

68

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Contribución del Departamento de
Derecho Constitucional de la
Universidad Externado de Colombia
para conseguir una solución
institucional y democrática al
estancamiento del proceso de paz**

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 68
***Contribución del Departamento de Derecho Constitucional de la
Universidad Externado de Colombia para conseguir una solución
institucional y democrática al estancamiento del proceso de paz***

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Contribución del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia para conseguir una solución institucional y democrática al estancamiento del proceso de paz*

INTRODUCCIÓN

Después del plebiscito del 2 de octubre, el país entró en una situación de zozobra e inestabilidad social e institucional que con el paso de los días no se diluye. Una de las razones que explica dicha incertidumbre consiste en que el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta clara que permita establecer qué ocurrirá luego de la decisión plebiscitaria que fue adoptada por el pueblo colombiano.

El Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, junto con la generosa colaboración de los docentes Martha Lucía Neme Villareal y Gerardo Barbosa Castillo, ofrecemos este borrador a la consideración pública. En este documento se ven reflejadas numerosas horas de trabajo en las que los participantes del mismo plasmaron variadas reflexiones en torno a las implicaciones de la votación del plebiscito del 2 de octubre, así como también algunas reflexiones orientadas a dar luces en este momento de oscuridad y estancamiento institucional. Recalcamos, en que de momento no es más que un borrador. En un futuro pretendemos que lo que aquí se consigna se convierta en documentos de trabajo, que estarán bajo la dirección de la doctora Paola Acosta, gran docente del Departamento. El contenido que integrará estos documentos fue decantado en las Jornadas de Derecho Constitucional que se desarrollaron entre el 24 de octubre y el 28 de octubre de este año.

*El presente escrito fue desarrollado por: Marcos Criado de Diego, Humberto Sierra Porto, Alfonso Palacios Torres, Diego Moreno Cruz, Paula Robledo Silva, Jorge Roa Roa, Édgar Solano González, Augusto Hernández Becerra, Alfonso Gómez Méndez, Alejandro Magaldi Serna, Magdalena Correa Henao, Francisco Barbosa Delgado, Carlos Alberto López Cadena, Pedro Pablo Vanegas Gil, Andrés Gutiérrez Beltrán, Diego Andrés González Medina, Germán Lozano Villegas, César Vallejo Serna, Gerardo Barbosa Castillo, Martha Lucía Neme Villareal, María Fernanda Barraza Díaz, Andrea Cristina Robles, y Sergio Sánchez Gaitán.

Con la presentación de este escrito, pretendemos contribuir a la solución de los principales interrogantes constitucionales, políticos y jurídicos para la superación de la crisis en la que se encuentra el proceso de paz con las FARC. En ese sentido, deseamos aportar elementos de juicio a la discusión social que se está adelantando en el país sobre cuáles son los caminos que pueden ser empleados para conseguir la finalización definitiva del conflicto bélico con este grupo armado.

Todas las reflexiones planteadas en este documento parten de un supuesto: el Estado colombiano está obligado a implementar jurídicamente el acuerdo de paz, y debe hacerlo en el menor tiempo posible. Como se sabe, el resultado del Plebiscito dejó al Acuerdo de Paz en un limbo jurídico y al país en una situación de incertidumbre. La encrucijada legal de la implementación es algo que urge resolver, pero para hacerlo debemos primero entender que estamos ante un problema esencialmente político. Por ende, es probable que las soluciones que requiere la coyuntura política no se ajusten completamente a los modos y tiempos legales.

La obligatoriedad y urgencia de la implementación resulta evidente si consideramos los siguientes factores:

a) El derecho a la paz proclamado en el artículo 22 de la Constitución colombiana, supone la obligación del Estado de poner en marcha todas las acciones necesarias para que las personas puedan desarrollar su vida en un ambiente de tranquilidad y seguridad. De este mandato se deriva el deber de procurar una solución negociada al conflicto armado que vive Colombia y que, durante más de 50 años, ha impedido que el país disfrute de una convivencia pacífica. Al respecto, la Corte Constitucional¹ se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El artículo 22 de la Constitución establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. En su concepción más sencilla, la paz significa ausencia de guerra. En este sentido, y acorde con las normas internacionales, para la Corte, el mandato del artículo 22 de la Carta, debe entenderse en un sentido fuerte, esto es, no como una mera aspiración ni como la expresión de una utopía, sino como una regla de conducta que debe inspirar a todos los colombianos y que debe conducir a la solución de los conflictos de manera pacífica.”

b) La articulación del Acuerdo de Paz en el orden interno se vio frustrada gracias a los resultados del plebiscito, pero ello no niega que el Estado colombiano se encuentre llamado a promover su cumplimiento ante la comunidad internacional, no solo por haber sido elevado a la categoría de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-328/2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Acuerdo Especial según lo dispuesto en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, sino también porque son varios los países que se han unido al proceso como garantes de los compromisos asumidos entre el Gobierno y las FARC. De no implementarlo jurídicamente, el Estado colombiano tornaría en inejecutable el Acuerdo, con lo cual estaría incumpliendo lo pactado.

c) Más que con la comunidad internacional, el Estado colombiano tiene una obligación con las víctimas del conflicto armado y, en general con la sociedad colombiana. Los resultados del plebiscito demostraron que la mayor parte de los habitantes de las zonas especialmente afectadas por la guerra votaron sí a la refrendación del Acuerdo de Paz. No puede ser, entonces, que el restablecimiento de los derechos de esa parte de la población, compuesta por aquellos que han sido afectados por el conflicto armado y que, como tal, merecen y deben ser resarcidos, dependa de la decisión de una mayoría electoral. No podemos olvidar que la legitimidad democrática no anula el deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, especialmente de los que encuentran en situación de vulnerabilidad. Además, no puede predicarse mayor legitimidad de una votación en la que la abstención superó el 62% y existió un margen de diferencia tan bajo entre los resultados del SI (49, 78%) y los del NO (50,21%).

d) Teniendo en cuenta la naturaleza de lo pactado, la implementación del Acuerdo de Paz debe darse cuanto antes, por lo que se requiere la creación de un procedimiento legislativo expedito que permita reglamentar, sin dilaciones, cada uno los puntos incluidos en el temario. El Acuerdo corre un grave riesgo si su implementación se sigue dilatando. Si no es aprobado antes de las próximas elecciones terminará siendo un factor de distorsión en el proceso electoral. Además, mantener a los miembros de las FARC en las zonas de concentración de manera indefinida no solo agota su confianza en el compromiso del Gobierno, también requiere de un esfuerzo económico y logístico difícil de sostener para la organización guerrillera.

e) Valga anotar, por último, que las leyes que reglamentan el Acuerdo deben ajustarse realmente al contenido del mismo, por lo que hay que evitar que, a lo largo del proceso legislativo de implementación, se le agreguen aspectos ajenos a su naturaleza o se supriman otros asuntos que lo hagan sencillamente irreconocible. Es importante, entonces, que el procedimiento escogido garantice que lo aprobado tenga directa relación con lo acordado.

Formuladas las anteriores consideraciones, habíamos considerado dos vías legales que pueden ofrecer una salida rápida al dilema de la implementación del Acuerdo. Las habíamos escogido, fundamentalmente, porque resultan ser las más rápidas y porque le brindarían al Ejecutivo y al Congreso las

herramientas necesarias para incorporar en el orden jurídico los múltiples temas que aborda el Acuerdo. La primera de ellas consiste en otorgarle facultades extraordinarias al Presidente, la segunda en someter el Acuerdo a un segundo plebiscito que, eventualmente, pudiera revivir el Acto Legislativo 01 de 2016. A pesar de lo anterior el Presidente de la República, en una alocución ha señalado que la implementación se realizará por vía del Congreso.

CUESTIÓN PRIMERA: SIGNIFICADO DE LOS RESULTADOS DEL PLEBISCITO

En la sentencia C-379 de 2016, la Corte Constitucional revisó la ley de convocatoria al plebiscito por la paz. En esta sentencia identificó como características de este mecanismo de participación ciudadana las siguientes: (i) que su convocatoria solamente la puede efectuar el Presidente de la República “en aquellos casos que este lo considere necesario”; (ii) que su finalidad es la de “consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias”; (iii) el pronunciamiento popular positivo “dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado”; y (iv) en todo caso, “tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano” pero sólo frente al Gobierno, (v) adicionalmente, señala el tribunal que, los efectos no pueden ser “extensibles a otras ramas del poder público”.

Al referirse al significado de una decisión negativa en el plebiscito, la Corte manifestó lo siguiente:

“si el efecto de una votación favorable del plebiscito especial es activar los mecanismos de implementación normativa del Acuerdo Final, la consecuencia correlativa de la votación desfavorable o de la falta de votos suficientes para la misma, es la imposibilidad jurídica para el Presidente de adelantar la implementación de ese Acuerdo en específico, puesto que fue esa decisión de política pública la que se sometió a la refrendación popular”.

Lo anterior quiere decir que el efecto práctico del plebiscito consiste en que el Presidente no puede implementar por su cuenta la iniciativa sometida a votación. Ello es consecuencia del veto político que ha impuesto la ciudadanía a dicha posibilidad. Sin embargo, este resultado electoral no anula las competencias de los demás poderes públicos en la materia.

¿CUÁL ES EL EFECTO DEL RESULTADO DEL PLEBISCITO SOBRE EL ACUERDO FINAL Y SOBRE EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL EXCEPCIONAL PREVISTO PARA SU IMPLEMENTACIÓN?

A juicio de la mayoría de los miembros del Departamento de Derecho Constitucional, como consecuencia de la votación por el NO en el plebiscito,

el acuerdo final no se ha convertido en norma jurídica, pues su inclusión en el bloque de constitucionalidad, prevista en el Acto Legislativo 01 de 2016, se hallaba supeditada a la refrendación popular.

De tal suerte, el acuerdo celebrado entre las partes sería un convenio político desautorizado por el pueblo, desautorización que obligaría políticamente al Presidente, como se desprende de lo previsto en el artículo 3 de la Ley Estatutaria sobre el plebiscito especial para la paz.

La consecuencia jurídica más relevante consiste en que el mecanismo de implementación dispuesto en el Acto legislativo 01 de 2016 no puede ser utilizado, toda vez que su habilitación se encontraba condicionada a la aprobación de la refrendación popular.

La construcción jurídica establecida produjo una especie de círculo vicioso de invalidación, en la medida en que tanto el Acuerdo final como el Acto legislativo dispuesto para su implementación, sometieron su vigencia al resultado de una votación y, al ganar el NO quedaron despojados de estatura jurídica normativa y de capacidad de surtir efectos en derecho.

¿Cuáles son las repercusiones que se siguen de dicha desautorización política? ¿Significa que se disuelven todos los acuerdos allí consignados, razón por la cual sería necesario volver a reiniciar de ceros el proceso de paz?

No existe una respuesta unívoca sobre el particular. Sin embargo, parece razonable interpretar que la votación que se impuso en el plebiscito es una desaprobación del acuerdo en los términos en que este fue planteado, mas no como un rechazo a la paz como meta política. Ninguna de las campañas que impulsaron el voto negativo propuso a los ciudadanos la guerra como alternativa. Antes bien, ellas proponían modificaciones, de mayor o menor intensidad, razón por la cual no es adecuado concluir que los procesos de negociación o de reforma que han empezado, puedan -o deban- ignorar el importante convenio que fue suscrito en Cartagena.

De otro lado, conviene señalar que, a juicio de un segundo grupo de docentes del departamento de derecho constitucional, el acuerdo se encuentra vigente. Según este planteamiento, es preciso distinguir la validez del convenio celebrado entre las partes del proceso de implementación que había sido proyectado en el Acto Legislativo 1 de 2016. El acuerdo estaría vigente a la luz de la normativa internacional que es aplicable para este tipo de circunstancias. Pues según el artículo III común a los convenios de Ginebra, las partes se encuentran autorizadas para suscribir pactos que amplíen la aplicación de las normas humanitarias en los conflictos armados internos. Según los recientes pronunciamientos que sobre este asunto ha emitido el CICR, las partes de un conflicto armado no internacional pueden celebrar

acuerdos para el cese de hostilidades y para la terminación de los conflictos armados. Dichos convenios constituirían acuerdos especiales, en los términos del referido artículo 3 común, lo que haría de ellos normas de Derecho Internacional Humanitario válidas entre las partes.

Cosa distinta ocurre, según este planteamiento, con el proceso de implementación que se había dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2016. La votación negativa de los ciudadanos impidió su entrada en vigencia, en aplicación del artículo 5° de la reforma constitucional. Por esta razón no es posible que dicho acuerdo -válido desde la perspectiva del DIH- se articule en el ordenamiento jurídico interno siguiendo el procedimiento previsto. Sin embargo, de ello no se sigue que no se puedan intentar otras alternativas de implementación del acuerdo, dado que -vale la pena resaltar- el acuerdo estaría vigente.

Alcances del principio mayoritario en la decisión del plebiscito.

La democracia, como forma de organización pretende lograr dos cosas: una despersonalización del poder y asegurar la partición de los asociados en las decisiones políticas. En este sentido, se encuentra justificado que las decisiones de gran envergadura se adopten de acuerdo a una votación mayoritaria.

Aunque en la discusión se ha descartado una interpretación que reduzca la fuerza normativa del principio mayoritario en la interpretación de los resultados del plebiscito por la paz, ello no significa que en el proceso de renegociación las posturas presentadas por los representantes del 'NO' tengan la capacidad de anular otros mandatos constitucionales indisponibles aun para la democracia.

