes se han beneficiado de estas violencias: tanto quienes las ejercen como quienes han podido acumular recursos porque ellas existen pueden "naturalizar" o "reificar" esta cultura como

---

*and Inequality* 25 (2007); y Meg Mary Penrose, "Impunity-Inertia, Inaction, Invalidity: A Literature Review", *Boston University International Law Journal* (1999). Sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de protección de los derechos de las víctimas véase Lina Escobar Martínez, Vicente Benítez Rojas y Margarita Cárdenas Poveda, "La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano", *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 165-190.

48 Barreto y Rivera, *Una mirada a la impunidad*; Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, *Modelo probabilístico*.

49 Comisión de Estudios sobre la Violencia, *Colombia: violencia y democracia*, 23.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*, 25-26.

parte de nuestras condiciones básicas de existencia. Por esta razón se hace necesario un giro desde la explicación cultural hacia la explicación distributiva, una explicación que haga evidente no sólo que algunos la pasan muy mal, sino que otros la pasan bien y tienen interés en que esto no cambie[52].

La explicación distributiva, explicaré en las conclusiones, no se limita a la explicación de clase, por el contrario, se aparta de ella porque tiene en cuenta otras formas de inequidad y no aspira a una explicación global de todas las injusticias y sus causas al mismo tiempo. En este sentido, también va más allá de la exigencia de considerar los derechos sociales y económicos de las víctimas, que generalmente quedan relegados, pero que, de nuevo, no abarcan la totalidad de las inequidades y exclusiones[53].

### C. Las comisiones de la verdad como feminización de la justicia

A pesar de lo que han sostenido algunas comentaristas internacionales, en Colombia las comisiones de la verdad no han sido más propicias para la expresión de la voz de las mujeres que otros espacios, salvo en el caso del Grupo de Memoria Histórica y la más reciente comisión sobre la verdad del conflicto armado creada en el marco de las negociaciones con las FARC. Este viraje, que favorece la visibilización de las mujeres en el conflicto armado, parece estar más relacionado con un triunfo "global" de las feministas empeñadas en el esfuerzo de "transversalización" del género que con las características propias de las comisiones de la verdad —transitoriedad, legitimidad técnica y mandatos delimitados—[54]. De hecho, la confianza que han depositado algunas feministas

52 Sobre el análisis distributivo y la legitimación véase Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto en Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2008), y Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *Feminismo y crítica jurídica* (Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2013).

53 Sobre la manera en que las comisiones de la verdad y, en general, los procesos de justicia transicional obvian los problemas de justicia social y distributiva, véase el capítulo de Zenaida Miller en este volumen. Sobre la comisión de la verdad de Suráfrica y sus limitaciones véanse los textos incluidos en National Lawyers Guild, *Truth and Reconciliation; Exposing Offenses of the South African Apartheid Past. Observations from Monitors* (Nueva York: National Lawyers Guild, 2004); y Wilmot James y Linda van der Vijver, *After the TRC: Reflections on Truth and Reconciliation in South Africa* (Ocklahoma: Ohio University Press, 2001). Sobre la crítica de la noción de impunidad por excluir los derechos sociales y económicos puede verse Viñuelas, "Impunity": 117-118.

54 Sobre los triunfos "globales" de las feministas véase Janet Halley *et al.*, "From the International to the Local in Feminist Responses to Rape, Prostitution/Sex Wrok, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism", *Harvard Journal of Law and Gender* 29 (2006): 335-423. Sobre la idea de la transversalización del género véase Elisabeth Prugl, "Feminism and the Postmodern State: Gender Mainstreaming in European Rural Development", *Signs* 35, n.º 2 (2007): 447-475, y Jacqui True y Michael Mintrom, "Transnational Networks and Policy Diffusion: the Case of Gender Mainstreaming", *International Studies Quarterly* 45, n.º 1 (2001): 27-57.

en las comisiones de la verdad es bastante reciente, si se tienen presentes los más de cuarenta años durante los cuales se ha experimentado con comisiones de la verdad[55], y está ligada en especial a las experiencias de las comisiones de Sudáfrica y Perú[56]. Y aunque las comisiones de la verdad, instituciones pasajeras y novedosas en las que suele aceptarse cierto grado de experimentación, pueden admitir la adopción de nuevas agendas, también parece cierto que instituciones de más larga trayectoria y con mejores posibilidades de permanecer pueden ser transformadas para lograr algunos de los resultados que las feministas han buscado en las comisiones de la verdad: que las mujeres se sientan menos intimidadas por la institución, que no sean victimizadas en sus interacciones con los funcionarios y que sus demandas se hagan visibles. En el caso colombiano, las mujeres reconocen en el Grupo de Memoria Histórica un agente que ha validado sus experiencias, pero así mismo afirman que se sienten acogidas y reconocidas en la Defensoría del Pueblo y en la Fiscalía General de la Nación[57].

Más allá de la cuestión del diseño institucional, que, como he tratado de mostrar, no parece estar "naturalmente" ligada a ventajas para las mujeres[58], la pregunta para las feministas debe ser qué se pierde y qué se gana cuando se sostiene que las mujeres pierden más en la guerra que los hombres, es decir, cuando se asumen las diferencias entre víctimas y victimarios y entre violencia política y otras violencias que las comisiones de la verdad en las que han participado aceptan como ciertas. En este sentido, de nuevo, la cuestión es si las omisiones de las comisiones de la verdad pueden ser resueltas sin explicar las relaciones de las violencias privada, familiar o interpersonal con otros tipos estructurales de violencia[59].

