

Los interrogantes del “blindaje jurídico” para la paz

El debate

El acuerdo^[1] alcanzado entre el Gobierno Nacional y las FARC para brindar seguridad y estabilidad jurídica al Acuerdo Final de paz, aborda la protección que este tendrá frente a eventuales acciones que busquen desconocerlo o derogarlo. Este acuerdo contempla tres líneas de acción: elevar el Acuerdo Final a Acuerdo Especial Humanitario en los términos del Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, notificarlo a las Naciones Unidas y depositarlo en el Consejo Federal de Ginebra, e incorporarlo a la legislación nacional vía bloque de constitucionalidad. En otras palabras, busca “blindarlo” de manera amplia e integral tanto a nivel interno como externo.

Aunque es conveniente garantizar desde ya que los compromisos adquiridos por las partes no sean incumplidos ni vulnerados, el acuerdo sobre blindaje ha sido criticado desde varias posiciones. De acuerdo con el Centro Democrático, se trata de un “golpe de Estado a la democracia^[2]” ya que modificaría la Constitución. Para la ONG Human Rights Watch^[3], limita e incluso desconoce las competencias del Congreso de la República y la Corte Constitucional. Y para el Procurador General, Alejandro Ordóñez^[4], responde a “pretensiones dictatoriales en nombre de la paz”.

Ante estas versiones, el jefe del equipo negociador del Gobierno, Humberto de la Calle, ha desmentido lo que considera son mitos infundados: **“No es un acto de locura e improvisación”, sino una decisión concertada, necesaria y respetuosa de la institucionalidad del Estado de Derecho.**^[5]

Lo anterior demuestra el alto grado de sensibilidad que genera el tema y da cuenta de la complejidad que entraña por la forma como se ha concebido el acuerdo. Más allá de quién tenga o no la razón, lo cierto es que hay al menos dos focos de análisis para entender mejor su significado y alcance: **la dimensión política y la jurídica desde el orden constitucional y el derecho internacional público.**

La dimensión política del acuerdo

Hay que considerar tres aspectos. **El primero** es que el acuerdo sobre blindaje jurídico es producto de un proceso de deliberación y concertación que está llamado a contribuir y garantizar la sostenibilidad de la paz. En ese sentido, plantea dos mecanismos para proteger lo que se pacte en La Habana: el primero, frente a cualquier intento de sabotaje o incumplimiento por parte del Gobierno o de las FARC. Y el segundo, frente a la posibilidad de que en el futuro sectores adversos al proceso de paz intenten modificar, eliminar o inhabilitar sus componentes y efectos. De ahí que el debate sobre quién será el sucesor del presidente Santos vaya cobrando cada vez más mayor relevancia.

El segundo aspecto tiene que ver con si existe relación entre este acuerdo y los temas que aún se están negociando, de lo que surgen las siguientes preguntas:

¿Cuál es el alcance real de este blindaje, teniendo en cuenta que solo entrará en vigor luego de la refrendación popular del Acuerdo Final, cuyo resultado podría ser adverso[1]?

Lo que se interpreta inicialmente del texto aprobado del Acto Legislativo para la Paz, es que esta protección entraría en vigor a partir de un resultado favorable en la refrendación popular del acuerdo final (aunque no lo diga explícitamente). ¿Esto quiere decir que si el resultado es adverso se caería el acuerdo? En principio, la respuesta es sí aunque las partes parecen haber medido bien el riesgo y le están apostando a una votación positiva. Pero entonces, ¿cómo queda protegido el acuerdo en un escenario (no descartable) en contra? ¿Hay “plan B”?

Si se da el caso de que el acuerdo no cuente con el apoyo de la ciudadana, ¿el blindaje indirectamente se extiende a la refrendación del Acuerdo Final? Es decir, ¿implícitamente “anula” la refrendación ya que queda “integralmente blindado”, incluso, frente a un eventual resultado adverso?

¿Convierte la legitimación popular en un simple formalismo o acto simbólico para cumplir con una promesa presidencial pero sin efectos prácticos?

¿Este acuerdo fue una concesión del Gobierno frente a una solicitud previa de la guerrilla[2] con el fin de destrabar los temas pendientes de la agenda y de esa forma lograr que en contraprestación acepten el plebiscito como mecanismo de

refrendación y se llegue a un acuerdo sobre el cese al fuego y la dejación de las armas?

El tercer aspecto político tiene que ver con el significado del acuerdo en términos institucionales. Algunas posiciones, incluso la del Gobierno, han destacado el blindaje porque supone el reconocimiento, por parte de la guerrilla, de la institucionalidad del Estado de Derecho y el derecho internacional. Sin embargo, algo que no es claro es si esto realmente se debió a un cambio de postura de las FARC en favor de la paz o si, por el contrario, se trató de un giro discursivo que realmente esconde una estrategia que le permita abonar el terreno para fortalecerse políticamente y, por ende, obtener concesiones vía reformas institucionales bajo el argumento de que la paz es un valor supremo.

¿Cuál es el alcance real del blindaje, teniendo en cuenta que solo entrará en vigor luego de la refrendación del acuerdo final, cuyo resultado podría ser adverso?

