

# EDITORIAL

## PONDERACIÓN Y MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ<sup>1</sup> REASONABLENESS AND LEGAL FRAMEWORK FOR PEACE

*Leonardo García Jaramillo\**

La Corte Constitucional declaró exequible el Marco Jurídico para la Paz, el cual consagra instrumentos de justicia transicional que se plantearon como medios efectivos y necesarios para contribuir a la finalización del conflicto y alcanzar el fin constitucional de una paz estable y duradera. Estos instrumentos son: criterios de selección y priorización de casos para concentrar los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; renuncia condicionada a la persecución penal; y suspensión condicional de la ejecución de la pena, aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de formas especiales de cumplimiento.

Una de las cuestiones más polémicas es la ponderación entre los deberes estatales afectados por tales instrumentos (los principios de garantizar los derechos e investigar y juzgar sus violaciones), en tanto medios para conseguir la paz, respecto de la importancia de la realización de este fin. Para determinar si tales instrumentos resultan o no compatibles con la Constitución, se debe ponderar entre la paz, la reconciliación y la terminación del conflicto armado, de un lado, y los deberes del Estado y la garantía a los derechos –y en este caso en particular, además, los derechos de las víctimas–, por el otro.

El examen de proporcionalidad en sentido lato exige analizar: (1) la constitucionalidad del fin, (2) la idoneidad o efectividad de los medios es-

---

\* Abogado, Universidad de Caldas, Magister en Humanidades, con énfasis en Política, Universidad EAFIT. Editor y profesor del Departamento de Humanidades, Universidad EAFIT, en la cual ha sido catedrático de Derecho Constitucional en su Escuela de Derecho. Miembro del Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia y del Capítulo Colombia de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho Social. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros, sobre derecho constitucional, teoría jurídica y filosofía política.

<sup>1</sup> Una versión anterior de este texto, más breve, apareció en la edición on-line de *Ámbito Jurídico* (oct. de 2013).

cogidos para alcanzarlo; (3) la necesidad de los medios, es decir, que no haya otros que permitan con igual grado de efectividad alcanzar el fin propuesto, afectando en menor grado los derechos y principios enfrentados; y (4) la ponderación entre la intensidad del sacrificio de los derechos y la importancia que reviste en el caso concreto el logro del objetivo planteado. Con la ponderación se trata entonces de establecer si la afectación del derecho fundamental resulta justificada por la importancia de la realización del fin que con ella se persigue, lo que supone llevar a cabo una ponderación entre el peso de las razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada<sup>2</sup>.

Como lo indicó la sentencia C-470 de 2011:

El primer elemento del test de proporcionalidad es, como bien se sabe, el relativo a la finalidad de la medida de que se trata. En este tipo de análisis el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses, como a primera vista ocurre en este caso, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. La jurisprudencia ha señalado que en los casos en que se aplica un test de proporcionalidad de intensidad intermedia, el propósito que se busca debe ser importante, a la luz del texto constitucional. (...) El segundo elemento por analizar con miras a determinar la proporcionalidad de la medida que se estudia es su idoneidad para alcanzar la finalidad propuesta, esto es, contribuir a reducir los niveles de congestión de los despachos judiciales. Dado que en este caso se aplica un juicio intermedio de proporcionalidad, la medida ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, por lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado. (...) Por último, debe analizarse también si esta medida resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría (Corte Constitucional).

Asegurar la paz se establece en el Preámbulo como una de las razones por las cuales se proclamó la Constitución, la cual asimismo la consagra como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22). La paz es además una necesidad imperativa para la convivencia y el desarro-

<sup>2</sup> Sobre esto, uno de los mejores trabajos en lengua castellana es el de Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba, 2009. Cfr. con mi reseña publicada en: *Vniversitas*. Bogotá, N° 120: 317-332, enero-junio de 2010.

llo económico, entre otros. No es necesario entonces argumentar que se trata de un fin constitucional. La ponderación entre la paz y los derechos de las víctimas, permite concluir que los medios elegidos por el legislador para conseguir la paz son idóneos para la desestructuración y desmovilización de los grupos ilegales, y necesarios porque no se cuenta con otra alternativa menos lesiva de los derechos que resulte estrictamente proporcional entre el grado de incentivo para la paz y el grado de afectación de los derechos.