Al respecto, la propuesta de los violentólogos es también un interesante punto de partida, pues reconoce que la violencia en la familia debe tenerse en cuenta

55 Una de las críticas más duras a la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Chile se encuentra en la obra teatral de Ariel Dorfman, *La muerte y la doncella* (Nueva York: Seven Stories Press, 1992).

56 Bell y O'Rourke, "Does Feminism Need a Theory": 28-29. World Bank, "Gender". Sobre las frustraciones del género en la comisión de la verdad del Perú véase Kimberly Theidon, "Género en transición: sentido común, mujeres y guerra", *Análisis Político* 60 (mayo-agosto del 2007): 3-30.

57 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Encuesta nacional: ¿qué piensan los colombianos después de siete años de Justicia y Paz?* (Bogotá: CNMH, 2012). Estos datos no fueron publicados, pero pueden construirse con base en la información recogida en la encuesta. La base de datos fue compartida con la autora para efectos de construir una interpretación con perspectiva de género que se consideraba prácticamente ausente del análisis publicado.

58 En oposición con Orentlicher, "Report".

59 La insistencia de muchas feministas en la violencia sexual como arma de guerra y en los cuerpos de las mujeres como "botín de guerra", paradójicamente, exacerba, en lugar de resolver, la costosa distinción entre guerra y paz, víctimas y victimarios. Véase en este libro el capítulo de Karen Engle sobre la violencia sexual en la guerra. También, Janet Halley, "Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict", *Melbourne International Law Journal* 9 (2008): 78-178.

al construir el mapa total de los conflictos a resolver[60]. No obstante, en general, el informe *Colombia: violencia y democracia* le asigna a la violencia familiar un papel de socialización de la violencia en la cultura, y a propósito menciona los efectos económicos, políticos y sociales que se derivan de la adopción de la violencia como principal forma de tratar los conflictos[61]. Aunque su principal contribuyente en lo correspondiente al tema, María Himelda Ramírez, es feminista y su trabajo en el campo del género es significativo, el informe no explica suficientemente cómo el poder masculino se relaciona con otros poderes y con las ventajas y desventajas de hombres y mujeres en contextos violentos. Su descripción de la violencia contra las mujeres subraya la gravedad del fenómeno, pero lo aísla del maltrato en la familia, especialmente el maltrato infantil, que sí considera conectado con el mapa global de la violencia.

## Conclusiones: formas institucionales para la verdad estructural

He presentado hasta ahora el debate general sobre las comisiones de la verdad, y los experimentos locales con este diseño institucional. He mostrado, en particular, que no existe un mandato soberano, una norma de derecho internacional que obligue a la construcción de comisiones de la verdad para reducir la impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos. Pero también he mostrado que tanto los expertos como los políticos han encontrado que las comisiones de la verdad son útiles porque (1) permiten introducir instituciones nuevas en contextos muy corruptos y (2) permiten incluir la perspectiva de la víctima en procesos que habitualmente la relegan a las márgenes. Desafortunadamente, el aprendizaje más importante en relación con las comisiones de la verdad tal vez sea que menos es más: funcionan mejor las comisiones con pocos comisionados, un mandato reducido y un tiempo corto. Los recursos son siempre muy escasos, la legitimidad política frágil y los técnicos disponibles pocos; así es difícil emprender tareas más ambiciosas y tener éxito.

En el caso colombiano las frustraciones con este mecanismo son también muy importantes, pero se reconocen algunos méritos en las innovaciones que la alianza entre académicos y Estado le ha aportado al proceso. En particular, los académicos parecen haber aportado la preocupación por narraciones comprehensivas, cercanas a verdades colectivas y/o verdades estructurales; unas metodologías que involucran a las víctimas; la conciencia de las diferencias regionales,

60 Comisión de Estudios sobre la Violencia. *Colombia: violencia y democracia*, 135-144.
61 *Ibid.*, 135-138.

de raza, étnicas y de género; y la intención de revisar y someter a debate sus conclusiones.

En la presentación he asumido, por una parte, que hay algo útil y necesario en la búsqueda de la verdad. Este texto no es una crítica de la verdad como aspiración humana ni, sobre todo, como aspiración social. Por otra parte, he asumido que existen distintos tipos de verdades en distintos contextos, y que es mejor tener más verdades que menos, así resulten contradictorias. Aquí quisiera extenderme un poco más, sin embargo, sobre la idea de la verdad estructural y los límites institucionales de este tipo de ejercicio, y acerca del análisis distributivo como método para resolver algunos problemas que surgen cuando se piensa en las formas institucionales con que puede buscarse la verdad estructural.

He propuesto varias observaciones que pueden servir para llegar a una conceptualización de la verdad estructural. La primera es que la verdad estructural se refiere al contexto general, y especialmente a las responsabilidades de todos dentro de la colectividad. En este sentido, por una parte, el concepto de verdad estructural rechaza la diferencia entre la violencia política y los escenarios en que ella se manifiesta y otros tipos de violencia. Por otra parte, se aparta de la idea de que en un recuento general puedan mantenerse fijas las categorías de víctima y victimario.