En relación con lo anterior, también cabe plantear si las partes calcularon los riesgos y decidieron adoptar una fórmula que, en sus palabras, respeta la institucionalidad democrática y no plantea mayores obstáculos, ya que ni la Corte Constitucional ni el Congreso estarían dispuestos a cargar con el peso de haber truncado los esfuerzos de paz.

En el caso del Congreso, las dudas parecen haberse disipado luego de la aprobación del Acto Legislativo para la Paz, pero el panorama es menos claro frente al control que deberá hacer la Corte a la luz de los supuestos vicios de procedimiento que existieron en el trámite legislativo y de las posturas adversas que esa corporación ha mostrado frente a iniciativas gubernamentales como ocurrió recientemente con la declaración de inexecutable parcial de la reforma de equilibrio de poderes.

Inquietudes procedimentales de orden constitucional

En cuanto a la dimensión jurídica, surge una inquietud relacionada con los efectos que tendrá el procedimiento legislativo, ya que se crea un control de constitucionalidad “único y automático” de las leyes y actos que se relacionen con la implementación del Acuerdo Final. Esto abre la puerta para plantear interrogantes con respecto a la restricción facultativa de la Corte en casos especiales.

El término “único y automático” restringe la observancia de constitucionalidad a una sola ocasión, es decir, la Corte sólo podrá fallar declarando exequible o inexecutable las normas tramitadas por medio del procedimiento especial. El estatus de cosa juzgada constitucional, como producto de la declaratoria de exequibilidad o inexecutable, es lo que esperan alcanzar los negociadores con respecto al Acuerdo Final, consiguiendo un “blindaje” jurídico sólido de carácter constitucional. Sin embargo, esta tesis deja por fuera la exequibilidad condicionada y la cosa juzgada relativa [3].

Al ser única la revisión de constitucionalidad, se limita el accionar ciudadano, ya que impide que las leyes de implementación de los acuerdos sean demandadas mediante la acción pública de constitucionalidad [4]. Adicionalmente, se limita la competencia de la Corte en cuanto el análisis de constitucionalidad por dos razones: a) no podrá adecuar determinada norma de implementación para que sea aplicada de acuerdo con la Constitución (exequibilidad condicionada); y b) deja abierta la posibilidad para que los ciudadanos puedan presentar futuras nuevas demandas en contra de las disposiciones de implementación (cosa juzgada relativa).

Habría que preguntarse si la Corte Constitucional puede interpretar la expresión “única y automática” de forma que no se reduzcan sus posibilidades de acción ni se ponga en riesgo la Constitución Política y los derechos fundamentales de ciudadanos colombianos. Esto no es claro en el Comunicado No. 69 y será la propia Corte la que lo aclare en el fallo que revise la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 04/2015 Senado, 157/2015 Cámara.

La pregunta de fondo es: **¿El acuerdo puede llegar a circunscribir y transformar la Constitución por medio del blindaje que se presenta en el procedimiento especial?** Si la Corte llega a aceptar la función que se le endilga (fallando sólo en dos vías) en el procedimiento especial, se estaría a la vez aprobando la idea de que el Acuerdo Final tiene peso constitucional. Esto genera dudas sobre la procedencia del método legislativo planteado, en tanto parece ser sólo una manera de legitimar lo que se quiere incluir -sin mayores discusiones- en el ordenamiento jurídico, con los riesgos que esto implica para la jerarquía normativa, el orden del sistema y los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Acuerdo Especial y otras formas de derecho internacional del Acuerdo Final

El Comunicado No. 69 también suscita al menos **tres reflexiones** desde el derecho internacional público. **La primera** tiene que ver con el punto 1 del Comunicado, que señala: “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”.

¿Qué es exactamente un Acuerdo Especial? Es una figura incorporada en el régimen humanitario que regula los conflictos armados no internacionales de la siguiente forma: “las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones [los cuatro Convenios de Ginebra]”.

En términos sencillos, **un acuerdo especial es un mecanismo para procurar la implementación de las normas del DIH**. El Comité Internacional de la Cruz Roja, en su más reciente comentario al Artículo 3 Común, ha señalado que un acuerdo de paz o de cese al fuego puede ser considerado un acuerdo especial en tanto procure la implementación de normas de los 4 Convenios de Ginebra de 1949 o, sus protocolos adicionales, tales como el otorgamiento de amnistías y la liberación de prisioneros (CICR^[6], párr. 500). Igualmente, acuerdos entre las partes en materia de derechos humanos (como acuerdos para garantizar el debido proceso ante los tribunales de justicia) pueden ser considerados acuerdos especiales (CICR^[7], párr. 501), dada la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el DIH.

Aún cuando algunos esgrimen que el Acuerdo Final como un todo carece de las características de acuerdo especial, dado que abarca asuntos ajenos al DIH, existen argumentos para considerarlo como tal. **La calificación de un acuerdo como acuerdo especial tiene como componente transversal la opinión de las partes**. Así, por ejemplo, el “Acuerdo Global sobre Derechos Humanos”^[8] de Guatemala, aun cuando desarrolla la implementación del DIH y de los derechos humanos, explícitamente rechaza ser reconocido como acuerdo especial (Art. IX, 2). Esto denota la importancia de la voluntad de las partes en la caracterización de acuerdos especiales.

