

¿A qué se debe el moderado optimismo de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre el Acuerdo para la Creación de una Jurisdicción Especial de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP?

Héctor Olasolo Alonso¹

El pasado 23 de septiembre, el Gobierno de Colombia y las FARC-EP presentaron en su comunicado conjunto número 60 los puntos esenciales del acuerdo al que habían llegado en materia de justicia, cuyo epicentro es la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz. Al día siguiente, la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, realizó una primera declaración preliminar sobre el mismo, en la que afirmó que “cualquier iniciativa práctica y genuina que permita poner fin a las décadas de conflicto armado en Colombia, dando la debida consideración a la justicia como pilar esencial de una paz sostenible, es bienvenido por su oficina”. Así mismo, subrayó que “tenía la esperanza de que el acuerdo entre las partes para crear una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia cumpliera justamente con esto”. En particular, la Fiscal se refirió, con moderado optimismo, al hecho de que “el acuerdo excluye la concesión de amnistías por crímenes de guerra y de lesa humanidad, y está diseñado, entre otras cosas, para poner fin a la impunidad por los crímenes más graves”.

Pero, ¿cuáles son las razones para este moderado optimismo de la Fiscal de la CPI, cuando desde la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2012 sobre el “Marco Jurídico para la Paz” no ha dejado de expresar su preocupación por las atribuciones que el mismo otorga al Congreso de la República?

En opinión de quien escribe la razón no puede ser otra que la diferencia significativa entre el papel que el nuevo Acuerdo parece atribuir a la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra) en un eventual proceso de transición en Colombia, y aquel al que la justicia penal había sido reducida en el Marco Jurídico para la Paz. Dicho en otras palabras, si este último condenaba a la justicia penal a ser un mero apéndice del proceso de transición, lo que se conoce del nuevo Acuerdo parece restaurarle su condición de pilar autónomo y necesario del mismo, tal y como exige el Derecho internacional.

El modelo de justicia penal previsto en el Marco Jurídico para la Paz tenía como piedra angular la atribución expresa al Congreso de Colombia de la facultad constitucional para prohibir por vía legislativa al Fiscal General de la Nación el ejercicio de la acción penal por los crímenes internacionales más graves. La única limitación a esta amplísima facultad constitucional se refería a los delitos que, además de ser constitutivos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra: (i) hubieren sido cometidos “de manera sistemática”; (ii) tuviesen la suficiente gravedad; (iii) fueran representativos del actuar de las organizaciones o instituciones que los promovieron; e (iv) involucrasen a los denominados “máximos responsables”. Sin embargo, incluso en estos casos se

¹ Profesor Titular de Carrera, Universidad de El Rosario (Colombia). Presidente, Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda). Magistrado Auxiliar de la Corte Penal Internacional (2004-2010). Miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia de las Naciones Unidas (2002-2004).

otorgaba al Congreso la facultad para establecer una pena alternativa de duración incierta, cuyo cumplimiento, según su versión original, podría realizarse en régimen especial (incluyendo en el propio domicilio del condenado) o llegar a suspenderse (si bien la Corte Constitucional terminó por declarar inconstitucional dicha suspensión). De esta manera, el Marco Jurídico para la Paz convertía la investigación, el enjuiciamiento y el castigo penal de los crímenes de la competencia de la CPI en un mero apéndice del proceso de transición

Es en este contexto en el que hay que entender las reiteradas muestras de preocupación expresadas por la Fiscal de la CPI en los últimos años, y que han sido plenamente compartidas por varios organismos internacionales, tal y como se observa en el informe país sobre Colombia realizado por la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos en 2014. Cuando la justicia penal por los crímenes que merecen un reproche social más profundo, se convierte en un mero apéndice del proceso de transición, no cabe sino afirmar el incumplimiento por el Estado de las obligaciones, voluntariamente asumidas, de respeto y garantía frente a las graves violaciones de los derechos humanos, y de persecución penal de los crímenes internacionales de la competencia de la CPI.

