

**V. HACIA UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA EN COLOMBIA:
CONSTRUCCIÓN A PARTIR DE ESTÁNDARES DE DIH Y DICA
APLICABLES A LA FUERZA PÚBLICA⁶ - Jaime Alfonso Cubides**

Cárdenas⁷

“Las conversaciones se darán bajo el principio que nada está acordado hasta que todo esté acordado” Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2012)

Resumen

La paz es un concepto de difícil definición pero sobre todo de difícil ejecución, pues es un objetivo que toda sociedad busca obtener, donde en la mayoría de casos es infructuoso, pues el conflicto es un componente natural entre las relaciones interpersonales que en cada comunidad se producen, sin embargo el poder mantener un orden social continuo sin afectaciones es el ideal de una sociedad en paz, en el caso colombiano desde su independencia e incluso de forma abstracta desde la misma conquista se ha mantenido en un constante periodo de guerra o por lo menos de conflictos entre grupos armados, incluido el Estado como una de las partes en dichas confrontaciones; al mismo tiempo que la guerra se convierte en una constante para Colombia, los intentos por alcanzar la paz han sido múltiples, unos infructuosos, y otros culminados de forma satisfactorio, pero aun así se mantiene el estado de inseguridad en este país, acusa de los múltiples actores que interviene en el conflicto de esta nación, sin embargo en la actualidad se está ante la posibilidad de terminar los enfrentamientos entre el estado y uno de los grupos al margen

⁶ Este artículo es resultado del proyecto de investigación: “Justicia Multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, que hace parte de la línea de investigación: “Relaciones internacionales, seguridad y defensa” del Grupo de Investigación: “Estudios Internacionales” vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”.

⁷ Abogado, de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma casa de estudios, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en Ciencias Jurídicas, de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho Administrativo de la misma Universidad, doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional, de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”. Investigador Asociado reconocido por COLCIENCIAS. Correo electrónico: jaimecubides@gmail.com

de la ley más fuertes y antiguos del país, con el grupo guerrillero de las FARC –EP, ante esta posibilidad se es inherente cuestionarse cuan efectiva será la paz que se acuerde entre estos grupos, por lo cual esta ponencia se encargara de analizar los estándares de DIH y DICA aplicables a la Fuerza Pública Introducción como elemento intrínseco para consolidar la estabilidad anhelada.

Palabras Clave: Paz, DIH, DICA, Fuerza Pública.

Abstract

Peace is a concept difficult to define but especially difficult to execute, because it is a goal that every society is seeking, which in most cases is unsuccessful because the conflict is a natural component between interpersonal relationships in each community produce, however to maintain a continuous social order without affectations is the ideal of a society at peace, in the case of Colombia since independence and even abstract from the same conquest way has remained at a constant period of war or at less conflict between armed groups, including the State as a party in these confrontations; while the war becomes a constant for Colombia, attempts to achieve peace have been many, some unfruitful, and other culminated in a satisfactory way, but still the state of uncertainty remains in this country, accused of multiple actors involved in the conflict in this nation, without clutch today we are faced with the possibility of ending the fighting between the state and one of the groups outside the strongest and oldest law in the country with the guerrilla group the FARC-EP, before this possibility is inherent question how effective the peace agreed between these groups, which this paper will analyze IHL standards and ILAC applicable to the security forces as an intrinsic element Introduction to consolidate the desired stability.

Palabras Clave: Peace, IHR, Public Force,

Introducción

La paz⁸ es la piedra angular de esta investigación por lo cual acercarse a su concepción debe ser uno de los elementos preliminares en ser expuestos dentro de este escrito, tarea de difícil realización dada su complejidad pues según el profesor Xesus (1991):

Dada la difusión que se ha hecho de la idea tradicional de paz, especialmente desde el propio sistema educativo, resulta más fácil concretar la idea de guerra y lo que gira en torno a ella que la idea de paz, que parece condenada a un vacío, a una no existencia difícil de concretar y precisar (p. 99)

Por ello esta figura puede en primer lugar ser entendida como valor muy importante, que es una situación deseable a la que nos gustaría llegar (Caireta & Barbeito, 2005, p. 14), sin embargo por su propia naturaleza es necesario al momento de hablar de paz relacionarla con la justicia social, la igualdad y el dialogo, elementos que alegan su definición del en marcado dogma sobre la ausencia de guerra, como bien es precisado por el profesor Mesa (2004); de esta manera la paz debe ser vista no con una óptica negativa sobre la ausencia de un mal, si no que, antes bien según lo relatado por los profesores Caireta & Barbeito (2005), esta definición es:

· Mucho más que una mera ausencia de guerra. · Un proceso en constante construcción. · No es un estado o un tiempo de paz, sino un orden social. · Un orden social de reducida violencia y elevada justicia. · La igualdad en el control y la distribución del poder y los recursos. · La ausencia de condiciones no deseadas (guerra, hambre, marginación...)...la presencia de condiciones deseadas (trabajo, vivienda, educación...), por tanto, hay que prepararla (p. 19)

Esto solo demuestra cual complejo puede llegar a ser el concepto de paz, sin embargo con lo relatado se pueden sustraer elementos con los cuales se integran una noción a este dilema, partiendo de la ausencia de la guerra como base en la consolidación de ese valor metafísico que no solo las personas individualmente hablando buscan, sino que la misma sociedad anhela, al cual se deben agregar su interdisciplinariedad con otros valores complementarios que aseguran de manera positiva su consolidación y permanencia.

⁸ La editorial de el mundo en el año 2009 profirió un boletín elaborado por Isabel Muñoz en el cual recopilaba la concepción sobre paz que varias celebridades entendían sobre la paz como el caso de John Lennon y Yoko Ono, los cuales expresaban sobre el tema que “Dad una oportunidad a la paz” era el mensaje que lanzaban

A partir de estos presupuesto la presente exposición busca decantar desde la dogmática internacional, las creaciones jurisprudenciales y la doctrina, a través de un método deductivo descriptivo y analítico con enfoque co-relacional; explicar la aplicación de una Paz estable y duradera en Colombia, únicamente al referirse a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) donde se van a tomar medidas en pro de su implementación; que deben ser confrontadas en estándares internacionales de DDHH, DIH⁹ y DICA

Para lo anterior, desarrollare tres ejes temáticos:

1. La Doctrina del Margen de Apreciación Nacional.
2. Entre Luces y Sombras en la Paz Estable y Duradera. A propósito de la JEP.
3. Y dónde ¿queda el Control de Convencionalidad como obligación internacional?

1. La Doctrina del Margen de Apreciación Nacional (MAN)

Se constituye en un *criterio hermenéutico* utilizado por parte de Tribunales Regionales de Derechos Humanos (Vr. Gr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) con el fin de *interpretar* y *aplicar* las convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos (Barbosa, 2012, p. 74).

El MAN, es por el cual se reconoce a las *autoridades nacionales* una *cierta discrecionalidad* a la hora de justificar la *adopción de medidas* que, en principio, podrían interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio*, atendiendo así en la aplicación de éste a las posibles peculiaridades del contexto doméstico (Solar Cayón, 2011, p. 575).

*Entiéndase Convenio como Tratado de DDHH

Su existencia permite un *poder de deferencia* de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de *consenso interestatal* o, existe

⁹ Se puede definir el DIH como “el sistema de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinado básicamente a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios utilizados en la guerra, y protege además a las personas y a los bienes afectados o que eventualmente pueden ser afectados por el conflicto (Robledo & serrano, 1999, p. 9)

un *caso de difícil solución*. Ese poder de deferencia tiene como condición esencial (i) la existencia de un *Estado de Derecho* y (ii) la constatación de una *sociedad democrática* a través de sus componentes: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto (Barbosa, 2012, p. 75).

2.1.Importancia del MAN en la Paz Estable y Duradera

La idea central es que a falta de un *consenso* en la comprensión del sentido y alcance de los derechos, es razonable reconocer a los Estados la posibilidad de considerar las *particularidades* de las distintas sociedades en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos. Esto beneficia el *progresivo compromiso* adquirido por los Estados en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Además es necesario aceptar lo acertado de reconocer un núcleo esencial que conforma cada derecho humano y sus manifestaciones (Benavides-Casals, 2009, p. 295)

2.2.¿La Patente de Corso del Estado Colombiano?

Por consiguiente, es razonable pensar que el margen debería ser normalmente *mínimo*, necesitado de una justificación expresa, y centrado en algunos derechos de intensa configuración legal. Pero no universal o para todos los derechos. Y desde luego, debería estar fundado en las distintas realidades sociales y culturales, y no en obstáculos fácticos que redunden en inadmisibles violaciones de derechos, consagrando ulteriores indefensiones cual si fuera una *patente de corso* para los Estados soberanos (García Roca, 2007, p. 143).

2.3.Los factores que modulan el MAN

Este margen de apreciación nacional, que el Tribunal modula teniendo en cuenta factores tales como la (i) *naturaleza del derecho afectado* y su importancia, (ii) *el fin perseguido por la medida estatal cuestionada*, las (iii) *circunstancias del caso* y, muy especialmente,

(iv) **la existencia o no de un consenso** europeo en relación a la materia discutida, funciona como una especie de válvula de seguridad que alivia las presiones del sistema, permitiendo al Tribunal reforzar o rebajar el nivel de supervisión y control de las actuaciones estatales en cada materia (Solar Cayón, 2011, p. 576).

