
ACUERDO CON LAS FARC: IDEAS PARA EL NUEVO GOBIERNO

JORGE H. BOTERO
BOGOTÁ, MAYO DE 2018

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos



ACUERDO CON LAS FARC: IDEAS PARA EL NUEVO GOBIERNO

JORGE H. BOTERO
BOGOTÁ, MAYO DE 2018

fasecolda
Federación de Aseguradores Colombianos



Cra. 7 N° 26-20 Piso 11 y 12
(57+1) 344 3080
Bogotá, Colombia
www.fasecolda.com

Presidente ejecutivo

JORGE H. BOTERO

Dirección de comunicaciones
y mercado

INGRID VERGARA

Diseño y diagramación

DAVID DONCEL

Impresión

ICOLGRAF

Prohibida su reproducción
total y parcial sin autorización
de los editores.

2018

ACUERDO CON LAS FARC: IDEAS PARA EL NUEVO GOBIERNO

Jorge H. Botero¹

Bogotá, mayo de 2018

CONTENIDO

I. Introducción.....	6
II. Los ineludibles deberes éticos.....	8
III. El arduo camino hacia el Plebiscito.....	10
IV. Puesta en marcha de vías alternas al fallido Plebiscito.....	16
V. Obligatoriedad del Acuerdo Final con las FARC.....	24
VI. Limitaciones y libertades jurídicas en el marco de un Estado de Derecho.....	30
VII. Restricciones y flexibilidades que enmarcarán al nuevo Gobierno.....	33
VIII. Resumen y conclusiones.....	43

¹ Con el valioso apoyo de Paola Tamayo y Mariela Villamizar

I. Introducción

Si el objetivo central de cualquier acuerdo de paz es recibir en la sociedad civil a unos actores armados para que, ya inermes, se integren y promuevan los objetivos de reforma social que persiguen, el núcleo del pacto de La Habana consiste en la concentración de los guerrilleros en unas zonas delimitadas, la entrega ordenada de sus armas y de los bienes producto de su accionar delictivo. Como contrapartida a esas decisiones, que son difícilmente reversibles, el Estado se comprometió a velar por la vida y la seguridad de los antiguos alzados en armas, a respaldar, de diversas maneras, su tránsito hacia la sociedad civil y garantizar la estabilidad jurídica de lo pactado.

El Acuerdo Final (AF) entre el Gobierno Nacional y las FARC, celebrado el 24 de noviembre de 2016, contiene profundas innovaciones al ordenamiento jurídico. Con el fin de aportar ideas para el nuevo gobierno, este documento tiene como objetivo proponer una hoja de ruta sobre los ajustes que requiere la implementación del acuerdo de paz.

Bajo este supuesto, trataremos de establecer qué aspectos del AF no pueden cambiarse por cuanto se han configurado derechos subjetivos o expectativas legítimas; qué otros elementos deben preservarse por razones de conveniencia política, ya sean domésticas o de orden internacional; y, en cuáles aspectos de las políticas públicas el Estado puede y debe recuperar los márgenes de acción que fueron acotados en la negociación con la guerrilla.

En primer lugar, abordaremos los ineludibles deberes éticos que le corresponden al nuevo gobierno; partimos de la base de que “volver trizas el acuerdo” fue una expresión insular que careció por completo de respaldo. Por lo tanto, se deberá garantizar la vida de los antiguos integrantes de las FARC, avanzar en la puesta en marcha de los proyectos productivos y fortalecer los programas de sustitución de cultivos ilícitos. Algunas de las instituciones creadas en cumplimiento del AF deben ser preservadas, con reformas o sin ellas, tales como la Comisión de la Verdad y la Jurisdicción Especial de Paz, JEP.

En el segundo capítulo *-El arduo camino hacia el plebiscito-* haremos un recuento sobre el contexto normativo previo al comienzo de las negociaciones de La Habana y los problemas de legitimidad política del acuerdo generados por el rechazo popular en las urnas.

El tercero se ocupa de la puesta en marcha de vías alternas al fallido plebiscito, la ratificación por parte del Congreso y la jerarquía jurídica del Acuerdo.

Posteriormente, abordaremos las cuestiones derivadas de la obligatoriedad del AF, la inconveniencia de su derogatoria, y, el alcance legal que tiene el acuerdo para futuros gobiernos.

Los capítulos siguientes se ocupan de las restricciones y libertades jurídicas que enmarcarán al nuevo gobierno dentro de los límites del Estado de Derecho.

Finalmente, presentaremos un resumen y las conclusiones del documento.

En todo caso, las consideraciones que siguen se formulan bajo el supuesto de una continuidad flexible del Acuerdo; no de su muerte súbita, ni de su instrumentación a rajatabla. Se requiere transformar aquello que ha dividido hondamente a la sociedad colombiana en una política de Estado.

II. Los ineludibles deberes éticos

No importa cuál sea el balance que del Acuerdo Final (AF) se realice, y aun si se tuvieren glosas de fondo como las que aquí se formularán, el hecho incuestionable es que se logró en virtud de ese convenio la desmovilización de 20.011 guerrilleros. Buena parte de ellos son jóvenes de origen campesino sumidos en la pobreza, que fueron víctimas más que victimarios del conflicto, y para quienes la única opción de vida disponible fue enlistarse en las FARC. Abandonar la única “institución” que velaba por sus intereses, para depositar su confianza en el Estado, tuvo que ser una compleja decisión personal.

La información oficial disponible² demuestra que desde que la guerrilla dejó las armas en julio de 2017, han sido asesinados 40 ex combatientes. Peor aún, según cifras divulgadas por la Defensoría del Pueblo³, desde finales de 2016 a comienzos de 2018, han sido asesinados 260 “líderes sociales”. Otras fuentes confiables muestran resultados tan preocupantes como estos. Según Naciones Unidas⁴ en 2017 y lo corrido de 2018 han sido asesinados 121 defensores de derechos humanos. Podrían caber dudas sobre las metodologías utilizadas para clasificar esas muertes; para proceder con rigor sería preciso establecer que las víctimas pertenecen a esa categoría, (que muchas veces proviene de actividades no formales de liderazgo); también el motivo por el cual se produjeron esos crímenes, lo cual depende de los resultados que arrojen las investigaciones que adelante la Fiscalía General. Esta, hasta donde sabemos, no ha publicado un documento que explique el contexto de estas modalidades nuevas de delincuencia que han surgido, o se han o intensificado, con posterioridad a la firma del AF.

No se requieren profundos estudios para saber que la desmovilización de las FARC, que infortunadamente fue parcial, tanto como el crecimiento acelerado del narcotráfico han generado una lucha enconada por el control territorial de actores armados, principalmente en ciertas zonas cocaleras. Esta perturbadora realidad determina que sobre el nuevo gobierno recaea la responsabilidad de que el posacuerdo sea, en verdad, el posconflicto.

² Gobierno de Colombia. Informe, Garantías de Seguridad: Un Año de Implementación. Mayo, 2018

³ Defensoría del Pueblo, Informe especial de riesgo: Violencia y amenazas contra los líderes sociales y los defensores de derechos humanos. Marzo, 2017

⁴ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (OACNUDH), Informe de Derechos Humanos. Marzo, 2018

No son sencillas las tareas de reincorporación de los antiguos guerrilleros a la vida civil. Luego de un proceso cuidadoso de rehabilitación y selección, 184⁵ de ellos han sido incorporados como servidores públicos en los cuerpos de seguridad. Entendemos que esos programas han sido exitosos. Esta es la parte fácil. La compleja es el apoyo a los proyectos productivos concebidos y ejecutados por los antiguos alzados en armas, según fue previsto en el punto 3.2.2.1 del Acuerdo Final. Por supuesto, no es tarea sencilla convertir a personas, en general con muy baja educación y experiencia, en empresarios. Sin embargo, los casi nulos resultados en este campo exigen mejoras sustantivas en la gestión de las autoridades competentes.

Al margen de si se introducen o no cambios en las estrategias de erradicación de cultivos ilícitos, entre ellas la reintroducción de la aspersión aérea, conviene pensar en alternativas de vida novedosas y eficientes para los campesinos cocaleros. Valdría la pena, por ejemplo, pensar en un sistema de migración voluntaria apoyada integralmente por el Estado hacia otras partes del territorio donde las condiciones agrológicas sean adecuadas, y en las que se pueda crear o fortalecer una infraestructura integral económica y social para familias cocaleras que quieren iniciar nuevos proyectos de vida.

Experiencias de este tipo abundan en el mundo. En el Brasil, por ejemplo, se tomó la determinación a mediados del siglo pasado de construir una nueva capital para que sirviera como polo de desarrollo para vastas zonas del interior del país. La puesta en marcha por las autoridades de Israel de exitosos programas de desarrollo agrícola en el desierto del Sinaí es un ejemplo digno de imitar. En años recientes, el Perú ha logrado convertir zonas áridas cercanas a su costa pacífica en emporios agrícolas.

A partir de programas ya consolidados como estos en otras latitudes, el nuevo gobierno podría pensar en diseñar programas migratorios de campesinos cocaleros hacia otras regiones del país. La Orinoquía ofrece posibilidades muy atractivas. Su desarrollo es posible y coherente con una ambiciosa agenda de desarrollo rural para superar el conflicto.

⁵ Gobierno de Colombia, Op. Cit. P.36

III. El arduo camino hacia el Plebiscito

Contexto normativo previo al comienzo de las negociaciones

Al parecer, el Gobierno en el momento de iniciar las conversaciones con las FARC en La Habana, no creía que las profundas reformas institucionales que se acordaron (la adición de una suerte de “segundo tomo” a la Carta del 91) fueran a suceder. Sabía, por supuesto, que, durante las conversaciones adelantadas por la Administración Pastrana en la zona despejada del Caguán, se había definido un índice temático de tal modo vasto que, en realidad, no había asuntos vedados para una eventual negociación, la cual no tuvo lugar por cuanto, para esa época, la guerrilla estaba en plan de fortalecerse en su aspiración de tomarse el poder por las armas.

Como contaba, además, con el desprestigio político de la guerrilla, el fortalecimiento de la Fuerza Pública -subproducto ambos de esas fallidas negociaciones-; con los duros golpes militares que se habían propinado a la guerrilla; con la creación de la Corte Penal Internacional, que cerró el camino de las amnistías para crímenes atroces; y, finalmente, con la terminación de la guerra fría, que puso fin a los apoyos del antiguo bloque socialista, no era irrazonable pensar en un acuerdo de paz parecido a los suscritos años atrás con el Movimiento 19 de abril, M19, y el Ejército Popular de Liberación, EPL.

En el Acuerdo celebrado con el M-19 el 9 de marzo de 1990 se lee:

Coincidimos en la necesidad de que a través de los mecanismos ordinarios de Reforma Constitucional o mediante la convocatoria del Constituyente Primario, Plebiscito, Referéndum o Asamblea Constituyente, se fortalezca la legitimidad institucional y la aprobación de materias de vital importancia para la consecución de la paz. Nos comprometemos a promover los acuerdos políticos necesarios para alcanzar este cometido de ampliación de los espacios democráticos. De todas maneras, la decisión que se tome en este sentido deberá estar precedida de un amplio acuerdo que incluya el asentimiento de quienes ejerzan la Presidencia de la Republica.

Adviértase el débil efecto vinculante de esta estipulación, que no plantea reformas concretas; resultó suficiente que ellas versaran sobre “materias de vital importancia para la consecución de la paz”. ¿Cuáles? Es cuestión que entonces no se definió pero que tuvo concreción en la Constituyente de 1991, en la cual ese movimiento, ya desmovilizado, jugó un importante papel, aunque sin privilegio alguno frente a los demás partidos y movimientos que participaron en la Asamblea.

En ese documento se acordó también la creación de una "Circunscripción Especial de Paz para partidos políticos surgidos de movimientos alzados en armas desmovilizados y reincorporados a la vida civil"; una reforma electoral y otra a la justicia, pero su adopción no fue establecida como requisito previo al desarme guerrillero. En efecto: "A partir de la fecha, el M-19 anuncia que todos sus frentes armados fueron desmovilizados y sus miembros incorporados a la vida institucional del país; anuncia, así mismo, que hizo dejación de todas sus armas, municiones y material de guerra ante la Comisión de la Internacional Socialista designada para este fin".

El M-19 confió en el "establecimiento" y este le cumplió; esa guerrilla igualmente honró su palabra a pesar del asesinato de su líder Carlos Pizarro en abril de 1990. (Buena parte de la persistencia en el ingreso del M-19 a la imperfecta democracia colombiana corresponde a Antonio Navarro Wolff, quien por poco paga su inmenso valor civil con su propia vida. Lo consigno para futura memoria).

Una historia parecida a esta es la de la desmovilización del EPL. En el acuerdo suscrito en febrero de 1991, "el Gobierno Nacional concede al EPL dos voceros en la Asamblea Nacional Constituyente desde su instalación, los cuales harán tránsito a delegados permanentes de pleno derecho en la misma Asamblea, a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la dejación total y definitiva de las armas".

Ambos movimientos guerrilleros participaron en la Asamblea Constituyente de 1991, aunque no, como lo pretendieron las FARC en La Habana, para negociar una nueva carta fundamental en la que sus integrantes, designados por ellas, y no por los ciudadanos, tendrían al menos la mitad de los escaños. Notable contraste con los precedentes. El M19 tuvo que conseguir sus cupos en el proceso electoral sin privilegio alguno, mientras que el EPL aceptó tener en la Asamblea dos participantes.

Otros de los logros obtenidos por el EPL suenan casi ridículos cuando se les compara con los gigantescos que obtuvieron las FARC, incluso después de la renegociación del Acuerdo de La Habana:

El Gobierno apoyará la edición de un libro de 3.000 ejemplares sobre la historia del EPL en el proceso de paz, cuyo texto será responsabilidad de esa organización (...), al igual que "la apertura de CASAS DE LA DEMOCRACIA, en diversas ciudades del país". (...) Con el propósito de contribuir a la publicidad del Proyecto Político derivado del Proceso de Paz adelantado por el EPL, y de señalar su definitiva conveniencia para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia colombiana ante la sociedad en general, el Gobierno Nacional se compromete a financiar: (...) La publicación de un

aviso de página entera en día dominical o festivo a criterio del EPL, en dos diarios de circulación nacional y cinco de circulación regional, con texto que será de responsabilidad del EPL.

Con estos antecedentes no resulta extraño que la Administración Santos hubiese entrado en el proceso con las FARC con un instrumental jurídico tan liviano como el que fue utilizado en las negociaciones que habían culminado con éxito a comienzos de los años 90. Nos referimos, en primer lugar, a la denominada "ley de orden público", expedida, para que tuviese vigencia temporal, en 1997, y prorrogada varias veces, la última en el 2016 con el objetivo de que, como lo destacó la Oficina del Alto Comisionado para la Paz⁶, "una instancia internacional pudiera estar encargada de la administración, registro, control, destrucción o disposición final del armamento del grupo armado organizado al margen de la ley". Por cierto, bajo el amparo de esta disposición fue posible que Naciones Unidas participara en los procesos muy complejos de concentración, entrega de armas y desmovilización de los integrantes de las FARC. Es incuestionable que esas operaciones culminaron con éxito.

Mas esas disposiciones, en realidad, facultaban para muy poco: adelantar diálogos de paz sin que ellos, por sí solos, tuvieren efectos vinculantes salvo que versaren sobre asuntos que se encontraran bajo las competencias propias del Presidente de la República; pedir a los jueces la suspensión de órdenes de captura de los voceros de los grupos armados con los que decidiera adelantar conversaciones; ordenar la liberación provisional de guerrilleros que estuviesen privados de libertad; acotar o modular la acción de las Fuerzas Armadas en ciertas porciones del territorio; permitir, para facilitar las negociaciones, "zonas de despeje". Por último, en las distintas versiones de esta legislación se han mantenido las potestades presidenciales para conceder amnistías y curules parlamentarias.

Es evidente que tales regulaciones no eran suficientes para las ambiciosas medidas impulsadas por las FARC que el Gobierno poco a poco fue aceptando. Buena parte de esas reformas, como en efecto ha sucedido, determinaron cambios sustantivos de carácter constitucional de los que no existían precedente. Por eso se le presenta como uno de los acuerdos más completos del mundo; y es cierto: nunca un Estado legítimo y democrático había cedido tanto.

Tal vez en algún momento el Gobierno vislumbró que la expectativa de una negociación como las que habían sido tradicionales carecía de

⁶ <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2016/febrero/Por-que-es-importante-un-cambio-a-la-Ley-de-Orden-Publico.aspx>

fundamento; por esa razón, resolvió “madrugarle” a la guerrilla fariana sometiendo a consideración del Congreso lo que se vino a denominar “El Marco Jurídico para la Paz”. Allí se definieron los principios de la justicia transicional, la creación por el Congreso de una comisión de la verdad y el mandato de regular el complejo tema de los delitos conexos al político a fin de extender a estos los beneficios penales que a aquel suelen concederse. Este estatuto fue aprobado sin dificultades en julio de 2012.

Las conversaciones públicas se abrieron en Oslo en octubre de ese año. No se dijo entonces, pero es bueno dejarlo consignado aquí, que esa fue una determinación censurable. Sirvió para darle a una guerrilla menguada en el terreno militar, carente de respaldo político interno, que había sido calificada como grupo terrorista por muchos países, incluidos los que integran la Unión Europea y Estados Unidos, una visibilidad internacional injustificada. Mejor habría sido una ceremonia modesta, dentro del país o en alguno de los países vecinos.

Por lo anterior, no sorprende que la guerrilla, ya convertida en protagonista mundial de la paz, en un plano semejante al que ha conquistado el presidente Santos, y graduados sus integrantes como rebeldes con causa, haya decidido rechazar de plano la reforma constitucional adoptada por el Congreso a instancias del Gobierno. El denominado “Marco Jurídico para la Paz” quedó, de facto, derogado por un grupo alzado en armas. Un verdadero hito en la historia política de Colombia. La opción de las FARC era, y fue durante mucho tiempo, radicalmente distinta: la asamblea constituyente que propuso en diciembre de 2013, y de la que solo vino a desistir en una fase avanzada del proceso, clara indicación de su propósito, en buena medida exitoso, de negociar en condiciones simétricas o igualitarias con el Estado.

Esa constituyente, producto de un “gran acuerdo nacional”, adoptaría las grandes transformaciones que el país demandaba con urgencia. De este modo, el acuerdo que saliera de las negociaciones de La Habana apenas vendría a configurar una plataforma o piso. En esa asamblea fundacional, el movimiento guerrillero designaría directamente sus delegados; exigió también que algunos de ellos fueran transexuales, campesinos, militares retirados, víctimas, etc., nada de lo cual era posible conforme a la Carta Política del 91, circunstancia que las FARC, por supuesto, no ignoraban. Ella contempla la posibilidad de su reforma mediante una asamblea constituyente, cuya convocatoria y agenda definiría el Congreso, y cuyos integrantes serían elegidos en comicios populares por los ciudadanos, al margen de sus preferencias sexuales, su condición étnica y su modo de ganarse la vida.

Esa propuesta fue enfáticamente rechazada por razones obvias: admitirla habría equivalido a aceptar que la guerrilla había triunfado en el plano político, así hubiese perdido en el militar. Resulta infortunado señalar que la alternativa presentada inicialmente por el equipo gubernamental para superar ese complejo escollo fue errada: un referendo constitucional. Cualquiera sabe que, si bien el referendo constitucional es un vehículo idóneo de reforma constitucional, solo es posible si se formulan a los electores, sin sesgo alguno, preguntas específicas, ya redactadas como propuestas de normas jurídicas, o convertibles en tales mediante un mero ejercicio lingüístico. O en palabras de la Constitución, art. 378: “El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente”. Convertir las más de trescientas páginas del AF en preguntas presentadas a los electores para que votaran sí o no, y una por una, en comicios públicos ciertamente habría sido imposible. Todavía estaríamos votando...

Para salir de esa trampa, el Gobierno no tuvo más remedio que virar hacia el plebiscito; únicamente sobre esa base la guerrilla aceptó desmontarse de su constituyente inconstitucional. Le salió mal, como sabemos, pero como ambas partes ya habían tomado la determinación de llegar a un acuerdo, no tenían más remedio que transitar ese camino.

El Plebiscito como mecanismo de refrendación del Acuerdo

Una vez logrado un entendimiento con las FARC, fue preciso realizar varios ajustes normativos que fueron complejos y demoraron unas negociaciones que el presidente anunció como de meses y duraron años, y que finalmente culminaron con la convocatoria del pueblo a las urnas para que se pronunciara sobre el futuro acuerdo de paz. Este evento, como se recordará, fue votado el 2 de octubre de 2016.