La afectación en los derechos de las víctimas no es desproporcionada por los medios encontrados para conseguir la paz. La limitación fáctica y normativa del deber estatal de investigar y juzgar en el contexto de la justicia transicional, implica que adoptar criterios de selectividad es idóneo para contribuir en alto grado con el logro del fin constitucional, pero también necesario debido a la inexistencia de otros medios. No es posible además abordar los así llamados “delitos de sistema” con las estructuras de investigación y de imputación de la delincuencia ordinaria.

Dichos instrumentos de justicia transicional son medios eficaces para desarticular las macro-estructuras criminales y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición. Se condicionó la legitimidad de la aplicación especial de las reglas de juzgamiento, al hecho de que se asegure que como mínimo se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra cometidos sistemáticamente. Toda grave violación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario se debe investigar y juzgar en cabeza de sus máximos responsables.

Por dos razones, la renuncia condicionada a la persecución penal es un medio idóneo y necesario para alcanzar el propósito de la paz. El A.L. lo limita al determinar que no es aplicable a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos sistemáticamente. Condiciona su aplicación al cumplimiento de los requisitos consagrados en el propio Acto: dejar las armas, reconocer la responsabilidad, contribuir al esclarecimiento de la verdad, reparar integralmente a las víctimas, liberar los secuestrados y desvincular a los menores. La constitucionalidad de este medio se justifica luego de ponderar la obliga-

ción de investigar, juzgar y, en tal caso, sancionar, con el deber de conseguir la paz para prevenir futuras violaciones a los derechos humanos.

Para fundamentar la proporcionalidad de las medidas encontradas por el legislador para alcanzar el fin constitucional de la paz, la Corte estableció unos parámetros interpretativos que deberán observarse al expedir la Ley Estatutaria que lo desarrolle: determinar los criterios de selección y priorización, así como respetar los compromisos internacionales adquiridos al ratificar tratados que integran el bloque de constitucionalidad. Además de exigir la terminación del conflicto, la Corte señaló que el grupo ilegal que se desmovilice deberá entregar las armas y no cometer nuevos delitos.

Respecto de la priorización en la investigación y sanción de determinados delitos, la Corte destacó algunos debido a su gravedad: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, si se clasifican como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.

Los derechos fundamentales y el deber de investigar y juzgar, en el contexto de procesos de justicia transicional, tienen naturaleza de principios. Debido a que este tipo de normas no consagran las condiciones de su aplicación, la ponderación permite realizar una jerarquía según el caso concreto en virtud de la cual se le otorgue un mayor peso específico a uno de ellos.

En este caso se trata de la terminación de un prolongado y sangriento conflicto armado, mediante un proceso de justicia transicional. El contexto excepcional de un proceso de esta naturaleza plantea la tensión entre los deberes estatales de conseguir la paz y de garantizar los derechos –y en este sentido de juzgar sus violaciones–. No es posible realizarlos en su completitud en un contexto de conflicto. Prima facie ningún deber prima sobre otro, por lo que se debe realizar una ponderación. La Corte ha reconocido la importancia de aplicar la ponderación ante el examen de medidas de justicia transicional que por su propia naturaleza implican tensiones entre derechos (C-370 de 2006).

Como todos los principios constitucionales, el deber de garantizar los derechos y de investigar y juzgar sus violaciones, se debe ponderar -en el caso concreto- de conformidad con las posibilidades o condiciones jurídicas y fácticas, las cuales son esenciales para realizar tal ponderación. En un conflicto tan degradado como el nuestro que escasas esferas no ha penetrado, es imposible capturar y judicializar a todos quienes han realizado alguna violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La experiencia colombiana con la ley de justicia y paz (14 sentencias en casi 9 años), y la internacional con el tribunal de la ex Yugoslavia, entre otros, evidencian esta imposibilidad. Ningún país del mundo que ha salido de un conflicto como el nuestro, ha juzgado todas las violaciones al DIH. Este es un referente fáctico que hay que tener en cuenta en la ponderación.