3. Entre Luces y Sombras en la Paz Estable y Duradera. A propósito del JEP

3.1.¿Qué es la JEP?

El 23 de septiembre de 2015, el Gobierno Nacional acordó crear una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que ejercerá funciones judiciales y hará parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

La JEP cumplirá con el ***deber del Estado colombiano*** de ***investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar*** las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado.

Es decir, ¿La JEP es un mecanismo judicial nacional revestido de jurisdicción y esto lo pone por encima de las otras altas cortes, y lo deja por fuera de la acción de tutela?

3.2.¿Principio de la JEP, tiene total seguridad jurídica?

Seguridad jurídica: La JEP adoptará decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Todas las decisiones de la JEP harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la JEP. Las decisiones de la JEP sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el Tribunal para la Paz.

Es decir, ¿que las decisiones tomadas por la JEP no podrán ser revisadas por instancias internacionales?

3.3.¿Principio de la JEP, tiene total seguridad jurídica?

Seguridad jurídica: La JEP adoptará decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Todas las decisiones de la JEP harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la JEP. Las decisiones de la JEP sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el Tribunal para la Paz.

Es decir, ¿que las decisiones tomadas por la JEP no podrán ser revisadas por instancias internacionales?

3.4.Sección de revisión de sentencias en la JEP para Agentes de Estado

Esta sección del Tribunal para La Paz tiene como una de sus principales funciones revisar a solicitud del interesado las *sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria*. Esto es muy importante para los agentes del Estado porque la justicia penal ordinaria no aplica el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Por lo tanto, varias conductas que han sido calificadas como delictivas por la justicia penal ordinaria en realidad son compatibles con el DIH. La sección de revisión podrá recalificar la conducta a la luz del DIH, lo que puede llevar a absoluciones o reducciones de pena.

¿Cómo serán los procedimientos de revisión de sentencias y las reglas donde se establecerán?

3.5.Sección de revisión de sentencias en la JEP para Agentes de Estado

Esta sección del Tribunal para La Paz tiene como una de sus principales funciones revisar a solicitud del interesado las *sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria*. Esto es muy importante para los agentes del Estado porque la justicia penal ordinaria no aplica el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Por lo tanto, varias conductas que han sido calificadas como delictivas por la justicia penal

ordinaria en realidad son compatibles con el DIH. La sección de revisión podrá recalificar la conducta a la luz del DIH, lo que puede llevar a absoluciones o reducciones de pena.

¿Cómo serán los procedimientos de revisión de sentencias y las reglas donde se establecerán?

4. ¿Cómo explicar los factores de la competencia?

4.1. Competencia personal: La JEP se aplicará, de forma *diferenciada*, otorgando un tratamiento *equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico*, a todos quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, cometieron delitos en el contexto y en razón de éste, siempre que cumplan con las condiciones del SIVJRNR. Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, la JEP solo se aplicará a los grupos que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno y la participación en el SIVJRNR estará sujeta a la dejación de armas.

Respecto de los agentes del Estado, la JEP se aplicará a quienes hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado.

Es decir, ¿Cuáles son los factores de la competencia, diferenciada, equitativa, equilibrada, simultánea y simétrica?

5. ¿La Constitución habilita la amnistía o el indulto?

La Constitución únicamente permite otorgar amnistías o indultos por el delito político de rebelión y otros delitos conexos con éste. Una Ley de Amnistía determinará de manera *clara los delitos amnistiables e indultables y los criterios de conexidad*. En la Ley de Amnistía se determinarán las conductas tipificadas en la legislación nacional que no serán amnistiables.

Es decir, ¿Cuáles serán los criterios de claridad, conexidad, inclusión y exclusión para los delitos amnistiables e indultables?

5.1. ¿La Conexidad en qué tipos penales?

La conexidad con el delito político comprenderá dos tipos de criterios:

1. Criterios de inclusión:

- Delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado.
- Delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente.
- Conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Es decir, ¿El narcotráfico y otro tipo de delitos se incluyen dentro de la conexidad ?

5.2.¿La Exclusión en qué tipos penales?

La conexidad con el delito político comprenderá dos tipos de criterios:

2. Criterios de exclusión:

- No serán objeto de amnistía ni indulto, ni de tratamientos equivalentes, los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.
- Tampoco son amnistiables o indultables los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión.

Es decir, ¿el legislador tendrá la facultad de indultar siempre y cuando estos delitos no se aborden?

5.3. en política

La imposición de cualquier sanción por parte de la JEP **no inhabilitará para la participación en política ni limitará el ejercicio de ningún derecho** (activo o pasivo) de

participación política, de conformidad con lo que sea acordado en el Acuerdo Final en desarrollo del Punto 3 “Fin del Conflicto”.