Ante esta situación, lo que se conoce del Acuerdo para la Creación de una Jurisdicción Especial de Paz, contiene, en varios aspectos, un distanciamiento muy significativo frente a un Marco Jurídico para la Paz, que ha contado con el problema adicional de no haber sido nunca expresamente aceptado por las FARC-EP. Un primer análisis del nuevo Acuerdo permite observar que serán objeto de la nueva jurisdicción especial todos los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos por las distintas partes en el conflicto armado, lo que es de particular importancia teniendo en cuenta que, según afirma el profesor Jorge Giraldo en el informe de la Comisión para la Historia del Conflicto y las Víctimas (CHCV) de 2015, en un conflicto que ha dejado más de 250.000 muertos y desaparecidos, el número de miembros de los actores armados muertos en combate entre 1985 y 2000 apenas llega a uno por cada ochenta víctimas mortales civiles, reduciéndose drásticamente la proporción a uno por cada trescientos ochenta en los años siguientes.

Del mismo modo, las actuaciones no se limitarán a los “máximos responsables”, sino que se extenderán a todos a aquellos que hayan participado en la comisión de los delitos “directa” o “indirectamente”. Además, como regla general parece que se impondrán unas penas alternativas de 5 a 8 años de restricción de libertad, que son similares a las que la Ley de Justicia y Paz estableció en 2005 para promover la desmovilización de decenas de miles de integrantes de grupos paramilitares (si bien el nuevo Acuerdo permite que cuando haya reconocimiento de responsabilidad se puedan cumplir estas penas en establecimientos distintos de los centros penitenciarios).

Pero, sin duda, lo más relevante del nuevo Acuerdo es la mención expresa de que las actuaciones penales que desarrollará la Jurisdicción Especial para la Paz se dirigen a “acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición”. Después de varios años escuchando en Colombia que la verdad y las reparaciones han de ser extrajudiciales, y de que las actuaciones penales poco o nada tienen que ver con las garantías de no repetición, nos encontramos ante un nuevo marco normativo que reconoce expresamente: (i) el valor de la verdad judicial sobre las responsabilidades individuales (que complementa la verdad contextual e histórica que tratan de ofrecer los mecanismos extrajudiciales); (ii) la efectiva contribución de la

actividad judicial a las reparaciones; y (iii) la relevancia de los procesos penales en la construcción de garantías eficaces de no repetición. En otras palabras, si algo parece dejar claro el nuevo Acuerdo es el destierro de aquella visión de la justicia penal como mero apéndice del proceso de transición, encarnada en el Marco Jurídico para la Paz, y el reconocimiento de su condición de pilar autónomo y necesario del mismo.

Esto no significa que lo que se conoce del nuevo Acuerdo no presente ambigüedades y genere preocupación en varios aspectos, incluido: (i) la exclusión de la jurisdicción especial de aquellos crímenes de guerra que sean considerados como “no graves” (y que en todo caso formarán parte de la competencia de la CPI); (ii) la vinculación de los crímenes de lesa humanidad al conflicto armado, así como la referencia a su tipificación en el código penal colombiano, cuando ningún tipo penal previsto en el mismo recoge los elementos contextuales que los caracterizan; (iii) la determinación de qué grupos de condenados, o actualmente procesados, podrán eventualmente acogerse a la jurisdicción especial; y (iv) la posibilidad de que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad puedan ser calificados como “no graves” a los efectos de evitar sanciones que constituyan una restricción efectiva de la libertad.

Ante el desconocimiento del texto íntegro del nuevo Acuerdo, es difícil precisar en este momento el verdadero alcance de estas preocupaciones. Sin embargo, sí es posible afirmar que el nuevo Acuerdo parece restaurar a la justicia penal en la posición central que, según el Derecho internacional, le corresponde en todo proceso de transición. De esta manera, nos encontramos mucho más cerca de la “debida consideración a la justicia como pilar esencial de una paz sostenible” exigida por la Fiscal de la CPI. Por ello, como la propia Fiscal ha subrayado, ahora lo importante es garantizar que permanece en esa posición, y que según se vaya conociendo la letra pequeña del nuevo Acuerdo, se adopten las medidas necesarias para abordar las preocupaciones generadas por el mismo.