Bogotá, 11 de marzo de 2016

Honorable magistrado
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Corte Constitucional de Colombia
E. S. D.

Referencia: Intervención del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) en el proceso de constitucionalidad PE0000045 (PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 94 DE 2015 SENADO-156 DE 2015 CÁMARA, POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL PLEBISCITO PARA LA REFRENDACIÓN DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA)

César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Isabel Güiza Gómez, Paola Fernanda Molano Ayala y Mauricio Albarracín, director e investigadores del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), en atención a la amable invitación de la Corte, presentamos la siguiente intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad PE0000045, en el cual se estudia el proyecto de ley estatutaria que regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (en adelante acuerdo final de paz).

En esta intervención defenderemos la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la referencia, porque consideramos que la refrendación del acuerdo de paz es una medida que fortalece el proceso de paz, la democracia participativa y constituye la expresión de diversas normas constitucionales. Sin embargo, pediremos a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad del nombre que se le ha dado al mecanismo de refrendación y de ciertos apartes de la ley referidos a la denominación de plebiscito, por cuanto, en nuestro concepto, dada la naturaleza y reglas especiales que contiene el proyecto de ley estatutaria estamos frente a un mecanismo de refrendación especial y único que no puede denominarse como un plebiscito, tal y como lo estableció el legislador, y en su lugar solicitaremos que, en función del principio de conservación de derecho, la Corte precise la naturaleza especial y única de este mecanismo de participación como una forma de consulta popular especial, ya sea por declare inexequibles los apartes de la ley en donde se habla de plebiscito, o ya sea, por una sentencia sustitutiva, sustituya esos apartes por la expresión *consulta popular especial.*

Para desarrollar nuestro argumento esta intervención estará dividida en cuatro partes. En la primera, desarrollaremos las funciones, dimensiones, legitimidad constitucional y justificación de la refrendación de los procesos de paz. Esta sección busca sustentar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria en su conjunto y brindar elementos para analizar las normas específicas contenidas en esta revisión automática de constitucionalidad (sección I). En la segunda parte, analizaremos el mecanismo de refrendación creado por el legislador en el artículo 1 del proyecto de ley estatutaria. Allí sostendremos que el legislador

tiene la competencia de establecer un mecanismo especial y único para refrendar el acuerdo de paz, por cuanto los mecanismos existentes no parecen apropiados (sección II). En la tercera parte, estudiaremos la constitucionalidad de algunas de las reglas especiales de este mecanismo de refrendación que se encuentran estipuladas en el artículo 2 del proyecto de ley estatutaria; en particular, haremos alusión a la convocatoria y el umbral. Frente a esto último, consideramos que al establecerse un umbral de aprobación se fomenta la participación y se garantiza que más personas se involucren tanto en la deliberación democrática como en la decisión de implementar el acuerdo de paz (sección III). En la cuarta y última parte, revisaremos el artículo 3 del proyecto de ley estatutaria, en especial el aparte que prescribe: "*la decisión aprobada a través del plebiscito (...) tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo"* (sección IV). En esa última sección responderemos a la pregunta de la naturaleza y fuerza jurídica de los acuerdos de paz sometidos a refrendación y a los efectos jurídico tanto del voto afirmativo como del voto negativo que llegara obtener la consulta.

Como el tema tiene una gran sensibilidad política y una enorme complejidad técnica, hemos decidido que el estudio específico esté precedido de una síntesis del argumento de nuestra intervención, el cual sigue a continuación.

SÍNTESIS DEL ARGUMENTO DE LA INTERVENCIÓN

El Proyecto de Ley Estatutaria Nº 156 de 2015 Cámara y 094 de 2015 Senado (en adelante, PLE 156-094/2015) introduce un mecanismo de participación ciudadana especial y único para la refrendación del acuerdo final de paz. Consideramos que este mecanismo de refrendación es constitucional por las razones que se resumen a continuación:

Primero, es un mecanismo constitucionalmente legítimo y además conveniente y útil, por lo cual puede ser adoptado por el legislador estatutario. En efecto, la refrendación - entendida como el proceso de aprobación o rechazo ciudadano de los acuerdos de paz -, es constitucionalmente legítima, ya que no se trata de decidir si los ciudadanos tenemos o no derecho a la paz, lo cual sería ilegítimo, sino de votar una expresión y desarrollo controvertido de este derecho, que es un acuerdo de paz, lo cual es perfectamente legítimo en una democracia participativa, como la prevista en la Constitución. Y esta posibilidad no afecta las competencias del presidente, pues la refrendación prevista en la ley revisada no es obligatoria sino facultativa donde el presidente puede o no someter el acuerdo de paz a la ciudadanía. El mecanismo es entonces globalmente constitucional.