En efecto, se ha expuesto que, las decisiones en democracia se manejan según el criterio de la expresión de la voluntad popular y, el sentido de esta expresión será determinado por una mayoría de votos. Pero, esta manera particular de decidir corresponde al modelo estatal liberal-burgués de principios del Siglo XIX, en el que el poder era ostentado mayoritariamente por el legislador. Así las cosas, la expresión democrática que fija el rumbo del Estado, se traduce en las decisiones de una mayoría que va desconociendo, la más de las veces, los requerimientos de las minorías.

Se ve necesario reinterpretar esa figura creada en el siglo XV y difundida en el siglo XIX, que es el Congreso, porque en un Estado Social y Democrático de Derecho los efectos de las decisiones mayoritarias deben ser estudiadas con lupa, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional (C-285 de 2016): las democracias constitucionales ya no son plebiscitarias. En otras palabras, quiere decir esto que la voluntad popular ya no es completamente soberana, pues decisiones democráticas deben atender a los postulados

constitucionales (teniendo como límites, por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales, entre otras garantías constitucionales.)

La anterior hipótesis tiene un fundamento constitucional claro en los artículos 3° y 4° de la Constitución, en los que se dispone que el ejercicio de la soberanía se hará de acuerdo a lo que la Constitución establezca y que la Constitución es la norma de normas en nuestro ordenamiento jurídico.

La situación que generó el resultado de la votación fue muy compleja, toda vez que por una parte se encuentra el principio democrático (expresado en la votación popular) y por otra parte, se encuentra la supremacía constitucional (en los contenidos constitucionales que se encuentran contenidos en el Acuerdo). Así las cosas, cuando se impide la implementación del Acuerdo en últimas se está impidiendo la realización de ciertas garantías constitucionales. En este sentido, es claro que existe una clara y fuerte tensión entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, por lo que en caso de que llegase a ser demandado el artículo 5° del Acto Legislativo 1 de 2016, cabría preguntarse, si ponderando esos dos principios la Corte optaría por privilegiar la supremacía constitucional, eliminando el artículo 5 y, que el ‘fast track’ opere inmediatamente, o también robustecer la figura del Presidente y de sus competencias para que éste pueda actuar conforme a lo dispuesto en la Constitución, sin repercusiones de tipo político.

Las facultades constitucionales del Presidente sobre el orden público y definición del proceso y del procedimiento de renegociación.

La decisión que adoptó el pueblo mediante el plebiscito acarrea, según se ha dicho, un impedimento para que el Presidente de la República adelante la implementación de ese acuerdo específico. Esta misma conclusión es corroborada por la decisión de la Corte Constitucional y por lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 1806 de 2016 "Por medio de la cual se regula el Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera".

El mandato político del plebiscito en el que fue mayoritario el NO, no despoja al Presidente ni de su función de supremo director del orden público, ni neutraliza sus competencias para conservarlo o restablecerlo cuando fuere turbado (art. 189-4).

Sobre el particular, dijo la Corte:

“En el caso contrario, esto es, la desaprobación del plebiscito especial, lo que se afecta es la implementación normativa del Acuerdo por parte del Presidente de la República, pero ello no significa que la decisión del Pueblo haya privado de contenido al derecho a la paz, pues esto no es lo que se somete a discusión, ni menos que afecte el ejercicio de acciones para la conservación del orden público,

entre ellas la suscripción de acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley, pues esta es una competencia constitucional del Presidente” CITA?.

Lo anterior supone que, si bien el Presidente no puede desplegar sus poderes de carácter político para la puesta en marcha del Acuerdo final, sí está llamado a hacer uso de las competencias que las leyes 418 de 1997, 1421 de 2010 y 1779 de 2016 disponen, a fin de completar el proceso de paz con la guerrilla de las FARC. Eso significa que el Presidente puede insistir en la celebración o negociación de un acuerdo nuevo, o en la renegociación del Acuerdo final improbable.

Los resultados de los plebiscitos, más allá de la cuestión política que pretenden resolver a través de la participación ciudadana, generan un efecto claro de aprobación o desaprobación general a la figura presidencial. En ese sentido, tiene efectos sobre su legitimidad y gobernabilidad.

El caso del plebiscito por la paz no ha sido la excepción. En razón de lo anterior, le corresponde al Presidente actuar con habilidad política tal, que le permita recuperar su imagen y capacidad como Jefe de Estado, a través del empleo de los más claros mecanismos que permitan a la vez alcanzar una renegociación posible, pronta y eficaz, reconocida como legítima por su carácter participativo e incluyente de los disensos mayoritarios y por establecer así mejores consensos para cumplir con el mandato por la paz constitucionalmente establecido.

Esa “renegociación”, por lo demás, sólo le corresponde al Presidente de la República a través de los negociadores que este designe, por una parte, y por la otra, al grupo armado a través de sus comisionados o negociadores.

En atención a que la consecución de la paz es una tarea que compete primordialmente al Presidente de la República, y dado que él es el único autorizado para negociar la paz con la guerrilla, es él quien puede señalar las etapas, los términos, los canales de recepción de las propuestas del NO y del SÍ necesarias para la revisión del acuerdo final.

En consecuencia, se encuentra plenamente habilitado para dirigir el proceso de renegociación, firma y refrendación, como competencias derivadas de la función constitucional a su cargo.

En cualquier caso, el uso de estas competencias constitucionales debe tener en cuenta la delicada situación del entorno político. En ese sentido, es menester que obre con gran prudencia a fin de no poner más en riesgo la legitimidad presidencial o de generar una polarización aún mayor.

De lo que se trata es, por el contrario, de ejercer sus competencias de modo tal que sus determinaciones y acciones resulten válidas por ser incluyentes y, a la vez, eficientes, por ordenar y gestionar el proceso de renegociación con habilidad, certeza y capacidad persuasiva y disuasiva suficientes para hacer posible la firma definitiva del acuerdo ajustado.

¿Cómo renegociar y con quiénes hacerlo?

Las fórmulas para la renegociación deben ser ágiles, abiertas, amplias, transparentes, programadas en el tiempo y organizadas bajo criterios claros.

La estrategia debe consistir en diseñar una fórmula de participación lo más amplia, pero a la vez lo más manejable posible, en la que la admisión de materias del acuerdo objeto de revisión sea producto de un cuidadoso cálculo de concesiones y límites, que resulten admisibles tanto para la mayoría que votó por el no, como para los negociadores de la guerrilla y la minoría que votó por el sí.

La mejor opción debe incluir diversos canales de participación de los diversos sectores que lideraron la votación por el NO, de la ciudadanía y de las organizaciones de víctimas, con el fin de recoger inquietudes, críticas, sugerencias y propuestas que puedan ser consideradas en la renegociación del acuerdo. Pero en todo caso, los dos extremos en la renegociación siguen siendo el Gobierno y las FARC.

¿Cómo se introducen en el acuerdo los elementos de renegociación?

La renegociación puede incorporarse dentro del cuerpo del acuerdo, sustituyendo unos contenidos por otros. También puede formularse como una “adenda”, un “otros sí”, o una corrección interna del documento; y en ese acto se pueden hacer las inclusiones mencionadas.

Asimismo, se pueden introducir en el acuerdo renegociado, pautas de ordenación nuevas. (i) Como los destinados a otorgar eficacia política directa a lo acordado. Por ejemplo, la determinación expresa de no someter a plebiscito el acuerdo renegociado y firmado, en razón de que tras el procedimiento de renegociación se completó la legitimidad política de sus contenidos y en ese orden se torna exigible por sí mismo; (ii) Derivado de lo anterior, se podría precisar que con la firma de las partes, se reactivan los poderes políticos del Presidente, quien en ese orden podrá ejercer sus facultades de iniciativa y promoción que estime necesarias para la implementación del mismo; y, (iii) para que el Acuerdo renegociado adquiriera fuerza jurídica, se debe acordar como función concreta del Congreso de la República, su incorporación en el sistema jurídico colombiano a través de una nueva norma legislativa.

INSUMOS PARA LA NEGOCIACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE LA OPOSICIÓN Y EL ACUERDO FINAL DE PAZ

Las propuestas concretas de la oposición versan sobre aspectos concretos de cuatro de los cinco componentes del Acuerdo, a saber: (i) víctimas (sistema

de justicia), (ii) participación política, (iii) política de desarrollo rural integral, y (iv) narcotráfico.

Componentes cuestionados	Propuestas concretas
Víctimas (Sistema de justicia)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pena privativa de la libertad entre 5 y 8 años en sitios alternativos “<i>como granjas agrícolas</i>”. Aunque cabe señalar que alguna oposición del Señor Ordoñez fue encaminada a solicitar el endurecimiento de las penas, sin la posibilidad de gozar de alternatividad en el sitio de cumplimiento de la pena. 2. No puede considerarse el narcotráfico como delito conexo al delito político. 3. Aplicar la Ley de Justicia y Paz o crear una Sala Transicional en la Corte Suprema. 4. Incorporación de amnistía para guerrilleros rasos (que ya se encontraba en el Acuerdo Final).
Participación política	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación para quienes hayan sido condenados por parapolítica y proceso 8000.
Política de desarrollo rural integral	<ol style="list-style-type: none"> 1. Incorporar una presunción de “buena fe, no desvirtuable de ausencia de culpa” para proteger a los propietarios. 2. Eliminar la inembargabilidad e inalienabilidad de siete (7) años sobre los predios adjudicados por el Fondo Nacional de Tierras. 3. Suprimir la “<i>extinción administrativa del dominio</i>” como mecanismo para incorporar tierras al FNT.
Narcotráfico	<ol style="list-style-type: none"> 1. Priorizar la erradicación manual de cultivos ilícitos, sin que el Gobierno pierda la facultad de fumigar cuando lo estime conveniente. 2. Contratar a desmovilizados para la erradicación manual de los cultivos ilícitos.

Además de las anteriores, en el marco de sus propuestas para la negociación sobre el Acuerdo Final, Álvaro Uribe propuso que (i) no se altere la regla fiscal (que no se tramite y apruebe la reforma tributaria), (ii) que mediante decretos el Presidente limite en el tiempo la consulta previa, para “no afectar el

desarrollo de la nación” y (iii) que se diseñe una segunda instancia que, de manera retroactiva, sea aplicable a las sentencias de parapolítica. Estas tres propuestas no se desarrollarán en el presente documento habida cuenta que no tienen relación con el contenido del Acuerdo Final ni de la negociación entre el Gobierno Nacional y las FARC.

PROPUESTAS EN RELACIÓN CON EL COMPONENTE DE VÍCTIMAS (SISTEMA JUDICIAL)

1. Reclusión efectiva (pena privativa de la libertad entre 5 y 8 años) “No obstante que sea en sitios alternativos como granjas agrícolas.

Observación: El debate planteado no versa sobre la detención en cárceles o no. Versa sobre las condiciones y la rigurosidad de las penas alternativas a las penas privativas de la libertad ordinarias. En relación con la restricción efectiva de la libertad, el acuerdo final establece que ésta “*significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió*” (Par. 60) Dicha formulación es bastante indeterminada y abarca restricciones tales como reclusión efectiva en sitios alternativos hasta el uso de mecanismos de supervisión como el denominado brazalete electrónico.

Pues bien, para efectos de armonizar dicho contenido con la propuesta de reclusión efectiva en sitios alternativos como granjas agrícolas podría pensarse en una adenda que (i) concretará las condiciones de dicha restricción efectiva de la libertad, (ii) que la restricción de la libertad implicara el desarrollo de actividades que al menos por un tercio o un cuarto de la pena de 5 a 8 años se desarrollara en sitios como granjas agrícolas, (iii) que los lugares de concentración de los excombatientes desmovilizados fueren granjas agrícolas hasta que su situación jurídica se definiera y que, en todo caso, dicho tiempo de concentración se contabilizara para efectos de la pena.

2. Narcotráfico no debe considerarse como delito político.

Observación: En este desacuerdo se enfrentan dos posturas radicalmente opuestas: la oposición sostiene que el narcotráfico nunca debe ser considerado delito conexo, mientras que en el acuerdo las partes pactaron que los delitos conexos abarcan “*las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión*”. Así, el narcotráfico **siempre** sería considerado conexo. Este desacuerdo podría, a nuestro juicio, superarse con una adenda

que establezca que en todo caso (incluyendo el narcotráfico), la determinación de la conexidad deberá determinarse (i) caso por caso, (ii) con base en la evidencia existente, y (iii) se aplicarán los principios de Norgaard para determinar cuándo un crimen ordinario (como narcotráfico) fue cometido en conexidad con el crimen político (rebelión)².

3. *Aplicar la Ley de Justicia y Paz o crear una Sala Transicional dentro de la Corte Suprema de Justicia.*

Las instituciones actuales que se enmarquen dentro del sistema de Justicia y Paz incorporado en los acuerdos pueden ser armonizadas con la Jurisdicción Especial para la Paz. El acuerdo final establece que esta Jurisdicción Especial para la Paz estaría conformada por magistrados nacionales y extranjeros, quienes harían parte de 1 de las 5 salas de justicia (pp. 137): a. Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, b. Sala de amnistías e indultos, c. Sala de definición de situaciones jurídicas, d. Unidad de investigación y acusación, y, finalmente, e. Tribunal para la paz.