La segunda observación es que el concepto de verdad estructural remite a las diversas formas e instituciones en las que ocurre el poder, sin querer reducir todas estas formas e instituciones a una sola y sin buscar crear una idea síntesis que las cobije. Así, rechaza la noción de que la clase sea la única o la principal variable por la que transcurre el poder. Tampoco acepta que el feminismo pueda dar cuenta de toda la violencia.

Entonces, la verdad estructural no es estructural en el sentido de negar la agencia individual, y por lo tanto la responsabilidad individual, ni en el sentido de reclamar una explicación completa, total de lo que ocurre. Es estructural porque se resiste a un análisis guiado desde el inicio por supuestos binarios que naturalizan exclusiones y reifican algunas jerarquías mientras invisibilizan otras. Insiste en mantener abierta la pregunta por cuáles son las categorías e identidades por las que transcurren las distribuciones de recursos y acoge la noción foucaultiana del poder como algo que circula, y no la idea moderna del poder como algo que unos poseen y otros no[62].

62 Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1 (Buenos Aires: Siglo xxi, 2011). Véanse también

¿Qué forma institucional, qué comisión de la verdad puede servir para producir narraciones que se correspondan con este modelo? El carácter crítico y ambicioso de la empresa de construir la verdad estructural se muestra inicialmente incompatible con el carácter transitorio y limitado que los evaluadores les atribuyen a las comisiones de la verdad exitosas. No obstante, la experiencia colombiana sugiere que se pueden sostener empresas ambiciosas si se logra una alianza productiva entre académicos y políticos. La experiencia de Suráfrica, por su parte, y a pesar de todas las críticas, motiva a valorar los encuentros cara a cara para narrar distintas versiones de lo que pasó.

Las comisiones de memoria histórica colombianas que se han apoyado fuertemente en los académicos han sido criticadas porque, hasta ahora, los académicos o bien han trabajado por su cuenta —en la Comisión de Estudios de 1987 y en la comisión de la verdad convocada en el marco de las negociaciones con las FARC— o bien se han dedicado a "transmitir" las quejas de las víctimas. También se ha señalado que poco se ha dicho sobre las responsabilidades de agentes estatales o miembros de las élites, o bien pocas consecuencias ha tenido lo que se ha dicho.

La intuición surafricana de enfrentarse cara a cara y aceptar responsabilidades individuales, como ya señalé, puede servir de parámetro para resolver estas restricciones de las narraciones colombianas. La experiencia surafricana ha sido criticada, precisamente, por no haber permitido entender que hubo responsabilidad colectiva, y no solamente la de unos cuantos funcionarios estatales o agentes de cualquier tipo. Pero parece que el problema fue más el resultado de un conflicto entre la idea de una verdad definida exclusivamente por referencia a la raza como eje de poder y la idea de la responsabilidad colectiva; así, no se trata de un obstáculo insuperable, sino de una limitación a tener en cuenta.

La cuestión final sobre el diseño institucional consiste en cómo formular el mandato de la comisión para que, sin dejar de ser ambiciosa, se oriente a preguntas alineadas con las intuiciones teóricas mencionadas aquí. La propuesta actual de encontrar la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos tiene un sesgo inaceptable desde el punto de vista que he propuesto. Pero dar cuenta de todas las violencias al mismo tiempo es un proyecto imposible a la luz de la definición de verdad estructural que he enunciado. Una metodo-

---

los sugestivos ensayos recogidos en Isabel Cristina Jaramillo Sierra, comp. *Derecho y poder. Aportes al cánon transnacional* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015).

logía sugerente para abordar esta difícil tarea es la del análisis distributivo de los estudios legales críticos. Esta metodología se preocupa por la distribución de recursos y/o poder en contextos concretos y con preguntas referidas a asuntos locales. Permitiría plantear agendas de investigación que superen las explicaciones totales, unívocas o radicales que no son capaces de ver las diferencias ni la inestabilidad de las identidades, ni su localización en las jerarquías.

En conclusión, existen suficientes experiencias comparadas y nacionales como para pensar el problema de la creación de una comisión de la verdad en abstracto. Habida cuenta de estas experiencias y de la importancia de la verdad como aspiración, pero también teniendo en cuenta las instituciones actualmente existentes en Colombia y su eficacia, propongo abrazar la verdad estructural como aspiración, las reuniones colectivas con confesión de responsabilidad cara a cara como vehículo y las preguntas sobre temas distributivos como método para la institución que tendría que hacerse cargo de proporcionar los elementos para la transición que se perfila en el horizonte de las negociaciones más recientes.

## Referencias

Alviar García, Helena e Isabel Cristina Jaramillo Sierra. *Feminismo y crítica jurídica*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2013.

Amnesty International. "Truth, Justice and Reparation. Establishing an Effective Truth Comission". Junio 11 del 2007. http://web.amnesty.org/library/print/ENGPOL300092007.

Andreu-Guzmán, Federico. *El derecho a la verdad y el derecho internacional*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012.

Antequera Guzmán, José. "Más allá de lo evidente: el reto de una comisión de la verdad frente a la paz". En *Detrás del espejo: los retos de las comisiones de la verdad*, coordinado por el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, 15-35. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014.

