

ELEMENTOS JURÍDICOS Y DE LEGITIMACIÓN PARA ACUERDOS DE PAZ CON MIRAS AL POSCONFLICTO¹⁶¹

4

Sandra Montoya Ruiz

John Castro Ortiz

Jaime Cubides Cárdenas

Resumen

Este capítulo brinda una delimitación conceptual de elementos jurídicos del orden nacional e internacional, y de legitimación para las distintas etapas que se desarrollan en acuerdos de paz con miras al posconflicto en Colombia; también resalta algunas garantías necesarias para las partes del conflicto colombiano, la sociedad civil y la comunidad internacional. Adicionalmente, se abordarán conceptos relacionados con el cumplimiento de exigencias de un sistema jurídico integral de derechos humanos.

.....
161 Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación “Fundamentación e implementación de los derechos humanos”, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como tipo B por Colciencias y registrado con el código COL0120899. El grupo está vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Introducción

Los cambios de las políticas públicas en términos sociales, económicos y jurídicos en Colombia, desde la expedición de la Constitución Política de 1991, se han caracterizado por la búsqueda de amplias garantías y protección de derechos humanos; estos cambios han propendido por la construcción y la consolidación de una sociedad más justa, igualitaria e incluyente, por medio de principios, derechos y deberes de todos los ciudadanos en Colombia. Los principios derivados de la Constitución son, en gran medida, una consecuencia directa de la exigencia del marco constitucional de un Estado social de derecho, el cual demanda de toda la sociedad y de las instituciones gubernamentales un trabajo en conjunto hacia el logro de unos fines estatales que aseguren, para la población colombiana, mejores condiciones de vida y la consolidación de un modelo de Estado democrático justo y participativo¹⁶².

Entre los principios transversales que se plasman a modo de mandatos de optimización en el preámbulo de la Constitución Política de 1991, se encuentran: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Considerado así el asunto, es precisamente ante el logro del alcance y la sostenibilidad del principio y derecho a la paz que la democracia y la institucionalidad en Colombia tienen grandes desafíos, por medio de las negociaciones de paz y la implementación de los acuerdos.

En este orden de ideas, y dada la coyuntura de los actuales diálogos de paz entre el Gobierno nacional y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), y la implementación de los acuerdos logrados con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), se hace necesario dar lugar a reflexiones en torno a la ineludible legitimidad del orden interno e internacional, que debería traer consigo la implementación del Acuerdo Final de paz con las FARC en una etapa de

.....
162 Al referirse a un Estado participativo en Colombia se requiere revisar la participación ciudadana y la incidencia de esta en decisiones de alta trascendencia para las políticas públicas en los últimos años, en particular entre 1996 y 2013. Como lo evidencia la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, en estos años han sido radicadas alrededor de 268 solicitudes de mecanismos de participación ciudadana, de las cuales 126 han sido tramitadas para el 2013. El mecanismo de mayor popularidad en Colombia es el cabildo abierto; en los últimos tres años se han radicado al menos 109 solicitudes en todo el país. La Registraduría muestra que luego de la promulgación de la Constitución de 1991 no se ha solicitado ningún plebiscito ni ha prosperado ninguna de estas circunstancias: revocatoria de mandato, iniciativa popular, ni tampoco ningún referendo. Para profundizar, véase Registraduría Nacional del Estado Civil I, "Mecanismos de participación" (2016. <http://www.registraduria.gov.co/128-mecanismos-de-participacion.html>)

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

posconflicto y la eventual firma e implementación de unos posibles acuerdos con el ELN.

Cabe resaltar que, al hablar de legitimidad en este capítulo, se tendrá como aproximación conceptual una perspectiva desde la aceptación y el respaldo, tanto en lo legal como en lo político¹⁶³, para los acuerdos de paz y su implementación desde la sociedad civil y la comunidad internacional. En este sentido, resulta propicio resaltar que la aceptación y el respaldo a los procesos de paz, y a una etapa de implementación de estos, garantizan la comunicación asertiva de lo pactado, así como la coherencia y el cumplimiento de los tratados internacionales a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano en términos convencionales.