El plebiscito celebrado en 1957 para consolidar un acuerdo de paz entre los partidos liberal y conservador, dejar atrás un gobierno dictatorial y restablecer la democracia plena de manera paulatina, en realidad fue, conforme a la terminología que hoy se usa, un referendo: una reforma a la Carta Política votada directamente por los ciudadanos. Esa no era la opción querida por el Gobierno y las FARC para “meterle pueblo” al acuerdo que estaban negociado. Se trataba de que los electores, en bloque y de modo indivisible, le diésemos un respaldo de modo tal que se convirtiera en un mandato vinculante para todas las autoridades del Estado. Ni la Constitución, ni sus desarrollos posteriores lo decían así con claridad. La Ley

134/94, art. 7, había dispuesto que el plebiscito “es el pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo”.

Sin embargo, como no se dijo de qué manera se materializaría ese apoyo, fue necesario acudir al Congreso para que lo estableciera. Fue lo que hizo la Ley 1806/16, art. 3: “La decisión aprobada a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, *tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo*”. O lo que es lo mismo y enteramente razonable: la aprobación popular del plebiscito, si bien no tiene efectos normativos, configura un mandato político a todas las autoridades para que, dentro de sus respectivas competencias, procedieran a convertirlas en textos jurídicos.

En esta materia el Gobierno sufrió un inesperado revés. La Corte, sentencia C-379/16, decidió restringir los alcances de un eventual plebiscito triunfante:

(...) se identifican los siguientes elementos definitorios del plebiscito: (i) es un mecanismo de participación ciudadana que puede ser convocado únicamente por el presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario, (ii) para consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias. El pronunciamiento popular (iii) dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado; y, además, (iv) tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano, restringiéndose dichos efectos al Gobierno, sin que resulten extensibles a otras ramas del poder público”.

Es evidente que para un objetivo tan modesto como buscar respaldo popular para el presidente en el desarrollo de políticas que, de todos modos, tiene la libertad de adelantar en ejercicio de sus funciones, no valen la pena los riesgos y costos de acudir a este mecanismo de democracia directa. Tampoco si se advierte que, el rechazo popular no genera una restricción inamovible, en la medida en que el presidente conserva íntegras sus potestades y puede, por las vías ordinarias, seguir buscando el triunfo de sus iniciativas. Fue lo que, en efecto, hizo.

El segundo golpe es bien conocido: así haya sido por una exigua mayoría, el pueblo en las urnas rechazó el acuerdo con las FARC.

Fue este un resultado sorpresivo por cuanto las encuestas anticipaban un triunfo abrumador del Gobierno; pero, en mayor medida, lo fue como consecuencia de que éste asumió una conducta claramente parcializada a favor del plebiscito, al extremo de que si hubiese triunfado

el veredicto de las urnas habría carecido de legitimidad. La fractura de la sociedad que desde entonces hemos vivido -y que el nuevo gobierno deberá contribuir a superar- podría haber sido aún peor.

Sustento esta acusación en hechos como los siguientes:

- El discurso oficial se basó en clasificar a los ciudadanos en dos categorías antagónicas: los amigos y los enemigos de la paz, como si la conquista de ese preciado objetivo no admitiera modalidades y variantes.
- La autorización, concedida a los funcionarios del Estado, para que hicieran campaña a favor del plebiscito, ignorando una regla de conducta contraria que el país había practicado inveteradamente. Por supuesto, en un país donde la gran mayoría de los funcionarios estatales son de libre nombramiento y remoción, esa facultad, en la práctica, solo podían ejercerla quienes fueran partidarios del plebiscito.
- Las vehementes solicitudes que desde el Gobierno se dirigieron a los empresarios para que suministraran recursos económicos a fin de respaldar la iniciativa gubernamental. Por supuesto, no hacerlo podría mandar una señal inconveniente.
- La realización de un acto internacional y solemne de suscripción del Acuerdo Final pocos días antes de la realización del plebiscito. El mensaje subyacente fue inadmisibles: la expresión del querer popular no era más que una formalidad; con el respaldo de la comunidad de las Naciones, el Acuerdo era un hecho irreversible.
- La formulación de la pregunta dirigida a los ciudadanos en las urnas para que se entendiera que votar por el Sí era la única manera de expresar respaldo a la paz.
- El anuncio presidencial, evidentemente carente de veracidad, de que, si no se votaba a favor del plebiscito, la guerrilla iniciaría una ola de violencia en las ciudades.

Estas glosas se formulan, no solo para censurar la conducta del Gobierno que culmina dentro de pocos meses, sino también para dejar una señal de alerta de lo difícil que resulta que un gobierno cualquiera se comporte de manera neutral o, al menos, ecuanime cuando moviliza al pueblo en torno de su agenda. Y para que no se olvide que instrumentos de democracia directa, como el plebiscito, son, por su propia naturaleza, polarizantes. En fin, de cuentas, no hay opiniones diferentes al Sí y el No⁷.

⁷ Soy, por supuesto, consciente de que la estrategia del Centro Democrático se fundamentó en la explotación de las emociones negativas de los electores. Los seres humanos todos, incluso cuando actuamos en política, lo hacemos movidos por sentimientos; apelar a ellos es normal dentro de ciertos límites, y, a sabiendas, de que hay muchas zonas de penumbra en las que no caben juicios tajantes de verdad y falsedad. Además, la extensión y complejidad del texto plebiscitario limitó severamente la posibilidad de decisiones racionales por parte de los votantes.

IV. Puesta en marcha de vías alternas al fallido Plebiscito

Fracasado el plebiscito y cerrado un nuevo acuerdo que, así conserve su fisonomía, contiene interesantes novedades frente al anterior, en particular en los asuntos rurales, fue menester enfrentar el reto de darle fuerza legal vinculante. Dos hitos son fundamentales: la ratificación por la vía del Congreso, y la categorización del AF como un instrumento del Derecho Internacional Humanitario. Los examinaremos enseguida:

La refrendación mixta entre el Pueblo y el Congreso

Como el Gobierno sabía que la refrendación plebiscitaria del eventual acuerdo que estaba negociando tendría efectos políticos más no jurídicos, tenía que definir de qué manera tramitaría en el Congreso las reformas constitucionales que llegaren a ser necesarias. Pudo haber mantenido las normas procesales ordinarias que la Constitución contempla; no obstante, teniendo en cuenta que culminar las negociaciones no era tarea sencilla, aunque suponiendo que el plebiscito se impondría en las urnas, planteó ante el Congreso lo que vino a conocerse con “Fast Track”, que es un procedimiento abreviado de trámite legislativo; y la posibilidad de que ciertas materias de rango legal pudiesen ser puestas en marcha mediante decretos presidenciales.

El Congreso acogió la petición del Gobierno, pero añadió lo siguiente: “El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. El Gobierno entró en pánico, aunque de manera tardía. Para cualquiera que tenga un conocimiento mínimo en materia constitucional, parecía evidente que una cosa es la refrendación que realiza el pueblo en las urnas y otra, muy diferente, la que efectúa el Congreso, no como titular de la soberanía popular sino como delegatario permanente suyo en virtud de la expedición de la Carta Política vigente. Por lo tanto, el único acto posible para la refrendación del Acuerdo sería el plebiscito que tendría lugar meses después.

Sin embargo, la Corte Constitucional le concedió, cuando ya todo parecía perdido, una salida al Gobierno. Lo hizo en la sentencia C-699/ 2016:

“(...) la consecuencia correlativa de la votación desfavorable o de la falta de votos suficientes para la [ratificación del acuerdo], es la imposibilidad jurídica para el Pre-

sidente de adelantar la implementación de ese Acuerdo en específico". Pero ese pronunciamiento no neutraliza su obligación constitucional de lograr la paz (art 22), y por tanto debe perseguir otras formas de concretar este imperativo". (He destacado)

O, en otros términos: a pesar de que el acuerdo fuera negado por el pueblo, como en efecto sucedió, y siendo cierto que esa circunstancia inhibe al presidente de ejecutarlo, como sus facultades constitucionales no sufren mengua alguna, y sigue recayendo sobre él la obligación de buscar la paz...puede ir al Congreso a que le dé vía libre para hacer lo que los ciudadanos rechazaron, siempre y cuando el nuevo texto que presente difiera del anterior en aspectos sustanciales. La Corte nunca revisó la veracidad de esta afirmación.

El raciocinio judicial que, en la práctica, hizo equivalente al pueblo con sus representantes, es comprensible entre abogados, pero difícilmente aceptable para la gente del común que sintió que se había cometido un fraude contra la voluntad popular. Esa determinación de la Corte fue, en su momento, uno de los factores determinantes de la polarización a cuya superación o, al menos, mitigación, el nuevo gobierno tendrá que dedicar sustanciales esfuerzos.

Categorización del Acuerdo como instrumento del Derecho Internacional Humanitario

Resuelto el escollo de la refrendación, que podría ocurrir por la vía del Congreso usando las normas ad hoc adoptadas por el Congreso y convalidadas por la Corte, era menester abordar una cuestión esencial: la fuerza obligatoria del AF. Es evidente que si ese complejo conjunto de compromisos -que, en sí mismos, no tienen estructura normativa- son vinculantes y sí, por consiguiente, es menester convertirlos en Derecho aplicable, es necesario establecer con precisión la causa o fuente de esa obligación.

El asunto fue abordado por el AL 1/16, art. 4, en los siguientes términos:

En desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera constituye un acuerdo especial en los términos del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del acuerdo final, una vez este haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del acuerdo final. (He destacado)

De este texto surge la necesidad de establecer si tiene sentido, como allí se pretende, que el Acuerdo Final sea un acuerdo humanitario conforme

al derecho internacional de los Derechos Humanos y, que, justamente por serlo, deba ser tenido parte del Derecho Interno de Colombia en el plano constitucional.

Como este documento no tiene pretensiones académicas, sino, apenas, procura aportar elementos de juicio sobre los debates públicos que en la actualidad se adelantan, no tiene su autor restricción alguna en citar a Wikipedia como fuente de sus posiciones. Su rigor y neutralidad han sido ampliamente reconocidas, de modo tal que lo que allí aparece, salvo cuando se trata de materias que suscitan discrepancias ideológicas severas, es tenido como el estado del arte para un vasto conjunto de asuntos. Allí se lee:

El Derecho internacional humanitario (DIH) es una rama del Derecho internacional público que busca limitar los efectos de los conflictos armados protegiendo a las personas que no participan en las hostilidades o que han decidido dejar de participar en el enfrentamiento, y restringir y regular los medios y métodos de guerra a disposición de los combatientes; regula la conducta en los conflictos armados (ius in bello). Se compone de una serie de normas, en su mayoría reflejadas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales.