Segundo, debido a que ni la Constitución ni la ley establecen un procedimiento apropiado para realizarla, es razonable que una ley estatutaria cree un mecanismo específico para tal efecto. El Congreso de la República está facultado para crear tal dispositivo, dado que la enumeración de los mecanismos de participación ciudadana del artículo 103 de la Constitución no es taxativa, lo cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, en particular, en la sentencia C-180 de 1994. Además, la facultad de creación de este mecanismo se justifica en las normas constitucionales que establecen y desarrollan la paz como un derecho, un deber y un principio constitucional.

Tercero, el mecanismo de ratificación, de carácter especial, específico y democrático, para que cumpla las funciones de la refrendación - legitimidad democrática, implementación popular y concentrada de reformas esenciales, y seguro democrático para la irreversibilidad de la paz -, debe reunir ciertas características. En nuestro criterio, tal mecanismo debe

combinar una votación ciudadana, una especie de consulta, que otorgue fuerza jurídica al acuerdo de paz y permita poner en marcha un mecanismo específico y expedito de implementación jurídica de lo pactado.

Cuarto, estas condiciones las reúne, en cierta medida, el mecanismo regulado por el PLE 156-094/2015. Por eso, defendemos la constitucionalidad de la norma objeto de estudio. Con todo, también creemos que ese mecanismo requiere ciertos ajustes para que sea oportuno para la refrendación de los acuerdos tanto sobre la naturaleza del mecanismo como sobre algunos de sus dispositivos.

Quinto, en cuanto a la naturaleza, consideramos que es errática la denominación del mecanismo que el gobierno planteó y el Congreso de la República aprobó, pues la naturaleza de ese dispositivo no corresponde a un plebiscito, sino a una consulta especial por la paz, tal como lo sustentaremos en este documento. Es por ello que pediremos a la Corte que, en función del principio de conservación del derecho, tome las decisiones necesarias para ajustar la ley a la naturaleza que le es propia, declarando inexequible algunas expresiones que nombran a tal dispositivo como plebiscito. En el mismo sentido, señalaremos que frente el cambio de denominación del mecanismo de refrendación no altera la clase de control de constitucional que procede. Por consiguiente, indicaremos que en este caso debe aplicarse el mismo control constitucional de los plebiscitos y las consultas populares de carácter nacional, teniendo en cuenta que este mecanismo comparte elementos estructurales que permiten que tenga un control constitucional efectivo.

Sexto, consideramos que necesario determinar la interpretación del siguiente aparte del artículo 3 de la norma en revisión: "la decisión aprobada a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, *tendrá un carácter vinculante* para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo" (Subrayas fuera del texto). En esta ocasión, la Corte Constitucional debe precisar en qué consiste ese carácter vinculante tanto de la votación aprobatoria como de la votación de rechazo de la consulta especial. A partir de una interpretación constitucionalmente admisible de esa disposición, sustentamos que el voto afirmativo aprobatorio de la consulta tiene un efecto doble: por una parte, incluye los acuerdos de paz al ordenamiento jurídico nacional; y, por otra, activa la vía jurídica de implementación de lo pactado, la cual debe ser expedida y específica. En otras palabras, la decisión aprobada conecta la fase de ratificación democrática con la fase de validez e implementación jurídica de los acuerdos, que son las primeras etapas del proceso de refrendación del proceso de paz. De ahí deriva, a su vez, que en caso de que el umbral sea superado por el voto negativo, el mismo tendrá como efectos que (i) los acuerdos de paz no se incluyen al ordenamiento nacional y, por tanto, (ii) no se activa la implementación jurídica de lo pacto. Esto significa, entonces, que el hipotético rechazo ciudadano a la consulta no impondría un mandato a las autoridades estatales de descartar la salida negociada al conflicto armado interno a través de otros acuerdos de paz. Esto, debido a que sostener lo contrario supondría que la consulta especial somete de votación popular la existencia misma del derecho a la paz, lo cual es inconstitucional pues ese derecho hace parte del intangible que le está vedado a las mayorías en una democracia.