En este capítulo serán abordados tres elementos esenciales para el estudio de la legitimación en los siguientes términos: (i) implementación del Acuerdo Final con las FARC¹⁶⁴ bajo un escenario de posconflicto y (ii) la eventual firma de un acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y el ELN. A modo esquemático, en un primer punto se realizará, entonces, una aproximación conceptual de algunos elementos jurídicos del orden nacional e internacional que configurarían la necesaria exigencia de legitimación de los acuerdos; entre los elementos jurídicos para el análisis se tiene, entonces: el margen de apreciación nacional, el bloque de constitucionalidad y el principio de proporcionalidad.

En un segundo punto el capítulo analizará si estos elementos en conjunto, o de forma separada, serían conducentes para la legitimación de los acuerdos de paz y si aportan elementos pertinentes hacia la construcción de la etapa de posconflicto en Colombia, de cara a la observancia y entendimiento de estos por parte de la comunidad internacional. Finalmente, en el tercer punto será brindada una aproximación conceptual de la importancia que tiene para los intereses nacionales de Colombia y su posicionamiento en el plano internacional la existencia de un proceso de legitimación que integre la participación de la comunidad nacional e internacional en una etapa de posconflicto.

163 José Hierro, "Legitimidad y legalidad", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 4 (2013): 179-186.

164 El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera es el resultado final del proceso de negociaciones para la resolución de una parte del conflicto armado colombiano llevado a cabo desde 2012 entre el Gobierno de Colombia y las FARC.

Margen de apreciación nacional y bloque de constitucionalidad

Respecto al concepto del *margen de apreciación nacional*, se puede comenzar por señalar que este resulta un tanto desconocido e inclusive en ocasiones es sujeto de malas interpretaciones, dado el significado directo que suscitan las palabras con que se suele definir esta doctrina propia del derecho público internacional. Lo cierto es que el margen de apreciación nacional, como doctrina judicial en el derecho internacional para los tribunales de derechos humanos, ha sido concebido como una “herramienta judicial que pretende imponer límites al alcance de la actividad de los tribunales internacionales, con base en el reconocimiento del poder estatal en torno a la determinación (contenido y alcance) de los derechos humanos”¹⁶⁵.

Esta herramienta judicial también tiene una aplicación para los alegatos de los Estados ante instancias internacionales de derechos humanos, o como un instrumento judicial por tribunales internos, y se sustenta en componentes de soberanía y de discrecionalidad de los Estados, en particular para la toma de decisiones en relación con la defensa de derechos humanos, siempre y cuando, “dentro de su contenido y alcance [de estas decisiones] no impliquen el poner en riesgo la subsistencia misma de los individuos o sus condiciones más básicas de existencia”¹⁶⁶. Esto supondría que la aplicación del margen de apreciación nacional como herramienta de decisión judicial, en principio, no es procedente cuando se trata de graves situaciones de violencia o ante las violaciones más atroces de la dignidad humana, como ha ocurrido en Colombia en las últimas cinco décadas, con: (i) crímenes de genocidio, (ii) crímenes de lesa humanidad y (iii) crímenes de guerra, entre otros, que se encuentran tipificados dentro del marco jurídico brindado por el Estatuto de Roma de 1998, que da lugar a la competencia de la Corte Penal Internacional para el caso colombiano.

De esta forma, el margen de apreciación nacional es una doctrina que permite a los tribunales internacionales de derechos humanos abrir la posibilidad a las autoridades de un Estado para que sean estas las que tomen decisiones de fondo

.....
165 Paola Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?” En *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, ed. por Paola Acosta y Manuel Núñez (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 183.

166 Ibid., 187

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

sobre un asunto determinado de derechos humanos, en los casos en que estas autoridades pueden acceder a más información o a más recursos que el mismo tribunal internacional. No obstante lo anterior, el margen de apreciación nacional no puede ser abordado o entendido sin limitación alguna, pues existen límites intrínsecos y extrínsecos para su aplicación; en otras palabras: “Los límites [intrínsecos que] surgen a través de las obligaciones adquiridas por los [E]stados al momento de ratificar los tratados de derechos humanos y los otros [es decir los extrínsecos] aparecen cuando los derechos son controlados materialmente por los tribunales regionales de protección de derechos humanos en los alcances que éstos les otorgan a los derechos en virtud del principio de proporcionalidad.”¹⁶⁷