Las normas del Derecho internacional humanitario pretenden evitar y limitar el sufrimiento humano en tiempos de conflictos armados. A su vez, pretende limitar o prohibir el uso de ciertos métodos de guerra, pero no determina si un país tiene derecho a recurrir a la fuerza, tal y como lo establece la carta de Naciones Unidas. Estas normas son de obligatorio cumplimiento tanto por los gobiernos y los ejércitos participantes en el conflicto como por los distintos grupos armados de oposición o cualquier parte participante en el mismo.⁸

Es relevante destacar que el Derecho Internacional Humanitario, como su nombre lo indica, se ocupa de mitigar o limitar las atrocidades propias de las guerras, sean entre Estados o entre actores civiles; y que su vigencia y obligatoriedad dependen de la persistencia del conflicto, lo cual significa que, concluido este, deja de regir. No porque sea lícito retornar a la barbarie de una confrontación bélica carente de reglas, sino, al contrario, porque, habiendo ella finalizado, sus preceptos serán sustituidos por las normas estipuladas para ponerle fin o, alternativamente, por las impuestas por el actor que ha triunfado. El DIH, como se ha señalado tantas veces, es un derecho de excepción.

Me ha sorprendido gratamente al desarrollar este ejercicio aprender que uno de los textos canónicos del Derecho Internacional Humanitario es el "Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra", suscrito en 1820 por el Libertador Bolívar y el General Español Pablo Morillo. (Es importan-

⁸ Consultado en mayo 18/16

te de paso anotar que este documento contiene un tácito reconocimiento de la independencia del Virreinato de la Nueva Granada y de la Capitanía General de Venezuela por la Corona Española).

Transcribirlo, así sea parcialmente, es útil; aporta una idea bastante aproximada del DIH actual:

Art. 1° La guerra entre España y Colombia se hará como la hacen los pueblos civilizados, siempre que no se opongan las prácticas de ellos a alguno de los artículos del presente Tratado que debe ser la primera y más inviolable regla de ambos Gobiernos.

Art. 2° Todo militar o dependiente de un ejército tomado en el campo de batalla aun antes de decidirse ésta, se conservará y guardará como prisionero de guerra, y será tratado y respetado conforme a su grado hasta lograr su canje.

Art. 3° Serán igualmente prisioneros de guerra y tratados de la misma manera que éstos, los que se tomen en marchas, destacamentos, partidas, plazas, guarniciones y puestos fortificados, aunque éstos sean tomados al asalto, y en la marina los que lo sean aun al abordaje.

Art. 4° Los militares o dependientes de un ejército que se aprehendan heridos o enfermos en los hospitales, o fuera de ellos, no serán prisioneros de guerra, y tendrán libertad para restituirse a las banderas a que pertenezcan luego que se hayan restablecido. Interesándose tan vivamente la humanidad en favor de estos desgraciados, que se han sacrificado a su patria y a su gobierno, deberán ser tratados con doble consideración y respeto que los prisioneros de guerra, y se les prestará por lo menos la misma asistencia, cuidado y alivio que a los heridos y enfermos del ejército que los tenga en su poder.

.....

Art. 11. Los habitantes de los pueblos que alternativamente se ocuparen por las armas de ambos Gobiernos, serán latamente respetados, y gozarán de una y absoluta libertad y seguridad, sean cuales fueren o hayan sido sus opiniones, destinos, servicios y conducta con respecto a las partes beligerantes.

Art. 12. Los cadáveres de los que gloriosamente terminen su carrera en los campos de batalla, o en cualquier combate, choque o encuentro entre las armas de los dos Gobiernos, recibirán los últimos honores de la sepultura, o se quemarán cuando por su número, o por la premura del tiempo, no puede hacerse lo primero. El ejército o cuerpo vencedor, será el obligado a cumplir con este sagrado deber, del cual, sólo por una circunstancia muy grave y singular podrá descargarse, avisándolo inmediatamente a las autoridades del territorio en que se hallan para que lo hagan. Los cadáveres que de una y otra parte se reclamen por el Gobierno o por los particulares, no podrán negarse, y se concederá la comunicación necesaria para trasportarlos.⁹

Manteniéndome en la esfera de las nociones elementales, que, precisamente por serlo, son las de mayor importancia, debo recordar que la matriz y texto fundamental del DIH provienen de los Protocolos de

⁹ Tomado del portal oficial del Gobierno de Venezuela

Ginebra de 1949, adicionados en 1977 para regular el tratamiento de las víctimas de los conflictos armados. Si de mi dudan, créanle a la Cruz Roja Internacional: "Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son la piedra angular del derecho internacional humanitario, es decir, el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos".¹⁰

Por lo tanto, adquiere especial relevancia acudir directamente a sus estipulaciones:

ARTÍCULO 3 DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

CONFLICTOS NO INTERNACIONALES

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- la toma de rehenes;*
- los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

¹⁰ <https://www.icrc.org> › guerra-y-derecho

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

*La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto (He destacado)*¹¹.

Nada adicional requerimos para tener una concepción clara del contenido del DIH, la cuestión que en seguida debemos abordar consiste en establecer la veracidad de la afirmación contenida en el texto constitucional expedido por el Congreso citado más arriba; es decir, que “el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera constituye un acuerdo especial en los términos del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949”.

De entrada, aparece una flagrante contradicción en los términos: como el acuerdo suscrito con las FARC tuvo por objetivo poner fin al conflicto, no constituye un compromiso para humanizarlo; o de otra manera, si las partes hubieran acordado medidas para mitigar los horrores de la confrontación bélica -que es la materia propia de los acuerdos humanitarios- las partes no hubieran dispuesto su finalización. Todavía más: el derecho de la guerra no es el mismo derecho que el de la paz. Déjenme acudir a una metáfora propia del mundo de la medicina: una cosa es la cirugía que se realiza para extirpar órganos o tejidos dañados, y otra, muy diferente, es la fisioterapia que busca la rehabilitación del paciente. Medicina de “guerra” la primera; de paz, la segunda.

El fin perseguido con la celebración del Acuerdo del Teatro Colón aparece con nitidez en el preámbulo del documento que a sí mismo refiere como un “acuerdo de paz”. Esa connotación se plasma en muchas de sus disposiciones, pero especialmente en esta:

“...el Gobierno Nacional y las FARC-EP se comprometen con el cumplimiento de lo aquí acordado en materia de Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo (CFHBD) y Dejación de Armas (DA), para lo cual elaborarán una hoja de ruta que contenga los compromisos mutuos para que a más tardar a los 180 días luego de la firma del Acuerdo Final terminado el proceso de dejación de armas”.

.....

Y para abundar en pruebas sobre el fin del conflicto, anotemos que el AF contiene una sección completa en la que se detalla la logística del “cese

¹¹ Por efecto de esta regla los acuerdos que realicen las partes en conflicto para elevar los estándares mínimos del DIH no puede decirse que ellos tengan la categoría de Derecho Internacional. De lo contrario, los actores armados irregulares pasarían a tener la categoría de sujetos suyos, efecto suficiente para disuadir a los Estados que afrontan conflictos internos de suscribirlos.

al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de las armas entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP”.

Pero si todavía se abrigare alguna duda, un breve repaso de su estructura corrobora que todas las materias que en él se regulan tienen que ver con la implementación de la paz, y no con la modulación de la tragedia inherente a la confrontación armada. Este es el índice del AF:

1. *Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral*
2. *Participación política: apertura democrática para construir la paz*
3. *Fin del conflicto*
4. *Solución al problema de las drogas ilícitas*
5. *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*
6. *Implementación, verificación y refrendación*

Nada tienen que ver los compromisos asumidos entre la guerrilla fariana y la Administración Santos para reformar el sector rural de nuestro país, las novedosas reglas para facilitar el ingreso a los antiguos alzados en armas a la contienda política civil y combatir el flagelo de las drogas, con la humanización de un conflicto en curso. Según el Gobierno lo ha señalado múltiples veces, con la firma de ese texto se dio comienzo al denominado posconflicto. Es cuestión de simple lógica: el AF no puede ser, al mismo tiempo, un instrumento propio del conflicto y del posconflicto.

Desde una perspectiva diferente, llegamos a la misma conclusión. Leamos, para este cometido, el art. 93 de la Carta Política, en lo pertinente:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Dejando de lado, por estéril en este contexto, la elucidación de en qué consiste el bloque de constitucionalidad, una teoría importada por la Corte de la jurisprudencia francesa y convertida en regla constitucional en el acto legislativo que analizamos, debo destacar que el derecho humanitario que se incorpora a la Constitución es el que proviene de “tratados y convenios internacionales”.

El acuerdo de paz con las FARC no pertenece a esa categoría por una razón poderosa: no fue ese grupo subversivo uno de los sujetos que el derecho internacional reconoce como tales, que son, exclusivamente, los Estados y las organizaciones que ellos conforman, Naciones Unidas, por ejemplo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados estipula: “... se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya consta en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”.

De lo expuesto se concluye que el Acuerdo Final no es, como se pretendió, un acuerdo propio del Derecho Internacional Humanitario. Nos metieron, para decirlo de manera coloquial, “gato por liebre”. La prueba reina es que el propio Congreso, dócil en aquel entonces a las solicitudes del Gobierno, pidió que se revocara una regulación que, muy seguramente, no habría pasado el filtro de la revisión constitucional. Habría sido gravísimo; el acuerdo con las FARC hubiera quedado flotando en la nebulosa de las buenas intenciones, sin ningún anclaje jurídico.

Episodios como este muestran que el Gobierno tenía compromisos un tanto débiles con la preservación del Estado de Derecho y que, leal a lo que constituye el corazón de su proyecto, siempre estuvo dispuesto a asumir el costo de un país crecientemente polarizado.

V. Obligatoriedad del Acuerdo Final con las FARC

Para sustituir la frágil estructura que hemos criticado en la sección precedente, se adoptó por el Congreso el siguiente texto, que fue expedido, tanto como el anterior, en ejercicio de las competencias que para la reforma de la Carta pertenecen al Congreso. Está contenido en el AL 2 /17:

ART. 1°—La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así:

Artículo Transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales. Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

ART. 2°—El presente acto legislativo deroga el artículo 4° del Acto Legislativo 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores al Acuerdo Final.