Séptimo, creemos que la Corte deberá precisar, como cuestión preliminar a los efectos jurídicos de la consulta, la naturaleza y fuerza jurídica del acto sometido a votación popular. A nuestro juicio, los acuerdos de paz constitucionalmente son entendidos como una forma específica de acuerdos especiales humanitarios de los previstos en el artículo 3 común de los

Convenios de Ginebra, por cuanto tal es su naturaleza y fuerza jurídica. Y, debido a ese valor jurídico, los acuerdos de paz ingresan al ordenamiento jurídico interno como parámetro constitucional que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, siempre y cuando hayan sido incorporados al ordenamiento nacional. En efecto, a diferencia de los acuerdos especiales humanitarios meramente declarativos que se incorporan al derecho colombiano automáticamente pues simplemente reiteran las normas humanitarias, los acuerdos de paz requieren de un mecanismo propio para su ingreso al derecho interno. Ello, por cuanto tales acuerdos desbordan la órbita de la reafirmación de obligaciones de derecho internacional humanitario y, en su lugar, propenden por el fin de la confrontación armada y el afianzamiento de garantías generales de derechos humanos y del Estado de derecho. Una de las vías jurídicas posibles de inclusión de esos acuerdos es, precisamente, la consulta popular especial para la paz, aunque otra vía que también es posible para tal fin es asimilar el ingreso a los acuerdos de paz, entendidos como pactos vinculantes para las partes también en el ámbito internacional, por una ruta asimilable a la aplicable a los tratados internacionales.

Octavo, consideramos que tres reglas específicas del proyecto, que podrían suscitar alguna controversia, son perfectamente legítimas constitucionalmente, a saber: i) la modificación del umbral, pasando a un umbral aprobatorio de 13% es perfectamente válida, por cuanto este umbral estimula la participación ciudadana y es más robusto materialmente que un umbral de participación de 25%, que es el requerido constitucionalmente para reformas constitucionales; ii) la posibilidad de que el acuerdo sea votado en bloque puesto que un acuerdo de paz es inescindible; y iii) que sea el presidente quien convoque la consulta refrendataria por cuanto él lidera las negociaciones de paz y tiene la responsabilidad de mantener el orden público.

Por estas razones, solicitamos respetuosamente a la Corte que: (i) declare la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 del Proyecto de Ley Estatutaria Nº 156 de 2015 Cámara y 094 de 2015 Senado "por medio del cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"; (ii) declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de las expresiones *"tendrá un carácter vinculante",* en el sentido de que se activa un mandato de implementación del acuerdo final y se crea una norma marco que orienta la actividad del Estado la cual, en todo caso, no es una norma constitucional o legal autoejecutable.; y (iii) declare **INEXEQUIBLE** la expresión plebiscito contenida en el título de la ley y en algunos de los artículos de la misma, y cuando sea necesario para dotar de sentido a la ley, la **SUSTITUYA** por la expresión: "*consulta popular especial*".

SECCIÓN I. LA REFRENDACIÓN DE LOS PROCESOS DE PAZ: FUNCIONES, DIMENSIONES Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL[1]

La revisión de constitucionalidad del PLE 156-094/2015 supone el análisis del debate de refrendación de los acuerdos de paz, a lo cual dedicamos esta sección. Para ello, en primer lugar, precisamos la noción de refrendación, sus funciones y dimensiones. En segundo lugar, defendemos la legitimidad jurídica y constitucional de la refrendación, frente a la objeción que ha surgido en las últimas semanas de que ésta sería inviable por cuanto supondría violar el derecho a la paz, al ponerlo a votación. En tercer lugar, exponemos las razones por las que consideramos que es necesaria, posible y conveniente la refrendación de los acuerdos de paz en Colombia. Asimismo, hacemos referencia a algunas experiencias comparadas sobre las

[1] Este apartado está basado en algunos trabajos previos del interviniente Rodrigo Uprimny Yepes, en particular, en columnas aparecidas en El Espectador, en un artículo publicado en 2013 (Ver Rodrigo Uprimny, «La refrendación o ratificación

dificultades, pero también las potencialidades de la refrendación de los procesos de paz. En cuarto y último lugar, mostramos que la Constitución Política de 1991 no prevé un mecanismo especial ni específico para la refrendación, por lo que es indispensable adoptar uno para tales fines.