Para resolver la tensión entre la propuesta de la oposición y el sistema pactado en el Acuerdo Final, podría pensarse en mantener algunas de las instituciones que consagra el acuerdo e incorporarlas dentro de la jurisdicción ordinaria, es decir, (nuevas salas dentro de la Corte Suprema de Justicia), quienes mantendrían la composición híbrida (magistrados nacionales y extranjeros) contenida en el punto 5.3 El sistema resultante de justicia transicional sería, a grandes rasgos, el siguiente:

- Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad: tal como está prevista en el Acuerdo Final (pp.138 y ss.)
- Tribunal para la paz, ahora Sala Transicional, ejercerá las funciones jurisdiccionales reconocidas en el acuerdo y las correspondientes a la sala de definición de situaciones jurídicas. Esta Sala Transicional haría parte de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, de la jurisdicción ordinaria. Esta alternativa de establecer salas especiales híbridas dentro de cortes nacionales o domésticas ha sido utilizada en varios casos de justicia transicional, por ejemplo, en Camboya (Salas Especiales en los Tribunales de Camboya) o Timor Leste (Salas Especiales para Timor Leste), entre otros.
- Sala de apelaciones que garantice la segunda instancia de los procesos sometidos a conocimiento de la sala transicional (ver punto A.6.)
- Asimismo, las funciones de la Unidad de investigación y acusación, cuyas funciones (pp. 142 y ss.) pueden ser asumidas por la Dirección

² Al respecto, ver <http://mg.co.za/article/1995-03-31-the-norgaard-principles>

de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional (Podría pensarse que esta Dirección debería organizar un Grupo Especializado de Justicia Transicional, que preserve la conformación señalada en el Acuerdo: mínimo 16 fiscales (12 nacionales y 4 extranjeros), que sean seleccionados por un mecanismo similar al de los magistrados del tribunal y las salas, para no dejarlos al arbitrio del Fiscal).

Sin embargo, a esta alternativa se contrasta la propuesta de un grupo de víctimas de mantener el esquema de justicia fuera de la jurisdicción ordinaria. Según un grupo de víctimas, “[l]a supuesta eliminación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición para utilizar a cambio la justicia ordinaria o el mecanismo de la ley 975 de 2005, frustraría las posibilidades de justicia para las víctimas de este país. La jurisdicción ordinaria no ha respondido adecuadamente a las situaciones de victimización con ocasión del conflicto armado. Más allá de los problemas administrativos y de recursos frente al enorme universo de violaciones, existe un problema estructural que ha bloqueado el funcionamiento de la justicia, especialmente frente a los crímenes que involucran las estancias de poder político y económico en el país. La creación de un sistema de justicia es fundamental para la vigencia de un derecho a la justicia de las víctimas” (Documento propuesta de las víctimas por la paz para La Habana).

4. *Amnistía para guerrilleros rasos.*

La propuesta de la oposición es, en últimas, lo que contiene el acuerdo. En efecto, este señala que aquellos que reconozcan verdad y responsabilidad y no hubieren cometido delitos internacionales, serán amnistiados. No obstante, dentro del esquema anteriormente señalado, podría pensarse que en relación con esta iniciativa también es posible armonizar la propuesta con el contenido del acuerdo. En efecto, dicha amnistía podría realizarse a la luz de dos instrumentos aplicados en el marco de justicia y paz, a saber:

• **Reformar y aplicar la Ley 1424 de 2010.** Esta Ley establece medidas de suspensión condicional de ejecución de la pena con ciertas condiciones de contribución a la verdad, justicia y reparación. En últimas es un mecanismo alternativo que implica “no cárcel” para la gran mayoría de guerrilleros. Este ha sido el mecanismo aplicado a los denominados 19.000 paramilitares, que quedaron en el limbo en el marco de justicia y paz. Esta Ley fue promovida por Álvaro Uribe Vélez como complemento a Justicia y Paz. Solo habría que reformarla habida cuenta que el delito base de esta ley es concierto para delinquir y no los delitos políticos.

- **Revivir el artículo 50 de la ley 418 de 1997** (indulto por delitos políticos y conexos Ver. C-928 de 2005). Este artículo fue prorrogado hasta el 2010, cada cuatro años. Pero no fue prorrogado por la última Ley 1738 de 2014.

- **Crear una combinación entre los anteriores.** Esta alternativa apunta a una sumatoria entre indulto, acuerdo de contribución a la verdad y reparación efectiva.

5. Objeciones relacionadas con la naturaleza y los límites de las penas.

Según los representantes de los sectores promotores del No, uno de los factores de inconformidad con el acuerdo suscrito entre el Gobierno y las FARC tiene que ver con la supuesta impunidad que se deriva del mencionado acuerdo respecto de delitos que configuran graves violaciones a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario y a expresiones de macro-criminalidad tales como el narcotráfico.

La objeción consiste en que, según tales sectores, resulta inadmisibles que delitos de esta naturaleza no se sancionen con penas privativas de la libertad o que, en el caso del narcotráfico, pueda llegarse a la consideración de que se trata de delitos conexos a los delitos políticos y, en consecuencia, susceptibles de amnistía.

La objeción adolece de graves errores conceptuales por cuanto, de una parte, no diferencia la lógica de las funciones de la pena en el derecho penal ordinario y las funciones de la pena en la justicia transicional, en el derecho penal internacional y el derecho internacional penal y, de otra, asume de manera equivocada que existen estándares internacionales que obligan a la adopción de determinado tipo de penas o de unos límites preestablecidos. En cuanto a lo primero, es claro que la justificación de las penas en la justicia transicional es sustancialmente distinta a la justificación de las penas que se imparten por la administración de justicia ordinaria por la comisión de delitos que no guardan relación alguna con un conflicto armado. En el primer caso, esto es, el de la justicia transicional, cada evento de transición da lugar a la estructuración de un modelo de justicia que determina autónomamente lo relativo a las distintas manifestaciones de justicia, entre ellas la penal. Hasta el momento no hay modelos de justicia transicional preestablecidos en el derecho internacional; los antecedentes conocidos evidencian que el derecho penal no es lo más relevante de la justicia transicional y que, en todo caso, no existe una fórmula estándar que deba acogerse en todo evento.

En cuanto a la creencia de que existen estándares internacionales o condicionamientos derivados de compromisos internacionales que obligan la adopción de cierto tipo de penas o dentro de determinados límites, también es claro que tal idea es manifiestamente equivocada por cuanto de manera

expresa tanto el Estatuto de Roma como algunas decisiones que le dan alcance reconocen la autonomía de los Estados para desarrollar en su normativa interna, tanto en cuanto a los tipos de sanciones como a los límites de estas.

La naturaleza de las penas que se acojan en un modelo de justicia transicional, así como sus límites, dependen no de un rasero internacional preestablecido sino de criterios que respondan, más que a la gravedad de los crímenes perpetrados (que siempre serán muy graves), a los propósitos no punitivos que persigue la transición, entre ellos el conocimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la garantía de no repetición, etc. En el caso del propósito de transitar de un conflicto armado a la paz, sin renunciar a la justicia, las penas pueden variar en su naturaleza y en su intensidad, pero en todo caso no deben convertirse en un obstáculo para la obtención de los propósitos no punitivos. Si se aplica este criterio específicamente al caso colombiano, tal como lo reconoció recientemente la Fiscal de la Corte Penal Internacional, el modelo acogido no riñe ni con las previsiones del Estatuto de Roma ni con las interpretaciones que le han dado alcance, lo cual por sí mismo descarta la objeción planteada por los promotores del No.

Si se asume que uno de los factores que motivó a quienes en el plebiscito optaron por no apoyar el acuerdo final suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC fue la divergencia con la naturaleza de las penas adoptadas, una fórmula viable para modificar sustancialmente los acuerdos en esta materia consistiría en recoger la esencia de la objeción (inexistencia de penas privativas de la libertad), de manera que, aun cuando lo ya acordado no suponga impunidad, las eventuales modificaciones acojan el mandato político de las mayorías que se inclinaron por el No. Esto, desde luego, debe ceñirse a la lógica del modelo de justicia transicional de no hacer incompatible la regulación del tema penal con el propósito fundamental de la superación del conflicto armado y la satisfacción de las víctimas.

En este sentido, podría plantearse que, en los casos de aceptación voluntaria de la responsabilidad, tanto de los máximos responsables como de quienes realizaron aportes de carácter accesorio o secundario, una porción de la pena inicialmente descontada se cumpla en establecimientos especiales, en privación efectiva de la libertad. Esa proporción debe concertarse por las partes negociadoras, pero debe reunir la condición de no ser irrisoria y, en consecuencia, debería tener un límite mínimo no inferior a 6 meses.

Una objeción complementaria tiene que ver con la inclusión entre los delitos amnistiables de la forma de violencia contra la mujer e hipótesis de macro-criminalidad, particularmente el narcotráfico. Lo primero corresponde a una clara distorsión del contenido de los acuerdos pues la violencia por razón de género se encuentra explícitamente contemplada entre las hipótesis que las partes expresamente consideraron que no podrían ser objeto de amnistía. Y en lo que atañe al narcotráfico, si bien existen convenios internacionales que

como regla general lo excluirían de la eventualidad de una amnistía, las circunstancias particulares del tráfico de drogas ilícitas o el cobro de comisiones por parte de los grupos insurgentes a la delincuencia organizada por guardar estrecha relación con la financiación de la lucha armada, bien podría interpretarse en el sentido de corresponder a una hipótesis delictiva conexas a delitos políticos y, por esta vía, ser amnistiables; no obstante, tal discusión se torna inútil en la práctica si se parte del supuesto de que las penas previstas en el modelo de justicia transicional abarcan la totalidad de los comportamientos delictivos dignos de reproche y, por lo tanto, no existe razón alguna para que entre estas no se incluya el narcotráfico como un delito grave respecto del que la fórmula de la amnistía.

Para acoger la objeción que en este sentido plantean los representantes de los grupos promotores del No, es viable hacer un ajuste sustancial a los acuerdos suscritos entre el Gobierno Nacional y las FARC excluyendo el narcotráfico explícitamente de los delitos amnistiables y permitiendo que el régimen general de penas a los delitos graves le sea aplicable. Si la amnistía no cobija el narcotráfico como delito conexo a los delitos políticos, la pena que imponga la JEP incluirá el reproche al narcotráfico.

Propuestas en relación con el componente de política rural integral.

- **Eliminar la inembargabilidad e inalienabilidad de siete (7) años sobre los predios adjudicados por el Fondo Nacional de Tierras.**

Al respecto, podría pensarse en relativizar dicha regla (1.1.6 del Acuerdo) mediante la creación de un procedimiento administrativo de desafectación de dichos bienes transcurridos 3 años y antes de los 7 años. Tiempo en el cual, bajo supervisión y autorización administrativa, dichas tierras podrían ser embargables o enajenables bajo la tutela de la administración.

- **Suprimir la “extinción administrativa del dominio” como mecanismo para incorporar tierras al FNT**

Sobre este particular, bastaría simplemente con explicitar que la expropiación administrativa no proviene de los acuerdos sino de la propia Constitución.

- **Incorporar una presunción de “buena fe, no desvirtuable de ausencia de culpa” para proteger a los actuales propietarios de tierras frente a las pretensiones de restitución de sus propietarios originales, quienes fueron despojados de las mismas mediante violencia o terror y son hoy víctimas del desplazamiento forzado.**

Debido a la especial sensibilidad que suscita este punto, es menester realizar una precisión conceptual sobre las implicaciones de esta propuesta.

1. BUENA FE OBJETIVA – BUENA FE SUBJETIVA: SU DIFERENCIACIÓN A ESTABLECER LA PROCEDENCIA Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

La expresión **buena fe subjetiva** responde a un estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto; en fin consiste en un estado psicológico y no volitivo. En cuanto concierne a la **buena fe objetiva** esta se traduce en un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio³.

En consecuencia, la buena fe objetiva presupone **que se actúe**, de manera que para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe, no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente, no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad, no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe.

Por el contrario, tratándose de la **buena fe subjetiva simple** no se requiere que la conducta del agente sea legítima, no es preciso verificar que tales irregularidades no existieron realmente, **basta con que en el agente se haya generado la conciencia de estar obrando conforme a derecho**.

En el caso de la **buena fe cualificada**, también llamada buena fe creadora de derechos o exenta de culpa, requiere además de la conciencia de obrar con lealtad y, en general conforme a los presupuestos del principio de buena fe, un elemento objetivo o externo que revista de certeza la apariencia en que se funda su creencia y que tiene como supuesto la ausencia de culpa de quien la alega y por ende exige un comportamiento diligente.

³ NEME VILLARREAL, M. L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, Revista de derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, número 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

2. LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE EN MATERIA POSESORIA: UNA PREVISIÓN EXCEPCIONAL Y DE CARÁCTER RESTRINGIDO

Dentro del libro XXX título VII del Código Civil colombiano encontramos las disposiciones relativas a la posesión y sus diferentes calidades, en especial el texto del artículo 769 según el cual: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”.

La mencionada disposición hace alusión a la presunción que en materia posesoria constituye la regla general, esto es, que quien posee un determinado bien lo posee de buena fe, vale decir con la convicción de no estar lesionando derecho ajeno.

En efecto, el tipo de buena fe que se está regulando en el referido título es la buena fe subjetiva, cuando en el artículo 768 dispone que “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio (...)” (Se resalta)⁴.

Así las cosas, la presunción de buena fe subjetiva no puede ser catalogada como regla general, pues se limita a los estados psicológicos de quienes entienden estar obrando de buena fe y no puede extenderse a la buena fe objetiva que supone deberes de comportamiento, frente a los que la propia racionalidad exige prueba del cabal cumplimiento de los mismos.

2.1 La presunción de buena fe subjetiva propia de la materia posesoria constituye una excepción a la regla general de que la buena fe objetiva no se presume⁵

La regla que consagra la presunción de la buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil colombiano, establece una regla general en materia posesoria⁶ cuyo valor no es absoluto frente a la totalidad del ordenamiento,

⁴ El texto completo del mencionado artículo 768 dispone que “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

⁵ M. L. NEME VILLARREAL. *La presunción de buena fe en el Código de Bello: una regla cuya tergiversada aplicación desnaturaliza el principio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, n. 18 de 2010.

⁶ Así lo entendió Claro Solar al referirse a la respectiva disposición del Código de Bello en relación con la cual sostuvo: “La regla general es, pues, la presunción de la buena fe del poseedor, salvo que la ley establezca la presunción contraria” (se resalta).

como quiera que es una previsión restringida, en primer lugar a los eventos de posesión, y en segundo lugar a aquellos eventos en que se exija buena fe subjetiva, esto es, una convicción íntima de estar obrando conforme a derecho, sea que se trate de buena fe simple o cualificada. Cuando se trata en cambio de buena fe objetiva, la regla que rige es la contraria, es decir, que quien dice estar comportándose conforme a una regla de buena fe objetiva, que por ende exige un determinado comportamiento, deberá demostrar que ello es así.

Vale decir, no se presume la transparencia, la coherencia, el otorgamiento de la información debida, ni el respeto por el equilibrio contractual, ni el haberse comportado adecuadamente en un evento de conflicto de interés, etc. Todos estos comportamientos deben encontrar un referente exterior, objetivo, cuya existencia debe ser demostrada para que quien sostiene haber obrado de buena fe sea catalogado como tal. En consonancia con esta apreciación en materia de diligencia el artículo 1604 del Código Civil colombiano establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

2.2 Limite a los efectos de la presunción de buena fe: La presunción de buena fe adquiere diversos efectos según se trate de buena fe simple o cualificada

La buena fe ‘cualificada, exenta de culpa o creadora de derecho’ ha sido entendida en el derecho colombiano como la buena fe subjetiva que fundada en circunstancias externas tan fuertemente ligadas a la apariencia de conformidad con el derecho, da lugar a la teoría de la apariencia, basada en la máxima conforme a la cual “el error común crea derecho”; concepto que se diferencia de la también buena fe subjetiva pero simple, cuya protección es de menor calado por ser sólo una representación psicológica no reforzada por hechos objetivos.

En el caso de la buena fe subjetiva simple, los efectos que el ordenamiento otorga al poseedor de buena fe son mucho menores: se encuentran referidos a la limitación de la responsabilidad y a la conservación parcial de algunos beneficios menores como los frutos derivados del bien poseído, preservando en todo caso la necesidad de proteger los intereses del verdadero propietario⁷.

CLARO SOLAR, L., Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo séptimo, De los bienes VI, II, Chile, Imprenta Cervantes, 1932, p. 496.

⁷ En el caso de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe el Código Civil colombiano en el inciso tercero del artículo 964 dispone que “el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores” (Se resalta) NO HAY TEXTO RESALTADO. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía, mediante la que se resuelve la

En el caso de buena fe cualificada, los efectos han llegado en algunas oportunidades hasta crear el derecho, en principio inexistente, en cuanto en verdad el poseedor de buena fe transgrede el derecho del verdadero titular del mismo, derecho que se ha entendido creado con base en la teoría de la apariencia. **Pero en ningún caso, la presunción de buena fe, ni siquiera la cualificada, ha asumido el carácter de presunción de derecho o irrefutable.**

3. CARÁCTER ESTRICAMENTE LEGAL DE LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

Las presunciones encuentran justificación dentro del sistema jurídico en la medida en que persigan “un fin constitucionalmente valioso”, pero además la validez de la presunción se sujeta a que esta sea “razonable – es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia – y adicionalmente a que – sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin”⁸.

Por su parte el Código Civil colombiano en su artículo 66 consagra las presunciones tanto legales como de derecho y señala que una presunción será de derecho cuando así lo disponga expresamente la ley, caso en el cual será inadmisibles la prueba contraria y agrega que si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal, caso este último en que se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume⁹.

demanda de inconstitucionalidad de los artículos 768 (parcial); 964 (parcial); 1025 (parcial) del Código Civil.) que la norma transcrita no viola el principio de buena fe, pues la razón de ser de la obligación de devolver los frutos percibidos o los que habrían podido percibirse después de la contestación de la demanda, impuesta al poseedor de buena fe vencido, estriba en la necesidad de proteger los intereses del verdadero propietario, a quien la norma pone en la “situación en que se encontraría si hubiera obtenido el triunfo desde el primer momento, ya que la lentitud de la justicia no debe perjudicarlo”. En este caso no estamos en presencia de una presunción de mala fe en cabeza del poseedor a quien se le ha notificado la demanda reivindicatoria, simplemente la norma quiso establecer un límite temporal a los efectos de la presunción de buena fe subjetiva consagrada en favor del poseedor y, dicho límite lo constituye la notificación de la demanda respectiva, lo cual no significa que el poseedor pierda su condición de detentador de buena fe subjetiva, como bien lo señala la Corte en la referida sentencia.

⁸ Todo esto en términos de la Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-388 de 2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Código Civil colombiano artículo 66: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la

En cuanto a los efectos de las presunciones afirma la jurisprudencia en cita que la consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, el sujeto beneficiado debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia – al menos procesal –, del hecho presumido.

La presunción de buena fe subjetiva es en estricto sentido dentro de nuestro ordenamiento una presunción legal, pues ni las disposiciones legales que la consagran le otorgan el carácter de presunción de derecho, ni la naturaleza misma del principio admitiría considerar como inobjetable los presupuestos en que se basa la presunción ni el hecho que se presume.

En consecuencia, si bien la protección de la buena fe subjetiva encuentra plena justificación en nuestro ordenamiento, esta protección no es absoluta ni se establece en términos irrefutables, como quiera que no se erige ni podría erigirse en presunción de derecho u inobjetable, con **mayor razón cuando lo que se pretende es privilegiar la posición de una parte en desmedro de quien ostenta la calidad de parte débil en razón a su condición de víctima.**

4. SE QUEBRANTARÍAN LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, EQUIDAD Y DIGNIDAD HUMANA SI SE PRETENDIERA ESTABLECER UNA PRESUNCIÓN DE DERECHO NO REFUTABLE EN FAVOR DE LOS PROPIETARIOS NOMINALES DE PREDIOS OBJETO DE DESPOJO POR VÍA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

De conformidad con lo expuesto, una presunción sólo puede establecerse en plena observancia de las exigencias de **legitimidad** en cuanto se erija en un fin constitucionalmente valioso, de **racionalidad** en cuanto obedezca a la lógica de la experiencia, de **utilidad** en cuanto necesaria para preservar los valores constitucionales y de **proporcionalidad**¹⁰, en cuanto tal presunción no desconozca o enerve injustificadamente la tutela de otros derechos.

4.1 Toda presunción ha de ser legítima en caso se erija en un fin constitucionalmente valioso

presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

¹⁰ Todo esto en términos de la Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-388 de 2000. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

La presunción de buena fe constituye un fin constitucionalmente valioso sólo en cuanto con ella no se desconozcan los valores del propio principio y siempre que por demás tal presunción resulte acorde con el entero sistema constitucional.

El ordenamiento constitucional y los principios que lo integran, proporcionan un criterio de correlación entre las fuentes de derecho; criterio que se encuentra dotado de una particular autoridad jerárquica en cuanto reúne los valores considerados esenciales al sistema jurídico del cual abrevan. Estos valores apuntan, a la centralidad de la persona humana¹¹ y a la consecuente realización de sus derechos fundamentales¹².

Ahora bien, al interior de dicho sistema constitucional, las propias antinomias y lagunas, reales o aparentes, deberán solucionarse mediante el establecimiento del peso de los principios y de las reglas que desarrollan tales valores y su influencia recíproca en la aplicación de sus efectos en un caso determinado. Lo cual, exige la realización de un proceso hermenéutico como

¹¹ Inst. Iust. 1.2.12 « Todo el derecho de que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. Tratemos primero de las personas. Porque es poco haber conocido el derecho, si se desconocen las personas por cuya causas se han constituido»; Inst. ; D. 1.5.2 “Hermogeniano; Epítome del derecho, libro I.- Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas, y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto perpetuo y aplicándoles títulos adecuados y conexos, según lo permita la naturaleza de la cosa”; Inst. Gayo. 1.8 “Por lo demás todo el Derecho que usamos o bien trata de las personas, o bien de las cosas, o bien de las acciones. Pero consideremos primero el relativo a las personas”.

¹² A título de ejemplo: Sentencia de la Corte Constitucional T-881/02 en la que resalta los alcances del principio constitucional de la dignidad humana: “Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

mecanismo ineludible en la aplicación del derecho, que excluye las soluciones absolutas basadas sobre la derogación tácita de normas incompatibles y, por el contrario, **impone criterios de coordinación que consideren la recíproca influencia que las diversas fuentes del derecho pueden llegar a realizar entre sí**¹³.

En este sentido las diversas fuentes han de coordinarse, de tal suerte que se permite la **armonía entre los diversos niveles del ordenamiento jurídico en procura de un equilibrio del mismo y de una plena realización de los valores constitucionales**¹⁴, que por supuesto recogen muchos de los principios ancestrales del derecho privado, los cuales a su vez se nutren de otros valores constitucionales y de la entera tradición de nuestro sistema jurídico.

Todo ello en miras de la preservación de la funcionalidad de un ordenamiento jurídico plural y complejo, en cuanto apunta al logro de la coherencia del mismo¹⁵, bajo el presupuesto de los beneficios que se desprenden de la construcción de la unidad del ordenamiento y del sistema en términos de la preservación de los principios de igualdad, buena fe y equidad, sin los que resulta irrealizable la justicia.

Así las cosas, **conforme al criterio de coherencia** (armonía)¹⁶: la introducción de una norma que introduzca una presunción de derecho o irrefutable debe ser valorada en el sentido que coincida con los valores esenciales del sistema¹⁷, contenidos en la Constitución, integrada ésta por el bloque de constitucionalidad, de forma tal que promueva la unidad del

¹³ Cfr ALEXY, R., Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado, Bogotá, 2005, p. 39 -46.

¹⁴ SCHENKDUQUE, M., O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria constituição. en Diálogo Das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 150.

¹⁵ Cfr. SCHENKDUQUE, M., O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria constituição. en Diálogo Das

Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 128.

¹⁶ Cfr ALEXY, R., Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado, Bogotá, 2005, p. 44. Quien evocando a Savigny señala que “la coherencia es de hecho un elemento esencial de la racionalidad y, como tal, es también irrenunciable para la teoría del discurso jurídico racional”.

¹⁷ A este respecto vale la pena traer a colación las reflexiones de Perelman según las cuales “La unidad sistemática del derecho está constituida por referencia a valores y a jerarquías de valor que permiten definir la ratio iuris. Es por referencia a la finalidad del derecho o, mejor dicho, a los diversos fines jerarquizados que se propone cada sistema de derecho, que se contrapondrá el espíritu de la ley”. PERELMAN, CH., Razonamiento jurídico, p. Centro de Estudio de

filosofía del derecho LUZ- facultad de derecho, Maracaibo, 1973, p. 15.

ordenamiento jurídico en el marco del sistema¹⁸. De manera que en el caso en que se presente un conflicto entre alguna disposición y el valor esencial, dicho conflicto no puede resolverse en detrimento o menoscabo del sentido en que mejor se proteja el valor esencial.

En consecuencia, **la introducción de una norma que consagre la presunción de buena exenta de culpa en favor de los actuales propietarios de bienes inmuebles que fueron objeto de despojo a las víctimas de desplazamiento forzado**, fundada en la protección del derecho de propiedad de los nuevos propietarios, reconocido en la Constitución, **pierde legitimidad cuando dicha protección entra en conflicto con el derecho de propiedad de las víctimas que sufrieron el despojo**, como quiera que los derechos de estas últimas, en cuanto ostentados por sujetos de especial protección, dada su condición de partes débiles, por su propia condición de víctimas, resultan valores esenciales al sistema; lo cual se refuerza cuando se tiene presente que el derecho a la tierra de las víctimas, no pocas veces se encuentra ligado con su derecho a la autonomía, en cuanto a escoger su propio proyecto de vida, a su dignidad en cuanto a la necesaria reconstrucción de su entorno familiar y cultural y muchas veces a la propia vida, en cuanto de su tierra derivaban el sustento vital.

4.2 Toda presunción ha de ser racional en cuanto obedezca a la lógica de la experiencia y por ende a los postulados de la buena fe

Cuando se habla de racionalidad, de consideración de los presupuestos que evidencia la lógica de la experiencia, se evoca al principio de buena fe y, en particular a la buena fe objetiva.

La buena fe, en cuanto concepción ético jurídica, es uno de los elementos que estructuran nuestro sistema jurídico, en la medida en que contiene un núcleo de valores alrededor de los cuáles existe consenso social: lealtad, corrección, equilibrio, honestidad, diligencia, transparencia, protección de la confianza, protección del débil, prohibición del dolo, etc., valores que subyacen en las reglas generales que emanan del principio.

¹⁸ Cuando hablamos de consistencia en la interpretación armónica de las normas como parte del criterio de coherencia, entendemos que la coherencia de valores se encuentra inescindiblemente ligada a la uniformidad de esta aplicación a todos los casos análogos que caigan bajo la misma ratio, pues no puede haber coherencia de un ordenamiento en donde no haya garantía de aplicación univoca de los valores en el que se inspira.