Teniendo en cuenta los componentes básicos de la aplicación y limitaciones que presenta la doctrina del margen de apreciación nacional, se debe resaltar que el único caso público, de acuerdo con Acosta, en que el Estado colombiano intentó defender su soberanía, autoridad y discrecionalidad en la toma de decisiones ante el Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH) se presentó en el informe núm. 71/79 de 1999, con el caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo¹⁶⁸, de la siguiente manera:

En este asunto los peticionarios alegaban la violación de los derechos de la señorita Álvarez Giraldo a la integridad personal, honra e igualdad como consecuencia de la negativa de las autoridades carcelarias a aceptar la visita conyugal entre ésta y su pareja del mismo sexo. En los argumentos de defensa presentados por el Estado durante la etapa de admisibilidad se aprecia un intento por defender tal prohibición, ya que: [...] el Estado justifica su negativa [para no] permitir la visita íntima por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias [...] Luego reiteró sus alegatos iniciales en cuanto a que la prohibición atiende a razones arraigadas en la cultura latinoamericana[,] la cual, sostiene, sería poco tolerante respecto de las prácticas homosexuales.¹⁶⁹

Con lo anterior en mente y al considerar lo señalado por Acosta, en relación con el único caso en el que Colombia ha invocado la figura del margen de apreciación nacional, desde una concepción externa como herramienta de defensa hacia

167 Francisco Barbosa, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, 26 (2011): 109.

168 Caso de la CIDH (<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/admisible/colombia11656.htm>)

169 Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano”, 188.

el SIDH, se puede observar que esta figura de discrecionalidad para el Estado colombiano es relevante y legítima, si se invoca bajo el principio de favorabilidad y proporcionalidad, y de manera armónica en el marco de las garantías de protección y el cumplimiento de derechos humanos. Un buen ejemplo de conducencia para esta doctrina lo cita también Acosta, quien indica lo siguiente frente a un caso particular:

En lo que respecta al nivel de enseñanza, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución [Política de Colombia], la educación obligatoria ‘comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica’. Esta disposición constitucional, según la jurisprudencia de esta Corporación, se traduce en que si bien el Estado tiene la obligación de disponibilidad respecto de todas las etapas de la educación (preescolar, primaria, secundaria y superior), se prioriza la consecución de un mínimo: un año de preescolar y nueve de educación básica, correspondiendo esto último a cinco años de primaria y cuatro de secundaria. La priorización referida no coincide completamente con la estipulada en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, limita la obligatoriedad de la educación a la primaria, lo que deja por fuera al nivel preescolar y a los cuatro años de secundaria que están contemplados en la Carta [Constitución Política] del 1991. Idéntica disposición contiene el Pacto de San Salvador en el artículo 13 y la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 28.¹⁷⁰

Ahora bien, si se toma en cuenta que el alcance del margen de apreciación nacional para su aplicación en el orden interno plantea como requisitos para su aplicación la transversalidad del principio de favorabilidad¹⁷¹, se tiene que las reflexiones con base en elementos jurídicos idóneos que se desprenden frente a procesos de legitimación del proceso de paz y construcción del posconflicto en Colombia pasarán por establecer si estos mecanismos son procedentes, pertinentes y útiles, dados los hechos del conflicto armado colombiano con las FARC y el ELN. Este desafío, en relación con la doctrina del margen de apreciación nacional y su aplicación, implica, por un lado, que los tratados suscritos y ratificados

.....
170 *Ibid.*, 197.

171 “Según la jurisprudencia constitucional, la contradicción entre una norma constitucional y una norma internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad se debe resolver de acuerdo con el principio de la favorabilidad, bajo el cual ‘el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos’, en este caso la norma constitucional”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-306 (2011), magistrado ponente Humberto A. Sierra Porto.

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

por Colombia en materia de derechos humanos, conforme con esta doctrina, tienen en apariencia un punto de discrecionalidad, que bien puede ser empleado como herramienta judicial de alegatos frente a tribunales de derechos humanos o como elemento jurídico de fundamento para decisiones internas de un Estado que se aparta de tratados internacionales, bajo el componente de la soberanía y bajo esquemas condicionados que no vulneren derechos fundamentales, siempre y cuando se apliquen los principios de favorabilidad y proporcionalidad.