1.1. Una noción de refrendación, sus funciones y dimensiones

La refrendación, como proceso multi-etápico, cumple funciones de legitimidad democrática, implementación jurídica y de seguro de cumplimiento de los acuerdos. En estos términos, podemos entender por refrendación la aprobación o rechazo ciudadano a un acuerdo de paz, que busca al menos tres propósitos: (i) de legitimidad democrática, (ii) de implementación jurídica especial, y (iii) de seguro para dotar de irreversibilidad de los acuerdos.

La refrendación, en primer lugar, cumple la función de dotar de legitimidad o credibilidad democrática a los acuerdos de paz. En la medida en que la ciudadanía se pronuncia sobre los acuerdos de paz, éstos adquieren un importante respaldo ciudadano. En segundo lugar, la refrendación busca que los acuerdos no sólo tengan credibilidad democrática, sino que también persigue que éstos ingresen al orden jurídico nacional y, de esa forma, tengan fuerza normativa, con lo cual se convierte en una forma especial de dotarlos de validez jurídica para su posterior implementación por medios expeditos y especiales. Y, en tercer lugar, la refrendación cumple un objetivo que deriva de los anteriores: otorgarle garantía y estabilidad futura a los acuerdos de paz. En este sentido, la refrendación, gracias a que cuenta con respaldo ciudadano y tiene fuerza normativa, asegura en cierta forma la irreversibilidad de lo pactado en los acuerdos. La ratificación popular del acuerdo es vista, entonces, como una especie de seguro para que futuros gobiernos no deshagan lo pactado, un aspecto que puede ser esencial, sobre todo para las guerrillas que en algún momento deberán desmovilizarse, pero también para otros actores del lado del Estado, que pueden querer que ciertos contenidos de un eventual pacto de paz, como podrían ser fórmulas de justicia transicional para agentes de Estado, no sean revertidas durante gobiernos ulteriores, ya sea por los órganos políticos (ejecutivo o legislativo) o por los jueces, como ha ocurrido en otros países de América Latina.

Estas tres funciones de la refrendación (como expresión de legitimidad democrática, como implementación popular y concentrada de reformas esenciales de los acuerdos de paz, o como seguro democrático para la irreversibilidad de la paz) tienen muchos vínculos y, por ello, algunas propuestas las tratan en forma indiferenciada. Por ejemplo, quienes defienden la refrendación por asamblea nacional constituyente (ANC) lo hacen porque consideran que ese mecanismo, al recurrir a una votación, podría afianzar la legitimidad democrática del acuerdo de paz y al mismo tiempo sería un instrumento jurídico para comenzar a implementarlo, pues permiten reformar directamente la constitución. Además, en la medida en que esas reformas constitucionales estarían legitimadas directamente por el pueblo, por el llamado "constituyente primario", tendrían una especial solidez jurídica y política, que daría una fuerte garantía de que lo pactado y refrendado no podría ser fácilmente revertido. Sin embargo, es importante hacer la distinción conceptual de esas tres dimensiones de lo que algunos llaman refrendación, a saber: (i) la ratificación ciudadana del acuerdo; (ii) la adopción de mecanismos especiales de implementación; y (iii) el otorgamiento de una fortaleza jurídica especial al acuerdo de paz. De ahí deriva, entonces, que denominemos al proceso complejo que abarca esas tres dimensiones la *refrendación en sentido amplio* y la diferenciemos de la *refrendación en sentido estricto*, que sería únicamente la ratificación

ciudadana del acuerdo. Esta distinción no sólo evita ciertas ambigüedades en la discusión del tema, sino que conduce a la siguiente idea: la refrendación de la paz (al menos si nos referimos a ella en sentido amplio) no es un acto único, sino que es un *proceso multi-etápico*, es decir, tiene distintas herramientas y dimensiones. Esto significa que la refrendación incluye diversas etapas, las cuales van desde la ratificación ciudadana hasta la ejecución de las reformas adoptadas. Esta comprensión de la refrendación como proceso permite pensar en distintos momentos y medidas para su cumplimiento.