En tal sentido, la buena fe constituye uno de los elementos fundantes de nuestro derecho y, en general, de nuestra tradición jurídica¹⁹; la buena fe estructura y articula nuestro sistema jurídico y, en cuanto tal, **la buena fe es un principio**, y así lo ha entendido la jurisprudencia nacional²⁰, principio que refleja una de las características **esenciales del derecho: el *bonum*** en el sentido de lo razonable, **característica en defecto de la cual el mundo de los contratos, del comercio y, en general de las relaciones jurídicas, serían irrealizables en los términos de justicia que el “*ius*” impone.**

La buena fe, en cuanto promueve la honestidad, la transparencia, la protección del débil, no toleraría jamás una presunción de corrección irrefutable, una presunción que pudiera resguardar, al amparo de una formalidad, la injusticia de la preservación de un derecho de propiedad al que se ha accedido con violencia física o moral o con aprovechamiento de la situación de ignorancia, de indefensión o de debilidad del despojado, o incluso con el igualmente reprochable y común comportamiento de indiferencia de aquellos que prefieren no indagar y soportar su pretendido derecho en la formalidad de un registro que se sospecha ilegítimo; todo en desmedro de una víctima, a la que por virtud de tal presunción se arrebataría el legítimo derecho de develar que ha sido despojado de su propiedad por aquellos que directa o indirectamente han adquirido un derecho en contrariedad del propio principio en el que pretenden ampararse.

Siendo esto así, nada más alejado de la esencia del principio de buena fe que la veneración de las formalidades por sí mismas consideradas o la instauración de los presupuestos inamovibles, como lo serían las presunciones irrefutables.

En efecto, la buena fe promueve el carácter sustancial del derecho, inhibe dada su característica ductilidad, toda solución que impida examinar la realidad de la situación, se erige en vigía y límite de las formalidades, no tolera que bajo su nombre se amparen conductas dolosas, deshonestas o siquiera

¹⁹ Sobre la larga tradición de la buena fe en el derecho romano véase M. L. Neme Villarreal. La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, en donde se referencia abundante doctrina en la materia. Sobre la presencia del principio de buena fe en el sistema romanista y en especial en el derecho latinoamericano, véase R. CARDILLI. “Bona fides” tra storia e sistema. Torino: Giappichelli, 2004.

²⁰ Para citar sólo alguna de tales providencias: la sentencia de la Corte Suprema De Justicia Sala Casación Civil, Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla, siete de octubre de dos mil nueve. El Consejo de Estado por su parte en reciente sentencia reitera respecto de la buena fe el carácter de principio: Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, 28 de abril de 2010.

negligentes, como las que quedarían blindadas al establecerse una presunción de buena fe irrefutable y, por demás, jamás permitiría que se privilegie el derecho de una parte en desmedro de otra débil que ha sido objeto de vejámenes y abusos, jamás permitiría la consolidación del derecho del tercero denominado propietario de buena fe que se imponga sobre los derechos de las víctimas, consolidando así derechos que perpetúen el despojo sufrido.

4.3 Toda presunción ha de ser útil en cuanto necesaria para preservar los valores constitucionales en su conjunto y fundamentalmente el de la dignidad humana en el que se conjuga el fin de un Estado Constitucional

La interpretación del ordenamiento debe realizarse en pro del logro de un sistema eficiente y justo en cuyo centro destaca la protección de los derechos fundamentales de la persona²¹; de ahí que la unidad del ordenamiento jurídico se establezca a partir del momento en que todos los ámbitos jurídicos son reconducidos a un principio fundamental común: la dignidad humana, que bien podemos remitir al concepto romano de *humanitas*, el cual conmina a respetar y favorecer el desarrollo de la personalidad ajena, a considerar los intereses de los otros, a ponerse a sí mismos límites, como aquél de no perseguir exclusivamente la propia ventaja, a ser conscientes de que alguna cosa debe ser dejada al prójimo, a atribuir a terceros con aquellos con los que se está en particulares relaciones aquello que es conveniente según las exigencias de la individualidad de cada uno; en fin la *humanitas* conlleva la especial exigencia de componer los intereses contrapuestos de manera equilibrada²².

En tal sentido, una presunción no es útil en cuanto no toma en consideración la protección de los intereses ajenos, en cuanto no resuelva los conflictos entre intereses disímiles de manera equilibrada, cuando, en fin, no redunde en la preservación de la dignidad humana, como sucede con la solución a la que se arribaría con la introducción de la presunción de derecho

²¹ Destaca justamente Gadamer que “el hacerse capaz de entrar en diálogo a pesar de todo es, a mi juicio, la verdadera humanidad del hombre”. GADAMER, H –G., *Verdad y método II*, Sígueme, Salamanca, 2010, p. 209

²² L. GAROFALO. *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*. Rivista storia e diritto, n. 4 de 2005, consultada el 23 de octubre de 2016 en: <http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm>. El autor cita como ejemplos de las fuentes romanas: in D. 7,1,25,1 (... sed Iuliani sententia humanior est ...), D.21,1,23,8 (... et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse) y D. 44,4,7,1 (... et habet haec sententia Iuliani humanitatem ...) en donde Ulpiano declara acoger la opinión de Juliano en cuanto le parece seguir más intensamente las exigencias de equilibrio que comporta la *humanitas* en materia de intereses contrapuestos.

propuesta y, por tanto, no es admisible dentro de nuestro sistema constitucional.

4.4 Toda presunción ha de ser proporcional y en cuanto tal no puede desconocer o enervar injustificadamente la tutela de otros derechos y por ende debe permitir hacer realidad el principio de equidad

La presunción que se propone carece de toda proporcionalidad, pues la protección del derecho de los actuales propietarios resulta desproporcionada cuando se observa que la misma debe realizarse en desmedro del idéntico derecho de propiedad de víctimas, en desconocimiento además de sus derechos fundamentales a la autonomía, a la subsistencia y en general a la dignidad humana.

Una presunción irrefutable como la que se propone transgrede el principio de equidad en la medida en que desconoce las específicas circunstancias del caso, pues si bien el ordenamiento permite la tutela del derecho de quien se encuentra en buena fe exenta de culpa, tal protección está prevista dentro de un escenario de normalidad, con una extensión que por demás nunca alcanza la categoría de presunción de derecho o irrefutable; de manera que ante una situación de excepción como aquella que hemos vivido los colombianos y que ha afectado en particular a los miles de campesinos desplazados, la equidad no admitiría en ningún caso pasar por alto las especiales circunstancias de debilidad de las víctimas otorgando la creación de un derecho prevalente en favor de los nuevos titulares de las tierras y haciéndolo además irrefutable.

La equidad supone la “justicia del caso concreto”²³, la adopción de decisiones que conduzcan a la “igualdad ponderada”²⁴ a través del mecanismo de la discriminación positiva en favor de los débiles, en este caso de la víctimas de desplazamiento forzado, en cuyo amparo resulta necesario tomar medidas de particular y superior protección para tutelar efectivamente sus derechos, haciéndolos prevalecer sobre los derechos de otros individuos que

²³ FRANZ WIEACKER. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1977, p. 32. Traducción JOSÉ LUIS CARRO.

²⁴ F. GALLO, CELSO Y KELSEN. *Para la refundación de la ciencia jurídica*. Buenos Aires: Eudeba, 2015. En la reconstrucción de GALLO, de la definición celsina de ius como “ars boni at aequi” aequum no significa justicia, en términos abstractos, sino igualdad en el sentido elástico de proporcionalidad. CFR. F. GALLO. *La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*. Ponencia presentada en las jornadas de estudio sobre valores y principios del derecho romano, en conmemoración de los cien años del profesor Silvio Romano, maestro de instituciones. Torino 12/10/2007. En: http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Gallo-Verit-valore-definizione-celsina-diritto.htm#_2._-Nondegradabilità_a_Leerformel . Consultada el 14 de julio de 2011.

si bien serían en principio amparados por el ordenamiento dada su buena fe, no pueden sobreponerse sobre los derechos de las víctimas, sin que ello constituya la más flagrante injusticia, violatoria de los pilares fundamentales del Estado Constitucional.

Esta elección, apegada a la equidad, a la buena fe y a la *humanitas*²⁵, fue la que adoptó el legislador cuando privilegió el derecho de las víctimas por encima del de los propietarios de buena fe exenta de culpa, haciendo prevalecer en cabeza de las víctimas de desplazamiento forzado su derecho a la tierra y otorgando a los nuevos propietarios de buena exenta de culpa un mero derecho compensatorio, siempre que subsista tal presunción a la que se otorga el mero carácter de presunción legal y, por ende, desvirtuable. En consecuencia, toda medida que pretenda revertir esta interpretación *equa* del conflicto por la tierra, conduciría al desconocimiento de los mencionados principios y a la violación de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento forzado, en abierta violación de los derechos humanos.

Que decir de la iniciativa que se propone en el sentido de crear una presunción de derecho irrefutable, que haga incuestionable una presunción de buena fe exenta de culpa en favor de los nuevos propietarios de las tierras y en contra de las víctimas de desplazamiento forzado, esta sería una disposición inicua al grado sumo, que quebrantaría el entero espíritu de la constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, conminándonos al oprobio frente a la comunidad internacional.

De manera que una presunción irrefutable de buena exenta de culpa en favor de los titulares formales de tierras que fueron objeto de despojo durante los procesos de desplazamiento forzado en Colombia sería inadmisibles, en

²⁵ A esta relación del derecho con la *humanitas* se ha referido la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 1995: “Los pueblos son titulares de derechos fundamentales, y tienen también deberes inherentes a su sociabilidad, porque si bien es cierto son singulares, también son comunes, es decir, los liga el vínculo de la *humanitas*. (...) Una de las características del Estado Social de Derecho es que fundamenta la legitimidad del orden jurídico en la efectividad de unos derechos inherentes a la persona, llamados fundamentales. Estos bienes son universales, porque los tiene toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, raza, estirpe o condición, y ni siquiera en los estados de excepción se suspenden, de acuerdo con el artículo 214-2 de la Carta, que además remite a una suprema directriz: el derecho internacional humanitario. En consonancia con lo anterior, el artículo 93 del estatuto superior, no sólo consagra la constitucionalidad de los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sino que los declara prevalentes en el orden interno; además señala que los derechos y deberes consagrados en la Constitución "se interpretarán de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia". No está la Carta limitándose a enunciar los derechos fundamentales, sino que tutela, promueve y efectiviza”.

cuanto carecerían de **las características esenciales del derecho en defecto de las cuales el derecho no existe** conforme a la definición celsina de derecho²⁶: el “*boni et aequi*” (**buena fe e igualdad ponderada**) las cuales se erigen en criterios que definen la esencia del derecho.

Propuestas en relación con el componente de narcotráfico y drogas

- **Priorizar la erradicación manual de los cultivos ilícitos, sin perder la facultad de fumar. Contratar a los guerrilleros para tales efectos**

Este desacuerdo, como varios de los anteriores, se funda en una lectura contraevidente del acuerdo final. Esto ya está en el Acuerdo, aunque no de manera muy explícita. Podría incorporarse un anexo que establezca, con más detalles, el cómo, cuándo, dónde, bajo cuál supervisión, etc., se desarrollará dicha tarea por parte de las guerrillas.

SOBRE LA DISCUSIÓN EN TORNO DEL ENFOQUE DE GÉNERO Y LA INCLUSIÓN DE LA POBLACIÓN LGTBI

a) CÓMO RESOLVER EL TEMA DE LOS GRUPOS DIFERENCIADOS GÉNERO Y LGTBI

El enfoque de género es una herramienta que responde a un reconocimiento de las mujeres víctimas del conflicto, sin embargo, la ambigüedad de su texto hizo que se convirtiera en uno de aquellos temas que sufrieron una especial tergiversación durante el transcurso de las campañas del Plebiscito que se realizó el pasado 2 de octubre. En efecto, se trata de un tema de poco consenso, lo cual, aunado a las complejas implicaciones que a nivel constitucional tiene el trasfondo de los discursos que se han elaborado sobre el alcance del enfoque de género, entendido como ideología de género de la familia homosexual, hace imperioso elaborar unas reflexiones dirigidas a solucionar el problema que suscitó la inclusión del enfoque de género en el Acuerdo Final.

Las presentes reflexiones surgieron debido a la acusación que se hizo de este enfoque, que se tradujo en un número considerable de votos hacia el NO: se trata de que en el enfoque de género se encuentra contenida la ideología de género hacia la familia homosexual. De entrada, cabe advertir que esta es una acusación descabellada, porque del texto del Acuerdo Final no se desprende una sola referencia hacia tal tema.

Sin embargo, de la lectura del enfoque de género se desprende una inquietud, toda vez que por su vaguedad e indeterminación puede dar lugar a

²⁶ D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*).

la posibilidad de que situaciones de discriminación (como la de la ideología de género) se presenten. Esto será explicado a continuación.

El enfoque de género está consagrado en la página 10 del Acuerdo, así:

“Igualdad y enfoque de género: Reconocimiento de las mujeres como ciudadanas autónomas, sujetos de derechos que, independientemente de su estado civil, relación familiar o comunitaria, tienen acceso en condiciones de igualdad con respecto a los hombres a la propiedad de la tierra y proyectos productivos, opciones de financiamiento, infraestructura, servicios técnicos y formación, entre otros; atendiendo las condiciones sociales e institucionales que han impedido a las mujeres acceder a activos productivos y bienes públicos y sociales. Este reconocimiento implica la adopción de medidas específicas en la planeación, ejecución y seguimiento a los planes y programas contemplados en este acuerdo para que se implementen teniendo en cuenta las necesidades específicas y condiciones diferenciales de las mujeres, de acuerdo con su ciclo vital, afectaciones y necesidades (enfoque de género).”

Como se desprende del texto anteriormente citado, el enfoque de género es un reconocimiento a las mujeres víctimas del conflicto armado y, dispone la adopción de variadas medidas en aras de lograr una igualdad real. Sin embargo, en diferentes acápite del Acuerdo el enfoque de género fue redactado de manera irregular e imprecisa: en algunos acápite se refiere a las comunidades indígenas, en otros a la comunidad LGBTI. Se revela entonces una falta de técnica y coherencia en la formulación del enfoque de género, lo que ha dado paso a que algunos sectores de la oposición aleguen hipótesis descabelladas como aquella que refiere a que dentro del enfoque de género se consagra la ideología de género de la familia homosexual.

Se ha señalado por algunos, que para remediar esta situación deben suprimirse las referencias al enfoque de género, toda vez que su enunciación es innecesaria y repetitiva con respecto a los contenidos de la Constitución. Empero, esta solución no es viable, toda vez que el trasfondo de las críticas que se esbozan sobre el enfoque consisten en un problema de discriminación. Eliminar el enfoque del Acuerdo pondría en una situación de discriminación agravada a los grupos vulnerables. Lo procedente es reformar el enfoque para garantizar una protección integral contra la discriminación de los grupos vulnerables.

Así las cosas, como punto de partida, hay que determinar la naturaleza jurídica del enfoque de género: ¿se trata de una acción afirmativa? ¿Se trata de una distinción? ¿Se trata de una discriminación?

La Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2000 ha determinado como características concurrentes de las acciones afirmativas las siguientes:

“(...) aceptando que la Constitución autoriza las medidas de discriminación

inversa, se debe dejar en claro que: 1) 'la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas en favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias'. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional, como parece sugerirlo una de las intervinientes. En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la 'igualdad real y efectiva' pierden su razón de ser."

Al romper, se evidencia que el contenido del enfoque de género que se plasma en el Acuerdo Final no cumple con una de las condiciones enunciadas anteriormente para ser considerado como una acción afirmativa: en ninguna parte del Acuerdo se menciona una referencia o limitación temporal de las medidas que se desprenden del enfoque de género. De modo que se procede a analizar la siguiente hipótesis, el caso del enfoque de género como una distinción.

La Corte constitucional, desde temprana jurisprudencia, ha entendido que las distinciones o diferenciaciones son aquellas que tienen una base objetiva y razonable (T-330 de 1993). Ahora, según estos parámetros es necesario indagar si el enfoque de género se trata de una diferenciación, para lo cual podría considerarse que la protección de la mujer o de los indígenas como víctimas del conflicto es base objetiva y razonable suficiente. Sin embargo, vale la pena estudiar esta justificación de manera más detenida, toda vez que bajo determinados supuestos pueda abrirse la puerta a la ocurrencia de discriminaciones y, en este orden de ideas, corresponde analizar la hipótesis del enfoque de género como una discriminación.

La Corte Constitucional (T-098 de 1994) ha definido la discriminación como *"un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica."* En la misma sentencia se ha especificado que ese acto arbitrario debe ser adoptado sin un fundamento constitucional válido, es decir que no sea objetivo y razonable. Según lo anterior, el núcleo de análisis se encuentra en el fundamento constitucionalmente válido que justifica el enfoque de género.

Se reitera que la finalidad de protección contra un grupo discriminado en contexto del conflicto armado, como lo es el de las mujeres, pareciera erigirse como fundamento constitucional válido suficiente. Sin embargo, debe considerarse que, debido a la mala sistematización del enfoque al interior del

Acuerdo, este ha perdido coherencia, permitiendo interpretaciones descabelladas y violatorias de los derechos fundamentales.

Este mismo problema se presentó frente a la Ley 1482 de 2011 (Ley antidiscriminación). Dicha Ley fue promulgada como una herramienta para que los grupos históricamente discriminados pudieran disponer de un mecanismo para garantizar sus derechos. Se consagró una herramienta de derecho penal, en la que se tipificaron varias conductas y se enunciaron varios criterios sospechosos de discriminación en cada uno de los tipos penales. Empero, la enunciación de los criterios sospechosos era irregular, incompleta y diferente dependiendo del tipo penal que se tratara. Esto revelaba problemas de coherencia en la regulación al momento de consagrar los criterios sospechosos de discriminación.

Para entender como la situación anteriormente planteada era violatoria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales, es menester recurrir a las disposiciones de estos ordenamientos. En tratándose de las disposiciones del ordenamiento internacional, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1.1 plasma una clausula abierta para los criterios sospechosos de discriminación.²⁷ En el mismo sentido se ha ubicado la Corte Constitucional, en numerosa jurisprudencia. Ambos ordenamientos han considerado que la aplicación de los criterios sospechosos no puede ser realizada de manera taxativa, debido a que, el proceso penal se rige por el principio de legalidad. Así entonces, cuando el juez penal va a realizar el juicio de subsunción de la conducta delictiva dentro del contenido de la norma, debe basarse en el principio de legalidad estricto, de modo que solo estarán cobijadas por la Ley aquellas conductas que se encuentren enunciadas en la Ley 1482 de 2011.

Así entonces, al interior del texto de esa Ley subyacía desapercibido un componente discriminatorio (carente de justificación constitucional válida), consistente en que se negaba el acceso a la protección que la Ley 1482 de 2011 otorgaba a aquellos grupos tradicionalmente discriminados que no fueron enumerados taxativamente por la ley, llevándolos a un escenario de mayor desprotección frente a aquel en el que ya se encontraban.

En su momento se propuso como solución viable que se consagrara una cláusula de protección integral contra la discriminación, de carácter abierto, entendiendo que los criterios sospechosos de discriminación pueden ser objeto

²⁷ La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 1,1 dispone que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

de adecuaciones futuras y, permitiendo la inclusión de nuevos grupos discriminados. De esta manera se lograba garantizar el acceso a la protección que otorgaba la Ley antidiscriminación a todos los grupos discriminados, independientemente de su consagración en el enunciado normativo. Esta fue la solución que adoptó la Ley 1752 de 2015, que reformó la Ley antidiscriminación.

Llevando estas reflexiones al campo del Acuerdo se evidencia que las referencias que éste contiene frente al enfoque de género, son asimilables a las que se plantearon frente a la Ley 1482 de 2011, debido a que se elabora de manera incompleta e incoherente (tal como ocurrió con la Ley antidiscriminación) el listado de los grupos discriminados que van a ser acreedores de la protección que este enfoque otorga.

Esa enunciación incompleta e incoherente impide que todos los grupos discriminados puedan acceder a la protección integral que ofrecen las garantías que en él se contienen. En otras palabras, se puede asimilar esta situación a una imposibilidad de acceder a la protección del Acuerdo, colocándolos en una situación de discriminación aún más grave de la que se encuentran (esto es así al punto que esa protección parcializada permite cabida a interpretaciones tan descabelladas como la de la ideología de género).

La pregunta que queda es ¿cómo solucionar el problema? La solución a este inconveniente consiste en plantear una cláusula abierta de criterios sospechosos de discriminación, consagrar una cláusula de protección integral contra la discriminación, que permita a todos los grupos discriminados acceder a la protección que se plasma en el Acuerdo Final. En otras palabras, ya no se referirá a la mujer como víctima del conflicto armado, sino a los grupos discriminados víctimas del conflicto armado.

EL PROCEDIMIENTO DE REFRENDACIÓN DE LA RENEGOCIACIÓN DEL ACUERDO

En el evento esperado de alcanzar un acuerdo final renegociado, ¿este debe ser refrendado? Y en caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿cuál es el mecanismo de refrendación válido que se debe adoptar?

Como quedó dicho en anteriores acápite, suscribir acuerdos de paz para la terminación del conflicto armado interno es una facultad que corresponde al Presidente de la República, en el marco de las funciones y competencias constitucionales y legales que le han sido atribuidas. La convocatoria a un plebiscito para la refrendación del acuerdo final fue producto de una decisión política que se encontraba dentro de sus competencias (artículo 1 de la Ley Estatutaria 1806 de 2016).

Por eso, es claro que el Presidente no está obligado jurídicamente a convocar a un nuevo plebiscito o a otro mecanismo de participación ciudadana, para refrendar el acuerdo final renegociado si este se alcanza.

Cosa distinta es que el Presidente esté interesado en reactivar el procedimiento legislativo especial previsto en el Acto legislativo 1 de 2016, pues en ese caso, por su redacción y por lo dicho en la sentencia C-379 de 2016, la entrada en vigencia del mismo solo se producirá una vez el Acuerdo final (renegociado) sea refrendado mediante plebiscito.

Es facultad del Presidente someter a refrendación popular el nuevo acuerdo final, a través del mismo mecanismo de plebiscito y con las mismas condiciones que estableció la Ley 1806 de 2016. Así lo puso de manifiesto la misma Corte Constitucional:

“Como se señaló a propósito del cuestionamiento de la Procuraduría General fundado en la presunta naturaleza ad hoc del plebiscito especial, ni del texto del PLE, ni de las consideraciones plasmadas dentro del trámite legislativo, es viable concluir que el plebiscito especial sea aplicable exclusivamente respecto del mencionado grupo armado ilegal, ni menos que la vigencia del PLE se agote en relación con dicha negociación en particular. Por lo tanto, no existe un obstáculo verificable para que, ante la hipótesis de una votación negativa del plebiscito, pueda someterse a refrendación popular una decisión política de contenido diferente, inclusive bajo las reglas especiales del PLE. Esto limitado, como es apenas natural, a que esté vinculada a un acuerdo final relativo a la terminación del conflicto armado, en los términos del artículo 1° del PLE”. (Subrayado fuera de texto)

Y además, señaló:

“En ese sentido, lo que la norma prevé es una habilitación que confiere el legislador estatutario al Presidente para que convoque, si así lo decide, a un plebiscito que tiene por objeto la refrendación popular de un Acuerdo Final, que en la actualidad corresponde al que está actualmente en negociación con las FARC-EP, aunque, como se explicó en apartados anteriores de esta sentencia, no existe una limitación en el PLE sobre la naturaleza de los actores armados incluidos en dicho Acuerdo Final”. (Subrayado fuera de texto).

La dificultad inicial de las partes para implementar el acuerdo final luego de haber encomendado su suerte a la opinión del juez constitucional y a la votación popular, nos lleva a hacer una revisión de la sentencia C-379 de 2016, en la cual la Corte Constitucional sentó algunas premisas que pueden ser el insumo para la construcción de algunas alternativas que redunden en no desechar de tajo la voluntad de paz expresada por las FARC, el Gobierno Nacional y un importante número de ciudadanos.

La decisión de la Corte se detuvo en analizar qué efectos tendría la aprobación o no del acuerdo final. Al respecto en el primer caso expresó lo siguiente:

“105. Como se observa, el precepto involucra dos consecuencias acerca de la decisión aprobatoria del plebiscito por parte del Pueblo. La primera es conferirle a dicha decisión aprobatoria “carácter vinculante” para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”.

Más adelante afirmó:

La hipotética aprobación del Acuerdo Final mediante el plebiscito especial no lo hace, utilizando el símil con el derecho internacional público, una norma jurídica autoejecutable. En contrario, la refrendación popular del Acuerdo tiene naturaleza exclusivamente política, consistente en un mandato al Presidente de la República para la implementación de una decisión política a su cargo, a través de los canales y procedimientos dispuestos por la Constitución y la ley para ese efecto. Además, teniendo en cuenta que el mandato es exclusivo para el Presidente, la decisión del Pueblo no afecta la independencia y autonomía de las demás ramas del poder público para adoptar las normas vinculadas con dicho proceso de implementación. (p. 315).

Según lo advertido por la Corte Constitucional, es importante destacar que una eventual decisión favorable vincula única y exclusivamente al Presidente de la República para avanzar hacia la implementación del acuerdo en el marco de los poderes del Estado colombiano. Ello condujo a declarar la inconstitucionalidad de la parte del artículo que imponía a las autoridades públicas actuar “obligatoriamente” de acuerdo al resultado de la votación popular.

En este momento surge una pregunta interesante. Si bien el Presidente era el único obligado a acatar la decisión del pueblo, no pasa lo mismo con las demás autoridades públicas y con las FARC. Ello quiere decir que puede plantearse la posibilidad de que el acuerdo final pueda ser aceptado en el escenario parlamentario sin que medie iniciativa gubernamental.

“A través del plebiscito el Gobierno, con la anuencia del Congreso, llama al Pueblo para que se pronuncie sobre una decisión de trascendencia nacional, que no corresponde a un proyecto de norma jurídica, sino acerca de una decisión de política pública a cargo del Ejecutivo, carente de un contenido normativo concreto o de aplicación inmediata.” (p. 311)

Lo anterior, se refuerza con la idea de que el plebiscito no supone un “veto normativo” en la materia para su futura discusión y aprobación. Dicho de otra forma, si bien el Presidente se encuentra vetado para continuar con el acuerdo

de paz, ello no significa que su discusión no pueda acaecer por vía de otros medios como el Congreso de la República o por conducto de una iniciativa popular pues la Corte fue enfática en aseverar que los efectos del mecanismo popular son políticos y recaen sobre el jefe del Ejecutivo. En otras palabras, la decisión política mayoritaria diciendo No a los acuerdos es vinculante y obliga única y directamente al jefe del Ejecutivo a no implementar el acuerdo, pero no impone una reserva por “materia” que impida que se puedan discutir soluciones en busca de la paz en el marco de la democracia constitucional. En esa vía, agrega la Corte que el entendimiento de la democracia no se fundamenta únicamente en la expresión mayoritaria sino en el pluralismo constitucional y en las vías institucionales para la toma de decisiones políticas. Lo anterior indica que el plebiscito debe entenderse en su real y justa medida. En palabras del alto Tribunal: *“Como se estudió en el fundamento jurídico 13.4 de esta sentencia, a propósito de la caracterización constitucional del plebiscito, los efectos del mismo solo cobijan al Presidente de la República”* (p. 315)”.

De otra parte, la Corte afronta directamente el problema de una votación negativa, cuando afirma: *“De igual manera, en caso que la votación sea desfavorable, se predicarán los efectos explicados en el fundamento jurídico 114 de esta sentencia y relativos a la imposibilidad de implementar el Acuerdo Final sometido a escrutinio popular”*. (p. 319)

Sin embargo, con fundamento en la igualdad de efectos “obligatorios” que predica la Corte tanto para la votación positiva como la negativa, en éste último caso no impide que: (i) se vuelvan a presentar nuevas propuestas y acuerdos de paz por el jefe del Ejecutivo y (ii) que el actual acuerdo final vencido en las urnas pueda llevarse a cabo por los órganos institucionalizados diferentes del Presidente de la República.

La Corte continúa afirmando que: *“En ese sentido, la decisión popular en contra del Acuerdo no puede ser en modo alguno comprendida como una disminución o rediseño del derecho y potestades gubernamentales antes indicadas. Estas quedan incólumes pues no fueron puestas a consideración del Pueblo mediante plebiscito, ni tampoco podrían serlo, en tanto ese instrumento de participación ciudadana, se insiste, no tiene entre sus fines admitidos la reforma constitucional”*. Lo cual permite reiterar que la decisión plebiscitaria solo tiene efectos políticos y no normativos, que admite la opción de otros espacios de discusión y que no inhibe las potestades del Presidente de la República para seguir buscando acuerdos para la alcanzar la paz.

Y va más allá el alto Tribunal: *“Esta conclusión, por supuesto, no es incompatible con que, ante la negativa del Pueblo, a través de las reglas del PLE se ponga a consideración del Pueblo una nueva decisión, con unas condiciones diferentes a las que inicialmente se pactaron y fruto de una renegociación del Acuerdo anterior o la suscripción de uno nuevo, incluso*

con grupos armados ilegales diferentes a las FARC-EP.” Esta idea integra los siguientes elementos: (i) el Presidente puede renegociar el acuerdo ya que no ha perdido sus atribuciones legales en la materia y no hay “veto” sobre los temas que fueron tratados en el acuerdo. (ii) las autoridades instituidas pueden avanzar y perseguir la aprobación del actual Acuerdo Final, léase principalmente el Congreso, dentro de su libertad de configuración política y democrática, por ser el espacio natural de deliberación y de unidad política nacional, donde además tienen espacio diferentes sectores políticos y la oposición.

De otra parte, es necesario indagar si la Corte hizo mención a lo siguiente: ¿en un hipotético nuevo acuerdo de paz debería someterse dicha decisión a un nuevo plebiscito? Sobre el tema afirmó: *“Por lo tanto, no existe un obstáculo verificable para que, ante la hipótesis de una votación negativa del plebiscito, pueda someterse a refrendación popular una decisión política de contenido diferente, inclusive bajo las reglas especiales del PLE. Esto limitado, como es apenas natural, a que esté vinculada a un acuerdo final relativo a la terminación del conflicto armado, en los términos del artículo 1° del PLE”*. Según esto, la respuesta es potestativa: el Presidente de la República en esa eventualidad tendría la opción de convocar o no a un nuevo plebiscito según su criterio.

Finalmente, concluye la Corte lo siguiente: *“A su vez, la decisión negativa del electorado inhibirá dicha implementación del Acuerdo Final, aunque sin perjuicio de (i) la vigencia de las facultades que la Constitución confiere al Gobierno para mantener el orden público, entre ellas la suscripción de acuerdos de paz con grupos armados ilegales y en el marco de la salida negociada al conflicto armado; y (ii) la posibilidad futura que se someta a consideración del Pueblo un acuerdo distinto, incluso bajo las reglas del plebiscito especial previsto en el PLE”*.

SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN

Hasta el momento se ha dicho que debido a la votación negativa del plebiscito y las consideraciones de la Corte Constitucional, el Presidente de la República ha sido vetado políticamente para implementar el contenido del acuerdo. Sin embargo, cabe hacer algunas precisiones frente a este tema.

De las facultades extraordinarias o del Estado de Excepción

El artículo 150-10 faculta al Presidente de la República para pedir al Congreso el otorgamiento de facultades extraordinarias para la regulación de ciertos temas. En efecto, dicho artículo autoriza al Congreso para que revista al jefe

de Estado hasta por seis meses, de facultades legislativas extraordinarias cuando la necesidad lo exija y la conveniencia pública lo aconseje.

En este caso, estarían en juego la restauración de los derechos de millones de víctimas y, en general, la estabilidad del orden público. Por esta razón, las facultades extraordinarias se otorgarían con el fin de que se le permitiera al Presidente implementar algunos contenidos del Acuerdo Final, toda vez que después del veto político del plebiscito el llamado a implementar ese contenido es el Congreso. Esta es una vía institucional que respeta la voluntad general, toda vez que se solicita un permiso ante los representantes del pueblo.

De otro lado, hay que tener en cuenta que las facultades extraordinarias se le otorgan al Presidente bajo especiales circunstancias y, por tal motivo, han de respetar ciertos límites temporales y materiales. Por más que el uso de las mismas se corresponda con un acto político, sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia, también configuran un acto jurídico atado a reglas formales y materiales que garantizan su legitimidad y evitan su uso arbitrario. Bajo este escenario, parece evidente que a través de las facultades extraordinarias el Presidente no podría implementar la integralidad del Acuerdo de Paz pues, de antemano, estarían excluidos todos aquellos temas que deban ser desarrollados con leyes orgánicas o estatutarias, o que impliquen la creación de nuevos tributos.

Otro aspecto que debe considerarse es que las normas expedidas en virtud de las facultades extraordinarias del Presidente, carecerían del blindaje jurídico necesario para garantizar su inmodificabilidad y perdurabilidad, esto debido a que el artículo 150 prevé que el Congreso podrá, en todo tiempo, y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el gobierno en uso de tales facultades. Pensando en la viabilidad del Acuerdo de Paz, no parece atinado dejar abierta la posibilidad de que lo pactado y reglamentado pueda ser, en un futuro, derogado o reformado según los vaivenes políticos del cuerpo legislativo.

Por último, valga decir que la implementación del Acuerdo de Paz vía facultades extraordinarias desconocería *de facto* los resultados del plebiscito del 2 de octubre. Pues si bien es cierto que la victoria del NO se dio por un estrecho margen, además de la bajísima afluencia de votantes, que restó legitimidad al pronunciamiento popular, no puede olvidarse que el proceso cumplió con todos los requisitos legales y, tal como lo había definido la Corte previamente (y según se había pronunciado en reiteradas ocasiones el Gobierno) su resultado se constituiría en un mandato vinculante al menos para el Presidente.

Adicionalmente, no es descartable que se puedan utilizar las competencias de los Estados de excepción en particular los de carácter interno, en el caso de que durante el proceso de renegociación se presenten circunstancias

sobrevinientes y graves que así lo ameriten, con las que se ponga en vilo lo avanzado y se torne en irrealizable el llegar a un nuevo acuerdo.

También en este caso es indispensable que el uso de las facultades que la Constitución le otorga, sea exigente en sus formas y razones, a la vez que entendido como una forma de responder a la voluntad popular.

¿Podría el Ejecutivo decretar el estado de conmoción interior?

Esta medida tendría varias dificultades. La primera desde el punto de vista de los requisitos materiales, sería necesario acreditar el acaecimiento de hechos sobrevinientes y excepcionales. Más aún, el Gobierno nacional tendría que demostrar la insuficiencia de los medios ordinarios para solventar esta situación de crisis. La segunda dificultad, que es la más determinante, estriba en que la vigencia de los decretos legislativos cesa con el levantamiento del estado de excepción, razón por la cual esta vía de implementación tendría una vocación de permanencia sumamente corta. En cualquier caso, conviene tener en cuenta el alto riesgo de enfrentar un fallo de inconstitucionalidad.

De otro lado, las medidas que se toman –decretos legislativos- son normas que tienen como finalidad volver a la normalidad constitucional no para desarrollar unos acuerdos que van dirigidos a construir la paz, y que en buena parte de ellos supondrán años de desarrollo legislativo y actividad administrativa.

¿Cuál es la agenda de los temas que se deberían implementar normativamente y mediante qué vía normativa?

Bajo los supuestos expresados, esto es, renegociación de los acuerdos o su aprobación por vía Congreso, el desafío que sigue es analizar si pueden implementarse algunas decisiones y en qué medida.

Para analizar este aspecto debemos partir del propio Acuerdo Final (página 171 y siguientes) que nos habla de un plan marco de implementación de acuerdos y de prioridades de la implementación normativa, así:

6.1.1. Plan Marco para la implementación de los acuerdos con base en borrador. Debía elaborarse hasta los 4 meses.

6.1.5 Gobierno podrá implementar el sistema integrado de información y medidas para la implementación.

6.1.9. Prioridades de la implementación normativa. (Página 176)

- Ley de amnistía y acto legislativo de incorporación de la jurisdicción especial de paz, acuerdos del 11 de mayo y 19 de agosto de 2016. NOTA: Es necesario verificar si la actual ley de orden público permite la amnistía para los diferentes tipos de delitos que se discutieron en la mesa.
- Ley de aprobación de acuerdo final de 11 de mayo de 2016. NOTA: Como se sugirió en la primera parte del documento, el Congreso debe aprobar el texto del acuerdo; al respecto, la iniciativa no debe venir del jefe del Ejecutivo.
- Acto legislativo de incorporación de acuerdo final según acuerdo 11 de mayo de 2016. NOTA: una parte de los profesores del Departamento de Derecho Constitucional no encuentran la necesidad ni la explicación de que un acuerdo de paz forme parte de la Constitución:.
- Acto de búsqueda de personas desaparecidas. NOTA: Actividad que debe y puede seguir haciendo el Gobierno en el marco de sus competencias.
- Ley unidad para investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales. Modificación a la Constitución de la prohibición de promoción, organización, financiación o empleo de estructuras o prácticas paramilitares. NOTA: Expedirse la ley en el primer caso y analizar si es necesario modificar la Constitución para el segundo caso.
- Ley de tratamiento penal para delitos con los cultivos de usos ilícito. NOTA: Debe expedirse la ley ordinaria. No cabría las facultades extraordinarias por ser materia de código penal.
- Suspensión de órdenes de captura a integrantes de la FARC y suspensión de procesos de extradición. NOTA: Labor que debe hacer el Presidente luego que el Congreso ratifique el acuerdo de paz o se renegocie uno nuevo por el Gobierno.
- Reforma constitucional y legal sobre garantías de participación para el nuevo partido político (modificar artículo 67 transitorio). NOTA: Requiere reforma a la constitución.
- Normas y medidas para implementación.
- Normas o Reforma constitucional para el Plan cuatrienal de implementación. NOTA: Se requiere reforma a la Constitución por venir un nuevo cuatrienio.

6.1.10. Calendario 12 primeros meses.

Se requiere expedir las siguientes leyes. Algunas de ellas podrán agruparse en facultades extraordinarias siempre y cuando cumplan con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 constitucional.

- Leyes de reforma rural. NOTA: Expedir ley ordinaria.
- Leyes y/o normas de desarrollo de participación política (ver 2.3.1.1 medidas para promover acceso al sistema político) (personería y partidos) NOTA: Estas normas pueden suponer reforma a la constitución por las curules.
- Leyes y/o normas sobre financiación de partidos. NOTA: Ley estatutaria.
- Leyes y/o normas sobre extinción judicial de dominio. NOTA: Ley ordinaria.
- Reforma del sistema de alertas tempranas. NOTA: ley ordinaria.
- Leyes y/o normas del sistema integral de garantías de seguridad para la organización política. NOTA: Ley ordinaria y posiblemente estatutaria.
- Modificar ley de víctimas. NOTA: Ley ordinaria.
- Leyes de reincorporación económica y social. NOTA: Ley ordinaria.
- Leyes de participación ciudadana, sociedad y circunscripciones de paz. NOTA: Ley ordinaria y/o estatutaria según el caso.
- Leyes contra la corrupción. NOTA: Ley ordinaria.
- Normas mecanismos de control y veeduría ciudadana. NOTA: Ley ordinaria.
- Reforma constitucional y régimen electoral recomendaciones misión electoral. NOTA: Reforma a la Constitución y ley.

¿La etapa de renegociación está regulada jurídicamente? ¿Es un espacio netamente **político**? **¿Qué procedimiento debe surtir para la renegociación del Acuerdo Final?** **¿Cuánto tiempo debe llevar la etapa de renegociación?** **¿Sólo se pueden renegociar los temas que se presentaron al electorado durante la realización de la campaña?** **¿Quién determina cuales son los temas objeto de renegociación?** **¿Quién debe ser el encargado de renegociar en esta nueva etapa?** **¿Qué tipo de cambios se**

requieren para entender que existe un texto renegociado? ¿Es suficiente con que esos representantes acepten unos cambios al Acuerdo mediante un pacto político? ¿Los líderes del partido de oposición pueden ser considerados representantes de todos aquellos que votaron NO y, por ende, lo que ellos sugieran es lo que los ciudadanos rechazaron en el plebiscito?

Renegociar es un mandato derivado de los resultados del plebiscito. El procedimiento por aplicar debe ser definido por el Presidente de la República a partir de sus competencias en materia de orden público.

¿Existe discrecionalidad absoluta para su definición? Naturalmente no. Existe discrecionalidad relativa en cuanto no hay normas-regla que fijen la forma como que fije dicha actuación. Sin embargo, en su confección debe atender elementos fácticos y principios constitucionales vinculantes.

Sobre los primeros, se habla del tiempo, variable que juega en contra de la preservación de lo alcanzado y de la confianza, pero también de la distinción del proceso de renegociación de campañas y procesos electorales.

Sobre los segundos, se destacan en particular los siguientes: El principio mayoritario, que, por encima del umbral, otorgó a quien obtuviera el mayor número de votos la victoria de una decisión. La decisión mayoritaria y triunfadora tras el mecanismo de participación democrática, de decir No al Acuerdo final firmado con la guerrilla de las FARC para una paz estable y duradera.

El triunfo de la no aceptación por una mayoría, impone al Presidente el deber de incluir su voz y sus representantes durante el procedimiento de renegociación, tanto en la distinción de las materias y previsiones por discutir y revisar, como en la formulación de propuestas y en su caso, en la verificación que, durante la fase de acuerdo en la mesa de negociaciones, se tuvieron en cuenta con suficiente discusión, buena fe y lealtad con el proceso.

Sin embargo, como no se trata de una elección sino de una decisión, el procedimiento de renegociación debe respetar el principio de respeto a las minorías²⁸. Este principio, decisivo tanto para el constitucionalismo

²⁸ Al respecto manifestó Rodríguez en un trabajo preparado a solicitud de Gaceta Judicial “El respeto a las minorías sus intereses y derechos, es consustancial a la idea de democracia, puesto que lo contrario es la definición misma del despotismo. Tanto es así, que la más poderosa construcción discursiva sobre los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno, se levanta sobre la idea de que los derechos constituyen un ámbito del interés individual que, por su relevancia, debe quedar acorazado frente a la voluntad potencialmente arbitraria de la mayoría”. RODRIGUEZ, CRISTÓBAL. La Suprema, el Voto disidente, en Gaceta Judicial República Dominicana, septiembre de 2007. En la Declaración de Principios de la Internacional Socialista (Organización mundial de partidos socialdemócratas, socialistas y laboristas” de 1989 se manifestó que “a fin de que un sistema político sea

republicano como para el democrático, posee un significado procedimental como sustancial. En la definición del procedimiento de renegociación, así como debe otorgar especial atención a las demandas que representan la mayoría del 51% que no aceptó el Acuerdo final, no debe excluir la voz de quienes votaron si a la aprobación del acuerdo.

Un resultado de imagen, de medio, por el cual se haga efectivo el principio mayoritario, se abra los espacios para reconocer la paz que quieren y al mismo tiempo no se desconozcan o restrinjan sin justificación, ni utilidad ni proporción los derechos de las minorías. Un resultado propiamente dicho, que consiste en alcanzar un Acuerdo final renegociado que se estime legítimo para ser implementado.

El procedimiento de renegociación debe también tener en cuenta el principio de separación de poderes y en ese tanto la función constitucional atribuida al Presidente de la República como jefe supremo del orden público

considerado democrático en él deben otorgarse "plenos derechos a las personas y a las opiniones de las minorías organizadas". (Punto 21, cf. también los puntos 14, 18 y 19). Con esta declaración la IS subraya una vez más que los derechos de las minorías representan un principio fundamental de las sociedades democráticas y libres y que su protección constituye uno de los principios básicos de los derechos humanos (...) Salvar los derechos de las minorías significa respetar la libertad del individuo como uno de los valores esenciales de la democracia". Con relación a la participación efectiva y útil de las minorías la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas señaló que "La participación de las personas pertenecientes a minorías en los asuntos públicos y en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural del país en que viven es, de hecho, esencial para preservar su identidad y luchar contra su exclusión de la sociedad. Es necesario disponer de mecanismos para que la diversidad de la sociedad en lo que se refiere a los grupos minoritarios se refleje en las instituciones públicas, tales como los parlamentos nacionales y la administración pública, incluyendo la policía y la judicatura, y para que las personas pertenecientes a minorías estén adecuadamente representadas, sean consultadas y tengan voz en las decisiones que las afecten o que afecten a los territorios o regiones en que viven. La participación ha de ser útil, no meramente simbólica, y reconocer, por ejemplo, que las minorías suelen estar subrepresentadas y que tal vez no se responda debidamente a sus preocupaciones" OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, Derechos de las minorías: normas internacionales y orientación para su aplicación, Nueva York y Ginebra, 2010, p. 14. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf Vd. ULL PONT, EUGENIO. *Principio de igualdad y respeto a las minorías*, en El principio de igualdad en la Constitución Española: XI Jornadas de Estudio, Vol 1, 1991, pp. 613 – 632; SANCHEZ, IGNACIO. *Democracia, mayorías, minorías. Democracia, mayorías, minorías. Valores en una sociedad plural*, 1999, pp. 57 – 82.

y de los medios para su control o restablecimiento, incluida la suscripción de acuerdos que faciliten la terminación del conflicto.

Esto significa que el principio mayoritario no pone en jaque las competencias que la Constitución confiere al jefe de Estado y de Gobierno. No puede hacerlo. Le impone cargas nuevas en el ejercicio de tales competencias, que en todo caso requieren de unidad, eficacia, autoridad, mando, dado el interés que se persigue y la necesidad de cuidar seriamente los logros alcanzados.

Lo anterior se conecta con el principio de la paz como fin constitucional y como derecho indisponible. En concreto, esto significa que haber diseñado una senda de construcción de la paz con la guerrilla a través de un Acuerdo negociado se convierte en una suerte de mandato de no regresividad, por el cual se excluye *prima facie* la legitimidad de una opción que conduzca al enfrentamiento de armas.

No puede entonces el Presidente actuar de manera tal que se ponga en peligro este avance y en ese sentido aviva su capacidad ordenadora del procedimiento de renegociación, incluida la definición de los alcances de intervención reconocidos a la mayoría y sus representantes. Pues los ámbitos de participación indispensables que se deben conceder, no puede constituirse en fundamento para hacer imposible un acuerdo de paz y reactivar el enfrentamiento armado.

La activación del principio de no regresividad que restringe el poder transformador que en el plano político se le debe conferir a la mayoría victoriosa en el plebiscito, se refuerza desde el principio de humanidad²⁹, que cuida el DIH.

²⁹ Principio incluido en *Los siete Principios Fundamentales*, proclamados en Viena en 1965 en la 20ava Conferencia Internacional de la Cruz Roja, en donde se dijo al respecto que “El Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos” FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA, *Los siete Principios Fundamentales*. Disponible en; <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/nuestra-vision-nuestra-mision/los-siete-principios-fundamentales/> En virtud de este “Se debe tratar con humanidad a todas aquellas personas que no participen en las hostilidades (incluso miembros de las Fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa)” CRUZ ROJA ESPAÑOLA, *Principios generales básicos del Derecho Internacional Humanitario*. Disponible en:

Así lo determina el significado de aplicación de sus normas que representan los acuerdos alcanzados y verificados en términos de cese de hostilidades y por tanto eliminación de víctimas mortales, los acuerdos para la entrega de menores, los acuerdos para el desminado y la ubicación de personas desaparecidas. Estos constituyen prima facie medidas que impone límites ciertos al Jefe de Estado en ejercicio de sus competencias de cara a la renegociación, pero también reduce el poder de injerencia del principio mayoritario la definición del Acuerdo por renegociar.

Una interpretación del principio mayoritario distinta, por la que se le otorgue un valor absoluto, generaría una anulación de los demás principios constitucionales injustificada, innecesaria y desproporcionada.

El presidente debe fijar el procedimiento de renegociación en consenso con los representantes del NO. Que la forma, el tiempo, las condiciones, los temas del no que podrán ser objeto de debate deben ser consensuados con el NO, de modo que en este procedimiento previo se incluya con suficiencia y garantías y sobre todo la aquiescencia del NO y sus representantes. Que todo el acuerdo está en entredicho, pues lo que se votó fue por el Acuerdo final en su conjunto, y la votación dijo simplemente no y, que en definitiva el Acuerdo renegociado no será legítimo y no podrá implementarse, si no es aceptado cuando menos por los representantes del no.

Una aplicación ponderada de todos los principios en juego debe arrojar entonces los siguientes resultados:

- El procedimiento lo debe fijar el presidente.
- Dicho procedimiento debe ser flexible, pero a la vez claro.
- La claridad debe evidenciar las reglas dispuestas para asegurar la participación amplia de los representantes del no, además de la que se estime conveniente para completar los ajustes que la renegociación demande.
- La celeridad es importante. Sin mezquindades, pero con empleo razonable de los tiempos que permitan preservar los logros alcanzados, así como el

http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878.12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30 Ver. COUPLAND, ROBIN. *Humanity: What is it and how does it influence international law?* En Revista internacional de la Cruz Roja, diciembre de 2001, pp. 969 – 989. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-844-coupland.pdf> Al respecto dijo la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) “Human suffering must be addressed wherever it is found. The purpose of humanitarian action is to protect life and health and ensure respect for human beings”. OCHA- What are humanitarian principles? Disponible en: https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/OOM-humanitarianprinciples_eng_June12.pdf

compromiso de la guerrilla y la confianza ciudadana, de las instituciones y de los mercados.

- La definición de los representantes del NO debe ser abierta, inclusiva, pero al mismo tiempo con cargas de lealtad y buena fe que favorezcan la consolidación de un acuerdo renegociado.

- Los temas objeto de renegociación incluirán los debatidos a lo largo del proceso y durante la campaña. Sin embargo, es razonable abrir las opciones de un debate más amplio, siempre y cuando se encuentre asociado con los primeros o siempre y cuando sea un asunto que permite diluir disensos importantes. En este caso debe verificarse una protección de los derechos de las minorías del sí, y de las minorías que se puede ver afectadas con los reajustes temáticos estratégicos.

De manera implícita o explícita, en todo caso, el Acuerdo renegociado no puede afectar contenidos normativos dispuestos por el bloque de constitucionalidad.

Igualmente existe un mandato de no regresividad prima facie, que impone el deber irrenunciable de llegar a un acuerdo de paz o que excluye la opción de retornar a las hostilidades.

La renegociación en sí misma, puede operar bajo fórmulas diversas dispuestas por el Presidente, que en todo caso aseguren participación cierta y con garantías de la mayoría a través de representantes.

Aunque el Presidente puede admitir y atribuir a representantes del no la condición de negociadores, no está obligado, ni es políticamente razonable.

El acuerdo renegociado se debe producir entre el Gobierno y los representantes de las FARC.

De lo que se trata con R. Uprimny, es de evidenciar condiciones efectivas para que el acuerdo renegociado tenga la posibilidad de obtener la legitimidad jurídica y política que viabilicen su implementación.

PERO QUEDA LA PREGUNTA DE SÍ EL ACUERDO DEBE REFRENDARSE

Desde el punto de vista jurídico no existe obligación. Sin embargo, por las características del proceso y por los resultados del plebiscito, desde el punto de vista político se torna indispensable adoptar un procedimiento de refrendación.

Indispensable porque facilita el ambiente político a instancias del Legislativo, para el proceso de implementación, difícil per se al someterse a los procedimientos y competencias ordinarios. Porque aminora la polarización política. Porque favorece la aceptación ciudadana y su crea condiciones para asegurar su compromiso con el acuerdo.

La refrendación puede operar a partir de un consenso político, obtenido a instancias del Congreso, mediante una decisión plenaria que con mayorías constitucionales comunes así lo apruebe. No es una ley, pero sí una decisión representativa, deliberativa, pluralista y por tanto legítima, que activa la competencia del Ejecutivo para promover la implementación del Acuerdo final renegociado.

Dadas las posibilidades de que dicha refrendación no se produzca por no alcanzar las mayorías exigidas, será necesario contemplar un procedimiento de corrección y renegociación expedito y concreto que identifique los elementos que han impedido el consenso.

De manera alternativa a la refrendación parlamentaria, cabe estimar la conformación de un consenso político en un cuerpo de representación paralelo. Este, empero, nunca podrá incluir sólo a los representantes del no. Una fórmula más incluyente, pero difícil, lenta e insegura, podría ser la de conformar una mesa nacional con representación de los sectores del No, del Sí y en especial de las víctimas del sí y de las víctimas del no y de las autoridades de los territorios más afectados por el conflicto.

Queda en todo caso el interrogante de si el mecanismo plebiscitario previsto para el Acuerdo final, ha creado una especie de parámetro o estándar de refrendación. Es decir que desde el punto de vista político y a la luz de la configuración atribuida al principio democrático participativo dentro del proceso hasta ahora adelantado, la refrendación del Acuerdo final renegociado para entenderse como legítimo, sólo podrá operar a través de mecanismos que cuando menos no reduzcan las opciones de participación ciudadana que ha permitido el instrumento empleado.

De elegirse un mecanismo de refrendación popular o de estimarse exigible, este deberá en todo caso contener previsiones suficientes para definir los alcances de una aprobación y sobre todo los alcances de una reprobación. Así se esclarecen las decisiones adoptadas y las acciones por adelantar.

La fórmula de refrendación empleada, en todo caso podría ser objeto de control de constitucionalidad concreto, por vía de tutela, en la medida en que se encuentre vulneración de los derechos políticos.