Vamos a estudiar este texto desde dos perspectivas diferentes. La primera para tratar de establecer la posibilidad de su derogatoria pura y simple, lo cual implicaría privar de todo sustento legal al AF; no es esa una acción que el autor considere adecuada desde el punto de vista político, pero, de todos modos, es preciso dejar clara esa cuestión. La segunda, consiste en aportar los argumentos en virtud de los cuales esa opción radical, aún si fuere factible, no se considera conveniente.

Derogatoria de las normas adoptadas para darle estatus jurídico al Acuerdo Final

Es indudable que ese instrumento fue acogido por el Congreso para que fuese obligatorio: “Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final”, dice el AL 1/17. ¿Podría revertir su decisión?

Siguiendo el aforismo “las cosas se deshacen como se hacen”, la respuesta sería positiva: el AF, que fue adoptado por un acto legislativo, podría ser derogado por un acto de igual categoría, por un referendo constitucional o por una asamblea constituyente, que son los mecanismos previstos en la propia constitución para su reforma. Tal conclusión, sin embargo, no sería correcta en cualquiera de dos hipótesis: (i) si el Acuerdo fuese una norma obligatoria del derecho internacional; (ii) si fuere un elemento estructural o “pétreo” y, por ende, inamovible de la Carta.

Ya hemos discutido la posibilidad primeramente enunciada y concluido que el AF no es una norma del derecho internacional humanitario; y que tampoco es un tratado o convenio suscrito en el ámbito del derecho internacional. A lo dicho nos atenemos, pero señalando ahora que en el acto legislativo vigente se ha omitido la categorización de aquel como derivado de los convenios que recogen el DIH. El Congreso, pues, bajo el liderazgo del Gobierno, desertó de su postura anterior¹².

Vayamos, entonces, a la otra posibilidad: el AF entró a la Constitución y allí permanecerá inexorablemente hasta que concluyan los tres periodos presidenciales que comienzan en agosto de 2018. Es decir, que el AL 2/17 se habría convertido en un elemento definitorio o estructural de la Constitución, razón por la cual no podría ser retirado de la misma sino cuando venza el plazo que el Congreso, en su condición de constituyente derivado, determinó.

¹² Por consiguiente, el depósito del AF en la sede de la Cruz Roja en Ginebra carece de todo efecto legal. Fue una concesión a las FARC carente de implicaciones jurídicas.

Existen límites que el Congreso no puede franquear; si lo hiciera, en realidad no habría reformado el Estatuto Fundamental, sino que lo habría reemplazado por otro, posibilidad que, dentro del orden político vigente, le está proscrita; sería un acto revolucionario fundante de una institucionalidad nueva, no derivada de la anterior, que es lo que, en sentido jurídico constituye, una revolución. Esta cuestión, que la Carta no resuelve directamente, ha sido objeto de importantes determinaciones jurisprudenciales. Veamos:

En la sentencia C- 053/16 se dijo:

Esta Corporación se ha esforzado por precisar el concepto de sustitución. Así, en la sentencia C-1200 de 2003 indicó que ello ocurre cuando se transforma “cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla.” Sustituir la Carta “consiste en remplazarla, no en términos formales, sino materiales por otra Constitución” de forma tal que “no pueda sostenerse la identidad de la Constitución”. Sobre el particular la sentencia C-970 de 2004 indicó:

“Se trata de un cambio total de la Constitución por cambio de su fuente de legitimidad y se presenta cuando se da una ruptura, de manera que la nueva Constitución no pueda tenerse como la continuación de la anterior, sino como una distinta, producto de un nuevo acto constituyente. En esos eventos, la Constitución nueva no deriva su validez de la anterior, sino de una nueva manifestación del poder constituyente primario.

En tal hipótesis, por obra del movimiento constituyente, la Constitución hasta entonces vigente deja de regir, y por consiguiente ya no podrá tenerse como fuente de validez del nuevo orden jurídico, y el pueblo, en una manifestación directa de su capacidad constituyente, decide darse una nueva Constitución.

(...) una sustitución no se produce por introducir variaciones a su texto, incluso cuando resultan significativas. Ese fenómeno solo tiene ocurrencia cuando la modificación tiene tal alcance o naturaleza que la Carta Política de 1991 resulta, después de la modificación, definitivamente irreconocible.

(...)

Ha advertido esta Corte “que no todas las modificaciones que introducen una reforma constitucional tienen la entidad de sustituir per se la Constitución” dado que solo sucederá con las que “quebrantan, destruyen o suprimen un aspecto que confiere identidad a la Constitución de 1991, de suerte que su inclusión supone que la Carta Política ya no es la que era, sino otra totalmente diferente.” (He subrayado)

De lo anterior se pueden extraer cuatro afirmaciones que definen, me parece, el punto que debatimos:

- (I) El Congreso puede reformar la Carta, pero no sustituirla;
- (II) la frontera entre lo que le está autorizado a hacer y las modificaciones que le están prohibidas, no es fácil de determinar, así la Corte dé pautas para efectuar la partición de aguas;

- (III) la sustitución ocurre cuando el Congreso altera el texto constitucional expedido por la Asamblea Constitucional de 1991;
- (IV) el problema de violación de la Carta so pretexto de reformarla no ocurre en el contexto de la sustitución de una reforma constitucional realizada por el Congreso por otra que el mismo Congreso aprueba.

La conclusión, entonces, es la siguiente: el Congreso, como ya lo hizo una vez, podría modificar las razones, grado y alcance de la recepción del AF en el derecho nacional; en ejercicio de ese poder, podría también “relegarlo a las tinieblas exteriores”. O sea, derogarlo.

No creo -insisto en ello- que sea el camino. Nos mantendría en una situación de antagonismo exacerbado que restaría capacidad y movilidad al nuevo gobierno. Y podría traducirse en una relación tensa y áspera con países amigos que han visto con enorme simpatía la obra del presidente Santos.

El AF como marco de referencia política de los próximos tres gobiernos

Para tomar posición al respecto es indispensable tener en cuenta, tanto el AL 1/17, que, en lo pertinente, ya copié, como la sentencia de la Corte que definió, en octubre pasado, su constitucionalidad. Infortunadamente, como esa sentencia no ha sido publicada, solo contamos con los criterios provistos por la Corte en su comunicado # 51 de 2017:

La expresión “validez” del inciso primero del artículo 1º hace referencia a la conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo.

La expresión “obligación” del inciso segundo del artículo 1º se refiere a una obligación de medio, esto es, de llevar a cabo los mejores esfuerzos para cumplir con lo establecido en el Acuerdo Final, entendido como política de Estado, cuyo cumplimiento se rige por la condicionalidad y la integralidad de los compromisos plasmados en el mismo.

La expresión “deberán guardar coherencia” del inciso segundo del artículo 1º impone a los órganos y autoridades del Estado el cumplimiento de buena fe de los contenidos y finalidades del Acuerdo Final, para lo cual, en el ámbito de sus competencias, gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados para ello, en el marco de lo convenido, bajo el principio de progresividad.

El artículo 2º incorpora un principio de estabilidad y seguridad respecto de lo acordado “hasta la finalización de los tres periodos presidenciales posteriores a la firma del acuerdo final”. Dicho principio es deferente con las finalidades del Acuerdo y hace posible su implementación con respeto de las competencias de las autoridades y órganos del Estado, a nivel nacional y territorial.

A reserva de las claridades que, en algún momento, nos provea la Corte mediante una sentencia en debida forma¹³, los alcances del acto de incorporación del AF al sistema jurídico deben determinarse teniendo en cuenta el comunicado judicial. Hagamos el esfuerzo:

- La Corte decidió mantener, por razones hasta ahora ignotas, el AF dentro de la Constitución. En efecto: se lee en el AL arriba copiado que “Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final”. Esa postura genera dificultades teóricas de envergadura: si el AF no constituye un compromiso vinculante conforme a derecho internacional, como creo haberlo demostrado, ¿a título de qué se inserta en la Carta? Tendría que responderse que rige como acto del derecho interno.
- Si rige por sí mismo, *integralmente o en bloque*, en el derecho interno, es decir, si cada uno de los compromisos que contiene obligan sin que la Corte los confronte con la Carta, en realidad el Acuerdo sería el hito fundacional de un nuevo orden jurídico y político: para decirlo llanamente, vendría a configurar una proclama, como aquella célebre del 20 de julio de 1810, proferida por las autoridades de una nueva República de Colombia. (Tal vez tendríamos que llamarla Bolivariana).
- Esta tesis, explícitamente expuesta en un fallo de la Corte, generaría un escándalo mayúsculo. Tal vez preocupados sus integrantes por la gravedad de una enormidad conceptual como esa, procedieron, enseguida, a modularla: aunque el AF es obligatorio eso apenas significa que hay que desplegar “los mejores esfuerzos” para cumplirlo bajo el supuesto de que es una “política de Estado”¹⁴. Todavía más: los órganos y autoridades “gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados...” para atender sus tareas de instrumentación del AF “...en el marco de lo convenido, bajo el principio de progresividad”.

¿Qué pensar de todo este galimatías? Ya que me lo preguntan, diré que la historia del proceso revela que, desde el comienzo, las FARC y el Gobierno tuvieron claro un objetivo: mediante un acto único de refrendación, el acuerdo que llegaran a suscribir debería ser vinculante para el Estado, de manera integral y sin condición alguna. El Acuerdo Marco, suscrito en

¹³ De nuevo hay que escandalizarse porque nuestra Corte, práctica insólita en el mundo forense, no divulga sus sentencias en el momento en que las adopta. Lo hace muchos meses después.

¹⁴ La pretensión de tratar el Acuerdo como una política de Estado, cuando, en realidad dividió profundamente al país, carece de todo fundamento. Además, esa noción, propia de la Ciencia Política, es extraña a las categorías propias del Derecho.

La Habana en agosto de 2012 para regular el alcance de las negociaciones, estipulaba que se adoptaría un “Mecanismo de refrendación de los acuerdos”. A su vez en el Acuerdo del Teatro Colón se definió que:

El nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera deberá ser objeto de refrendación, de acuerdo con el Punto 6 de la Agenda del Acuerdo General. Dicha refrendación podrá efectuarse mediante sistemas de participación ciudadana como son el plebiscito, la iniciativa legislativa, la consulta, el cabildo abierto y otros, o por corporaciones públicas elegidas mediante sufragio sobre cuyos miembros recaiga representación con mandato tales como el Congreso de la República, las asambleas departamentales y concejos municipales. El Gobierno Nacional y las FARC-EP acordarán el mecanismo de refrendación que habrá de hacerse como las normas pertinentes o sentencias lo indiquen.

En pos de este objetivo se reformó la legislación de los plebiscitos de paz para que el veredicto popular, si fuere favorable, tuviese carácter vinculante. Esa estrategia fracasó: no solo porque el pueblo rechazó el Acuerdo sino también porque ese connato legislativo fue declarado inexecutable. El siguiente intento consistió en incorporar el AF en la Carta como instrumento del DIH, pretensión fallida por su total fragilidad conceptual, tal como lo hemos explicado en sección precedente de este documento. La última tentativa fue la contenida en el AL1/17, que acabamos de analizar.

A mi modo de ver, la Corte debió decidir de una manera clara: o rechazar el intento de convertir el pacto con la guerrilla fariana por intentar sustituir la Constitución, para lo cual su propia jurisprudencia le hubiere provisto un arsenal de argumentos; o, al contrario, darle plena jerarquía constitucional extrayendo de esa decisión la consecuencia de su obligatoriedad plena e incondicional. Decidió ir por una línea media carente, en mi sentir, de fundamento lógico. Pero al margen de las debilidades conceptuales de esa postura, se ha producido una dinámica política virtuosa: el Congreso ha podido modular y modificar, durante el trámite de las normas de refrendación, algunos aspectos importantes del AF. Desde su propia perspectiva la Corte ha venido haciendo lo mismo.

Hacia adelante las autoridades nacidas de los recientes eventos electorales tendrán algunas restricciones, pero, al propio tiempo, grados amplios de libertad. La porción restante del ensayo pretende aportar claridad al respecto.

VI. Limitaciones y libertades jurídicas en el marco de un Estado de Derecho

Respeto a los derechos adquiridos y expectativas legítimas

Uno de los fines esenciales del Estado es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Nuestra Constitución consagra este propósito en su artículo segundo: “Son fines esenciales del Estado, entre otros, proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”. Resulta entonces razonable que aquellas personas que se han acogido al proceso de paz demanden de las autoridades, acciones encaminadas a garantizar estos derechos.

En Sentencia C-147/97, la Corte Constitucional desarrolló el concepto de derechos adquiridos:

Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

Por otra parte, puede suceder que las personas sometidas a cualquier ordenamiento jurídico adopten determinaciones bajo el supuesto razonable de que determinadas normas, para ellas fundamentales, conservarán su vigencia. O al revés: que si pudieran anticipar su derogatoria o cambio en aspectos esenciales, otras serían sus decisiones.

En sentencia C- 131/04, la Corte analizó esta cuestión:

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u

omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

En el siguiente capítulo, profundizaremos en estos principios y su aplicación en el contexto del Acuerdo suscrito con la guerrilla fariana.

Las reglas Pacta sunt Servanda y Rebus sic stantibus

Los acuerdos de voluntades como fuente de obligaciones y derechos solo son factibles si, en efecto, quienes los suscriben quedan atados por sus disposiciones, unos para demandar las prestaciones prometidas, otros para cumplirlas. Múltiples son las manifestaciones de este principio, cuyo sustrato moral es incuestionable, tanto en el derecho privado como en el público. Un aforismo latino recoge este principio: “Pacta sunt Servanda”: los pactos son para cumplirlos. Naturalmente esa exigibilidad depende de que ellos sean válidos; si no lo son, por ejemplo, por vicios en la expresión del consentimiento de las partes, deben ser declarados nulos, en cuyo caso su carácter vinculante desaparece.

El artículo 1602 del Código Civil dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. A su vez, el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dice: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Sin embargo, los contratos cuya ejecución no es instantánea (la compra-venta de un predio, por ejemplo), sino que se deben cumplir durante un lapso que puede ser dilatado, pueden originar un problema: que en ese interregno las condiciones relevantes, por causas ajenas a la voluntad de las partes, cambien haciendo más gravosa la situación del deudor, no en aspectos marginales de la obligación asumida, sino en cuestiones sustanciales.

En el campo del derecho mercantil (art. 868 del Código de Comercio) se abre la posibilidad de la revisión de los contratos de tracto o ejecución sucesiva cuando se tornen para el obligado en excepcionalmente onerosas por circunstancias imprevisibles y avasallantes. Tal es el contenido de la regla “rebus sic stantibus”, que literalmente se traduce como “estando así las cosas”.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados recoge, en su art. 62 esta regla en los siguientes términos:

Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. (...)

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

El AF suscrito con la guerrilla fariana contiene reglas conforme a las cuales ya se consolidaron unas situaciones jurídicas o se crearon unas expectativas legítimas que deben ser respetadas; es cuestión que abordaremos enseguida. Mas hay otras a cargo del Estado que deben ejecutarse por el actual gobierno y por los tres siguientes. Durante ese largo periodo de 14 años muchas cosas pueden cambiar; esos cambios pueden incidir de manera sustancial en el alcance de las obligaciones de las partes, en especial del Gobierno. De hecho, ya está sucediendo.

En cualquier caso, este marco referencial otorga al Gobierno con relación al convenio con la guerrilla márgenes de apreciación y flexibilidades importantes que la propia Corte ha reconocido. Como acabamos de verlo, las autoridades “gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados para ello, en el marco de lo convenido, bajo el principio de progresividad”.

VII. Restricciones y flexibilidades que enmarcarán al nuevo Gobierno

De manera abstracta hemos procurado definir el marco de actuación del nuevo gobierno. Para culminar los objetivos que nos hemos propuesto debemos identificar, sin pretensiones de exhaustividad, las restricciones que este tendría y sus grados de libertad.

Beneficios subjetivos concedidos conforme a normas vigentes; expectativas legítimas derivadas de los actos de incorporación del AF

A través de las personas que sobre ellos ejercían autoridad y mando, los integrantes de las FARC-EP celebraron con el Gobierno de Colombia un acuerdo que contiene obligaciones y derechos que se materializan en cabeza de personas que fueron singularmente determinadas las que, además, suscribieron posteriormente obligaciones como contrapartida de determinados derechos. El gobierno con el cual se negoció y suscribió el AF deriva su investidura de comicios populares y es reconocido como válido por la ciudadanía y la comunidad internacional. Conspicuos integrantes de ella acompañaron las negociaciones y asistieron a las ceremonias de suscripción de textos previos, el lamentable de Cartagena (tres días antes del plebiscito) y el definitivo del Teatro Colón.

Las obligaciones asumidas por los antiguos integrantes de la guerrilla son graves y difíciles de revertir: concentración en ciertas zonas del territorio nacional, bajo vigilancia policial y sin posibilidad de salir sin permiso de autoridad estatal, entrega de armas personales y ulterior desmovilización. En suma: los antiguos guerrilleros quedaron inermes a merced de quien hasta entonces había sido su enemigo: el Estado. A cambio estipularon, bajo precisas condiciones, amnistías e indultos; un régimen de penas reducidas que excluye la privación de la libertad y la extradición; la posibilidad de ser funcionarios públicos; y un conjunto de apoyos económicos para facilitar su incorporación a la vida civil. Algunos de ellos fueron elegidos miembros del Congreso.

Para refrendar las obligaciones asumidas por el Gobierno han sido promulgadas normas jurídicas de rango constitucional y legal. Con base en ellas, se han reconocido beneficios individuales que generan, para sus beneficiarios, derechos subjetivos de los que no pueden ser privados sino

como por causas establecidas con antelación y, solo por los jueces de la República. No será posible, por ejemplo, revocar las amnistías o indultos, concedidas según las previsiones contenidas en la Ley 1820/16, salvo que sus beneficiarios incumplan las condiciones tenidas en cuenta para concederlas.

De otro lado, en reglas expedidas por el Congreso en su calidad de constituyente derivado que se encuentran vigentes, se establecieron los elementos centrales de la justicia transicional que tienen un marcado acento protector para los integrantes de la guerrilla que oportunamente se desmovilizaron. Hacemos referencia a que, bajo ciertas circunstancias y cumplidos ciertos requisitos, no haya pena privativa de la libertad; o a que en ciertas circunstancias el delito de narcotráfico sea considerado como conexo con el político para efecto de recibir un tratamiento penal benévolo.

Podría sostenerse que como la JEP, que es la autoridad competente para reconocer esos beneficios todavía no ha entrado a funcionar, y, por lo tanto, no se han reconocido derechos a ninguna persona en concreto, no se han configurado aún derechos adquiridos. Pero, en tal caso, los beneficios en abstracto reconocidos tendrían que mantenerse en virtud del principio contenido en el art. 29 de la Constitución: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Una hipotética ley futura que redujera o eliminara los beneficios en materia penal sería ineficaz en el contexto que aquí se discute.

Existe un último escudo de protección para los antiguos guerrilleros. El principio de la preservación de expectativas legítimas a que atrás hicimos referencia.

Jurisdicción Especial de Paz, JEP

Elemento central del AF es este sistema judicial que ha sido concebido para que administre justicia por los crímenes cometidos antes del 1 de diciembre de 2016.

“(...) por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”. (A.L1/17). Este tribunal será también competente “respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenados, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1° de diciembre de 2016...”

La creación de la JEP ha estado en el centro de los debates nacionales desde la celebración del AF y durante las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar con motivo de la reforma constitucional que la estableció y la aprobación de la ley estatutaria que la regula. Las razones de ese debate son poderosas. El Gobierno cedió buena parte de las facultades que le corresponden al Estado para definir el régimen penal, regular los procesos judiciales y determinar, con entera libertad, la estructura de la administración de justicia, a un grupo armado ilegal que, por cierto, no amenaza la estabilidad de las instituciones.

Nunca nada semejante había sucedido en la historia de Colombia. Por fortuna, el Congreso introdujo cambios de fondo que han revertido algunas de esas concesiones. La Corte Constitucional ha venido haciendo los ajustes necesarios para proteger los valores y normas constitucionales. Esa tarea no ha finalizado aún. Se encuentra pendiente el fallo sobre la constitucionalidad de la ley estatutaria, y la revisión de la ley procesal que enmarcará las funciones judiciales de la nueva jurisdicción cuyo trámite congressional no ha terminado.

Cabe lamentar, de otro lado, las primeras determinaciones de la JEP sobre su planta de personal, el manejo de su presupuesto y los trámites de extradición de un alto dirigente de las FARC. Esas actuaciones han erosionado su legitimidad.

Pese a lo anterior, nadie que tenga algún peso en la vida política nacional propone eliminar la JEP. Hacerla "trizas" fue una expresión insular (y popular) que careció por completo de respaldo. Sin embargo, como aquí hemos sostenido que incluso el acto de reforma constitucional que pretendió incorporar el AF al sistema jurídico podría ser derogado pura y simplemente (alternativa que considero altamente inconveniente), parecería que, siguiendo la misma lógica, debería sostener lo mismo en relación con la JEP. No creo que esa posibilidad exista por una consideración poderosa: El Congreso, en ejercicio de potestades constitucionales, ha regulado la materia mediante actos cuya validez ha sido refrendada por la Corte.

La Corte, a su vez, ha establecido que la JEP es, de modo irreversible, el juez natural de los actores del conflicto. Antes de precisar los alcances de esa determinación es preciso desplegar el concepto de juez natural. Para ese propósito viene como anillo al dedo la sentencia C-496/15.

El derecho al juez natural es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, el cual debe ser funcionalmente independiente, imparcial y estar sometido solamente al

imperio de la ley (Arts. 228 y 230 C. Pol.).

En este sentido, el juez natural es aquél a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición, cuya determinación está regida por dos principios: la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos, lo cual supone: "i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial."

La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no basta para definir este concepto, pues el derecho en cuestión exige adicionalmente que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial" y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que previamente se definan quiénes son los jueces competentes, "que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente– competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución". (He subrayado)

En virtud de lo anterior, el derecho al juez natural comprende una doble garantía en el entendido de que asegura "al sindicado el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces; e igualmente una garantía para la Rama Judicial en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y "monopolio" de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario".

El A.L 1/17 desplegó todos los elementos institucionales para la creación de ese cuerpo judicial. A esa conclusión arribó la Corte, aunque retirando del texto aprobado por el Congreso algunos apartes, incluidos aquellos que pretendían que la JEP extendiera su competencia a los denominados "terceros", que son quienes, habiendo participado en el conflicto, no ostenten la condición de alzados en armas, integrantes de la Fuerza Pública o funcionarios del Estado. Pero para todos estos contingentes dejó establecido que la JEP será su juez natural. Es lo que se lee en el comunicado # 55, nov 17, en el que se resume el contenido de una sentencia que todavía no se conoce.

(...) la Jurisdicción Especial para la Paz fue concebida en el marco de un proceso de negociación entre el gobierno nacional y uno de los combatientes en el conflicto armado, con el propósito, precisamente, de permitir la finalización del conflicto y la reincorporación del referido grupo a la vida civil. Se trata entonces de una jurisdicción ad hoc creada con posterioridad a los hechos que serán objeto del juzgamiento, y que, por las reglas con las cuales fue concebida, y en función, precisamente, de su carácter transicional, ofrece amplias garantías para los combatientes en el conflicto armado, los cuales, por consiguiente, quedan sometidos a ella (...)"

Aunque inútil, por redundante, el mismo acto legislativo añadió lo siguiente que también fue respaldado por la Corte:

Art. transitorio 27. Prevalencia del acuerdo final. En caso de que con posterioridad a la aprobación del presente acto legislativo, se aprobaran leyes o normas que al otorgar tratamientos diferenciados a agentes del Estado o a otras personas por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, fueran combatientes o no combatientes, provocaren que los anteriores sean excluidos de la competencia de la jurisdicción especial para la paz, o tuvieran como resultado la inaplicación de dicha jurisdicción o la inaplicación de las condiciones referidas a las sanciones que se recogen en el Acuerdo Final de 24 de noviembre de 2016 respecto de dichas personas, el tribunal especial para la paz ejercerá su jurisdicción preferente en las materias de su competencia conforme al presente acto legislativo.

Ahora bien: que la estructura de la JEP deba ser preservada no significa que, sin atentar contra su estabilidad sea imposible efectuar algunas reformas en el nivel para garantizar su fortaleza y eficiencia¹⁵. Con esas restricciones se podrían, tal vez más adelante y no en el corto plazo, adoptar modificaciones como éstas:

- (I) La reducción del período de su funcionamiento para establecer que sea inicialmente de cinco años prorrogables según la evaluación de sus resultados efectuada por el Gobierno y ratificada por el Congreso.
- (II) La revisión de su planta de funcionarios en función de las cargas efectivas que sobre ella graviten.
- (III) La adopción de un mecanismo de determinación del presupuesto anual que surja de un entendimiento con el Gobierno.
- (IV) La transferencia de los procesos que se adelantan en el sistema de Justicia y Paz a la JEP.
- (V) La ampliación de las competencias de la JEP para que pueda conocer de los procesos contra los integrantes del ELN en el evento de que se firme un acuerdo con esta guerrilla.

Para decidir sobre todas estas posibles reformas no debería existir premura; es mejor observar primero como funciona la JEP, y luego si pensar en reformarla contando con mejores elementos de juicio. La urgencia, en realidad, es otra: poner a marchar plenamente la nueva jurisdicción para lo cual es indispensable aprobar con prontitud la ley de procedimientos de ese tribunal: el proyecto, elaborado por los magistrados de la JEP y revisado por el Gobierno, actualmente se debate en el Congreso: es difícil que ella sea aprobada antes de la segunda vuelta de las elecciones

¹⁵ De hecho, la sentencia de constitucionalidad sobre la ley estatutaria que regula la JEP podrá implicar cambios de importancia en el corto plazo.

presidenciales. Lograr que se decida sobre ella deberá ser una de las primeras tareas del nuevo gobierno.

La necesidad de prontas decisiones sobre esta materia proviene, por supuesto, de la conveniencia de lograr que uno de los elementos centrales de la justicia transicional opere bien, en beneficio, primordialmente, de las víctimas. Hay otra razón de enorme importancia: evitar que la Corte Penal Internacional, CPI, que desde tiempo atrás viene reclamando acciones eficaces para solucionar la rampante impunidad reinante con relación a los crímenes cometidos en relación con el conflicto armado, decida intervenir en Colombia. La situación es de la mayor gravedad, tanto por la tradicional lentitud de la justicia nacional, lo es, además, porque la justicia ordinaria apenas tuvo conocimiento de que los procesos que adelanta serían transferidos a la JEP - la cual, según fue establecido, podría modificar sin restricciones sus decisiones- bajó por completo la guardia. Lamentable y comprensible.

Para poner de presente la gravedad del riesgo existente, leamos al Fiscal General¹⁶:

*“Nosotros consideramos que, si bien la **Fiscalía** tiene que trasladarle todos estos reportes a la Jurisdicción Especial de Paz, tiene que continuar las investigaciones y tiene que seguir practicando testimonios, interrogatorios, entrevistas y recolectando pruebas o de lo contrario lo que se presentaría en Colombia sería una **pérdida de jurisdicción** sobre esos graves delitos y eso sería causal de intervención de la **Corte Penal Internacional**”.*

Tengamos presente, por último, que la CPI tiene competencia para abrir procesos por crímenes de guerra y lesa humanidad cuando las autoridades nacionales no tengan la capacidad o la voluntad de adelantarlas. Ese riesgo es creciente y de naturaleza catastrófica. Implicaría una descalificación muy dañina para el país y sus instituciones judiciales. Hasta el momento, esta Corte ha sido comprensiva del complejo proceso en el que estamos para crear una justicia transicional que sea operante. Esa paciencia puede agotarse dentro de muy poco tiempo.

Comisión de la Verdad

El A.L 1/17, Artículo transitorio 2º, creó este mecanismo temporal y extrajudicial que buscará:

¹⁶ <https://www.rcnradio.com/colombia/delitos-graves-cometidos-las-FARC-seguiran-siendo-investigados-fiscalia>

“Conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas en el mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad; promover el reconocimiento de las víctimas y el reconocimiento voluntario de las responsabilidades individuales o colectivas de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición”.

La Corte ha informado, mediante Comunicado # 55 del 14 de noviembre pasado, que este organismo es compatible con la Constitución. Sobre esta base, el Gobierno, mediante Decreto 588/17, dictó normas sobre la organización de la Comisión. Sus integrantes ya fueron elegidos y la Comisión se encuentra funcionando.

Una síntesis de las objeciones que gravitan sobre la creación de esta institución son las siguientes:

- En otros países las comisiones de la verdad han sido creadas luego de que se ha derrocado un régimen dictatorial para que las nuevas autoridades consoliden su autoridad y castiguen a los integrantes de un gobierno que ha sido derrocado. Bien distinta es la situación de Colombia: sin solución de continuidad, el Estado que ha negociado con las FARC es el mismo que las enfrentó desde su aparición en los años sesenta de la pasada centuria.
- El Gobierno aceptó que las autoridades del Estado sean juzgadas en condiciones, en esencia, simétricas con los alzados en armas. Que sepamos en ninguna otra parte del mundo se ha adoptado un esquema como este. Preocupan los efectos de esta decisión en términos de legitimidad institucional.
- En general, las comisiones de la verdad han sido instituidas para que cumplan funciones judiciales. No será así entre nosotros. Los procesos judiciales irán, en unos casos a la JEP; en otros, a la justicia ordinaria.
- Como el conflicto no ha terminado (en realidad en los territorios que fueron controlados por las FARC se ha agravado), las actuaciones de la Comisión en muchas regiones pueden generar brotes nuevos de violencia.
- Desde tiempo atrás existe un “centro de memoria histórica” volcado sobre el conflicto; además, las FARC y el Gobierno crearon una Comisión de Historiadores sobre las causas y desarrollo del conflicto que ya produjo un grueso volumen. Tenemos, pues, muchas “verdades”.

- Suena un tanto utópico pretender que la Comisión sirva “conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto” y cumplir los otros objetivos que se le asignan.
- La reconciliación y el perdón son decisiones personales en las cuales ningún ente público debe intervenir. De hecho, la superación de los traumas derivados del conflicto puede lograrse igualmente mediante la búsqueda, deliberada o no, del olvido. Este tiene tanta validez como el recuerdo y la búsqueda de la verdad.

Estas observaciones no fueron tenidas en cuenta y se procedió a crear, con rango constitucional, la Comisión de la Verdad.

Ahora bien: debemos preguntarnos si, desde el punto de vista jurídico, sería posible expedir un acto legislativo para modificar o, incluso, suprimir ese organismo. La respuesta es, en principio, positiva. Su existencia no genera derechos adquiridos ni expectativas legítimas para personas determinadas.

No me detengo a realizar un examen más detenido del asunto por una razón: creo que el futuro gobierno cometería un grave error si intentara hacer ajustes en esta materia. Torpe sería desconocer que el proceso de paz desarrollado por la Administración Santos goza de un enorme prestigio en el exterior. El otorgamiento del premio Nobel de Paz a nuestro presidente fortaleció su imagen de héroe civil. Intentar explicar ante la comunidad internacional las razones por las cuales Colombia cambia radicalmente de rumbo, puede ser un ejercicio destinado al fracaso y crear la sensación de que al nuevo gobierno no le interesa que se conozca la verdad de lo ocurrido sino, por el contrario, ocultarla. Los daños podrían ser devastadores sobre todo en materia de política exterior.

Por estas razones creo recomendable trabajar de la mano con la Comisión a fin de que canalice sus esfuerzos hacia tareas de reconciliación en las zonas de conflicto. No es tarea fácil. Infortunadamente, los factores que generan violencia en ciertos territorios siguen ejerciendo su perturbadora influencia.

Agenda de desarrollo rural y política antinarcóticos

El AF contiene una ambiciosa agenda de desarrollo rural, muchas de las políticas allí plasmadas son razonables y deben ser ejecutadas en los años por venir, tanto por los próximos tres gobiernos como por los que vengan después.

Sin embargo, es preciso anotar que nada de lo contenido en esa extensa porción del Acuerdo genera derechos adquiridos o expectativas legítimas, nociones que aplican a los individuos en tanto titulares de derechos subjetivos. Con relación a las políticas públicas que, por su naturaleza abstracta, no refieren a personas determinadas o determinables, tales restricciones no aplican. El principio “*rebus sic stantibus*”, cuya pertinencia en el contexto del AF ha sido admitido por la Corte Constitucional, concede al Congreso y al Gobierno las flexibilidades que requieren para definir e instrumentar el conjunto de acciones que crean adecuadas para el campo colombiano.

El Plan Nacional de Desarrollo que, por mandato constitucional, debe presentar al comenzar su mandato el Presidente de la República, tomará iniciativas plasmadas en el AF, pero seguramente también otras provenientes de otras fuentes. Con el correr de los años es posible que dimensiones de ese modelo de gestión del campo, que hoy se consideran adecuadas dejen de serlo. Lo cierto es que las partes, por ingenuidad o arrogancia, se imaginaron que los problemas del país, y las estrategias para superarlos, serían, a lo largo de un tiempo dilatado, los mismos.

Se equivocaron en materia grave. En primer lugar, por ignorar que la realidad social cambia de manera constante y, con ella, el repertorio de soluciones que deben debatirse y adoptarse. Y en segundo, por pasar por encima de un principio propio de nuestra democracia constitucional: cada cuatro años se renueva el poder político y quienes en algún momento pasen de ser opositores para configurar una nueva mayoría, deben tener la suficiente autonomía para gobernar, únicamente restringidos por la Constitución y las leyes de la República.

Puede haber diferencias de criterio entre los sucesivos gobiernos y el partido creado por la antigua guerrilla sobre el desarrollo de las políticas pactadas, pero ellas habrán de tramitarse en los ámbitos propios del debate político; es decir, por fuera de las controversias que tienen lugar ante los jueces. No existen, en esta materia, derechos adquiridos, expectativas legítimas protegidas o conflictos de leyes penales en el tiempo.

De otro lado, a nadie debería sorprender que la eficacia de la presión de las FARC para que se cumpla a la letra el compromiso que celebraron con la Administración Santos dependerá del peso político de esa organización, que en los últimos comicios recibió un respaldo insignificante de los electores. La transición de las armas a la vida civil tiene enormes ventajas para la guerrilla y para el país. Pero un costo importante, entre otros: que su capacidad de influir en las decisiones nacionales, que ya no depende de los fusiles, sea función de los votos.

Las mismas consideraciones caben en relación con las estipulaciones contenidas en el capítulo del Acuerdo denominado “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”. A ellas cabe añadir que el crecimiento de esos cultivos fue elevadísimo mientras se adelantaron las negociaciones habaneras. Esto demuestra que las FARC nunca fueron socios en la tarea de suprimirlos y que se requiere que el Estado recobre plena autonomía para definir su política en una dimensión crucial para el país. En este contexto habrá que considerar, por ejemplo, hasta qué punto y en qué condiciones deben realizarse compromisos de erradicación con los productores de coca; y si es o no pertinente retomar las técnicas de aspersión aérea.

No se toma aquí una determinada postura sobre un problema tan acuciante por sus dimensiones sociales, ambientales, de seguridad y de política internacional. Las políticas acordadas con la guerrilla no pueden, a *priori*, descartarse. Solo que las nuevas autoridades gozan de grados amplios de libertad para definir las que deben seguirse.

VIII. Resumen y conclusiones

1. Al margen de cualquier consideración jurídica o política, el Estado colombiano tiene la obligación de brindar protección plena a los guerrilleros desmovilizados de las FARC, y a las comunidades afectadas por las economías ilegales. Las fallas en la protección de sus vidas y el desarrollo de actividades productivas que han venido presentándose, a pesar de los esfuerzos de las autoridades, deben ser corregidas por el nuevo gobierno.
2. Al dar inicio a las negociaciones con las FARC, el Gobierno tomó dos decisiones inconvenientes: (i) la aceptación de la tesis de las FARC, que ningún gobierno anterior había aceptado, consistente en, la existencia de una dilatada “guerra” cuyo inicio coincide con los mitos fundacionales de las FARC; y, (ii) la apertura de las negociaciones de paz en Oslo, ciudad que ha sido la sede para la solución de casi todos los conflictos armados en el mundo entero. De este modo se le dio a una guerrilla carente de respaldo político y militarmente disminuida una jerarquía injustificada. Como resultado, la estructura de las negociaciones fue altamente simétrica entre el Estado y los alzados en armas.
3. Como consecuencia lógica de esas concesiones, desde el comienzo de las negociaciones las FARC plantearon la necesidad de una asamblea constituyente para refundar el Estado colombiano, convocada sin las restricciones que la Constitución establece. Así las cosas, el eventual acuerdo que se firmara en La Habana vendría a ser apenas el piso o plataforma del nuevo orden institucional de Colombia.
4. Luego de explorar distintas alternativas, las partes resolvieron acudir al mecanismo plebiscitario bajo el supuesto de que, si el veredicto del pueblo fuere favorable, las autoridades políticas y judiciales de la República quedarían obligadas a convertir en normas la totalidad de las estipulaciones contenidas en el Acuerdo Final. La Corte Constitucional, sin embargo, estableció que la obligatoriedad del acuerdo gravitaría exclusivamente sobre el Gobierno; es decir, que

los demás poderes del Estado podrían acogerlo o no, en todo o en parte.

5. En el trámite del plebiscito se cometieron abusos graves que erosionaron la credibilidad del instrumento. Además, aunque por estrecho margen, el acuerdo con las FARC fue rechazado en las urnas. Estas circunstancias generaron una situación de polarización política que no ha cesado y que permea la contienda electoral que actualmente se adelanta.
6. Ante el fracaso en las urnas, las FARC y el Gobierno efectuaron cambios en el contenido del acuerdo, los cuales versaron, en buena parte, sobre el desarrollo rural.
7. La versión modificada del acuerdo fue refrendada por el Congreso de la República. Esta determinación dio inicio al proceso de implementación normativa que en la actualidad se adelanta.
8. Tanto el Congreso de la República como la Corte Constitucional han modificado, para bien y en aspectos importantes, el alcance de las obligaciones asumidas por el Gobierno Nacional.
9. El Tribunal Constitucional, aunque de manera ambigua e imprecisa, ha convalidado la incorporación del acuerdo a la Constitución por un periodo de 12 años, realizada por el Congreso mediante acto legislativo. En teoría jurídica esa incorporación podría ser derogada mediante la utilización de cualquiera de los mecanismos que la Constitución contempla para su reforma. No obstante, se considera esa posibilidad como altamente inconveniente.
10. En cumplimiento de las normas de implementación del acuerdo, se han concedido a integrantes de las FARC singularmente determinados beneficios en materia penal que no les pueden ser retirados. Esas personas gozan en la actualidad de derechos subjetivos de naturaleza irrevocable, a menos que infrinjan las condiciones bajo las cuales les fueron reconocidos. Entre esos beneficios cabe mencionar las amnistías e indultos y libertades condicionales.

11. De otro lado, en virtud de la prevalencia de la ley penal favorable, gozan los integrantes de las FARC, en ciertos casos, del beneficio a penas alternativas, a no ser extraditados por delitos anteriores a la entrada en vigor del Acuerdo Final y a que, igualmente, los delitos de narcotráfico sean considerados como políticos cuando tengan conexidad directa con el conflicto.
12. La Jurisdicción Especial para la Paz estipulada en el Acuerdo Final y convertida en institución propia del Estado colombiano, se ha convertido en el juez natural para los actores armados del conflicto y los funcionarios del Estado. Por ese motivo no puede ser suprimida.
13. Sin embargo, es posible efectuar reformas a los textos ya aprobados, por ejemplo, para acortar la duración de esa justicia especial, graduar su presupuesto en función del volumen efectivo de casos que reciba, ordenar la transferencia a la nueva jurisdicción de los procesos que se adelanta en el sistema de Justicia y Paz, entre otras.
14. Es prioritario que el nuevo gobierno contribuya a poner en pleno funcionamiento la JEP, tanto para garantizar los derechos de las víctimas como para mitigar el riesgo, que es alto, de intervención en Colombia de la Corte Penal Internacional.
15. La Comisión de la Verdad ya se encuentra en funcionamiento, a pesar de las objeciones que en su momento se desplegaron contra su creación, y que suprimirla es jurídicamente posible, esa alternativa sería traumática para las nuevas autoridades de Colombia, tanto internamente como en el plano de las relaciones exteriores de la República.
16. La Comisión de la Verdad podría, si orienta bien el ejercicio de sus potestades, convertirse en un factor positivo para la reconciliación de las personas afectadas por los conflictos que han tenido lugar en ciertas zonas del territorio nacional.
17. Con relación a las agendas de desarrollo rural y la política antinarcóticos, el Congreso y el Gobierno Nacional gozan de amplias potestades para ajustar los compromisos, establecer prioridades y definir

cronologías para los proyectos de inversión teniendo en cuenta la situación de las finanzas públicas.

18. Se concede especial importancia a la posibilidad de considerar proyectos de migración de poblaciones cocaleras hacia otras regiones del territorio nacional que sean idóneas para el desarrollo de actividades agropecuarias lícitas. Las experiencias de otros países, tales como Brasil, Israel y Perú son especialmente relevantes. La Orinoquía puede ser una gran "tierra de producción".



www.fasecolda.com

Cra. 7 No. 26 – 20 Pisos 11 y 12

Tel: (571) 344 30 80

Bogotá - Colombia