Por otro lado, en relación con el punto de discrecionalidad que tienen los Estados con base en su soberanía, se debe decir que dentro del contexto del derecho internacional, el Estado colombiano está limitado a los presupuestos normativos de tratados o convenios que ha suscrito; un buen ejemplo de la limitación en un sentido que tiene Colombia como Estado para la aplicación del margen de apreciación en el contexto convencional de los derechos humanos lo estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷², que dentro de su artículo 27 señala lo siguiente: “un Estado Parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

En este punto cabe resaltar que el margen de apreciación nacional ha tenido poco desarrollo por parte de Colombia en los casos que se han adelantado ante el SIDH¹⁷³ por dos razones: “el tipo de violaciones —y el contexto en el que ellas se configuran— que llegan al sistema, [y] la forma como se tejen las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”¹⁷⁴. Bajo este contexto, y en el marco de los acuerdos de paz en Colombia, esta doctrina puede ser analizada desde dos orillas en términos de su aplicabilidad; por un lado, la que considera que no tendría una justificación legal ni tampoco legitimación, si se quisiera invocar por parte de las autoridades colombianas para acuerdos de paz y etapas de posconflicto con grupos armados insurgentes, dados los hechos criminales de los que estarían precedidos dentro del contexto de un conflicto

.....
172 La Ley 406 de 1997 aprueba la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales o entre organizaciones internacionales; esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional de Colombia por medio de la Sentencia C-400-98 de 10 de agosto, 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

173 Acosta, “Los casos colombianos ante el Sistema Interamericano”.

174 Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia* (Colombia: Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente, 2005), 20.

armado interno por delitos que representan una violación flagrante del derecho internacional humanitario.

En este sentido, el margen de apreciación nacional como figura de legitimación de acuerdos de paz y de una etapa de posconflicto entre el Gobierno colombiano y las FARC y el ELN no sería aplicable, dado que ello representaría un desconocimiento expreso de lo pactado por Colombia en el marco de los sistemas internacional y regional de protección de los derechos humanos, lo cual desencadenaría inestabilidad e inseguridad jurídica para el Estado con implicaciones internacionales, y con ello, la percepción internacional de debilidad institucional del Estado colombiano como garante de derechos humanos a escala nacional.

Desde otra orilla se interpreta que la doctrina del margen de apreciación nacional, de ser aplicada por las autoridades colombianas bajo los derroteros de la protección y garantías de derechos humanos y dentro del marco de las obligaciones del derecho internacional que tiene el Estado colombiano, es conducente como una alternativa para la legitimidad y la legalidad de los acuerdos de paz dentro del contexto de un bloque de constitucionalidad en un sentido estricto, pues este permite la armonía de lo pactado entre los acuerdos de paz y el amplio derecho convencional en derechos humanos vigente para Colombia en el marco de una justicia transicional. La postura de análisis jurídico por adoptar entre las dos orillas dependerá del marco de actuación esperado para Colombia y del alcance de la responsabilidad asumida internacional y nacionalmente por el Estado, en términos de protección de los derechos humanos y su efectivo desempeño en este campo, y el papel otorgado al bloque de constitucionalidad en la construcción de escenarios de un posconflicto.

Por otra parte, frente al bloque de constitucionalidad, de amplio desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional colombiana desde la década de 1990, cabe resaltar que este concepto “hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”¹⁷⁵, pero que, si se quiere denominar jerárquicamente el nivel de una norma constitucional, están situadas como:

Convenios de derecho internacional humanitario, que tienen jerarquía y fuerza constitucional, y aquellas otras disposiciones que no tienen rango constitucional pero que

.....
175 *Ibid.*, 20.

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

la propia Carta [Constitución Política] ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.¹⁷⁶

Al concepto de bloque de constitucionalidad sugerido por Uprimny se debe agregar que “la Constitución colombiana no se agota en los 380 artículos de su texto, sino que abarca otros componentes, preferentemente de Derecho Internacional, que son también normas constitucionales”¹⁷⁷. De hecho, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el bloque de constitucionalidad tiene un sentido estricto y un sentido lato en su contenido, del cual el primero —el estricto *sensu*— “se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los cuales se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos”¹⁷⁸; mientras el segundo —noción *lato sensu*—, del bloque de constitucionalidad:

Estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.¹⁷⁹

Incluso, la Corte Constitucional de Colombia, en una de las sentencias¹⁸⁰ de mayor desarrollo jurisprudencial para el articulado de la Constitución en relación con el bloque de constitucionalidad y su alcance, ha dicho que está compuesto por:

.....
176 *Ibid.*, 20.

177 Manuel Quinche, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º (2009): 163-190. 169.

178 Sentencia de Constitucionalidad C-191/98, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

179 *Ibid.*

180 Dentro de las sentencias se encuentra la C-225/95, la cual tiene como ponente al magistrado Alejandro Martínez Caballero. Esta sentencia tiene por temas relevantes: (i) la naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad. (ii) La aplicabilidad del Protocolo II y la soberanía del Estado colombiano. (iii) La humanización de la guerra y derecho a la paz. (iv) La protección de la población no combatiente y las obligaciones de las partes en conflicto, y, por supuesto, un primer avance para el desarrollo que tendrá el alcance del bloque de constitucionalidad para el ordenamiento jurídico colombiano.

Aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.¹⁸¹

Ahora bien, al retomar las consideraciones revisadas anteriormente en torno al concepto del margen de apreciación nacional como doctrina jurídica, que ocasionalmente pueda brindar o no fundamento para los acuerdos de paz y etapas de posconflicto a la orilla jurídica del análisis que se adopte, debe resaltarse que de manera simultánea el bloque de constitucionalidad en un sentido estricto —conforme con los postulados del artículo 93 de la Constitución y parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional— constituye otro de los elementos jurídicos por tener en cuenta para la consolidación y legitimación de los acuerdos de paz alcanzados, pues el bloque de constitucionalidad permite reconocer la debida observancia de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos humanos; así, esta es la primera de las bases para que la legitimidad de los acuerdos de paz sea la esperada por la comunidad nacional e internacional.

Conducencia de elementos jurídicos: elementos de análisis

De acuerdo con las precisiones o aproximaciones conceptuales que se presentaron anteriormente, es necesario revisar ahora qué tanto de lo planteado en términos jurídicos y doctrinales permitiría que los acuerdos de paz con miras al posconflicto estén revestidos de garantías en un sentido amplio para las partes y la sociedad civil, en lo que respecta a la legitimidad. Esta aproximación parte del reconocimiento de la legitimidad de los acuerdos como uno de los elementos más importantes para la sostenibilidad y efectiva materialización de lo pactado, en cuanto invita a ir más allá de la indispensable e innegociable legalidad frente al ordenamiento jurídico interno y en concordancia con el derecho convencional, pues, en términos generales, la legitimidad que se tenga en un sentido amplio será

.....
181 Sentencia de Constitucionalidad C-225/95, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

un elemento clave que represente la significativa trascendencia en lo político, jurídico y social de los acuerdos de paz a mediano y largo plazos en el escenario de un posconflicto.

De esta forma, para revisar la idoneidad del margen de apreciación nacional y del bloque de constitucionalidad en un sentido estricto, en cuanto a la legalidad y legitimación de los acuerdos de paz con las FARC y el ELN, es imprescindible que existan otras herramientas que medien operativamente hacia el logro de este mandato constitucional, pues las limitaciones para la aplicación de decisiones discrecionales del Estado en términos de justicia dentro del contexto de los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos —en cuyo marco Colombia tiene obligaciones de dar lugar a la reparación, a la justicia y a la verdad para las víctimas por violación de derechos humanos derivadas del conflicto armado—, se tiene por máxima que bajo ninguna circunstancia estos derechos pueden estar en riesgo de no cumplirse o no garantizarse. Además, vía control de convencionalidad, el Estado colombiano está en la obligación de observar y garantizar derechos humanos, con base en presupuestos normativos del derecho convencional, que obligan a la adecuación del derecho interno con lo pactado en tratados internacionales relativos a la protección de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Más aún y de manera expresa, el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con el deber de los Estados parte —como Colombia— señala que: “Si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Este artículo de la Convención ha sido fuente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el desarrollo de precedentes jurisprudenciales para la garantía de derechos, el acceso a la administración de justicia y su correspondiente tutela judicial efectiva; y por tanto, para brindar verdad, justicia y reparación integral para víctimas de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, entre otros. Para ilustrar lo anterior y como complemento del concepto de control de convencionalidad, se tiene en las consideraciones del caso Almonacid

Arellano vs. Chile¹⁸², adelantado ante la Corte IDH, el siguiente contexto que se adecua a lo planteado:

La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸³

Ahora bien, en el caso hipotético de lograr políticas públicas derivadas de los acuerdos de paz encaminadas bajo un principio de proporcionalidad¹⁸⁴ como

182 Para el control de convencionalidad, la Corte IDH indica en las consideraciones del caso referenciado que esta figura “aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. [No obstante lo anterior], el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos”. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, 2016. <http://www.corteidh.or.cr>: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>.)

183 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte IDH, 2006), párrafo 124.

Como complemento de las consideraciones de la Corte IDH, para el concepto de *control de convencionalidad* se tienen las siguientes observaciones sobre el particular: “Los órganos judiciales de cada país latinoamericano firmante de la CADH tienen una doble tarea: por un lado, ejercer el llamado control de constitucionalidad y, por el otro, un CCV. El primero consiste en hacer una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). El segundo, de acuerdo con Bazán (2011), consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de Derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. El CCV es más complejo de lo que se piensa. Además de hacer un parangón de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el corpus iuris del SIDH. La información actualizada de lo que acontece en el SIDH es requisito indispensable para cada juez local que quiera hacer valer los DH.” Alfonso Martínez y Jaime Cubides, “Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad; análisis de dos casos paradigmáticos”. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 97.

184 El concepto de *proporcionalidad*, para los fines de este escrito, se entenderá bajo las consideraciones del derecho constitucional como ese “punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada a la luz de la importancia del

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

eje transversal y que contemplen garantías para las partes en conflicto y para las víctimas en una etapa de posconflicto, bajo la premisa general de que existe un fin loable que consiste en buscar la transición de la guerra a la paz como objetivo superior; en este escenario hipotético se pueden observar, en el margen de apreciación nacional y el bloque de constitucionalidad, herramientas operativas que, de la mano con los principios de proporcionalidad y ponderación, permitirían que los acuerdos de paz y las etapas de posconflicto, a la luz del derecho internacional, se adecúen a las exigencias y desafíos de un sistema de derechos humanos que está revestido de estándares, que giren en torno a las víctimas y al restablecimiento de sus derechos.

Dentro del contexto y la aplicación de los principios de ponderación y proporcionalidad para estos casos de una justicia transicional como el colombiano, con la colisión que implican los derechos a la paz y a la justicia para las víctimas del conflicto armado, la Corte Constitucional, en las consideraciones de la Sentencia C-370/06, señaló lo siguiente sobre este particular:

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso [Demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz], por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que, de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás de-

principio afectado. Este concepto comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes". Véase Sentencia C-022 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

rechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado.¹⁸⁵

En ese sentido y en lo que respecta específicamente al margen de apreciación nacional y su correspondiente aplicación, desde una concepción interna y desde el principio de ponderación, para un punto clave como la justicia en los acuerdos de paz del Gobierno nacional con las FARC, se encuentran algunas consideraciones frente al Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto¹⁸⁶ y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz, como las siguientes:

En primer término, para su construcción se tuvo en cuenta la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos denominada “el margen nacional de apreciación”, en la medida en que se le permite al Estado apreciar la dimensión de su conflicto armado en sus diferentes niveles para construir el sistema de justicia. Esta doctrina es tremendamente útil por dos razones. La primera porque evita que las jurisdicciones internacionales concluyan que el sistema de justicia concebido es un artificio de la soberanía del Estado colombiano. En segundo término, dimensiona los delitos conexos a la luz de la historia del conflicto. Por ejemplo, el secuestro y la extorsión fueron el motor de la financiación de las Farc durante varias décadas. Su mecanismo de remplazo fue el narcotráfico.

[...]