1.2. La legitimidad constitucional de la refrendación del acuerdo de paz.

En razón a que algunos han cuestionado jurídicamente la posibilidad misma de someter a votación ciudadana el acuerdo de paz con la tesis de que ésta violaría el derecho a la paz, en este aparte mostramos por qué la refrendación de los acuerdos de paz es posible jurídicamente.

Esa idea de que es imposible jurídicamente refrendar la paz –la cual está basada en unos extractos aislados y desconectados de una conferencia de Luigi Ferrajoli hace unos meses en la Universidad Nacional[2]- parte del supuesto de que en una sociedad democrática es imposible votar un derecho fundamental. Por eso, como la paz es un derecho fundamental (artículo 22 de la Constitución Política), no es posible jurídicamente refrendar los acuerdos de paz.

Nosotros compartimos las premisas normativas de este argumento, a saber, que en una democracia constitucional la existencia y el contenido esencial de un derecho fundamental no están a disposición de las mayorías, y que en Colombia la paz es un derecho constitucional de obligatorio cumplimiento. Pero consideramos que la conclusión no se desprende de las premisas, pues la votación sobre un acuerdo de paz no es una votación sobre el derecho a la paz como tal. En seguida, desarrollamos estos argumentos.

Es cierto que los derechos fundamentales no están a disposición de las mayorías, por lo cual no pueden ser sometidos a consulta popular. La democracia no es el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce al aniquilamiento de los derechos fundamentales, en especial de las minorías. En efecto, los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos son una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es claro que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin[3], según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su

[2] La charla de Ferrajoli está disponible en http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf. En esa charla Ferrajoli se limita a decir cuatro líneas sobre el tema, pues literalmente dice: "Consistiendo, el derecho a la paz, en un derecho fundamental, como cualquier derecho fundamental, es contra mayoritario, cuya actuación es "deber de obligatorio cumplimiento", incluso contra la voluntad de la mayoría. Por esto sería impropio e inaceptable someter la paz, o sea la solución pacífica negociada del conflicto a cualquier tipo de consulta popular". Nótese que Ferrajoli habla de la inaceptabilidad de someter la paz a consulta popular, pero no se refiere a la imposibilidad de someter un acuerdo de paz a consulta popular, que son dos cosas muy distintas.

[3] Ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984).

bienestar. Por ello, la existencia y contenido esencial de los derechos fundamentales no debería ser sometida a consulta popular. En consecuencia, como lo ha sustentado con razón el mismo Ferrajoli[4], a las mayorías les está vedado decidir sobre derechos ciertos, que afectan a minorías. Por ejemplo, los derechos de minorías como la población LGBT o los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, no pueden ser sometidos a votación popular. Esto, porque se trata de derechos ciertos –tanto en su consagración normativa como en el desarrollo dado por la Corte Constitucional- y de los que son titulares poblaciones minoritarias.

Es igualmente cierto que en Colombia la paz es un derecho constitucional de obligatorio cumplimiento, como lo señala el artículo 22 de la Constitución Política y lo ha repetido la Corte Constitucional en distintas oportunidades[5]. La Corte ha resaltado el lugar central que ocupa la paz en el nivel internacional y nacional. Así, la paz es (i) uno de los propósitos centrales del derecho internacional, (ii) un fin fundamental del Estado colombiano, (iii) un derecho colectivo de la humanidad, (iv) un derecho subjetivo de cada ser humano, y (v) un deber jurídico de todos los colombianos[6]. De ello se desprende que en el ordenamiento constitucional colombiano la paz es "presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales"[7]. Es por esto que la Corte Constitucional, parafraseando a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha afirmado que ésta es "la Constituyente de la paz"[8], pues tal "fue uno de los principales fines buscados en el nuevo consenso social"[9], lo que se refleja en las disposiciones constitucional que destinan la convivencia pacífica como fin primordial de la organización política. Debido a ese lugar central que ocupa la paz en el ordenamiento constitucional, una ley no puede someter la existencia y contenido esencial del derecho a la paz a los avatares de una consulta popular.

No obstante, extraer de esas premisas que no puede haber refrendación del acuerdo de paz es un error lógico y conceptual, que desconoce además un precedente constitucional y que conlleva una consecuencia antidemocrática.