Barreto Nieto, Luis Hernando y Sneider Rivera. *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio en Colombia*. Bogotá y Lima: La Milla, 2009.

Bedont, Barbara y Katherine Hall Martínez. "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court". *Brown Journal of World Affairs* (1999): 65-85.

Bell, Christine y Catherine O'Rourke. "Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay". *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 23-44.

Cartagena Núñez, Laura Catalina. "Intelectuales y expertos: 'violentólogos' y economistas en la producción de políticas sociales y económicas en Colombia". *Reflexiones* 92, n.º 2 (2013): 123-130.

Castillejo Cuéllar, Alejandro. "La imaginación social del futuro. Notas para una comisión de la verdad en Colombia". En *Detrás del espejo. Los retos de las comisiones de la verdad*, coordinado por el Centro de Memoria, Paz y Reconciliación, 35-55. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014.

Centro Nacional de Memoria Histórica. *Encuesta nacional: ¿qué piensan los colombianos después de siete años de Justicia y Paz?* Bogotá: CNMH, 2012.

Centro Nacional de Memoria Histórica. *Yo aporto a la verdad. Acuerdos de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica. Mecanismo no judicial de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación, Ley 1424/2010*. Bogotá: Procesos Digitales, 2014.

Colombia, Consejo Superior de la Judicatura. *Modelo probabilístico para medir la impunidad.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2000.

Comisión de Estudios sobre la Violencia. *Colombia: violencia y democracia.* Medellín: La Carreta, 1987.

Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Sesión 49. "La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final". Elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 octubre de 1997.

Comisión de Memoria Histórica. *Trujillo: una tragedia que no cesa.* Bogotá: Centro de Memoria Histórica, 2008.

Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: 2015.

Comisión para la Superación de la Violencia. *Pacificar la paz: lo que no se ha negociado en los acuerdos de paz*. Bogotá: Iepri, Comisión Colombiana de Juristas y Cinep.

Conway, Janet. "Transnational Feminism and the World Social Forum: Encounters and Transformations in Anti-globalization Spaces". *Journal of International Women's Studies* 8, n.º 3 (abril del 2007): 49-70.

Dorfman, Ariel. *La muerte y la doncella.* Nueva York: Seven Stories, 1992.

Escobar Martínez, Lina, Vicente Benítez Rojas y Margarita Cárdenas Poveda. "La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano". *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 165-190.

Espinoza Cuevas, Víctor, María Luisa Ortiz Rojas y Paz Baeza Rojas. *Comisiones de verdad, ¿un camino incierto? Estudio comparativo de comisiones de la verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos*. Santiago de Chile: Codepu, 2003.

Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad*, vol. 1. Buenos Aires: Siglo xxi, 2011.

Groome, Dermot. "The Right to Truth in the Fight against Impunity". *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011): 176-199.

Guzmán, Germán, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña Luna. *La violencia en Colombia.* Bogotá: La Carreta, 1962-1963.

Halley Janet. "Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict". *Melbourne International Law Journal* 9 (2008): 78-178.

Halley, Janet, Chantal Thomas, Prabha Kotiswaran y Hila Shamir. "From the International to the Local in Feminist Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Conteporary Governance Feminism". *Harvard Journal of Law and Gender* 29 (2006): 335-423.

Hayner, Priscilla. "Fifteen Truth Comissions, 1974-1994: A Comparative Study". *Human Rights Quarterly* 9 (1994): 597-655.

Hayner, Priscilla. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York: Routledge, 2010.

James, Wilmot y Linda van der Vijver. *After the trc: Reflections on Truth and Reconciliation in South Africa.* Ocklahoma: Ohio University Press, 2001.

Jaramillo Marín, Jefferson. "Narrando el dolor y luchando contra el olvido en Colombia. Recuperación y trámite institucional de las heridas de guerra". *Sociedad y Economía* 19 (2010): 205-228.

Jaramillo Marín, Jefferson. "Reflexiones sobre los 'usos' y 'abusos' de la verdad, la justicia y la reparación en el proceso de Justicia y Paz". *Papel Político* 15, n.º 1 (2010): 13-46.

Jaramillo Marín, Jefferson. "Expertos y comisiones de estudio sobre la violencia en Colombia". *Estudios Políticos* 39 (julio-diciembre del 2011): 231-258.

Jaramillo Marín, Jefferson. "Las comisiones de estudio sobre la violencia en Colombia. La 'voz crítica' de uno de sus protagonistas". *Análisis Político* 73 (2011): 159-168.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, comp. *Derecho y poder. Aportes al cánon transnacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso Sierra. *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre, 2008.

Lemaitre Ripoll, Julieta. "La guerra, la paz y la Asamblea Constituyente de 1991 en Colombia". En *Violencia, legitimidad y orden público*, coordinado por Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 43-63. Buenos Aires: Libraria, 2013.

National Lawyers Guild. *Truth and Reconciliation; Exposing Offenses of the South African Apartheid Past. Observations from Monitors*. Nueva York: National Lawyers Guild, 2004.

Nesiah, Vasuki. "Gender and Truth Comission Mandates". Documento presentado en el Open Society Institute Forum on Gender and Transitional Justice, 7 de febrero del 2006.