Un segundo aspecto tiene relación con la idea de investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y graves crímenes de guerra, como toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. En ese sentido, el acuerdo sería compatible con el derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que se cumple con la obligación de investigar y sancionar, entendiendo que la sanción debe ser ponderada a favor de la paz como “derecho síntesis”. Esta postura es inédita en el Sistema Interamericano, toda vez que no existe precedente

.....
185 Sentencia de Constitucionalidad C-370/06, magistrado ponente Manuel José Cepeda y otros (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

186 El borrador conjunto entre el Gobierno nacional y las FARC-EP que tiene por fecha el 15 de diciembre de 2015, sobre el Acuerdo de Víctimas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz, y el Compromiso sobre Derechos Humanos, puede ser consultado en <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/acuerdos/Documents/acuerdo-punto-victimas.pdf>

•Elementos jurídicos y de legitimación para acuerdos de paz con miras al posconflicto.

que defina un proceso de paz en América Latina que aborde la justicia transicional, donde las víctimas sean el eje central de los acuerdos de justicia.¹⁸⁷

A lo anterior es necesario agregar, conforme con lo sugerido por Barbosa, que la doctrina del margen de apreciación nacional aparece de modo más claro dentro del Acuerdo sobre Víctimas, en el numeral 5.1.2 de justicia¹⁸⁸, con la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, con los principios 4.º y 5.º, de la siguiente manera:

4º. El Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

5º. En el ejercicio de dicha autonomía, aceptada y reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno[,] con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos.¹⁸⁹

Con los principios¹⁹⁰ 4.º y 5.º, que dan lugar a la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, la cual “cumplirá con el *deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar* las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto

187 Francisco Barbosa, “Blindaje internacional del acuerdo de justicia en La Habana” (*El Tiempo* [2015]. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdo-de-justicia-logrado-en-la-habana/16392491>).

188 El aparte 5.1.2 de *justicia* que acordó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz se encuentra disponible en el acuerdo del 24 de noviembre de 2016, firmado y modificado posteriormente a la etapa del plebiscito del 02 de octubre de 2016. El Acuerdo Final modificado de la fecha referenciada contiene los mismos elementos en términos de principios para el estudio conceptual del margen de apreciación nacional. El Acuerdo Final se puede consultar en www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf.

189 Francisco Barbosa, “Los acuerdos de La Habana y su naturaleza jurídica” (*El Tiempo* [2016]. <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdos-del-proceso-de-paz/16590732>).

190 Para un mejor contexto de los principios 4.º y 5.º citados, se puede consultar en las páginas 143 y subsiguientes del Acuerdo Final (www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf).

armado”¹⁹¹ (cursivas nuestras), se puede observar la búsqueda de legitimación a la luz de los estándares del derecho internacional para la protección de los derechos humanos. De acuerdo con la doctrina del margen de apreciación nacional y sus presupuestos de aplicación, se observa que la finalidad de este punto en lo relacionado con la justicia establece, entre otros puntos: (i) que la consolidación de la paz se logra con el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de las víctimas en lo relacionado con la verdad, justicia, reparación y expectativas de unas garantías de no repetición; (ii) que los delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura y ejecuciones extrajudiciales, entre otros delitos, no serán objeto de amnistía ni indulto o de beneficios equivalentes; (iii) que dentro del contexto de la justicia retributiva, restaurativa y transicional, se tendrán penas privativas de la libertad para quienes reconozcan responsabilidades; y (iv) mecanismos de reparación para las víctimas¹⁹².

Los principios que dan lugar a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz cumplen su objetivo o finalidad en correlación con un instrumento de gran relevancia en el ordenamiento jurídico: el *control de convencionalidad*; esto, debido a que el Estado, al reglamentar la Jurisdicción Especial para la Paz, debe realizar una confrontación normativa de este particular con un cuerpo de DD. HH. y DIH, para que estos no violen los principios del Estado de derecho y de sociedad democrática¹⁹³.

.....
191 Jaime Cubides, *Hacia una paz estable y duradera en Colombia: construcción a partir de estándares de DIH Y DICA aplicables a la Fuerza Pública* (Colombia: Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”, 2016), 6.

192 Para un contexto más amplio desde estándares internacionales que implique el concepto de reparación integral para las víctimas de violaciones de derechos humanos del conflicto armado en Colombia, se tienen las siguientes consideraciones conceptuales sobre el particular: “la reparación integral es un derecho con tres ejes: derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación. Respecto al derecho a la reparación, precisa: i) la caracterización del derecho, entendida como la necesidad de abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima y los componentes: restitución, rehabilitación e indemnización como compensación dineraria, satisfacción y garantías de no repetición; ii) las dimensiones individual y colectiva; iii) los deberes del Estado para una reparación suficiente, efectiva, rápida y proporcional —castigar a los autores intelectuales y materiales de las violaciones de derechos humanos por las que el Estado ha sido condenado—, y iv) los mecanismos por medio de los cuales se ejecuta la reparación (Becerra, 2007).” Tania Vivas, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. En: *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 13.