En este contexto surge la limitación jurídica de realizar simultáneamente el propósito de la paz y la garantía a los deberes estatales de investigar y juzgar todas y cada una de las violaciones a los derechos humanos. Los criterios de selectividad para concentrar los esfuerzos en los máximos responsables es un camino idóneo para alcanzar el propósito de la paz sin sacrificar desproporcionadamente los derechos de las víctimas.

En lo que ha sido la historia del conflicto armado interno, el contexto debe ser un argumento tenido en cuenta en la ponderación. Los medios que se han ensayado no han sido particularmente efectivos. Invertir en las fuerzas militares más del PIB, proporcionalmente a la población, de lo que se invierte en Estados Unidos, no ha probado tener particulares beneficios para la pacificación del País.

En la seguridad y en la defensa se han enfocado los esfuerzos institucionales para alcanzar la paz y, así, aumentar el crecimiento y elevar los niveles de desarrollo. La repartición prioritaria de los recursos del erario hacia el enfrentamiento militar es una política muy importante, pero que necesita ser complementada con políticas sociales. La motivación para estar en la guerrilla ya no es ideológica. En la guerrilla ya no hay, o hay muy pocos, con el pensamiento revolucionario de los años 60 y 70. La mayoría, al menos, intuye que no están en capacidad de cambiar el sistema económico y político actual, y que nunca van a ver sentado en el

solio de Bolívar a alguno de sus comandantes. Como se demuestra por estadísticas, en Colombia la criminalidad también es resultado de la falta de oportunidades laborales y educativas, así como de la injusticia social estructural. Mientras subsistan los alarmantes indicadores que nos dicen que Colombia es el tercer país más desigual del mundo, el conflicto seguirá alimentado.

Barack Obama (2009) sostuvo que:

Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los seres humanos no tienen acceso a alimentación suficiente, a agua potable, a medicamentos o a vivienda, lo cual necesitan para sobrevivir. No existe cuando los niños no pueden aspirar a una educación decente o a un empleo que pueda mantener a una familia. La falta de esperanza puede pudrir a una sociedad desde su interior.

La cuestión surge por la justificación de mantener el sistema actual si ello no está representado realmente en un correlativo aumento del éxito en la reducción de la criminalidad. La lucha contra el narcoterrorismo entró desde hace años en lo que en economía se denomina “rendimientos marginales decrecientes”, toda vez que el aumento en el gasto no es cercano a la proporción en la consecución de resultados. Buena evidencia señala que mejores resultados en la reducción del conflicto se obtendrían redestinando parte de los ingentes recursos destinados a la guerra, hacia la mejoría en los indicadores sociales. La firma política de la paz no tendrá efectos reales si no se acompaña con reformas socioeconómicas profundas en el marco de una economía libre, pero solidaria de mercado.

El condicionamiento de la renuncia a la acción penal a un proceso de justicia transicional para alcanzar la paz, hace que el grado de afectación del deber de juzgar las violaciones a los derechos no sea desproporcionado. La paz es un presupuesto de realización de los derechos, por lo que alcanzarla ahora, con sensibilidad por el deber de proteger los derechos y juzgar sus violaciones, implicará a futuro elevar sustancialmente el grado de dicha realización. Impedir que en unos años ya no contabilicemos las víctimas en 220.000, sino en 440.000.

## REFERENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 2011. M. P: Nilson Pinilla Pinilla.

Obama, Barack (Dec. 10, 2009). Palabras del Presidente de la aceptación del Premio Nobel de la Paz (Traducción propia). Raadhuset Main Hall, Oslo City. Versión original tomada de [www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize).