



SERIE

**DOCUMENTOS DE  
TRABAJO DE LA ACADEMIA  
COLOMBIANA DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL**

(WORKING PAPERS/SEGUNDA EDICIÓN/BOGOTÁ D.C)

**INTERVENCIÓN DE LA ACADEMIA ANTE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL**

*SOBRE LA EXPRESIÓN «ACUERDO» DE LOS  
ACUERDOS DE PAZ*

Autores: Juana Inés Acosta López, Álvaro Amaya, Manuel José García, Jorge Ernesto Roa Roa, René Urueña

# Academia Colombiana de Derecho Internacional

PRESIDENTE (2016-2017): René Urueña

VICEPRESIDENTE (2016-2017): María Carmelina Londoño

Todos los derechos reservados  
Ningún aparte de este documento de trabajo podrá ser reproducida de ninguna forma sin el previo permiso escrito del autor

Las ideas y posturas expresadas en la Serie "Documentos de Trabajo de la Academia Colombiana de Derecho Internacional" corresponden los autores de los textos y no reflejan ni comprometen la posición de la Academia Colombiana de Derecho Internacional

**Citar como**

ACCOLDI, Documento de Trabajo 2016/1 Finalizado el 1 de Junio de 2016 ([www.accodil.org/working-papers](http://www.accodil.org/working-papers)) en Bogotá

# Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	6
1. La ineptitud de la demanda: la Corte Constitucional debe proferir una sentencia inhibitoria	7
1.1. La Corte Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la interpretación de una disposición jurídica siempre que esa disposición jurídica se encuentre en un acto normativo cuya constitucionalidad pueda ser controlada por la Corte Constitucional	9
1.2. La Corte Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la interpretación judicial o administrativa de una disposición jurídica: el control de constitucionalidad no se encuentra al servicio de las dudas interpretativas del propio demandante	11
1.3. El demandante confunde el objeto de control con el parámetro de control de constitucionalidad	12
1.4. El demandante amplía el objeto de la demanda a hechos que no constituyen actos jurídicos	15
2. Las formas jurídicas que pueden adoptar los acuerdos de paz según el Derecho Internacional	16
2.1. Marco general: Los acuerdos especiales a la luz del Derecho Internacional Humanitario	17
2.2. Los acuerdos general, temáticos y final sí pueden ser “acuerdos especiales” según el DIH	19
2.3 El estatus jurídico internacional del Acuerdo Especial	24
2.3.1 El Acuerdo Final no es un tratado internacional solemne	24
2.3.2 Ciertos elementos del acuerdo especial pueden constituir	

un “acuerdo complementario” en derecho internacional	26
2.3.3 El Acuerdo Final como acto unilateral del Estado	27
2.3.4 El Acuerdo Final como parte integrante de una Resolución del Consejo de Seguridad	28
3. El estatus jurídico de las FARC no cambia como partes de un acuerdo especial realizado en el marco del DIH	29
4. La relación entre el mecanismo de refrendación de los acuerdos de paz y la integración de esos acuerdos al bloque de constitucionalidad	35
4.1. No existe una obligación internacional que le exija al Gobierno refrendar los acuerdos de paz	36
4.2. Las experiencias comparadas muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados en el diseño de mecanismos de refrendación	37
4.3 La refrendación, como decisión política, deberá realizarse antes de la eventual incorporación de los acuerdos en el ordenamiento jurídico, para que la participación ciudadana pueda surtir los efectos jurídicos que se pretenden	41
5. Conclusiones	43

# Intervención de miembros de la Academia ante la Corte Constitucional

## *Sobre la expresión « acuerdo » de los acuerdos de paz.*

### INTRODUCCIÓN

Los intervinientes solicitan de manera respetuosa ala H. Corte que se declare inhibida de la demanda objeto del presente proceso.

Adicionalmente, los intervinientes, miembros de la Academia Colombiana de Derecho Internacional, manifiestan a la H. Corte que:

1. Sí es jurídicamente viable que los acuerdos entre Gobierno y FARC sean, en virtud de su contenido, “acuerdos especiales” bajo el DIH.
2. Tal “acuerdo especial” es un instrumento de derecho internacional, que no tiene el carácter de tratado solemne.
3. El estatus jurídico de las FARC no cambia como partes de un acuerdo especial realizado en el marco del DIH. Por el contrario, su carácter de “participantes” del derecho internacional se ratifica en virtud del mismo.
4. No existe una obligación internacional que le exija al Gobierno refrendar los acuerdos de paz. Es más:

**las experiencias comparadas muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados en el diseño de mecanismos de refrendación; y, finalmente,**

5. La refrendación, como decisión política, deberá realizarse antes de la eventual incorporación de los acuerdos en el ordenamiento jurídico, para que la participación ciudadana pueda surtir los efectos jurídicos que se pretenden.

\*\*\*

En la segunda semana del mes de mayo de 2016, el Gobierno Nacional y las FARC emitieron el Comunicado Conjunto No. 69, mediante el cual se anuncia una estrategia de formalización jurídica del Acuerdo Final que presenta varias coincidencias con la demanda objeto de la presente intervención. Eventualmente, la H. Corte conocerá de esta estrategia a través del control constitucional que le corresponde, y deberá decidir los puntos tratados en la presente intervención. En

consecuencia, a pesar de que los intervinientes consideran, como se verá a continuación, que la demanda presentada por el Dr. Montealegre Lynett es inepta, mediante esta intervención, los miembros de la Academia Colombiana de Derecho Internacional aquí suscritos inician una conversación con el Alto Tribunal, la cual continuará en el marco de la implementación de la estrategia descrita en el Comunicado Conjunto No. 69.

Para esos efectos, la intervención se estructura en seis partes: i) la ineptitud de la demanda presentada por el ciudadano Eduardo Montealegre Lynett; ii) las formas jurídicas que pueden adoptar los acuerdos de paz según el Derecho Internacional; iii) el estatus jurídico de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC-EP) como firmantes de un acuerdo especial realizado en el marco del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH); iv) la incorporación del DIH y de los acuerdos especiales al bloque de constitucionalidad; v) la relación entre el mecanismo de refrendación de los acuerdos de paz y la integración de esos acuerdos al bloque de constitucionalidad y vi) conclusiones.

De manera preliminar se advierte al Honorable Tribunal que las observaciones realizadas en las secciones segunda a quinta tienen como propósito profundizar en los debates que ha generado la estructura argumentativa de la acción pública de

constitucionalidad de la referencia. Sin duda, se trata de una discusión que interesa a la Corte Constitucional, a quienes intervienen en este proceso de constitucionalidad y a toda la sociedad. Sin embargo, ninguna de esas tesis debe entenderse como una negación de las observaciones realizadas en la primera sección, en el sentido de que la demanda es inepta. Como se dijo, la intención de los aquí firmantes es definir el marco de una discusión sobre la constitucionalidad de la implementación del Acuerdo Especial, la cual no se ve agotada con la presente demanda

## 1. La ineptitud de la demanda: la Corte Constitucional debe proferir una sentencia inhibitoria

Desde el año 2001, la Corte Constitucional ha estructurado una línea jurisprudencial sólida sobre los requisitos de la acción pública de constitucionalidad<sup>1</sup>. Los aspectos centrales de esa reiterada jurisprudencia concilian varios principios que entran en colisión en el Estado constitucional colombiano. De una parte, la facultad ciudadana para demandar determinados actos normativos ante la Corte Constitucional, la preservación del contenido esencial del derecho fundamental establecido en el artículo 40.6 de la Constitución, el interés público que existe en la garantía de la

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001. Fundamento Jurídico 3.4.

supremacía de la Constitución, la prevalencia de los valores públicos que esa norma incorpora y el modelo de democracia participativa que impone el mayor grado de intervención posible de los ciudadanos en los procesos de decisión. De otra parte, el ordenamiento establece el principio democrático, la presunción de constitucionalidad de las leyes y un modelo prevalentemente rogado de control de constitucionalidad<sup>2</sup>.

El punto de conciliación entre estos pilares del sistema constitucional es la consideración reiterada por el tribunal, de acuerdo con la cual, el cumplimiento de cada una de las condiciones necesarias para que la Corte admita una demanda contra un acto normativo, no constituye una restricción desproporcionada al ejercicio de un derecho político sino que se erige en un mínimo necesario para que se configuren los extremos de un debate constitucional<sup>3</sup>.

La carga que el ciudadano debe asumir para el correcto ejercicio de su derecho fundamental a atacar la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos resulta matizada en virtud de que el tribunal debe evaluar cada uno de los requisitos de la demanda bajo la orientación del

principio *pro actione*. Según este principio, la duda sobre el (in)cumplimiento de uno de los requisitos de la demanda debe resolverse a favor del acceso del ciudadano al control de constitucionalidad. Desde luego, el alcance de este principio no llega al punto de facultar a la Corte Constitucional para subsanar completamente el incumplimiento de uno de los elementos básicos de una demanda de constitucionalidad.

En consecuencia, las dos proyecciones principales del principio *pro actione* en el proceso de control de constitucionalidad son las siguientes. Por una parte, este principio sugiere que el juez constitucional debe ser deferente en la evaluación del cumplimiento de cada uno de los elementos del sistema de filtros. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, los fines legítimos de evitar la temeridad, de racionalizar el ejercicio del derecho de acción pública y de evitar el colapso del tribunal no pueden prevalecer sobre la apertura intrínseca del sistema, el modelo político de democracia participativa y el contenido mínimo del derecho político a defender la Constitución mediante la demanda de las leyes que le son contrarias.

---

<sup>2</sup> Sobre el sistema de filtros de la acción pública de constitucionalidad como elemento racionalizador de elementos estructurales del Estado constitucional colombiano: Jorge Ernesto Roa Roa. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de Derecho Público n° 96, Bogotá, 2015, pp. 38-53.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001. Fundamento Jurídico 3.3.



En segundo lugar, en los casos de duda sobre el (in)cumplimiento de un determinado elemento del sistema de filtros en relación con una demanda concreta, el juez constitucional debe favorecer la posición que amplía el contenido del derecho de acción pública de constitucionalidad y proceder a admitir la demanda<sup>4</sup>. En todo caso, esta concreción del principio *pro actione* no tiene el nivel de optimización que se ha establecido en el sistema de control de constitucionalidad de Venezuela. En ese país, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia puede subsanar las deficiencias de una demanda popular de constitucionalidad cuando el objeto de la misma sea de orden público<sup>5</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en el primer punto de esta intervención se sostendrá que la demanda de la referencia no cumplía con los requisitos básicos para ser admitida por la Corte Constitucional. En consecuencia, como el tribunal ya admitió la demanda, corresponde remediar ese yerro mediante una sentencia inhibitoria. En concreto, en esta primera sección de la presente intervención se demostrará que la demanda que dio origen al actual proceso: i) se dirige contra un acto normativo sobre el cual la Corte Constitucional no tiene competencia, ii) no señala una interpretación judicial o

administrativa de la disposición demandada sino que somete a consideración de la Corte las dudas hermenéuticas del propio demandante, iii) confunde el objeto de la demanda con el parámetro de constitucionalidad y iv) se extiende a hechos que no constituyen actos jurídicos.

### 1.1. La Corte Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la interpretación de una disposición jurídica siempre que esa disposición jurídica se encuentre en un acto normativo cuya constitucionalidad pueda ser controlada por la Corte Constitucional

El demandante argumenta que la Corte Constitucional se ha declarado competente para conocer la (in)constitucionalidad de las interpretaciones judiciales de determinadas disposiciones jurídicas. En ese sentido, el demandante utiliza la distinción entre disposición jurídica y norma jurídica para señalar que la Corte Constitucional es competente para controlar la validez constitucional de las interpretaciones (normas o

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001. Fundamento Jurídico 3.4.4.

<sup>5</sup> Sobre este tema y sobre los requisitos de la demanda de constitucionalidad y alcance del principio *pro actione*: Jorge Ernesto Roa Roa. *El modelo colombiano de control de constitucionalidad. Elementos para su defensa*. Università degli Studi di Trento, Italia, 2014, pp. 27-30.

subreglas) que derivan de una disposición jurídica<sup>6</sup>.

Sin embargo, el demandante omite que la Corte Constitucional solo es competente para controlar la constitucionalidad de la interpretación que realizan los operadores jurídicos de aquellas disposiciones que se encuentran en actos normativos cuyo control de constitucionalidad es competencia de la Corte Constitucional de conformidad con el artículo 241 de la Constitución. Esto quiere decir que la Corte Constitucional no es competente para controlar la validez constitucional de la interpretación que pueda realizar un operador jurídico respecto de una disposición jurídica que se encuentra por fuera de la cláusula de competencia del tribunal. En otras palabras, un presupuesto de la competencia de la Corte Constitucional para controlar la validez constitucional de la interpretación de una disposición jurídica es que tal disposición jurídica haga parte de los actos normativos que se encuentran bajo control de la Corte Constitucional.

Por esa razón, el tribunal ha señalado que una demanda de constitucionalidad, con base en la teoría del derecho viviente, en la cual se solicite el control de constitucionalidad de una interpretación judicial debe satisfacer el requisito de certeza. Este requiere que “la interpretación se derive únicamente de normas con fuerza de ley y no de

otro tipo de disposiciones como actos administrativos, contratos estatales o cualquier otra fuente de derecho”<sup>7</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la competencia de la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las interpretaciones judiciales de disposiciones jurídicas no habilita a ese tribunal para controlar en abstracto la validez constitucional, por ejemplo, de la interpretación judicial de una cláusula contractual o la interpretación judicial de una expresión contenida en una Resolución proferida por el Presidente de la República. La competencia de la Corte sobre la interpretación de disposiciones jurídicas, se entiende, recae sobre la interpretación de disposiciones jurídicas sobre las cuales la Corte es competente y no sobre la interpretación de cualquier disposición jurídica que forme parte del ordenamiento jurídico.

En síntesis, para que la Corte pueda conocer de una demanda contra una interpretación judicial de una disposición se requiere que tal disposición pueda ser objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional. Como las resoluciones proferidas por el Presidente de la República no hacen parte de las competencias de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, el juicio de constitucionalidad de la interpretación de esas disposiciones no corresponde a

---

<sup>6</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folios 12-19.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2008. Fundamento Jurídico 4.b.

este tribunal. En virtud de que el Acuerdo General fue reproducido en una Resolución del Presidente de la República, cuyo control de validez constitucional no corresponde a la Corte Constitucional, este tribunal no puede ampliar su competencia para realizar el control de constitucionalidad que solicita el demandante.

## 1.2. La Corte Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la interpretación judicial o administrativa de una disposición jurídica: el control de constitucionalidad no se encuentra al servicio de las dudas interpretativas del propio demandante

Como se dijo previamente, el demandante acredita la competencia de la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de la interpretación judicial de una disposición jurídica. Sin embargo, la demanda tiene por objeto la interpretación de una disposición jurídica sobre la cual el tribunal no tiene competencia. Además de este error inicial, el demandante no satisface los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia establecidos por la jurisprudencia constitucional, toda vez que no señala una sola

interpretación judicial o administrativa de la disposición demandada<sup>8</sup>.

En efecto, el demandante construye la estructura de su líbelo sobre la base de sus propias interpretaciones de la disposición demandada, formula objeciones frente a sus propias interpretaciones y extrae conclusiones que pretenden obtener el aval de la Corte Constitucional. De esta manera, el demandante no solo omite señalar una interpretación judicial o administrativa de la disposición que formalmente demanda sino que le solicita al tribunal que se pronuncie a favor de su propia comprensión de la disposición demandada. En lugar de cumplir con el requisito de especificidad y señalar argumentos de inconstitucionalidad sobre “el contenido normativo cuyo alcance específico ha sido fijado por la interpretación acusada”<sup>9</sup>, el demandante se convierte en autor y objetor de las propias interpretaciones de la disposición objeto de la demanda.

En ese sentido, esta intervención debe señalar que la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la interpretación judicial o administrativa de enunciados normativos se basa en el interés público que implica la garantía de la supremacía constitucional cuando esta resulta afectada por la actuación errada, desde el punto de vista

---

<sup>8</sup> La tesis de que los argumentos de la demanda deben cumplir con cinco condiciones (claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia) aparece también en el Auto 288 del año 2001 (Fundamento Jurídico 2.4.) que fue publicado el mismo día de la Sentencia C-1052 de 2001 (4 de octubre) y fue sustanciado por el mismo magistrado (Manuel José Cepeda Espinosa). En consecuencia, es a partir de ese día cuando se cualificaron los argumentos de las demandas de constitucionalidad.

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2008. Fundamento Jurídico 4.c.

hermenéutico, de una autoridad judicial o administrativa. Por el contrario, el control de constitucionalidad no se encuentra al servicio de las dudas que los particulares tienen respecto de sus propias interpretaciones de una disposición jurídica. Como ha señalado el propio tribunal:

“(…) el control frente a las interpretaciones de normas con fuerza material de ley, es válido en la medida en que su objetivo es hacer compatible la labor de los operadores jurídicos (judiciales o administrativos) con los valores, principios, derechos y garantías que subyacen en la Carta Política”<sup>10</sup>.

De los argumentos de la demanda se puede inferir que el demandante no ha señalado “en qué medida la interpretación judicial impugnada plantea al menos un problema de **r e l e v a n c i a** constitucional” (pertinencia)<sup>11</sup>, ni ha demostrado que tal interpretación sea “una posición consistente y reiterada del operador jurídico y no producto de un caso en particular”(suficiencia)<sup>12</sup>. Lo anterior, en virtud de que el demandante no señala ninguna interpretación de la expresión acusada por parte de alguna autoridad judicial o administrativa.

Finalmente, la Corte Constitucional debe tener en cuenta que de los argumentos de la demanda se colige que el líbello no cuestiona, en estricto sentido, una interpretación de la expresión lingüística “acuerdo” sino que pretende que la Corte Constitucional califique la posición de la fuente jurídica que contiene esa expresión dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Este alcance de la petición del demandante es ajeno a las funciones de control de constitucionalidad del honorable tribunal.

### 1.3. El demandante confunde el objeto de control con el parámetro de control de constitucionalidad

Desde el punto de vista formal, el demandante acepta que su demanda recae sobre un acto normativo que escapa a la competencia de la Corte Constitucional<sup>13</sup>. En efecto, el demandante reconoce como evidente que el control de constitucionalidad de las Resoluciones expedidas por el Presidente de la República no le corresponde al tribunal constitucional. Aún más, en el escrito de acción pública se señala que el tribunal no puede considerar el objeto de la

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2008. Fundamento Jurídico 3.c. Subrayado fuera de texto.

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2008. Fundamento Jurídico 4.d.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2008. Fundamento Jurídico 4.e.

<sup>13</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folios 71-77.

demanda como un acto administrativo, ni como un decreto constitucional autónomo, ni como una ley. A pesar de ese reconocimiento, el demandante sustenta la competencia de la Corte Constitucional con base en la afirmación, de acuerdo con la cual, la materia regulada por el objeto de la demanda se refiere a:

“(…) un asunto con una fuerza normativa mayor, de modo que, pese a tener una denominación formalmente infralegal, la expresión demandada hace referencia a normas con fuerza jurídica equivalente a cláusulas constitucionales, pues está contenida y desarrolla mandatos del derecho internacional humanitario, razón por la cual dicha expresión integra y hace referencia a normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto”<sup>14</sup>.

Sin embargo, esa interpretación tiene dos problemas que se señalan a continuación. En primer lugar, la competencia de la Corte Constitucional no se determina exclusivamente por la importancia de la materia regulada sino que debe tener en cuenta el tipo de acto normativo. En segundo lugar, con su interpretación de la disposición demandada, el accionante confunde el objeto de la demanda con el parámetro de constitucionalidad.

En relación con el primer problema, en contra de lo que señala el demandante, se demostrará que la regulación de una materia reservada a una norma de mayor jerarquía por parte de una norma de inferior jerarquía es causal de invalidez de la norma que viola la reserva normativa. Adicionalmente, se sostendrá que un acto jurídico aprobado por una autoridad y un procedimiento correspondientes a un nivel inferior dentro del ordenamiento jurídico, no puede aumentar su jerarquía por el solo hecho de regular una materia que ha debido regularse por un acto normativo superior<sup>15</sup>.

En efecto, la fundamentación de la validez de los actos normativos de inferior jerarquía se encuentra en que sigan las reglas procedimentales y de competencia que los actos de mayor jerarquía les imponen. De manera que la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico impone que un acto normativo (Resolución proferida por el Presidente de la República), que regula una materia cuya regulación se encuentra reservada a un acto normativo de mayor jerarquía (Derecho Internacional Humanitario o Constitución) sea inválido por violar la mencionada reserva.

En contra de las dos premisas anteriores, el demandante sostiene que un acto jurídico -como la Resolución proferida

---

<sup>14</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folio 51. Subrayado fuera de texto.

<sup>15</sup> El demandante sostiene que: “(…) los desarrollos contemporáneos están dirigidos a demostrar que el sistema normativo es un sistema mucho menos compartimentado y rígidamente escalonado de lo que se suele pensar desde la *democracia procedimental*. Ello debido a que el lugar que una norma ocupa dentro del ordenamiento jurídico no está regido –como se solía decir– por la fuente de la que emana, por su denominación formal o por el procedimiento empleado para su producción, sino que se explica y determina a partir de su contenido material”. Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folio 78.

por el Presidente de la República- debe ser considerado como parte de la Constitución y escalar en la pirámide normativa por el solo hecho de regular una materia que tiene reserva constitucional. En la lógica del demandante, la violación de la reserva constitucional por parte del Presidente de la República no conduce a invalidar la Resolución demandada sino a sanearla mediante la atribución del rango constitucional. Adicionalmente, el demandante considera que esa calificación de mayor jerarquía normativa se puede realizar mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada.

Si se sigue la misma lógica del demandante, se podría afirmar que los actos normativos de las autoridades públicas no se pueden calificar en razón de la jerarquía de las autoridades que los profirieron, de las competencias de esas autoridades y del procedimiento que se siguió para su aprobación; sino que la calificación de los actos normativos atiende a la materia que estos regulan con independencia de los demás factores. De manera que, *verbi gratia*, si un Alcalde, un Gobernador o el Presidente de la República profieren un acto normativo sobre la estructura de los partidos políticos o los mecanismos de participación ciudadana, tales actos normativos deben ser considerados como leyes estatutarias. Desde luego, una conclusión como esta no es plausible en ninguno de los sistemas constitucionales jerarquizados.

En relación con el segundo problema debe señalarse que el control de constitucionalidad es, esencialmente, un juicio de contraste entre un *parámetro de control* y un *acto controlado*. La competencia del tribunal constitucional se extiende en virtud de esos dos factores, esto es, en virtud de la amplitud del parámetro de control y del conjunto de actos normativos que la Corte puede contrastar. Por una parte, el parámetro de control que rige el juicio de contraste que realiza la Corte Constitucional de Colombia está conformado por la Constitución, los actos normativos que se integran al bloque de constitucionalidad y su propia jurisprudencia. Por otra parte, el conjunto de actos objeto de control se encuentra definido en el artículo 241 de la Constitución.

La lectura detenida del texto de la demanda permite inferir que el accionante confunde el objeto de la demanda con el parámetro de control. En efecto, la tesis central de la demanda es la siguiente:

“la única interpretación posible de la expresión demandada, sea que hace referencia no a una norma con fuerza de acto administrativo o de ley, sino a un acuerdo especial. Norma que por desarrollar obligaciones del DIH, hace parte del bloque de constitucionalidad”<sup>16</sup>.

Sin embargo, esa tesis implica que el objeto de la demanda (interpretación

---

<sup>16</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folios 67 y 68.

de la expresión “acuerdo”) es, al mismo tiempo, parte del parámetro de control por estar incorporada en el bloque de constitucionalidad. Como se puede inferir, esta tesis se enfrenta a la dificultad de que el tribunal no puede considerar que una norma jurídica es, al mismo tiempo, objeto de la demanda y parámetro de revisión de constitucionalidad.

En conclusión, en la demanda de la referencia se solicita a la Corte Constitucional que emita una sentencia de constitucionalidad condicionada en la que declare que la interpretación de la disposición jurídica “acuerdo” debe ser entendida como parte del bloque de constitucionalidad. Eso significa que la estructura argumentativa de la demanda de la referencia le solicita al tribunal constitucional que declare que el acto jurídico objeto de control es conforme con la Constitución porque forma parte del parámetro de control de constitucionalidad. Esta confusión entre parámetro de control de constitucionalidad y objeto de control impide que el tribunal realice un juicio de contraste porque, como resulta evidente, la interpretación de la expresión “acuerdo” no puede ser, al mismo tiempo, el objeto de control por la Corte Constitucional y el parámetro de su propia constitucionalidad.

#### 1.4. El demandante amplía el objeto de la demanda a hechos que no constituyen actos jurídicos

La Corte Constitucional debe advertir que el demandante ha estructurado su demanda en relación con la interpretación de una disposición (“acuerdo”) contenida en una Resolución (339 de 2012) expedida por el Presidente de la República. Esta Resolución reproduce el texto del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Ya se ha afirmado que la Corte carece de competencia para conocer de esa demanda. Sin embargo, es imperativo señalar que en varias oportunidades el demandante amplía implícita o explícitamente el objeto de su pretensión y extiende sus argumentos con el fin de que la Corte se pronuncie sobre: “el acuerdo general, los acuerdos temáticos alcanzados entre las partes y el acuerdo final”<sup>17</sup> con el fin de que declare que todos estos “por desarrollar obligaciones del derecho internacional humanitario, hacen parte del bloque de constitucionalidad”<sup>18</sup>.

Esa extensión del objeto de la demanda recae sobre hechos que no tienen la condición de actos jurídicos y tampoco hacen parte de un ordenamiento jurídico nacional o internacional. Se trata de modificaciones a la realidad sin relevancia jurídica actual que requieren

---

<sup>17</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folio 89.

<sup>18</sup> *Vid.* Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folio 89.



de actos complejos de implementación dentro del ordenamiento jurídico colombiano para alcanzar la condición de actos jurídicos; en cuyo caso, su control de constitucionalidad dependerá de la fuente jurídica escogida para implementarlos. Por esa razón, la Corte debe señalar expresamente la inexistencia de objeto de la demanda en relación con la ampliación realizada por el demandante respecto de los acuerdos temáticos y el acuerdo final.

Por las anteriores razones y en virtud de los defectos de la demanda señalados previamente, se solicita a la honorable Corte Constitucional que aplique el precedente establecido en la Sentencia C-158 de 2007 y profiera una sentencia inhibitoria<sup>19</sup>. De esa manera, el tribunal puede corregir los yerros cometidos al admitir la demanda. Estos fueron generados por una sospecha de inconstitucionalidad que ha sido disipada mediante el estudio posterior del líbello de la referencia.

## 2. Las formas jurídicas que pueden adoptar los

---

<sup>19</sup> En esa decisión la Corte sostuvo que la sospecha de inconstitucionalidad del demandante no es suficiente para iniciar un juicio de constitucionalidad ante la Corte Constitucional: “la Corte concluye que el cargo expuesto en la demanda bajo estudio no cumple con la carga mínima exigida para impugnar una interpretación determinada de una disposición jurídica. La sospecha de inconstitucionalidad que surgió al momento de admitir la demanda, la cual resulta por demás lógica teniendo en cuenta el sentido del análisis que se realiza en el estudio de admisión; se ha disipado en el estudio estricto de las distintas posibilidades hermenéuticas que se desprenden de los artículos acusados. Lo cual ha llevado a esta Sala a concluir que la acusación no es pertinente, en la medida en que corresponde a una interpretación particular y concreta de la norma, que no puede ser privilegiada de por sí sobre las demás interpretaciones”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-158 de 2007. Fundamento Jurídico 9.

<sup>20</sup> Escrito de acción pública de constitucionalidad Expediente D-11329. Folio 56

## acuerdos de paz según el Derecho Internacional

En la demanda de inconstitucionalidad se argumenta que la expresión “el acuerdo”, contenida en el acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera celebrado en 2012 entre el Gobierno nacional y las FARC “prescribe que el acuerdo general, los acuerdos temáticos y el acuerdo final deben ser entendidos como acuerdos especiales en los términos del derecho internacional humanitario”<sup>20</sup>.

En esta sección se argumenta que los acuerdos entre el gobierno y las FARC sí pueden ser considerados como un “Acuerdo Especial” según el DIH. Así mismo, se explican las diversas alternativas que ofrece el derecho internacional respecto a la definición del status jurídico de tales “acuerdos especiales”. Para presentar este argumento, se procede en primer lugar a presentar en términos generales los “acuerdos especiales” bajo el DIH, para explicar posteriormente la posibilidad de que los mismos correspondan a los compromisos adquiridos en el caso colombiano.



## 2.1. Marco general: Los acuerdos especiales a la luz del Derecho Internacional Humanitario

Los acuerdos especiales en el DIH se han establecido en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 como un mecanismo dirigido a que las partes en conflicto amplíen los compromisos convencionales en materia de protección a las personas frente a los efectos de los conflictos armados, ya sea internacionales o no internacionales.

Dentro de las razones para crear este mecanismo se encuentran la de conceder mayores garantías a las personas que no participan en las hostilidades al clarificar la aplicabilidad de las normas del DIH y llenar algunos vacíos jurídicos que existen en la regulación de los conflictos armados, especialmente en los conflictos de tipo no internacional. Este mecanismo se encuentra contenido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que establece un catálogo de normas mínimas que se deben aplicar a los conflictos armados no internacionales. En la parte final del artículo se incluyen estos acuerdos al señalar que “...las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos

especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio“. Finalmente señala que este tipo de acuerdos no modifica el estatuto de las partes en conflicto.

En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado el alcance de esta norma al explicar que ante la ausencia de consenso para la regulación de los conflictos no internacionales fue necesario renunciar a la aplicación integral del Convenio, ante la incomodidad que generaba para los Estados el posible refuerzo del poder de un grupo armado que lo está combatiendo al interior de sus fronteras. Al respecto señala:

“Las partes en conflicto solo están, pues, obligadas legalmente a observar el artículo 3, y pueden hacer caso omiso de todo lo demás. Pero es evidente que cada una de ellas tiene la plena libertad para declarar su intención de aplicar, todas o parte de las demás disposiciones<sup>21</sup>.

En esta medida por razones de tipo humanitario, las partes en conflicto pueden reconocer que ciertas normas aplican aun cuando no lo hagan de forma convencional o consuetudinaria y facilitan la aplicación del DIH en tanto que este mecanismo incentiva el cumplimiento de las normas por parte de los grupos armados al fortalecer su

---

<sup>21</sup> Sylvie Junod, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional y del artículo 3 a estos Convenios. Bogotá: CICR, Plaza & Janés, 1988, p. 346.

percepción de participación y consentimiento en el proceso de formación normativa, en el que han tenido la posibilidad de aceptar o rechazar estas normas<sup>22</sup>.

Este tipo de acuerdos no exigen ningún tipo de formalidad, como sucede con los tratados internacionales, y pueden realizarse ya sea de forma oral escrita y normalmente cuentan con un tercero garante de sus disposiciones. Las obligaciones que crean en el derecho internacional solo afectan a las partes en conflicto, de acuerdo a las estipulaciones acordadas que permitan llenar vacíos jurídicos o resolver problemas humanitarios que pueda tener una situación determinada. En este sentido, estos acuerdos no crean obligaciones para terceras partes sin su consentimiento<sup>23</sup>.

Los acuerdos especiales pueden celebrarse con varias finalidades:

- Una posibilidad es que se celebre como un acuerdo de tipo “declarativo” cuando las cláusulas se refieren al derecho convencional o consuetudinario ya existente para las partes y que refuerzan su carácter vinculante para las partes;

- Puede también constituirse un acuerdo de tipo “constitutivo” que crea nuevos tipos de obligaciones que no eran exigibles a las partes con anterioridad a la realización del acuerdo<sup>24</sup>, y;

- También pueden presentarse obligaciones puramente ejecutorias que no pretenden crear nuevas obligaciones, ni clarificar el derecho existente, sino que permiten la ejecución del derecho de los conflictos armados en un contexto particular<sup>25</sup>.

En esta medida se encuentra que estos acuerdos deben contener distintos tipos de normas que desarrollen el DIH, ya sea al crear normas más garantistas para las personas protegidas por el DIH o reforzar el contenido del derecho existente o por ejecutar normas contenidas en el DIH. En algunos casos pueden tener una mezcla de todas estas disposiciones como ha ocurrido en los casos de los acuerdos de Bosnia – Herzegovina de 1992 para aplicar el DIH o el de Nairobi celebrados entre el Gobierno militar de Uganda y el Ejército Nacional de Resistencia en 1985 o el caso de acuerdo de compromiso celebrado por múltiples actores en 2008 en la República Democrática del Congo<sup>26</sup>. En ningún caso los acuerdos pueden

---

<sup>22</sup> Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, “Special agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime”. *International Review of the Red Cross* (2014), (96) 895-896.

<sup>23</sup> Robert Kolb, *An introduction to the international law of armed conflicts*. Hart publishing, 2008, p.109 -110.

<sup>24</sup> Michelle Mack, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*. CICR, Ginebra, 2008, p.16

<sup>25</sup> Kolb, *Ob cit*, p.110.

<sup>26</sup> Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, *ob cit*, p. 1205

afectar de manera adversa la situación de las personas protegidas por el DIH.

## 2.2. Los acuerdos general, temáticos y final sí pueden ser “acuerdos especiales” según el DIH

Después de esta breve descripción, cabría preguntarse si los acuerdos general, temáticos y final celebrados por el Gobierno y las FARC pueden ser entendidos como acuerdos especiales en los términos del DIH. La respuesta a esa pregunta es positiva, como se procede a explicar.

Sobre el contenido general de los acuerdos especiales, el CICR menciona algunos temas de DIH que normalmente se incluyen en este tipo de instrumentos tales como:

- La referencia a las disposiciones convencionales y consuetudinarias aplicables.
- El compromiso de las partes para aplicar el DIH.
- La mención que el acuerdo no modifica del estatuto jurídico de las partes en conflicto.
- La responsabilidad de las partes en la difusión del acuerdo.
- Las disposiciones relativas a la aplicación del acuerdo<sup>27</sup>.

Si se analiza el contenido del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz

estable y duradera (en adelante Acuerdo General) celebrado en 2012, se establece en este que las partes se comprometen a realizar conversaciones sobre 6 puntos de una agenda temática consistente en los siguientes temas:

- Política de desarrollo agrario integral
- Participación Política
- Fin del Conflicto
- Solución al problema de las drogas ilícitas
- Víctimas
- Implementación, verificación y refrendación.

Fuera de la supervisión de dos países garantes que son Cuba y Noruega no parece en principio y formalmente un acuerdo especial, en tanto no se encuentra ninguna mención específica al DIH, careciendo de disposiciones de tipo declarativo en su contenido. Habría que revisar entonces si se pueden encontrar disposiciones constitutivas que creen derechos y obligaciones o normas ejecutorias que apliquen el DIH al contexto específico del caso colombiano.

Los puntos relativos a la política de desarrollo agrario integral y de solución al problema de las drogas ilícitas no presentan relación directa con el derecho de los conflictos armados. El de participación política tiene más vinculación con los Derechos Humanos como derechos civiles y políticos, que con el DIH. De los puntos restantes de la agenda solo dos

---

<sup>27</sup> Mack, Ob cit, p 20.

parecen tener una vinculación con el DIH que son el punto 3 relativo al fin del conflicto, en tanto se señalan disposiciones relativas al cese al fuego y de hostilidades y el punto 5 relativo a víctimas, en donde se definirá la forma en la que se juzgaran posibles crímenes de guerra cometidos durante el conflicto.

Ahora bien, ¿crearían nuevas normas sustanciales de DIH estos acuerdos? Revisando los temas del DIH que pueden incorporarse tales como las normas relativas a la conducción de las hostilidades, a la prohibición del uso de medio o métodos de combate, al trato a los prisioneros de guerra, a normas de detención en situación de ocupación, y de protección a personas protegidas, no se encuentra que se desarrollen directamente estos temas en el acuerdo general. La finalidad de los acuerdos especiales es brindar mayores protecciones a la población civil mientras duran las hostilidades y en este caso la protección a la población civil vendría de forma indirecta a por la finalización de las hostilidades. Como el DIH es un derecho excepcional, que solo aplica en situaciones de conflicto armado, entre más cerca se encuentra el final de las hostilidades, menos normas de DIH se van a aplicar y por el contrario se empiezan a aplicar más las normas de Derechos Humanos, que en caso durante el conflicto armado han venido aplicándose de forma complementaria.

De acuerdo a esto cabe preguntarse: ¿existen normas convencionales o consuetudinarias que regulen la finalización del conflicto y que se ejecuten a través del acuerdo general? Formalmente no se menciona ninguna en el texto del acuerdo. Si se estudian las normas del DIH una norma convencional que se puede ejecutar en este caso es el artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, que habla de la “concesión de una amnistía lo más amplia posible” por parte de las autoridades en el poder al cese de las hostilidades. El CICR ha identificado esta norma también en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, en la norma 159<sup>28</sup>. En este sentido una posible interpretación en este caso es considerar a los acuerdos especiales como un desarrollo de esta norma por medio de la cual se crean normas nuevas, encaminadas a lograr el fin de la violencia y evitar la impunidad, que aun cuando temáticamente son más cercanas a las normas de Derechos Humanos, son en todo caso normas compatibles con la finalidad humanitaria de los acuerdos.

Pero, ¿podrían los acuerdos especiales desarrollar temas

---

<sup>28</sup> Jean-Marie Henckaerts, (Ed) Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press. Volume 1, p. 611 y ss.. En el estudio se precisa el alcance de esta norma entendiendo que las amnistías encuentran un límite en los derechos de las víctimas de serias violaciones a los DDHH e infracciones graves al DIH.

diferentes al DIH en sus disposiciones? El acuerdo general desarrolla temas políticos y de derechos humanos. Los temas políticos se encuentran en muchos acuerdos de paz conjuntamente con temas humanitarios, como ha sucedido en los casos de Liberia<sup>29</sup> y de Sierra Leona<sup>30</sup>. Sobre la posibilidad de implementación de normas de derechos humanos en el derecho internacional hay una tendencia a aceptar que los grupos armados tienen obligaciones en materia de derechos humanos cuando tienen un control sobre parte del territorio que les permita ejercer funciones de Gobierno. Cuando no tienen ese control territorial no es claro que tengan este tipo de obligaciones<sup>31</sup> y aun cuando hay una tendencia expansiva en la materia, no es claro que los grupos armados puedan celebrar acuerdos únicamente en materia de derechos humanos.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su más reciente comentario al Artículo 3 Común, ha señalado que un acuerdo de paz o de cese al fuego puede ser considerado un acuerdo especial, en tanto que procure la implementación de normas los 4 Convenios de Ginebra de 1949 o sus protocolos adicionales, tales como el otorgamiento de amnistías, la liberación de prisioneros<sup>32</sup>. Igualmente, acuerdos entre las partes en materia de derechos humanos (como por ejemplo acuerdos para garantizar el debido proceso ante los tribunales de justicia) pueden ser considerados acuerdos especiales<sup>33</sup>, dada la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el DIH. De esta manera, la expresión “poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio” del artículo 3 común se ha interpretado de manera amplia y no restringida a estrictos desarrollos del DIH.

---

<sup>29</sup> Véase el texto del acuerdo de Cotonou en: Their Words: Directory of Armed Non-State Actor Humanitarian Commitments. [http://theirwords.org/media/transfer/doc/1\\_lr\\_npfl\\_ulimo\\_1993\\_01-a8f537f93491964b081d8e52ab6a0171.pdf](http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_lr_npfl_ulimo_1993_01-a8f537f93491964b081d8e52ab6a0171.pdf)

<sup>30</sup> Véase el texto del acuerdo de Lomé en: Their Words: Directory of Armed Non-State Actor Humanitarian Commitments. [http://theirwords.org/media/transfer/doc/1\\_sl\\_ruf\\_1999\\_02-d8e24cefa04616f68f02294b0d3a28dc.pdf](http://theirwords.org/media/transfer/doc/1_sl_ruf_1999_02-d8e24cefa04616f68f02294b0d3a28dc.pdf)

<sup>31</sup> Véase: Jean-Marie Henckaerts Cornelius Wiesener, “Human Rights Obligations of Non-state Armed Groups: a Possible Contribution from Customary International Law?” En Kolb, Robert. Gaggioli, Gloria (Ed) *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013 p. 146-16. Andrew Clapham, "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 863, septiembre de 2006

<sup>32</sup> ICRC (Lindsey Cameron, Bruno Demeyere, Jean-Marie Henckaerts, Eve La Haye and Iris Müller, with contributions by Cordula Droege, Robin Geiss and Laurent Gisel), “Article 3: Conflicts not of an international character” en ICRC (ed) *Commentary of 2016 Commentary on the First Geneva Convention* (ICRC: Ginebra, 2016). Párr 850 Disponible en: <https://www.icrc.org/ihl/full/GCi-commentary>

<sup>33</sup> *Ibid*; párr. 851

Teniendo en cuenta que un acuerdo especial tiene como finalidad el cumplimiento de las normas del DIH, es plausible preguntarse si el Acuerdo General y el eventual Acuerdo Final que se suscribirá entre el Gobierno Nacional y las FARC pueden ser considerados como acuerdo especial.

Al respecto es imperativo resaltar que la calificación de un acuerdo como “acuerdo especial” tiene como componente esencial la opinión o voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el [“Acuerdo Global sobre Derechos Humanos”](#) celebrado en el contexto de los diálogos de paz en Guatemala, aun cuando desarrolla la implementación del DIH y de los derechos humanos, las partes explícitamente rechazaron que fuere reconocido como acuerdo especial (Art. IX, 2). Esto denota la importancia de la voluntad de las partes en la caracterización de acuerdos especiales. De esta manera, lo señalado en el Artículo I del Comunicado 69 en el sentido de acordar que el Acuerdo Final sea considerado un acuerdo especial, es medular en la práctica legal en materia de DIH.

¿Esto significa que las partes pueden denominar cualquier acuerdo como especial? La respuesta es no, toda vez que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra son explícitos en señalar la finalidad de los acuerdos especiales. En este sentido, el carácter

integral del Acuerdo Final y su objetivo último (el cual el fin del conflicto armado), permiten sostener que lo acordado directa o indirectamente procura la implementación del DIH en un sentido amplio, como es el detener o evitar el impacto humanitario causado por el conflicto armado.

En este punto es de suma importancia resaltar que la justicia transicional avanza actualmente del mero uso de mecanismos y procesos para afrontar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la represión o el conflicto armado, a extender la comprensión del proceso transicional a efectos de enfrentar las raíces mismas que provocaron o posibilitaron las violaciones. Así las cosas, la justicia transicional está llamada hoy a dar solución no sólo a las violaciones de los llamados derechos civiles y políticos, sino también las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>34</sup>, e inclusive delitos económicos como la corrupción o el fraude, cuando estos detonaron la violencia y conflictividad<sup>35</sup>.

Si se analizan distintos procesos de paz realizados en otras regiones se pueden encontrar ejemplos de acuerdos especiales que establecen obligaciones en materia de derechos humanos. En el caso del acuerdo de San José celebrado entre el Gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, fuera de incluir

---

<sup>34</sup> Evelyne Schmid and Aoife Nolan. ‘Do No Harm’? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, 2014, 1–21. Ver también: Sam Szoke-Burke. Not Only ‘Context’: Why Transitional Justice Programs Can No Longer Ignore Violations of Economic and Social Rights. *50 Tex. Int’l L.J.* 465 2015-2016.

<sup>35</sup> Dustin N. Sharp. Addressing economic violence in times of transition: toward a positive peace paradigm for transition justice. *35 Fordham Int’l L.J.* 780 2011-2012.

disposiciones que garantizan conjuntamente los tratados en materia de DIH y los de derechos humanos, se incluyen disposiciones ajenas al DIH como la libertad de asociación, religión, expresión, movimiento, el del goce efectivo de los derechos laborales y mecanismos de verificación del cumplimiento del acuerdo por Naciones Unidas<sup>36</sup>.

En otros acuerdos como en el acuerdo celebrado entre el Gobierno Filipino y el Frente Nacional Democrático de las Filipinas, que contiene referencias expresas a la protección de los Derechos Humanos y el acuerdo celebrado por el Gobierno de Sierra Leona con el Frente Unido revolucionario de Sierra Leona las partes acuerdan la incorporación de derechos de tipo civil y político<sup>37</sup>. Por tanto no parece existir ninguna prohibición expresa que limite la voluntad de las partes para incluir otros temas relativos a las causas del enfrentamiento armado dentro del texto del acuerdo. Adicionalmente, el carácter complementario del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos, supone una articulación de la implementación de ambos regímenes en el contexto del conflicto armado.

Sobre la naturaleza de acuerdos celebrados entre el Gobierno Nacional

y las FARC se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- *El Acuerdo General:* En virtud del momento en el que se negoció el acuerdo (es decir, en medio de la hostilidades), es el que tendría que haber desarrollado disposiciones del DIH. El problema para entenderlo como acuerdo especial es que no se menciona expresamente al DIH y para entenderlo como tal hay que realizar una interpretación amplia del contenido del DIH. No es claro que las partes tuvieran la intención al momento de realizarlo que se rigiera por este cuerpo normativo, ni que con este se pretendiere aplicar el derecho humanitario.

- *Los acuerdos temáticos:* Si se analizan individualmente considerados, habría algunos de estos que no se podrían entender como acuerdos especiales en el DIH, mientras que unos puntuales sí podrían serlo. Por ejemplo el anuncio de instalación de una mesa técnica para fijar un protocolo para la salida de menores de edad de las FARC que se hizo hace unos días es un tema que perfectamente se puede hacer mediante acuerdo especial<sup>38</sup>.

- *El Acuerdo Final:* Las partes han decidido considerarlo un acuerdo especial (tal como lo señala el Comunicado 69 de la Mesa de

---

<sup>36</sup> Véase Liesbeth Zegveld. The Accountability of armed opposition groups in international law. Cambridge University Press, 2007, p. 49 - 50.

<sup>37</sup> Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik, ob cit, p. 1207 - 1208

<sup>38</sup> Comunicado conjunto 70 <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/prensa/noticias/Paginas/comunicado-conjunto-acuerdo-salida-menores-edad-campamentos-farc.aspx>

Conversaciones). Si la intención de las partes es que sea un acuerdo especial, lo pueden hacer libremente, siempre y cuando se establezcan disposiciones encaminadas a la protección de las personas que no participan en las hostilidades. Entre más cerca se encuentre del final del conflicto es más probable que se apliquen las normas de derechos humanos que son más específicas para regular los problemas en situaciones de normalidad. Como se mencionaba respecto del Acuerdo General, para entender este acuerdo final como acuerdo especial se requiere una interpretación extensiva del DIH, partiendo de la posibilidad de ejecutar y crear nuevas normas con base en el artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, entendiendo que permitirían juzgar crímenes de guerra, y en general dar por terminado el conflicto y con el impacto humanitario.

### 2.3 El estatus jurídico internacional del Acuerdo Especial

Siendo claro que sí es posible que algunos de los acuerdos entre Gobierno y FARC sean, en virtud de su contenido, “acuerdos especiales” bajo el DIH, se procede ahora a explorar las diversas alternativas que ofrece el derecho internacional para definir su status jurídico.

El Acuerdo Especial puede tener diferentes formas jurídicas bajo el derecho internacional. En especial,

puede convertirse en norma de derecho internacional público a la luz de las fuentes del derecho internacional público. Los negociadores en La Habana han avanzado en este sentido, tal como se evidencia del Comunicado No 69 en el cual señalan que el Acuerdo Final será considerado un acuerdo especial a la luz de DIH, así como la declaración unilateral que el Presidente de la República hará al Secretario General de Naciones Unidas para que el texto del Acuerdo se incorpore en la Resolución 2261 del Consejo de Seguridad.

El análisis al que se avoca la Corte Constitucional supone la caracterización del Acuerdo Final de conformidad con el derecho internacional, y por tanto en esta sección se aporta un análisis desde las fuentes del derecho internacional.

#### 2.3.1 El Acuerdo Final no es un *tratado* internacional solemne

En la demanda se argumenta que al ser el Acuerdo Final un acuerdo adoptado en el marco del DIH y ser este cuerpo normativo del derecho internacional parte del bloque de constitucionalidad (en su sentido estricto), el contenido del mismo se incorporaría directamente en el texto de la Constitución, bajo la figura del bloque de constitucionalidad con base en el artículo 93 de la Carta Política. De esta manera no solo se “refrendaría” el acuerdo en términos legales, sino que se tendría una base legal para su implementación



En relación con esta tesis se analizará la opción del acuerdo como tratado internacional. En general, un tratado internacional es una fuente principal del DI de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y se entiende como un acuerdo escrito de voluntades entre Estados o un Estado y una Organización Internacional, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Acuerdo General y el eventual Acuerdo Final, son celebrados entre un Estado y un grupo armado insurgente, carecería -en general- de esta característica fundamental del derecho internacional público, y por tanto no sería acorde con el derecho internacional calificarlo como un tratado internacional.

En las negociaciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en especial en el proyecto de artículos de 1962, se establecía una interpretación amplia de los tratados al señalar que podrían ser adoptados por Estados y otros sujetos de derecho internacional, tales como los movimientos insurgentes<sup>39</sup>. Sin embargo en la versión definitiva de 1969 <sup>40</sup>desapareció la mención a otros sujetos de derecho internacional y los movimientos insurgentes quedaron excluidos de la posibilidad de suscribir

tratados. En todo caso el artículo 3 de la Convención de Viena establece que los acuerdos celebrados por un Estado y otro sujeto de derecho internacional no afectará el valor jurídico de esos acuerdos. En 1986, mediante un nuevo tratado, se hizo una ampliación de los **participes en los tratados internacionales** pero solo a nivel de las Organizaciones Internacionales.

Desde el punto de vista jurisprudencial tampoco existen precedentes que avalen la posibilidad de que los grupos armados puedan celebrar tratados. El Tribunal para Sierra Leona al analizar los alcances del acuerdo de Lomé celebrado entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario (RUF) concluyó que estos acuerdos no son un tratado internacional debido a la falta de personalidad jurídica del RUF para celebrar tratados<sup>41</sup>.

Igualmente, la H. Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad de la ley aprobatoria del Protocolo II a los 4 Convenios de Ginebra se refirió a la naturaleza de los acuerdos especiales y consideró que no son tratados internacionales al señalar:

“17- De otro lado, el artículo 3 común señala que las partes en conflicto

---

<sup>39</sup> International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission: 1962, Vol. 2, United Nations, New York, 1964, p. 162 -164, Disponible en: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1962\\_v2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf)

<sup>40</sup> Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

<sup>41</sup> Special Court for Sierra Leone (SCSL), The Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL-04-15-PT-060, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, par. 45-47

podrán realizar acuerdos especiales con el fin de vigorizar la aplicación de las normas humanitarias. Tales acuerdos no son, en sentido estricto, tratados, puesto que no se establecen entre sujetos de derecho internacional público sino entre las partes enfrentadas en un conflicto interno, esto es, entre sujetos de derecho internacional humanitario. Además, la validez jurídica de las normas humanitarias no depende de la existencia o no de tales acuerdos. Sin embargo, tales acuerdos responden a una pretensión política perfectamente razonable, puesto que la vigencia práctica y efectiva del derecho internacional humanitario depende, en gran medida, de que exista una voluntad y un compromiso reales de las partes por respetarlo<sup>42</sup>.“ (Subraya fuera del texto)

Así, el acuerdo especial del que habla el artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra no puede ser considerado un tratado internacional a la luz de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

### 2.3.2 Ciertos elementos del acuerdo especial pueden constituir un “acuerdo complementario” en derecho internacional

Si bien el Acuerdo Final carece del carácter de tratado internacional, puede ser calificado como un instrumento

internacional que desarrolla un tratado internacional, en este caso, los tratados de DIH. Esta figura ha sido reconocida por la Corte Constitucional, en relación por ejemplo de un "acuerdo simplificado" (en derecho comercial internacional) o "acuerdo complementario" (en cooperación internacional), los cuales desarrollan tratados internacionales marco, mas no crean obligaciones autónomas en derecho internacional. En este sentido, la propia Corte Constitucional ha reiterado que los "acuerdos o convenios complementarios no son tratados internacionales, sino instrumentos internacionales que desarrollan de forma directa un tratado internacional", y que son fuente de derecho en Colombia en tanto que a través de ellos no se adopten nuevas obligaciones para el Estado, sino que sean meros instrumentos de desarrollo del tratado internacional marco<sup>43</sup>.

De esta manera, el Acuerdo General y el Acuerdo Final serían instrumentos internacionales de desarrollo de un tratado internacional solemne, en el entendido de que los 4 Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales son acuerdos marco y los acuerdos especiales una forma de implementación o ejecución de los tratados solemnes de DIH. De esta manera, los acuerdos especiales serían un instrumento internacional *sui generis* que desarrolla los tratados en materia de DIH.

<sup>42</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-819 de 2012.

Esta figura es muy usada en derecho comercial internacional. Con base en un tratado solemne (que en el presente caso sería el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual surtió todo el trámite constitucional para su ratificación, es decir, el trámite por el Congreso de la República y revisión previa de Corte Constitucional), se adopta un acuerdo posterior sobre determinado tema definido por el tratado solemne.

Usualmente se usan para complementar o desarrollar tratados internacionales, y su diferencia radica más en la forma como el Estado tramita la expresión del consentimiento internamente (toda vez que un acuerdo simplificado solo necesita la voluntad del Ejecutivo, y no pasa por el Congreso ni por el control previo de la Corte Constitucional), este constituye un tratado internacional de igual valor que un tratado “solemne”. A pesar de no llevarse a cabo un control previo de constitucionalidad, estos pueden ser demandados por inconstitucionales, y la Corte ha declarado inexecutable “acuerdos simplificados” que en vez de desarrollar o complementar lo que contiene el acuerdo solemne, lo que hacen es adoptar nuevas obligaciones internacionales.

De esta forma, un eventual “acuerdo especial” a la luz del Artículo 3 común no podría exceder en general lo regulado por los Convenios de Ginebra, toda vez que dicho artículo señala que los acuerdos especiales son para poner en vigor “la totalidad o parte de las otras disposiciones del

presente Convenio”. Sin embargo, como se mencionó, el Artículo 3 Común debe ser leído en sentido amplio y de acuerdo con la práctica contemporánea en materia de acuerdos especiales. De aquí la importancia de la interpretación de alcance del objeto del acuerdo especial (es decir la implementación del DIH), ya que una interpretación amplia permite que cláusulas o asuntos que en estricto sentido sean ajenos al DIH, puedan ser considerados como parte integrante de un acuerdo especial.

*Conclusión:* Con base en lo expuesto, y teniendo en cuenta que los acuerdos de La Habana pretenden (i) dar aplicación a normas de DIH; (ii) desarrollar normas de derecho internacional de los derechos humanos, y; (iii) asegurar las condiciones para que las raíces del conflicto sean superadas, en procura de detener el impacto humanitario producido por el conflicto armado, sumado a; (iv) el deseo de las partes en reconocer el carácter del Acuerdo Final como acuerdo especial, los acuerdos de La Habana (en especial el Acuerdo Final) deben considerarse como un acuerdo especial a la luz del artículo 3 común de los 4 Convenios de Ginebra, cuya naturaleza jurídica corresponde a la de acuerdo complementario respecto de dichos Convenios.

### 2.3.3 El Acuerdo Final como acto unilateral del Estado

En el punto IV del Comunicado 69 de la Mesa de La Habana se establece que (i) “se efectuará una declaración presidencial con forma de declaración

unilateral del Estado colombiano ante el Secretario General de las Naciones Unidas", y que en esta declaración unilateral se solicite relacionar "con la Resolución 2261 del Consejo de Seguridad del 25 de enero, generando un documento oficial del Consejo de Seguridad, y anexando a dicha Resolución 2261 el texto completo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". Así, se pretende que el Acuerdo Final se configure también como un acto unilateral del Estado de Colombia. Estos actos son considerados como fuente de derecho internacional y han sido definidos a por la Comisión de Derecho Internacional como una "*unequivocal, autonomous expression of will, formulated publicly by one or more States in relation to one or more other States, the international community as a whole or an international organization, with the intention of acquiring international legal obligations*".

Los efectos de un acto unilateral del Estado son variados. En primera medida, estos son oponibles al Estado autor del acto o declaración unilateral, y por tanto puede ser exigido su cumplimiento, en especial en relaciones interestatales y puede incurrir en responsabilidad internacional en caso de incumplimiento<sup>44</sup>. De esta manera, la declaración que el Presidente de la República lleve a cabo ante Naciones Unidas tiene la potencialidad de producir obligaciones internacionales

de Colombia en cuanto el contenido del Acuerdo Final.

Así las cosas, la H. Corte Constitucional tiene la responsabilidad de tener en cuenta los anteriores factores con el fin de determinar no solo la calificación legal del Acuerdo Final como acto unilateral del Estado, sino también los efectos de esta calificación, tanto en derecho internacional como en el marco constitucional y legal colombiano.

### 2.3.4 El Acuerdo Final como parte integrante de una Resolución del Consejo de Seguridad

Por último, como se denotó, el Comunicado 69 señala que el Presidente de la República solicitará que el texto íntegro del Acuerdo Final será parte integrante de la Resolución 2261 del Consejo de Seguridad, la cual es considerada fuente de derecho internacional de acuerdo con el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas. Mediante la Resolución 2261 el Consejo de Seguridad decidió establecer una misión política y desarmada, con el fin de aportar en el monitoreo y la verificación de la entrega de armas, el cese al fuego bilateral y la cesación de hostilidades. De esta forma, al integrar el texto del Acuerdo Final a la mencionada Resolución, aquel se convertiría en

---

<sup>44</sup> Dando plenos efectos jurídicos a los actos unilaterales, véase CIJ, Nuclear Tests Case (Australia & New Zealand v. France) I.C.J. 1974 I.C.J. P. 273; CIJ, Nuclear Tests Case (New Zealand v. France) I.C.J. 1974 I.C.J. P. 457. Para una elaboración de los efectos, véase: CIJ, *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. Order of 22 September 1995. *ICJ Rep.* 1995, p.289

obligatorio según el derecho internacional.

En primera medida, el propio Consejo de Seguridad hace seguimiento al cumplimiento de sus Resoluciones, y puede exigir o invitar la adopción de medidas en procura del cumplimiento. Tal fue el caso de Irak, país que incumplió con la Resolución relativa a la invasión a Kuwait, frente a lo cual el Consejo de Seguridad señaló que los Estados en general debían evitar la importación de productos iraquíes; la promoción de la exportación de productos de Irak; el suministro de bienes a Irak -salvo aquellos relacionados con la atención médica- y, entre otras; que los estados deben cesar el apoyo financiero o económica al gobierno iraquí (Resolución 661 de 1990). A pesar de la existencia de estos mecanismos y de la obligatoriedad legal de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, es inusual que los mecanismos de cumplimiento se activen. Esta circunstancia puede cuestionar la efectividad jurídico internacional de la incorporación del Acuerdo Final en la Resolución 2261.

En segunda medida, el derecho colombiano no considera un procedimiento específico para cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad, y en consecuencia, la eficacia e implementación local tendría obstáculos<sup>45</sup>. No obstante, al ser Colombia miembro de Naciones

Unidas, se encuentra obligado a cumplir con la Resolución y en consecuencia se deberá determinar cuál es el procedimiento para cumplir con la misma y, en especial, como se podrá reclamar un alegado incumplimiento de la misma.

### 3. El estatus jurídico de las FARC no cambia como partes de un acuerdo especial realizado en el marco del DIH

Esta sección explica que el estatus jurídico de las FARC se mantiene incólume antes, durante y con posterioridad del Acuerdo Especial. La celebración de ese acuerdo, en sí mismo, no da a las FARC un status diferente al ya reconocido en virtud las Convenciones de Ginebra en su totalidad.

Para explicar este punto, la presente sección aborda primero la distinción entre sujeto y objeto del derecho. Sostiene que esta estricta dicotomía oculta más de lo que esclarece. Se sugiere a la H. Corte Constitucional abandonar ese prisma de sujeto/objeto, y adoptar en su lugar la idea de “participantes” del derecho internacional. Tal noción le permitirá a la H. Corte realizar un control de constitucionalidad que considere el papel de los actores no – estatales

---

<sup>45</sup> Una situación similar se presentó en la Unión Europea, con la implementación de las listas anti-terroristas derivadas del Comité 1267. Al respecto, véase Rene Uruena, ‘International Law as Administration: The UN’s 1267 Sanctions Committee and the Making of the War on Terror’, *International Organizations Law Review* 4, 2008, 321.

(como las FARC) en la creación del derecho internacional, sin centrarse de manera innecesaria en la construcción de una definición de sujeto la cual, como veremos más adelante, es altamente difícil para el operador judicial.

Ahora bien, el derecho internacional contemporáneo ha sufrido importantes transformaciones respecto a los actores centrales en la creación y aplicación de normas internacionales. A partir de los primeros años del siglo XX, con el surgimiento del positivismo como estilo dominante de argumentación, el criterio de análisis principal fue la dicotomía entre sujeto y objeto: los sujetos del derecho internacional eran aquellos con capacidad jurídica de tener derechos y obligaciones, mientras que todos aquellos entes afectados eran simplemente “objetos”.

Así, desde la perspectiva tradicional positivista, y su énfasis en la soberanía como fuente única de normatividad jurídica internacional, los Estados eran los únicos “sujetos” del derecho internacional, pues eran éstos los únicos soberanos con capacidad de adquirir derechos y obligaciones<sup>46</sup>. El resto de actores eran “objetos” (o “sujetos derivados”) del derecho, en el sentido que podían ser beneficiarios o afectados del derecho internacional; sin embargo, al no ser soberanos, no contaban en realidad con agencia para ser catalogados como verdaderos

sujetos autónomos del derecho internacional.

Desde la visión positivista, cristalizada de manera famosa por Ian Brownlie<sup>47</sup>, aún si los individuos, los inversionistas o los grupos armados de oposición son beneficiarios o afectados por el derecho internacional, los únicos verdaderos sujetos del derecho internacional son los Estados, y ningún beneficio que se les otorgue (que no sea soberanía estatal en sentido estricto) los convertirá en sujetos.

El énfasis en la dicotomía entre sujeto/objeto ha tenido una importante influencia en la doctrina internacionalista: es común que todo manual de derecho internacional incluya un acápite relacionado con los “sujetos”. Sin embargo, más allá de manifestar el lugar común de que los Estados son sujetos (y no objetos) del derecho internacional, la realidad es que la distinción es difícil de operar en el plano judicial, y debe ser evitada por la H. Corte Constitucional.

La única vez que la Corte Internacional de Justicia ha enfrentado directamente el problema de la transformación de un “objeto” a un “sujeto” del derecho fue en los primeros años de su funcionamiento, cuando se le presentó el problema de la subjetividad internacional de la Organización de las Naciones Unidas, en uno de los casos más importantes para el derecho de las organizaciones internacionales:

---

<sup>46</sup> Lass Oppenheim, *International Law: A Treatise* (London: Longmans, Green, 1905). 341

<sup>47</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008). 58-70

Reparación por Daños (1949)<sup>48</sup>. Con ocasión de la creación del Estado de Israel en la década de 1940, la ONU decidió asignar al conde Folke Bernadotte como mediador entre israelíes y palestinos. En 1948, Bernadotte fue asesinado en Jerusalén, en cumplimiento de su misión. Jerusalén era, en ese momento, administrada por el gobierno provisional israelí, aunque Israel no pertenecía aún a la ONU.

Se trataba, entonces, de si la naciente organización podía exigir reparación al Estado de Israel, aunque tal Estado no perteneciera a la organización. Al considerar tales cuestiones, la Corte tuvo que analizar el problema de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales. La CIJ concluyó que la ONU sí tenía personalidad jurídica (esto es, era un sujeto de derecho internacional) en virtud de la delegación implícita de los Estados miembros en tal sentido, mediante la Carta de la ONU. Este argumento, sin embargo, era aplicable solamente a los Estados miembro. No obstante, los Estados que no sean miembros de la respectiva organización son terceros en tal relación; así, la voluntad de los Estados miembro no puede serles impuesta.

Esa era la situación a la que la Corte se enfrentaba en el caso Reparación por daños. Como se dijo, Israel no formaba aún parte de la ONU al momento en que el Conde fue asesinado. En consecuencia, Israel no podía haber

manifestado su voluntad (implícita o explícitamente) para que la ONU tuviese personería jurídica internacional. Así, tal personería jurídica no le podía ser oponible, pues Israel era un tercero en tal relación. Sin embargo, la intención de la ONU era precisamente solicitar indemnización a Israel por la muerte del Conde, pues ese Estado era el administrador encargado. Decidir que la ONU tenía personería jurídica internacional pero que no le era oponible a terceros Estados implicaría, en el caso concreto, que la ONU no podría buscar reparación por la muerte.

En este punto, el argumento de la Corte se vuelve difícil de sostener. El Tribunal dictaminó que [...] cincuenta Estados, que representan a una muy amplia mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tenían poder, según el derecho internacional, de crear una entidad con una personalidad internacional objetiva y no simplemente una personalidad reconocida por ellos solos, así como la capacidad de presentar reclamaciones internacionales”. Mediante este argumento, la Corte encontró que la personería jurídica internacional de la ONU sí era oponible a terceros Estados incluido, por supuesto, Israel.

En el caso que nos ocupa, las FARC se encuentran, por supuesto, en una situación completamente diferente a la situación de la ONU en el caso de Reparación por Daños. Sin embargo, la H. Corte Constitucional sí se encuentra

---

<sup>48</sup> ICJ, Reparation for injuries suffered in the service of the Nations, Advisory Opinion, [1949] ICJ Rep 174, ICGJ 232 (ICJ 1949)

en una situación análoga a aquella de la CIJ en esa ocasión. En el caso de la ONU, ciertos sectores solicitaban a la CIJ que definiera el carácter de sujeto del derecho de las organizaciones internacionales. En este caso, ciertos sectores solicitan que, a través de la definición del status jurídico del Acuerdo Especial, la H. Corte defina de manera implícita si las FARC tiene personalidad jurídica internacional.

La H. Corte no debe responder tal pregunta. La CIJ respondió la pregunta de la ONU de una forma que minó su prestigio internacional<sup>49</sup>, pues en su ánimo de definir claramente la personalidad jurídica internacional de la organización, invitó múltiples cuestionamientos: si un Estado no forma parte del instrumento constituido que otorga la personalidad jurídica a una organización, ¿por qué le es aplicable una provisión de ese tratado al tercer Estado? La respuesta de la Corte argumenta que una mayoría amplia de Estados tiene el *poder* de crear tal realidad, pero ¿se ajusta al sistema general del derecho internacional la noción de que la mayoría de los Estados tengan un régimen objetivo? ¿Cuál es el número de Estados requerido para crear tal régimen objetivo?

Las dificultades para responder preguntas como las anteriores han llevado al derecho internacional contemporáneo a cuestionar la relevancia de la dicotomía positivista entre sujeto y objeto. La experiencia de la CIJ en el caso de

Reparación por Daños mostró que, en la práctica judicial internacional, resulta particularmente difícil definir el momento en que un objeto del derecho internacional (como una organización internacional) se convierte en un verdadero sujeto. La dicotomía entre sujeto/objeto impone una pregunta que es imposible de responder. La CIJ no pudo responderla, e intentar hacerlo es invitar a un debate cuya respuesta no puede ser verificada. Excepto en el caso de los Estados, no hay en derecho internacional elementos suficientes para responder de manera tajante la pregunta sobre la forma o el momento de surgimiento de un “sujeto del derecho internacional”, por oposición a la existencia de un simple “objeto” que se vea afectado por tal régimen jurídico. Como hemos visto, ni siquiera en el caso más paradigmático, el de las organizaciones internacionales intergubernamentales, la respuesta respecto al momento del nacimiento de la persona jurídica internacional es clara.

En este marco, la doctrina y práctica internacional contemporánea prefiere abandonar la dicotomía entre sujeto/objeto, y centrarse mejor en los “participantes” (o “actores”) del derecho internacional. Esta idea fue propuesta, de manera eminentemente práctica, por Rosalyn Higgins, jueza de la CIJ, quien sostuvo que la distinción entre sujeto y objeto “erige una prisión intelectual que nos imponemos de manera voluntaria, y que luego

---

<sup>49</sup> Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2nd ed. (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009).



declaramos como una limitación inamovible”<sup>50</sup>.

Rechazar una definición de “sujetos”, y más bien centrarse en los “participantes” del derecho internacional nos permite tener un mapa más confiable de la realidad política en la que se crea el derecho internacional. La realidad es que el mundo globalizado en el que vivimos implica que numerosos actores diferentes a los Estados tienen un papel crucial en la creación e implementación del derecho<sup>51</sup> (desde ONGs<sup>52</sup>, hasta organizaciones privadas de estándares<sup>53</sup>). El prisma positivista impide ver esa compleja realidad.

Ese es, precisamente, la situación a la que se enfrenta la H. Corte Constitucional

en el caso que nos ocupa. El prisma positivista, con su énfasis en clasificar los actores como “sujetos” u “objetos”, en realidad oculta más de lo que esclarece, pues reconoce agencia sólo a los “sujetos”, mientras que los supuestos “objetos” serían entes pasivos, determinados por los “sujetos”. Sin embargo, la realidad es que todos (tanto “sujetos” como “objetos”) pueden tener un importante impacto en la creación e implementación del derecho internacional, así no cuenten con personalidad jurídica internacional. Desde esta perspectiva, las FARC son un “participante” del derecho internacional. El problema jurídico relevante, por tanto, no es preguntarse si las FARC son un “sujeto” del derecho internacional, sino

---

<sup>50</sup> Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994). 49. En el mismo sentido, rechazando la dicotomía entre sujeto/objeto, véase: Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2006). Robert McCorquodale, ‘The Individual and the International Legal System’, in *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, Fourth edition. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2014), 280–308. Nicola M. C. P. Jägers, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability* (Antwerpen; New York: Intersentia, 2002). Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2006).

<sup>51</sup> Este proceso ha sido descrito como un verdadero “derecho administrativo global”; véase: Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart, and Niko Krisch, ‘The Emergence of Global Administrative Law’, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005): 15–61.

<sup>52</sup> Kathryn Sikink, ‘Human Rights Advocacy Networks and the Social Construction of Legal Rules’, in *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, ed. Yves Dezalay and Bryant Garth (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002), 37–64.

<sup>53</sup> Jan Klabbers, ‘Reflections on Soft International Law in a Privatized World,’ *Finnish Yearbook of International Law* 16 (2005): 289–319.

preguntarse, más bien, cuál es el estatus que les reconoce el derecho internacional, como participante del mismo.

En virtud de su carácter de combatientes<sup>54</sup>, las FARC cuentan con status y facultades jurídicas internacionales, reconocidas por el DIH. La fuente de ese estatus es, en esencia, las Convenciones de Ginebra, las cuales subrogaron la práctica consuetudinaria previa, relacionada con el reconocimiento del estatus de beligerancia o insurrección.

En esencia, la doctrina y práctica internacional más generalizada acepta que los grupos armados de oposición están vinculados jurídicamente por el Artículo 3 común, bien porque están vinculados por las Convenciones de Ginebra, o bien en razón del derecho

consuetudinario. Respecto a las Convenciones de Ginebra, en general se acepta que los grupos insurgentes están vinculados por el Artículo 3 común en razón de que operan en el territorio de un Estado que hayan ratificado las Convenciones, sin que sea necesario el consentimiento del grupo armado<sup>55</sup>. Ese es el caso de las FARC en Colombia<sup>56</sup>. Adicionalmente, numerosas decisiones judiciales internacionales han confirmado también que los grupos armados de oposición están vinculados por el Artículo 3 común, en razón del derecho consuetudinario. Así lo afirmó la CIJ, la cual manifestó expresamente que los *Contras* estaban vinculados por el artículo mencionado<sup>57</sup>. El carácter de derecho consuetudinario del Artículo 3 común ha sido también confirmado por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el caso Tadic<sup>58</sup>, así como

---

<sup>54</sup> En el marco de un conflicto armado de carácter no-internacional, el estatus de combatiente no existe en sentido estricto, pues aquellos que participan en el mismo no gozan de los dos privilegios que definen tal estatus en los conflictos internacionales: inmunidad de la jurisdicción penal por actos cometidos en combate, y status de prisionero de guerra en caso de ser capturado. Sin embargo, el texto hace referencia al concepto de “combatiente funcionales”, entendido como tal para los efectos del principio de distinción; esto es, individuos que, a pesar de no ser considerados combatientes para las inmunidades señaladas, sí son entendidos como blancos legítimos sin violación del principio de distinción. Para mantenerla simplicidad en el texto, se continuará haciendo a “combatientes”, bajo el entendido que se hace referencia a combatientes funcionales. Véase Geoffrey S. Corn and Christopher Jenks, “Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts,” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, no. 2 (2011): 313–62. P. 333-340

<sup>55</sup> Liesbeth Zegveld, *Accountability and Armed Opposition Groups in International Law* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2002). 17

<sup>56</sup> Alternativamente, algunos comentaristas señalan los grupos armados de oposición que controlen cierto territorio de manera permanente, serían vistos como gobernantes de facto, y por lo tanto, estarían vinculados por la Convención.

<sup>57</sup> International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), 14 ICJ Reports (1986) (1986). Paras. 218 -219

<sup>58</sup> TPY, No. IT-94-1-AR72 (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995), Para. 98

por el Tribunal para Ruanda, en el caso Akyesu<sup>59</sup>.

No hay duda, entonces, de que las FARC están vinculadas por el Artículo 3 común. Ese artículo les da facultades u obligaciones. Ambas derivan de la vinculatoriedad del Artículo 3 común y no, como hemos visto, de una supuesta personalidad jurídica reconocida a las FARC. Las FARC son participantes, y no necesariamente sujetos, del derecho internacional; así, como participantes, son titulares de facultades y obligaciones que ya están en vigor.

Es en este marco que se presenta el Acuerdo Especial, firmado bajo las posibilidades ofrecidas por el mismo Artículo 3 común de las Convenciones. El Acuerdo no abre la posibilidad de una personalidad jurídica internacional a las FARC. Por el contrario, es un desarrollo de las facultades ya reconocidas a las FARC en las Convenciones de Ginebra cuyo Artículo 3, como hemos visto, es vinculante para ese grupo guerrillero. Es ese el sentido de la expresión particular del Artículo 3, al establecer que los Acuerdos Especiales “no surtirán efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”. En efecto, no lo surten, porque el Acuerdo Especial es desarrollo de la una facultad previamente reconocida por las Convenciones de Ginebra. Así, el estatus jurídico de las FARC se mantiene incólume antes, durante y con posterioridad del Acuerdo Especial. La

celebración de ese acuerdo, en sí mismo, no da a las FARC un status diferente al ya reconocido en virtud las Convenciones de Ginebra en su totalidad.

#### 4. La relación entre el mecanismo de refrendación de los acuerdos de paz y la integración de esos acuerdos al bloque de constitucionalidad

En este acápite desarrollaremos algunos elementos que le permitirán concluir a la Corte que (i) no existe una obligación internacional que le exija al Gobierno refrendar los acuerdos de paz, (ii) las experiencias comparadas muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados en el diseño de mecanismos de refrendación, y (iii) la refrendación, como decisión política, deberá realizarse antes de la eventual incorporación de los acuerdos en el ordenamiento jurídico, para que la participación ciudadana pueda surtir los efectos jurídicos que se pretenden.

---

<sup>59</sup> TPR, No. ICTR-96-4-T, (2 September 1998). Para. 608

#### 4.1. No existe una obligación internacional que le exija al Gobierno refrendar los acuerdos de paz<sup>60</sup>

No existen obligaciones internacionales que le exijan a los Estados refrendar el Acuerdo Final que eventualmente se firme en el marco del proceso de paz. De hecho, 22 países contaron con el acompañamiento de la Organización de Naciones Unidas, tanto en las negociaciones como en la implementación de acuerdos de paz, y no ha existido un llamado por parte de la Organización a los Estados de convocar al Pueblo, directa o indirectamente, para aprobar lo acordado<sup>61</sup>.

En la medida en que no existen compromisos internacionales que vinculen al país en este aspecto, Colombia cuenta con un amplio margen de apreciación para regular la materia. En ese sentido, tal como lo reconoció la Corte Constitucional, en la sentencia C-577 de 2014, el Estado tiene la facultad de adaptar su ordenamiento a “las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que en pos de un objetivo

como la paz, requieran la adopción de marcos de justicia transicional (...)”<sup>62</sup>.

Como ya lo hemos desarrollado en otros textos:

“(…) se puede afirmar que la figura del margen nacional de apreciación es una especie de deferencia de los tribunales internacionales con los gobiernos locales, en procura de armonizar las funciones que a ambos competen, partiendo de la base de que los referentes internacionales no imponen necesariamente soluciones uniformes. Esto implica —en favor de las autoridades internas—, que los órganos internacionales les deben un amplio respeto a su capacidad de discreción, a su libertad para actuar en lo que les es propio: la creación y ejecución de sus leyes<sup>63</sup> (...)”

(...)

[L]os posibles usos del margen nacional de apreciación resultan especialmente pertinentes en el contexto de la justicia transicional, en el cual las muy diversas circunstancias históricas, políticas y sociales de cada conflicto exigen propuestas de solución particulares. Por lo tanto, consideramos que la Corte Constitucional ha acertado

---

<sup>60</sup> Varios apartes de esta sección fueron extractados de la intervención ciudadana presentada por los profesores Juana Acosta, Vicente Benitez, Iván Garzón, Fabio Pulido y Cristian Rojas de la Universidad de La Sabana. Expediente Pe-045. Revision Automatica Del Proyecto De Ley Estatutaria Numero 94 De 2015 Senado - 156 De 2015 Cámara, “Por Medio De La Cual Se Regula El Plebiscito Para La Refrendacion Del Acuerdo Final Para La Terminacion Del Conflicto Y La Construccion De Una Paz Estable Y Duradera”.

<sup>61</sup> University of Notre Dame. *Peace Accord Matrix Dataset V1.5*. Kroc Institute for International Peace Studies. 29 de julio de 2015. Disponible en: <https://peaceaccords.nd.edu/research-practice>. Consulta: 27 de febrero de 2016.

<sup>62</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 del 6 de agosto de 2014, sección 8.2.

<sup>63</sup> Yourow: The margin of appreciation doctrine, 13.

al introducir el concepto de margen de apreciación en el análisis del marco de justicia transicional y su articulación con las obligaciones internacionales del Estado <sup>64</sup>(...).

De hecho, aunque la Corte Constitucional no se refirió al margen de apreciación en la sentencia C-579 de 2013 por medio de la cual se declaró la exequibilidad del Artículo Transitorio 66, en nuestra opinión este concepto aplica para toda la estrategia integral de justicia transicional<sup>65</sup> (...)."

Así, la doctrina de margen de apreciación es perfectamente aplicable al diseño del mecanismo de refrendación de los acuerdos de paz. Incluso, sería posible afirmar que este margen de apreciación permite que los Estados decidan si refrendarán o no los acuerdos. En el caso de Colombia, existe ya un compromiso político de refrendar el

Acuerdo, el cual está también consignado en el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera<sup>66</sup>, por lo cual más que del derecho internacional, el deber de refrendar ha sido establecido domésticamente. Sin embargo, como se mencionó, existe un amplio margen de discrecionalidad en el diseño del mecanismo por el cual esta refrendación se materializará.

#### 4.2. Las experiencias comparadas muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados en el diseño de mecanismos de refrendación<sup>67</sup>

Las experiencias internacionales demuestran que, en efecto, los países

---

<sup>64</sup> La Corte Constitucional pone de manifiesto esta perspectiva en dos momentos específicos a lo largo de su sentencia: en el apartado 7.1.2. cuando afirma: "En este sentido, la participación política se encuentra consignada en el artículo 23 de la Convención Americana que consagra todo lo referente a los derechos políticos[139], lo cuales, de acuerdo con dicho instrumento internacional, se materializan en el derecho de todos los ciudadanos a (i) participar directamente o a través de representantes en la dirección de los asuntos públicos, (ii) a votar y ser elegidos, y (iii) a tener acceso a las funciones públicas. Adicionalmente, en el inciso segundo del artículo 23, *la Convención Americana le reconoce a los Estados Parte un margen de apreciación para reglamentar la forma como se ejercerán los derechos, antes mencionados, que componen la participación política*" (cursivas fuera de texto). Por su parte, en el apartado 8.2. en el que manifiesta que: "La ausencia de parámetros en la materia estudiada, lejos de ser contraproducente, se considera positiva, en tanto *crea un margen de apreciación del Estado que le permite adaptar su regulación a las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que en pos de un objetivo como la paz*, requieran la adopción de marcos de justicia transicional, en los que siempre jugará un papel protagónico la reconciliación" (cursivas fuera de texto).

<sup>65</sup> Juana Inés Acosta López & Maria Carmelina Londono Lázaro. "Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo" *Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*. Editorial Temis Bogotá : 2015, pp.85 – 119.

<sup>66</sup> En efecto, el punto 6.6 del Acuerdo General se denomina "Mecanismo de refrendación de los acuerdos".

<sup>67</sup> Varios apartes de esta sección fueron extractados de la intervención ciudadana presentada por los profesores Juana Acosta, Vicente Benítez, Iván Garzón, Fabio Pulido y Cristian Rojas de la Universidad de La Sabana. Expediente PE-045. Revision Automatica Del Proyecto De Ley Estatutaria Numero 94 De 2015 Senado - 156 De 2015 Cámara, "Por Medio De La Cual Se Regula El Plebiscito Para La Refrendacion Del Acuerdo Final Para La Terminacion Del Conflicto Y La Construccion De Una Paz Estable Y Duradera".

han optado por fórmulas muy diversas para refrendar los acuerdos de paz. De 34 acuerdos de paz<sup>68</sup>, realizados desde 1989 hasta 2012, once países implementaron un mecanismo de refrendación, así: Guatemala, Nepal, Burundí, Líbano, Macedonia, Mozambique, Papua Nueva Guinea, Filipinas, Sudáfrica, Sudán e Irlanda del Norte. De estos once países, seis (Sudán, Papúa Nueva Guinea, Mozambique, Macedonia, Líbano y Burundí) refrendaron los acuerdos por medio de la asamblea legislativa; dos (Nepal y Sudáfrica) conformaron una Asamblea Constituyente; uno realizó un plebiscito (Filipinas); uno convocó a

un referendo (Irlanda del Norte) y uno a una consulta popular (Guatemala)<sup>69</sup>.

Aunque se puede afirmar que las Asambleas Legislativas y las Asambleas Constituyentes son mecanismos de refrendación de lo acordado, lo cierto es que no son mecanismos de consulta directa al pueblo. Por ello, no profundizaremos en estas experiencias. Haremos en cambio una breve referencia a las muy pocas experiencias comparadas de consulta directa al pueblo. Lo que tienen en común los mecanismos de participación directa para refrendar los acuerdos de paz, es que los países tuvieron que realizar

---

<sup>68</sup> University of Notre Dame, ob. cit.

<sup>69</sup> University of Notre Dame. Peace Accord Matrix Dataset V.1.5 - Ratification. Kroc Institute for International Peace Studies. 29 de julio de 2015. Disponible en: [https://peaceaccords.nd.edu/search?search\\_api\\_views\\_fulltext=ratification&type=All&sort\\_by=search\\_api\\_relevance&sort\\_order=DESC](https://peaceaccords.nd.edu/search?search_api_views_fulltext=ratification&type=All&sort_by=search_api_relevance&sort_order=DESC) . Consulta: 27 de febrero de 2016.

modificaciones a la regulación existente de los mecanismos, para responder a las particularidades propias del posconflicto y la implementación de los acuerdos<sup>70</sup>.

Guatemala<sup>71</sup> y Filipinas<sup>72</sup> convocaron una consulta popular y un plebiscito. Sin embargo, se debe aclarar que estos países no aplicaron los mecanismos de participación para refrendar la totalidad de los acuerdos, sino para refrendar

puntos concretos referidos a reformas constitucionales<sup>73</sup> y de la organización gubernamental<sup>74</sup>.

En el caso de Irlanda del Norte, al igual que ocurre en el actual proceso en Colombia, desde el comienzo de las conversaciones se estableció que los acuerdos serían sometidos a la aprobación del pueblo<sup>75</sup>. Por ello, el Acuerdo final de paz (Good Friday Agreement) reconoció que los cambios

---

<sup>70</sup> En Filipinas se establecieron las reglas del plebiscito mediante el acuerdo No. 9054. Ver: [https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Peace\\_Agreement\\_between\\_the\\_GRP\\_and\\_the\\_MNLF\\_1996.pdf](https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Peace_Agreement_between_the_GRP_and_the_MNLF_1996.pdf) En Irlanda del Norte se convocó a Referendo mediante la Orden de 1998 y se dispusieron unas modificaciones a las normas electorales que regían hasta el momento como la orden de 1983, de 1985 y 1986. Se incluyó regulación de las elecciones parlamentaria y de representación popular. Ver: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1286/contents/made>

<sup>71</sup> En Guatemala, mediante el acuerdo legislativo 41-98, se decidió la formulación de cuatro preguntas, que se circunscribían exclusivamente a las reformas constitucionales acordadas. Es decir, el contenido del Acuerdo de Paz Firme y Duradera que contenía todo lo referente a amnistías, constitución de una Comisión de la Verdad, desescalamiento del conflicto armado y programas de reinserción, entre otros puntos, no se sometieron a consideración de la población guatemalteca. Así, a pesar de que en la consulta popular ganó el NO, los acuerdos de paz se siguieron implementando con éxito pues estos se empezaron a materializar tras la firma entre las partes negociantes y sin la aprobación de la población.

<sup>72</sup> No tuvo por fin someter el acuerdo de paz a la aprobación del pueblo sino aplicar exclusivamente uno de los puntos negociados (expansion of the four-province Autonomous Region of Muslim Mindanao (ARMM)). El plebiscito se llevó a cabo aproximadamente 5 años después del Acuerdo.

<sup>73</sup> Con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera en 1996, se suscribió un ‘Acuerdo sobre reformas constitucionales’ que contenía el reconocimiento de la identidad de las comunidades indígenas y modificaciones a la estructura del Estado. Se convocó a una Consulta Popular ya que el artículo 280 de la Constitución Política establece que las reformas que se planteen al texto constitucional deben ser sometidas a aprobación del pueblo mediante el mecanismo de consulta popular. Ver: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/88925/101854/F276838079/GTM88925.pdf>

<sup>74</sup> Mindanao – Acuerdo Final de Filipinas: “El proyecto debe incluir la expansión del área de autonomía de ARMM. Una vez la Ley ha sido aprobada por el Congreso y firmada por el Presidente, deberá ser sometida al pueblo para su aprobación en un plebiscito en las áreas afectadas”. Ver: [https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Peace\\_Agreement\\_between\\_the\\_GRP\\_and\\_the\\_MNLF\\_1996.pdf](https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Peace_Agreement_between_the_GRP_and_the_MNLF_1996.pdf)

<sup>75</sup> Orden de 1998: “Desde el inicio de las negociaciones, dejamos claro nuestro compromiso con el principio de consentimiento. Ningún acuerdo puede ser exitoso, a menos que refleje la voluntad de Irlanda del Norte. Este consentimiento necesita ser alcanzado a través i) del apoyo de los partidos políticos, ii) del pueblo de Irlanda del Norte, votando a través de un Referendo, y iii) del apoyo del Parlamento.” Ver: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1286/contents/made>;

acordados debían ser sometidos a la aprobación del pueblo. Esta refrendación se hizo efectiva mediante referendo el 22 de mayo de 1998<sup>76</sup>. Para convocar el referendo se realizaron modificaciones a las normas electorales que regían hasta el momento<sup>77</sup>, ya que no existía un mecanismo de participación adecuado para refrendar los acuerdos de paz. De hecho, no se encontraba aún regulado de forma específica el referendo<sup>78</sup>.

En suma, estas experiencias muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados, que se ha traducido en diversas fórmulas para la refrendación de todos o algunos puntos de los acuerdos de paz, y que son muy pocos los países que han decidido consultar directamente al pueblo antes de implementar lo que ha sido acordado. Esto muestra que la decisión de

consultar al pueblo es de naturaleza netamente política y diseñada para un contexto en particular. Por tanto, el diseño del mecanismo de consulta debe estar necesariamente permeado por las particularidades de los países y por la naturaleza de los acuerdos y de su contenido. Por ello, compartimos la reciente posición de la Corte Constitucional, al apoyar la posibilidad de crear reglas especiales o tipologías especiales de mecanismos de participación directa para la refrendación de los acuerdos de paz<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> La pregunta sometida al referendo en Irlanda del Norte fue "Do you support the agreement reached in the multi-party talks on Northern Ireland and set out in Command Paper 3883?". En la República de Irlanda la pregunta fue "Do you approve of the proposal to amend the Constitution contained in the under mentioned Bill ? Nineteenth Amendment of the Constitution Bill, 1998."

<sup>77</sup> Orden de 1998: Modificación a las normas electorales que regían hasta el momento como la orden de 1983, de 1985 y 1986. Se incluyó regulación de las elecciones parlamentaria y de representación popular. Ver: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1286/contents/made>

<sup>78</sup> En octubre de 1998, se publicó un informe en el Reino Unido que recomenba la regulación de referendos. Por tal razón, se implementó únicamente hasta noviembre del 2000 el marco regulatorio "Political Parties, Elections and Referendums Act (PPERA)". Ver: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/9903.htm>

<sup>79</sup> Al respecto, la Corte Constitucional consideró que: "65. Este Proyecto de Ley se inscribe en un marco institucional más amplio, pensado para ofrecer instrumentos que faciliten la terminación del conflicto armado y el tránsito hacia la convivencia pacífica, dentro del orden constitucional. La iniciativa se toma en el mismo contexto en el cual se adoptó el Acto Legislativo 01 de 2012 'Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones'. El fin de estas reformas no es cerrar, restringir o dificultar los cauces institucionales antes previstos para implementar políticas de terminación del conflicto sino, por el contrario, abrir umbrales que en el marco de la Constitución suministren más y mejores opciones para la superación del conflicto armado y el tránsito hacia la paz (...) 71. En primer lugar debe precisarse que no es extraño o contrario a la Constitución de 1991 que existan regulaciones diferenciadas para dos o más especies de un mismo género de mecanismo de participación popular, según las características relevantes de sus miembros específicos (...) 72. No se opone al orden constitucional que en las leyes estatutarias se siga razonablemente un principio de regulación diferenciada para especies distintas de un mismo mecanismo de participación popular (...)" (C-784/14)



### 4.3 La refrendación, como decisión política, deberá realizarse antes de la eventual incorporación de los acuerdos en el ordenamiento jurídico, para que la participación ciudadana pueda surtir los efectos jurídicos que se pretenden

Como hemos dicho líneas arriba, a pesar que la refrendación al pueblo no surge como consecuencia de una obligación internacional de Colombia, y a pesar de que esta refrendación tampoco es una práctica de los Estados en el derecho comparado, lo cierto es que, en el caso de Colombia, existe ya un compromiso político de refrendar el Acuerdo, el cual está también consignado en el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera<sup>80</sup>.

Ahora bien, para que este compromiso político tenga efectos jurídicos, se requiere que la participación ciudadana a través del mecanismo de refrendación se concrete antes que los acuerdos de paz sean incorporados al ordenamiento jurídico. Esto es especialmente importante si el acuerdo o parte de su contenido es incorporado al bloque de constitucionalidad, según lo que hemos

desarrollado en el capítulo anterior de nuestra intervención. Si la participación no se surte antes de esta incorporación al bloque, esta participación no tendría efecto jurídico alguno, pues ya los acuerdos harían parte del más alto nivel de jerarquía normativa en el país.

Esto es aún más relevante si, como lo ha dicho el Gobierno, el mecanismo de refrendación que termine implementándose sea el plebiscito, por cuanto este mecanismo, como lo ha dicho la Corte Constitucional versa justamente sobre “una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito”<sup>81</sup>. Así, tiene por propósito avalar una decisión del gobierno nacional “con propósitos fundamentalmente políticos y no normativos”<sup>82</sup> y en ese sentido “conocer la opinión de las personas respecto de una determinada actuación del ejecutivo y no adoptar una norma o exigir su adopción en caso de requerirse”<sup>83</sup>. En consecuencia, el resultado positivo del plebiscito vincula exclusivamente al gobierno nacional para que tome las decisiones que, dentro de sus competencias, sean necesarias para implementarlo, pero no tendría efectos normativos, ni en el derecho internacional<sup>84</sup> ni en el derecho doméstico. Además, a pesar de que no exista una prohibición normativa

---

<sup>80</sup> En efecto, el punto 6.6 del Acuerdo General se denomina “Mecanismo de refrendación de los acuerdos”.

<sup>81</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180 de 1994,

<sup>82</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2015

<sup>83</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-180 de 1994. Véase también la sentencia C-150 de 2015.

<sup>84</sup> Aun aceptando en gracia de discusión que el Gobierno, a través de la decisión del pueblo, se obligara a renegociar el acuerdo especial en DIH, esto tendría consecuencias políticas inaceptables en el marco de las negociaciones de paz.

expresa para que el pueblo a través del plebiscito se pronuncie sobre acuerdos internacionales, la Corte Constitucional sí ha dicho que la prohibición de pronunciarse sobre asuntos relacionados con leyes aprobatorias de tratados debe estar implícita en la consulta plebiscitaria<sup>85</sup>.

Pero aún si fuera otro el mecanismo de refrendación el que decidiera implementarse, por ejemplo una consulta popular o un referendo – incluso constitucional-, el consultar al pueblo después de que la norma haya sido incorporada al ordenamiento, si bien podrían llegar a tener efectos normativos domésticos (aunque más difícilmente en normas que pertenecen

al bloque de constitucionalidad<sup>86</sup>), estos serían absolutamente tardíos, pues los acuerdos ya habrían empezado a surtir efectos, permitiendo que se consoliden situaciones jurídicas que podrían ser irreversibles, como por ejemplo el proceso mismo de desmovilización, desarme y reintegración (DDR). Lo anterior, sumado a la dificultad de superar las prohibiciones constitucionales y/o legales que indican que estos mecanismos de participación no pueden versar sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales<sup>87</sup>, relaciones internacionales<sup>88</sup> y amnistías e indultos<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. C-150/15. En virtud de dicha regla, si bien el legislador puede delimitar los asuntos o materias objeto de la consulta plebiscitaria, es obligatorio que tales restricciones comprendan, al menos, asuntos relativos a leyes aprobatorias de tratados internacionales, a las leyes de presupuesto y a materias fiscales o tributarias. En efecto, la Corte señaló, al pronunciarse sobre la posibilidad de someter a plebiscito las materias comprendidas por el numeral 16 del artículo 150, que ello era inexecutable “como quiera que conforme al artículo 170 de la Carta, no procede el referendo respecto de los tratados internacionales”

<sup>86</sup> Como lo ha dicho la Corte Constitucional, si bien no todo el bloque de constitucionalidad hace parte de los llamados “elementos esenciales de la constitución”, sí es un referente importante para la identificación de estos elementos que no pueden ser modificados, ni siquiera por reformas constitucionales” Ver, por ejemplo, C-574 de 2011 y C-551 de 2003

<sup>87</sup> Respecto del Referendo, el Art. 170 de la Constitución Política establece que “No procede el referendo (derogatorio) respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias”. La L.1757/15 Art. 18. Establece que no se podrán presentar sobre: Relaciones internacionales y Concesión de amnistías o indultos. La Corte Constitucional ha desarrollado que C-150/15. Las restricciones temáticas establecidas en el artículo 170 de la Constitución y que comprenden leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes de presupuesto y leyes relativas a materias fiscales o tributarias, no se aplican a los referendos constitucionales aprobatorios, dado que el supuesto que regula esa disposición es el correspondiente a los referendos legales derogatorios de origen popular

<sup>88</sup> Respecto de la consulta popular, la L.1757/15 Art. 18 establece que no se podrán presentar sobre relaciones internacionales y sobre concesión de amnistías o indultos. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “Las materias objeto de consulta popular se encuentran limitadas por la ley. Así, en primer lugar, el proyecto prevé que solo pueden ser objeto de consulta las materias que sean de la competencia de la corporación pública correspondiente y, en general de la respectiva entidad territorial (art. 18). También dispone que no pueden ser objeto de consulta popular las materias relativas a asuntos: (i) que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes, (ii) presupuestales, fiscales o tributarias, (iii) relativos a relaciones internacionales, (iv) referidos a la concesión de amnistías o indultos y (v) a la preservación del orden público (art. 18). Estas restricciones temáticas exigen, tal y como se señaló respecto del referendo, un control judicial estricto” (C-150/15).

<sup>89</sup> Ver supra notas 26 y 27

En suma, para tener efectos jurídicos, el mecanismo de refrendación deberá surtirse antes de la incorporación al ordenamiento jurídico de los acuerdos de paz.

5. La refrendación, como decisión política, deberá realizarse antes de la eventual incorporación de los acuerdos en el ordenamiento jurídico, para que la participación ciudadana pueda surtir los efectos jurídicos que se pretenden

## 5. Conclusiones

En virtud de las consideraciones anteriores, los intervinientes solicitan de manera respetuosa a la H. Corte que se declare inhibida de la demanda objeto del presente proceso.

Adicionalmente, los intervinientes, miembros de la Academia Colombiana de Derecho Internacional, manifiestan a la H. Corte que:

1. Sí es jurídicamente viable que los acuerdos entre Gobierno y FARC sean, en virtud de su contenido, “acuerdos especiales” bajo el DIH.
2. Tal “acuerdo especial” es un instrumento de derecho internacional, que no tiene el carácter de tratado solemne.
3. El estatus jurídico de las FARC no cambia como partes de un acuerdo especial realizado en el marco del DIH. Por el contrario, su carácter de “participantes” del derecho internacional se ratifica en virtud del mismo.
4. No existe una obligación internacional que le exija al Gobierno refrendar los acuerdos de paz. Es más: **las experiencias comparadas muestran que en la práctica se verifica un amplio margen de apreciación de los Estados en el diseño de mecanismos de refrendación; y, finalmente,**