193 Ibid.

Conclusiones

Bajo una perspectiva que se enfoque en algunas de las finalidades en justicia que tiene el acuerdo de paz alcanzado y que pone como centro a las víctimas del conflicto armado, se encuentra que el sustento jurídico brindado por el margen de apreciación nacional, junto con el bloque de constitucionalidad para la efectiva protección de derechos humanos, se adecúa y se armoniza con las obligaciones del Estado colombiano internacionalmente para el ámbito de los derechos humanos. En términos de ponderación para el derecho a la justicia y la paz, se observa, desde la perspectiva garantista de las víctimas, que los acuerdos de paz no ponen en riesgo la protección de los derechos humanos que exige el derecho convencional ni pone en riesgo tampoco el cumplimiento de las obligaciones del Estado, siempre y cuando se mantenga el cumplimiento de estándares internacionales y del ordenamiento normativo interno. Más aún, y para reforzar lo anterior, frente a las obligaciones que tienen los Estados con las víctimas del conflicto armado y la consolidación de la paz por vía negociada en este escenario:

Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla.¹⁹⁴

Por otra parte, se debe resaltar que hace seis o siete años la terminación del conflicto armado con las guerrillas de las FARC y el ELN bajo una vía negociada era impensable e incluso inconducente, a pesar de los intentos consecutivos de las administraciones presidenciales previas a la administración de Santos Calderón y el despliegue institucional que de una u otra manera incidió para el logro del actual punto en el cual se encuentra el conflicto armado con las FARC; así, se tiene que hoy el lenguaje de los voceros de las FARC y del ELN ha cambiado al punto de reconocer discursivamente un Estado de derecho y su institucionalidad en Colombia, y un sistema internacional de protección de derechos humanos, lo

.....
194 Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Corte IDH, 2012). Para profundizar: véase voto concurrente en el párrafo 37 del juez Diego García-Sayán.

cual representa un paso importante, pero no suficiente, para blindar la sostenibilidad del proceso de construcción del posconflicto.

Es necesario que con la protección del bloque de constitucionalidad y su observancia bajo procesos jurídicos, políticos y democráticos se geste una legitimación externa e interna a dicho acuerdo, de forma que se brinde seguridad jurídica. Adicional a ello, los acuerdos, en términos de construcción para la paz, deben traer una imprescindible y necesaria participación ciudadana y de la comunidad internacional, para así representar simultáneamente un mecanismo de blindaje para el Estado colombiano en los casos del ejercicio de controles de tipo convencional o judicial que se puedan adelantar en el futuro, vía solicitud de parte o de oficio, por parte de cualquier persona, ante jurisdicciones locales o ante el Sistema Interamericano de derechos humanos, o incluso ante la misma Corte Penal Internacional, por la inobservancia o violación de tratados y convenios internacionales, o por el desconocimiento de las víctimas y sus derechos.

Instrumentos jurídicos como el margen de apreciación nacional, el bloque de constitucionalidad y los principios de ponderación y proporcionalidad, son medidas propicias en una justicia de transición para la efectiva: (i) reconstrucción de la confianza dentro de la sociedad; en particular, entre la sociedad y el Estado; (ii) el fortalecimiento del Estado social de derecho y el Estado de derecho; (iii) la reconciliación y (iv) la restauración del tejido social, entre otros objetivos; si son adecuadamente utilizadas y no desvirtúa su carácter fundacional.

En el proceso de legitimación resulta necesario resaltar, también, la creación de un *sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*, integrado por una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, como mecanismo independiente e imparcial de carácter extrajudicial, que permita, en casos de recomendaciones de organismos internacionales como la ACNDUH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) o la Corte Penal Internacional, ser tenido en cuenta como compromiso estatal de la búsqueda de la verdad, la convivencia y la no repetición de la violación de los derechos humanos que protagonizó el conflicto armado interno colombiano, para la construcción de un efectivo posconflicto.