Es decir, ¿Sin importar que exista una sanción dentro de la JEP, deberá garantizarse la participación política o todos los derechos políticos de los condenados?

5.4.Extradición

No se podrá conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de la JEP, cometidos durante el conflicto armado y con anterioridad a la firma del Acuerdo Final. Por otra parte, cualquier delito cometido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final podrá ser objeto de extradición.

Es decir, ¿si existe un proceso de extradición adelantado o ya se encuentra la persona extraditada, la JEP podrá rescindir toda medida si ella interviene?

6. El Control de Convencionalidad como obligación internacional¹⁰

6.1.¿Qué es el Control de Convencionalidad?

El Control de Convencionalidad (CCV) es la confrontación normativa de la norma convencional y las normas nacionales incluida la Constitución; desde su aparición formal (Caso Almonacid Arellano, 2006) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha evolucionado; puesto que la norma convencional ya no es solo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sino todo un *corpus ius interamericano*, integrado por tratados conexos, donde también han sido incluidos algunos tratados de Derecho Internacional Humanitario (DIH).

6.2.¿Quiénes lo deben aplicar el Control de Convencionalidad?

¹⁰ “El juez nacional es el juez natural de la CADH, es en reacción positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la corte IDH construye el derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los estados un dialogo y cooperación leal, donde la base de la discusión ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales.” (Alcala, 2013, p. 519)

Según la Sentencia de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gellman vs. Uruguay (2013), todas las autoridades estatales, administrativas o públicas que sean agentes de Estado deben aplicar sin distinción dentro de sus procedimientos, procesos, jurisdicción y competencia; lo que la doctrina ha llamado Control de Convencionalidad Difuso; por eso, en cualquier actuación del Estado Colombiano se debe aplicar este CCV como mecanismo internacional de confrontación normativa revisando los estándares internacionales de DDHH.

a) Corte Constitucional Sentencia C-084 de 2016

“En suma, tanto el DIDH como el DIH se encargan de proteger un **conjunto de derechos humanos** que deben ser *respetados en todo momento y lugar frente a cualquier tipo de agresión violenta, sea ésta producto de una confrontación bélica o no*. El derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra, la libertad individual y el debido proceso, son contenidos jurídicos esenciales protegidos por ambos cuerpos jurídicos, y constituyen un conjunto irreductible de bienes jurídicos que no pueden ser objeto de vulneración o de amenaza, ni siquiera bajo las condiciones extremas del casus belli.”

b) Corte Constitucional Sentencia C-084 de 2016

“Por tal motivo, no son admisibles, ni ante la comunidad internacional, ni en el ordenamiento jurídico interno colombiano, las graves violaciones a los derechos humanos, ni los crímenes de guerra como los homicidios en persona protegida, la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, los ataques contra la dignidad de la persona, la toma de rehenes, *los juicios sin garantías y las penas sin apego el principio de legalidad*. Además, en ambos casos se trata de ordenamientos supranacionales que hacen parte del *ius cogens*, esto es, del conjunto de normas imperativas de derecho internacional, y por tanto han sido entendidos como intangibles”.

CONCLUSIONES

1. El Margen de Apreciación Nacional respalda la decisión del Estado Colombiano para la creación, implementación y funcionamiento de la JEP.

2. La JEP todavía tiene varios aspectos que no han sido desarrollados que pueden considerarse en una zona de penumbra donde estamos todavía entre luces y sombras.
3. El Control de Convencionalidad implica para todas las autoridades del Estado Colombiano que deben al reglamentar la JEP, realizar confrontación normativa con un cuerpo de DDHH, y DIH; para que estos no violen los principios del Estado de Derecho y una sociedad democrática.

Referencias

Alcala, H. N. (2013). Dialogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la corte interamericana en Chile. Bogotá: anuario de derecho constitucional latinoamericano

Barbosa, F. R. (2012). El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos y la sociedad democrática. México: UNAM.

Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 15(1), 295-310

Carieta, M. & Barbeito, C. (2005). Introducción de conceptos: paz, violencia, conflicto. Bellaterra: Escola de cultura de pau.

García Roca, J. (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cizur Menor, Navarra, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario- Thomson Reuters.

Muñoz, I. (2009). 40 definiciones de paz. España: El Mundo.

Mesa, M. (2004). Paz y seguridad. CEIPAZ

Robledo, C. & Serrano, C. (1999). El DIH y su aplicación en Colombia. Bogotá: pontificia universidad javeriana.

Solar Cayon, J. I. (2011). *lausi contra italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del estado.* *cefd* (23) 566-586

Xesús J, (1991) Educación para la paz; su teoría y su práctica, Madrid, Editorial Popular.