De esta manera, la voluntad de las partes, señalada en el Artículo I del Comunicado 69, en el sentido de acordar que el Acuerdo Final sea considerado un acuerdo especial, es medular en la práctica legal en materia de DIH. Por lo tanto, el carácter integral del Acuerdo Final y su objetivo último -el fin del conflicto armado- permiten sostener que lo acordado directa o indirectamente procura la implementación del DIH en un sentido amplio, como lo es evitar el impacto humanitario del conflicto armado.

La segunda reflexión gira en torno al carácter de los acuerdos especiales como fuente de derecho internacional público. Resulta difícil considerar este tipo de acuerdos como tratados internacionales ya que no fue celebrado entre dos o más estados o un estado y una organización internacional (tal como lo requiere la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, 1969 y 1986), ni entre el Estado y un grupo beligerante (las FARC carecen de dicho estatus).

No obstante, pueden ser considerados como acuerdos complementarios, los cuales “no son tratados internacionales, sino instrumentos internacionales que desarrollan de forma directa un tratado internacional”, y que son fuente de derecho en Colombia porque si bien a través de estos no se adoptan nuevas obligaciones para el Estado, sí pueden ser instrumentos de desarrollo del tratado internacional marco (Sentencia C-819 de 2012). De esta manera, los acuerdos especiales serían un instrumento internacional *sui generis* que desarrolla los tratados en materia de DIH.

La tercera reflexión es si el Acuerdo Final tomará forma de fuente de derecho internacional en otras dos formas: a) acto unilateral del Estado y b) como Resolución del Consejo de Seguridad.

Aquellos actos son considerados como fuente de derecho internacional de reciente desarrollo y han sido definidos por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional^[9], Víctor Rodríguez Cedeño, como una “expresión de consentimiento inequívoca y autónoma, formulada públicamente por uno o más Estados en relación a otros Estados, la comunidad internacional en su conjunto o una organización internacional, con la intención de adquirir obligaciones legales internacionales” (traducción propia)[5]. Por su parte, el texto íntegro del Acuerdo Final será parte de la Resolución 2261 del Consejo de Seguridad, la cual es considerada fuente de derecho internacional de acuerdo con el artículo

25 de la Carta de Naciones Unidas.

De esta forma, el Acuerdo final tendrá al menos un triple carácter jurídico bajo el derecho internacional: acuerdo especial o complementario, acto unilateral del Estado y Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Este repaso sobre algunas de las principales dudas que han surgido del comunicado 69, busca llamar la atención sobre la importancia de entenderlo de manera integral, valorando sus implicaciones políticas y jurídicas. **Si bien el acuerdo persigue el noble propósito de contribuir a garantizar la sostenibilidad de la paz, el debate que ha suscitado demuestra que puede generar efectos que deben visibilizarse** y abordarse, ya sea para perfeccionar su aplicación o para impedir que pierda impacto, así como que resulte más un problema que una solución para la estabilidad del Acuerdo Final.

[1] Pese a que según los resultados de los más recientes sondeos indican que el 66% de la población votaría a favor del acuerdo. Ver: Gallup Poll # 112 Colombia, Mayo 2016.

[2] Poco después de instalada la mesa de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC, ese grupo guerrillero anunció públicamente que reconocían las normas del DIH y solicitaron al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que el acuerdo marco fuera declarado ‘acuerdo especial’ à la luz de los Convenios de Ginebra para que pasara a formar parte de manera automática al Bloque de Constitucionalidad. Ver: <http://www.semana.com/nacion/articulo/farc-dicen-...>^[10]

[3] En la Sentencia C-492 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero, se exponen ambos términos.

[4] Aun cuando los ciudadanos tienen la posibilidad de participar en los debates de constitucionalidad, al limitar la observación como “única y automática” se restringe en esencia la posibilidad de elevar demandas públicas en el futuro. El peligro radica en el tránsito que puedan lograr estas normas a cosa juzgada absoluta.

[5] International Law Commission. Second report on unilateral acts of States, by Mr. Víctor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur. Document A/CN.4/500 and Add.1. Pág. 38. Texto original en inglés: “unequivocal, autonomous expression of

will, formulated publicly by one or more States in relation to one or more other States, the international community as a whole or an international organization, with the intention of acquiring international legal obligations”.

Referencias

- 1.^ acuerdo (www.mesadeconversaciones.com.co)
 - 2.^ golpe de Estado à la democracia (www.wradio.com.co)
 - 3.^ Human Rights Watch (www.efe.com)
 - 4.^ Alejandro Ordóñez (www.elpais.com.co)
 - 5.^ Humberto de la Calle (www.semana.com)
 - 6.^ CICR (www.icrc.org)
 - 7.^ CICR (www.icrc.org)
 - 8.^ “Acuerdo Global sobre Derechos Humanos” (www.guatemalaun.org)
 - 9.^ Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (legal.un.org)
 - 10.^ <http://www.semana.com/nacion/articulo/farc-dicen-...> (www.semana.com)
-