Orentlicher, Diane. "Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity". Documento ONU e/cn.4/2005/102, 18 de febrero del 2005.

Penrose, Meg Mary. "Impunity-Inertia, Inaction, Invalidity: A Literature Review". *Boston University International Law Journal* (1999): 269-299.

Prugl, Elisabeth. "Feminism and the Postmodern State: Gender Mainstreaming in European Rural Development". *Signs* 35, n.º 2 (2007): 447-475.

Restrepo, Elvira María y Mariana Martínez. "Impunidad penal: mitos y realidades". *Documentos CEDE* (junio del 2004).

Teitel, Ruti G. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Theidon, Kimberly. "Género en transición: sentido común, mujeres y guerra". *Análisis Político* 60 (mayo-agosto del 2007): 3-30.

True, Jacqui y Michael Mintrom. "Transnational Networks and Policy Diffusion: the Case of Gender Mainstreaming". *International Studies Quarterly* 45, n.º 1 (2001): 27-57.

World Bank. *Gender, Justice and Truth Comissions*. http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/GJTClayoutrevised.pdf.

**Anexo.** Comisiones de la verdad creadas entre 1974 y el 2013

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Uganda | 1974 | Commission of Inquiry into the Disappearances of People in Uganda since 25 January, 1971 | Commission of Inquiry Act 1914[1] | Investigar desapariciones ocurridas entre 1971 y 1974 (presidente Idi Amin). |
| Brasil | 1979 a 1982 | Brasil: Nunca Mais | No hubo mandato porque fue una comisión extraoficial | Informar sobre la tortura auspiciada por la justicia penal militar de 1964 a 1979. |
| Bolivia | 1982 a 1984 | Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos | Decreto Supremo n.º 19 241 del 28 de octubre de 1982[2] | Investigar las desapariciones ocurridas entre 1964 y 1982 y ubicar los restos. |
| Zimbabwe | 1983 a 1984 | Zimbabwe Commission of Inquiry into the Matabeleland Disturbances | Creada por orden del presidente Robert Mugabe | Reunir testimonios e investigar el asesinato de 1500 disidentes políticos en Matabeleland. |
| Argentina | 1983 a 1984 | Comisión Nacional Sobre Desaparición de Personas (Conadep) | Decreto 187 de 1983[3] | Descubrir hechos sobre las desapariciones que ocurrieron entre 1976 y 1983. |
| Uganda | 1986 a 1994[4] | Commission of Inquiry into Violations of Human Rights | The Commissions of Inquiry Act Legal Notice n.º 5[5] | Investigar todos los abusos contra los derechos humanos efectuados entre 1962 y 1986. |
| Perú | 1986 a 1988 | Comisión Investigadora de las Masacres en los Penales | Fue creada por el Congreso peruano como una comisión *ad hoc* | Investigar el asesinato de prisioneros en tres cárceles en 1986. |

(continúa)

1 Véase Al-Haji Idi Amin Dada, *Commission of Inquiry into the Disappearances of People in Uganda since 25 January, 1971: Charter* (30 de junio de 1974), http://www.usip.org/files/resources/collections/truth_commissions/Uganda74-Report/Uganda74-Charter.pdf.

2 Puede verse la página web http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1301.

3 United States Institute of Peace, "Truth Commission: Argentina", http://www.usip.org/publications/truth-commission-argentina.

4 Cabe hacer la aclaración, que también hace el United States Institute of Peace en su página, de que si bien la comisión duró ocho años, hubo un lapso de tiempo (no precisado) en el que no funcionó debido a problemas financieros. United States Institute of Peace, "Truth Comission: Uganda 86", http://www.usip.org/publications/truth-commission-uganda-86.

5 Joseph Nyamihana Mulenga, *Uganda: Legal Notice Creating the Comission of Inquiry into Violations of Human Rights* (16 de mayo de 1986), http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Uganda86-Charter.pdf.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Nepal | 1990 a 1991 | Commission of Inquiry to Locate the Persons Disappeared during the Panchayat Period | Creada por una orden ejecutiva del primer ministro | Identificar a personas que desaparecieron entre 1961 y 1990. |
| Chile | 1990 a 1991 | Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación | Decreto Supremo n.º 355[6] | Sólo documentar asesinatos y desapariciones. |
| Chad | 1990 a 1992 | Commission d'Enquête du Ministère Chadien de la Justice sur les Crimes du Régime de Hissène Habré | Decreto n.º 014 de 1990[7] | Investigar todas las violaciones de derechos humanos cometidas entre 1982 y 1990 e informar sobre la responsabilidad del expresidente Habré y su gabinete. |
| Alemania | 1992 a 1994 | Die Enquete-Kommission des 12. Deutschen Bundestages "Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland" | Acto n.º 12/2597[8] | Investigar las prácticas del Gobierno de Alemania Oriental entre 1949 y 1989 para documentar abusos contra los derechos humanos. |
| El Salvador | 1992 a 1993 | Comisión de la Verdad para El Salvador (CVES) | Acuerdos de Paz en México[9] | Investigar los actos de violencia perpetrados a partir de 1980 e informar sobre los responsables. |
| Etiopía | 1993 a 2007 | The Special Prosecution Process in Ethiopia by the Office of the Special Prosecutor | Proclamation to Provide for the Establishment of the Office of the Special Prosecutor 22/1992[10] | Investigar y procesar a cualquier persona que haya abusado de su posición de poder desde 1974 hasta 1980. |

6 Supreme Decree n.º 355, "Creation of the Comission on Truth and Reconciliation" (Chile, 25 de abril de 1990), http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-Charter.pdf.

7 Decree n.º 014/P.CE/CJ/90, "Decree Creating the Comission of Inquiry into the Crimes and Misappropiations Comitted by Ex-Preisdent Habré, his Accomplices and/or Accessories" (Chad, 29 de diciembre de 1990), http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Chad-Charter.pdf.

8 Act n.º 12/2597, "Law Creating the Comission of Inquiry on 'Working Through the History and the Consequences of the SED Dictatorship'" (Alemania, 14 de mayo de 1992), http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Germany92-Charter.pdf.

9 http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/El%20Salvador-Charter.pdf.

10 Proclamation n.º 22/1992, "Proclamation Establishing the Office of the Special Prosecutor" (Etiopía, 8 de agosto de 1992), http://www.usip.org/files/resources/Ethiopia-Charter.pdf.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Ruanda | 1993 | Commission Internationale d'Enquête sur les Violations des Droits de l'Homme au Rwanda depuis le 1.er Octobre 1990 | Acuerdo extraoficial entre la población civil y cuatro organizaciones no gubernamentales; contó con el apoyo de las autoridades | Investigar violaciones de los derechos humanos cometidas por el partido Frente Patriótico de Ruanda (RPF) y fuerzas gubernamentales entre 1990 y 1993. |
| Honduras | 1993 a 1994 | Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos (Conadeh) | Decreto n.º 26-92[11] | Monitorear el cumplimiento de los derechos humanos. |
| Sri Lanka | 1995 a 1997 y 1998 al 2000 | Commissions of Inquiry into the Involuntary Removal or Disappearance of Persons[12] | Proclamaciones presidenciales n.º 855/18[13], 855/19[14], 855/20[15] y AP/6/N/214/97[16] | Investigar si ocurrieron desapariciones e identificar los cargos que podrían presentarse contra los culpables. |
| Haití | 1995 a 1996 | Commission Nationale de Vérité et de Justice | Orden ejecutiva del presidente Jean Bertrand Aristide[17] | Investigar abusos contra los derechos humanos cometidos entre 1991 y 1994 e informar sobre los perpretadores. |
| Alemania | 1995 a 1998 | Enquete-Kommission "Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der Deutschen Einheit" | Acta n.º 13/1535[18] | El mismo que tuvo la de 1992; se consideró que era necesario más tiempo. |

(continúa)

11 Decreto n.º 26-92 (Honduras, 3 de marzo de 1993), http://www.usip.org/files/ROL/Decree26_92.pdf.

12 En este caso se crearon tres comisiones zonales, cada una encargada de una región de Sri Lanka. Una vez finalizado el trabajo de esas comisiones se creó una dedicada a la isla entera.

13 Véase Proclamations & C., by the President, P. O. n.º SP/6N/191/94 (Sri Lanka, 25 de enero de 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/SriLanka-Charter/SriLanka-Charter_855-18.pdf.

14 Proclamations & C., by the President, P. O. n.º SP/6/N/193/94, Sri Lanka (25 de enero de 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/SriLanka-Charter/SriLanka-Charter_855-19.pdf.

15 Proclamations & C., by the President, P. O. n.º SP/6/N/192/94 (Sri Lanka, 25 de enero de 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/SriLanka-Charter/SriLanka-Charter_855-20.pdf.

16 Proclamations & C., by the President, P. O. n.º SP/6/N/214/97 (Sri Lanka, 31 de diciembre de 1998), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/SriLanka-Charter/SriLanka-Charter_AP-6-N-214-97.pdf.

17 Arrêté du 28 mars (Haití, 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Haiti-Charter.pdf.

18 Druksache 13/1535, "Einsetzung einer Enquete-Kommission, Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit" (Alemania, 31 de mayo de 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Germany95-Charter.pdf.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Burundí | 1995 a 1996 | Commission d'Enquête Internationale sur les Violations des Droits de l'Homme au Burundi depuis le 21 Octobre 1993 | Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, S/RES/1012 (1995)[19] | Investigar el asesinato del presidente Ndadaye y actos de violencia cometidos a partir de 1993, y recomendar medidas de justicia. |
| Sudáfrica | 1995 a 2002 | Commission of Truth and Reconciliation (TRC) | Promotion of National Unity and Reconciliation Act, n.º 34 of 1995[20] | Investigar violaciones a derechos humanos cometidas entre 1960 y 1994 y otorgar amnistías. |
| Ecuador | 1996 a 1997 | Comisión de Verdad y Justicia | Resolución Ministerial n.º 012 del 17 de septiembre de 1996 | Investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas entre 1979 y 1996 y aportar pruebas a los procesos judiciales. |
| Guatemala | 1997 a 1997 | Comisión para el Esclarecimiento Histórico | "Acuerdo sobre el establecimiento de la comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca"[21] | Clarificar las violaciones de los derechos humanos ocurridas entre 1960 y 1996. |
| Ruanda | Desde 1999 hasta el presente (se convirtió en una comisión permanente) | Commission Nationale d'Unité et de Réconciliation | Government of National Unity Law n.º 03/99[22] y Law n.º 35/2002[23] | Educar al pueblo sobre sus derechos, presentar proyectos de ley y vigilar el estado de los derechos humanos. |

19 International Commission of Inquiry for Burundi, Resolution 1012 (1995): Charter (28 de agosto de 1995), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Burundi-Charter.pdf.

20 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 95-34 de 1995 (Sudáfrica, 26 de julio de 1995), www.fas.org/irp/world/rsa/act95_034.htm.

21 "Acuerdo sobre el establecimiento de la comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca" (Oslo, 23 de junio de 1994), www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Comisi%C3%B3n%20Esclarecimiento%20Hist%C3%B3rico.pdf.

22 Law n.º 03/99 of 1999, "Establishing the National Unity and Reconciliation Commission" (Ruanda, 12 de marzo de 1999), www.refworld.org/docid/3ae6b59a18.html.

23 Law n.º 35/02 of 2002 (Ruanda, 31 de diciembre del 2002), www.kituochakatiba.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=397&Itemid=27.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Nigeria | 1999 a 2002 | Human Rights Violations Investigation Commission | Statutory Instrument n.º 8 of 1999 y Statutory Instrument n.º 13 of October 4, 1999 | Identificar violaciones, causas, perpretadores y responsabilidad del Estado entre 1966 y 1999. |
| Uruguay | 2000 al 2002 | Comisión para la Paz | Resolución de la Presidencia de la República n.º 858 del 2000[24] | Investigar lo ocurrido con los desaparecidos entre 1973 y 1985. |
| Corea del Sur | 2000 al 2002 y 2003 al 2004 | Presidential Truth Commission on Suspicious Deaths | Special Act to Find the Truth on Suspicious Deaths[25] | Investigar asesinatos cometidos entre 1975 y 1987 e identificar a sus perpetradores. |
| Costa de Marfil | 2000 al 2001 | Le Comité de Médiation pour la Réconciliation Nationale | Presidential Decree, November 20, 2000 | Investigar los hechos violentos que dejaron 171 muertos en octubre del 2000. |
| Panamá | 2001 al 2002 | Comisión de la Verdad de Panamá | Decreto Ejecutivo n.º 2, 18 de enero del 2001[26] | Investigar asesinatos; se le prohibió formular conclusiones jurídicas. |
| Perú | 2001 al 2003 | Comisión de la Verdad y Reconciliación | Decreto Supremo n.º 065-2001-PCM[27] | Investigar violaciones perpetradas por el Estado, los Túpac Amaru y Sendero Luminoso. |
| Serbia y Montenegro | 2002 al 2003 | Komisija za Istinu i Pomirenje | Decreto presidencial[28] | Documentar el conflicto desde 1980 al 2000. |
| Timor del Este | 2002 al 2005 | Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste | UN Transitional Administration in East Timor Regulation 2001/10[29] | Investigar violaciones de derechos humanos ocurridas entre 1974 y 1999 y reintegrar a los criminales menores. |

(continúa)

24 Véase http://archivo.presidencia.gub.uy/noticias/archivo/2000/agosto/2000080912.htm.

25 Law n.º 6170, "Special Act to Reveal te Truth Regarding Suspicious Deaths" (Corea del Sur, 15 de enero del 2000), www.pucl.org/reports/International/southkorea.htlm.

26 Decreto Ejecutivo n.º 2 del 2001, "Por el cual se crea la Comisión de la Verdad" (Panamá, Asamblea Legislativa, 18 de enero del 2001), www.usip.org/files/resources/Panama-Charter.pdf.

27 Decreto Supremo n.º 065-2001-PCM (Perú, Presidente de la República, 4 de junio del 2001), www.cverdad.org.pe/lacomision/cnormas/normas01.php.

28 Presidential Decree, "Odlika o osnivanju Komisije za istinu i pomirenje" (República Federal de Yugoslavia, 30 de marzo del 2001), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Serbia&Motenegro-Charter.pdf.

29 United Nations, "East Timor: United Nations Transitional Administration in East Timor", www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/etimor.htm.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Sierra Leona | 2002 al 2004 | Truth and Reconciliation Commission | The Truth and Reconciliation Act 2000[30] | Reportar las violaciones de derechos humanos ocurridas en 1991. |
| Ghana | 2003 al 2004 | National Reconciliation Commission | National Reconciliation Act n.º 611[31] | Crear un informe histórico y recomendar reparaciones para las víctimas. |
| República Democrática del Congo | 2003 al 2007 | Commission Verité et Réconciliation | Artículos 154 a 160 de la Constitución Transicional[32] | Crear un informe histórico sobre los conflictos y ayudar a compensar a las víctimas. |
| Chile | 2003 al 2005 | Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura | Decreto Supremo n.º 1040[33], expandido por el Decreto Supremo n.º 1086[34] | Documentar abusos y torturas cometidos por agentes del Estado e identificar a las víctimas. |
| Algeria | 2003 al 2005 | Commission d'Enquête ad hoc Chargée de la Question des Disparus | Decreto Presidencial n.º 01-71[35] | Identificar a las víctimas y darles reparación; tenía prohibido identificar a los perpetradores. |
| Paraguay | 2004 al 2008 | Comisión de Verdad y Justicia (CVJ) | Ley 2225 del 2003[36] | Crear memoria histórica y ayudar en el enjuiciamiento de los crímenes cometidos. |



30 Véase www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/SeirraLeone-Charter.pdf.

31 National Reconciliation Comission Act n.º 611 (Ghana, 11 de enero del 2002), www.ghanareview.com/reconact.html.

32 Constitución Transicional de la República Democrática del Congo (2003), artículos 154-160, http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_de_la_transition_de_la_R%C3%A9publique_d%C3%A9mocratique_du_Congo_%282003%29#Chapitre_II_:_DES_INSTITUTIONS_D.27APPUI_.C3.80_LA_D.C3.89MOCRATIE.

33 Decreto Supremo n.º 1040, "Crea Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, para el esclarecimiento de la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos en Chile" (Chile, Ministerio del Interior, 26 de septiembre del 2003), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Chile03-Charter_decree1040.pdf.

34 Decreto 1086, "Dispone la continuación de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, para el esclarecimiento de la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos en Chile" (Chile, Ministerio del Interior, 3 de noviembre del 2004), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Chile03-Charter_decree1086.pdf.

35 Décret présidentiel n.º 01-71, "Portant création de la commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l'Homme" (Argelia, 25 de marzo del 2001), http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/3_TEXTES_CONST.ALGERIE_181a189_.pdf.

36 Ley n.º 2225, "Por la cual se crea la Comisión de Verdad y Justicia" (Paraguay, 16 de octubre del 2003), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Paraguay-Charter.pdf.

| País | Duración | Nombre | Carta | Mandato |
|---|---|---|---|---|
| Marruecos | 2004 al 2005 | Instance Equité et Réconciliation (IER) | Dahir (Decreto Real) n.º 1.04.42[37] | Investigar desapariciones forzadas y detenciones arbitrarias, y determinar la responsabilidad de los perpetradores. |
| Corea del Sur | 2005 al 2010 | Truth and Reconciliation Commission (Committee on Clearing Up Part Incidents for Truth and Reconciliation) | Ley n.º 7542 del 2005[38] | Investigar las violaciones cometidas durante más de un siglo y decidir sobre la reparación de las víctimas. |
| Liberia | 2006 al 2009 | Truth and Reconciliation Commission of Liberia | Truth and Reconciliation Commission Act[39] | Crear memoria histórica y determinar la extensión de las violaciones. |
| Ecuador | 2007 al 2009 | Comisión de la Verdad para Impedir la Impunidad | Acuerdo Ministerial n.º 305[40] | Determinar responsabilidades y darles reparación a las víctimas. |
| Islas Salomón | 2009 al 2010 | Truth and Reconciliation Commission | Truth and Reconciliation Commission Act, 2008[41] | Crear memoria histórica. |
| Kenia | Desde el 2009, en curso | Truth, Justice, and Reconciliation Commission | Truth, Justice, and Reconciliation Commission Bill[42] | Investigar crímenes y conceder amnistías. |
| Mauritania | Desde el 2009, en curso | Truth and Justice Commission | Truth and Justice Commission Act n.º 28[43] | Crear memoria histórica y atribuirles derechos a las víctimas. |
| Honduras | 2010 al 2011 | Comisión de la Verdad y la Reconciliación | Decreto Ejecutivo PCM 11-2010[44] | Informar sobre los hechos del golpe de Estado, no menciona los derechos humanos. |

37 Dahir n.º 1.04.42, "Approving Statutes of the Equity and Reconciliation Comission" (Marruecos, 10 de abril del 2004), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Morocco-Charter.pdf.

38 Law n.º 7542, "Framework Act on Clearing up Past Incidents for Truth and Reconciliation" (Corea del Sur, 31 de mayo del 2005), http://www.usip.org/files/ROL/Framework_Act.pdf.

39 TRC Mandate, Act that Established the Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Liberia (Liberia, National Transitional legislative Assembly, 12 de mayo del 2005), www.trcofliberia.org/about/trc-mandate.

40 Decreto Presidencial n.º 305 del 2007, "Creación de la Comisión de la Verdad" (Ecuador, Presidente de la República, 3 de mayo del 2007), www.usip.org/files/ROL/Mandato%20de%20Ecuador.pdf.

41 Truth and Reconciliation Comission Act, n.º 5 of 2008 (Islas Salomón, National Parliament, 28 de agosto del 2008), www.paclii.org/sb/legis/num_act/tarca2008371/.

42 The Truth, Justice and Reconciliation Comission Bill (Kenia, 2008), www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Kenya-Charter.pdf.

43 Truth and Justice Commission Act, n.º 28 of 2008 (Mauritania, 22 de agosto del 2008), www.usip.org/files/ROL/Truth%20and%20Justice%20Act%2028%20No_%202008-2.pdf.

44 Decreto Ejecutivo n.º PCM-011-2010 (Honduras, Presidente de la República, 13 de abril del 2010), http://scm.oas.org/pdfs/2010/AGSC00258S-3.pdf.

*Perspectivas jurídicas para la paz*
se terminó de imprimir
y encuadernar en abril del 2016
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.