En primer término, esta tesis desconoce que el objeto de la refrendación no es la existencia del derecho a la paz o su contenido esencial, sino que se trata de aprobar o improbar un acuerdo de paz, que es una cosa muy distinta. La refrendación no busca decidir si los ciudadanos tenemos o no derecho a gozar la paz o a buscar una solución negociada de nuestra guerra –que son posibles contenidos esenciales ciertos del derecho a la paz y que sería problemático que pudieran estar sometidos a votación popular-, sino de votar una expresión y un desarrollo incierto y polémico de este derecho, que es el acuerdo que probablemente alcanzarán en las próximas semanas las guerrillas y el gobierno colombiano. Es decir, los ciudadanos no votaremos si aprobamos o rechazamos la existencia del artículo 22 en la Constitución Política. Por el contrario, lo que decidiremos es cómo vamos a ejercer ese derecho en un escenario de fin de la confrontación armada.

No hay duda, entonces, de que es posible votar y reglamentar mayoritariamente las

[4] Ver, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, «La esfera de lo indecidible y la división de poderes», *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008).
[5] Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias T-102 de 1993,C-055 de 1995, C-328 de 2000, C-370 de 2006, T-367 de 2010 y C-579 de 2013.
[6] Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.
[7] Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[8] Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.
[9] Ibídem

regulaciones no esenciales o las expresiones y ejercicios de un derecho fundamental. Por ejemplo, es claro que la libertad de movimiento es un derecho fundamental, cuya existencia y contenido esencial no podrían estar sometidos a consulta popular; pero eso no impide que una regulación de ese derecho sea decidida por las mayorías o incluso sometida a consulta popular, por lo cual es perfectamente legítimo que se haga una consulta ciudadana para ver si se restringe o no el uso del carro en una ciudad.

En segundo término, esa tesis desconoce que es sobre todo frente a derechos individuales o de minorías –como los de la población LGBT– que resulta particularmente ilegítimo someterlos a decisiones mayoritarias. Pero el derecho a la paz tiene una dimensión colectiva que legitima ese tipo de decisiones ciudadanas. Algo semejante a la autodeterminación de los pueblos, que es un derecho humano colectivo cuya existencia no puede ser sometida a consulta popular, pero cuyo ejercicio suele hacerse por referendos, como el que hicieron los escoceses para decidir si seguían o no en el Reino Unido.

En tercer lugar, esta tesis desconoce un precedente constitucional reciente, en donde la Corte aceptó que es posible refrendar la paz, el cual se encuentra en la sentencia C-784 de 2014. En esa ocasión, la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 1745 de 2015, "por medio de la cual se dictan las reglas para el desarrollo de referendos constitucionales con ocasión de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado". El artículo 2 de dicha ley permite que los referendos constitucionales, que se relacionen con el acuerdo final de terminación del conflicto, pueden coincidir el mismo día de realización de otros actos electorales. La Corte declaró la exequibilidad de esa norma, por cuanto no existe prohibición constitucional expresa para que los referendos coincidan con la elección popular de autoridades públicas. Pero la Corte no sólo aceptó que existieran referendos sobre acuerdos de paz, sino que además condicionó su alcance a que desde el inicio del trámite de la ley de referendo el acuerdo de paz fuera de público conocimiento de la ciudadanía. En esos términos, el Tribunal Constitucional entendió que ese referendo era especial pues era una forma de refrendar un acuerdo de paz, asunto al cual dedicó numerosas páginas de esa sentencia. Así pues, el Tribunal no encontró ninguna objeción constitucional a esa posibilidad y concluyó que "escoger un mecanismo de participación democrática para terminar el conflicto y transitar hacia la paz es una opción que interpreta cabalmente la filosofía de la Carta de 1991". En consecuencia, la refrendación de los acuerdos de paz ya ha sido aceptada por la jurisprudencia constitucional.

En cuarto lugar, existe una razón de filosofía democrática que está relacionada con la consecuencia fáctica que conlleva negar la posibilidad jurídica de la refrendación: si negamos la ratificación ciudadana de los acuerdos estamos, pues, aceptando que el gobierno y las guerrillas impongan su propia visión de la paz en Colombia. Esto, a pesar de que la paz es una decisión que importa a toda la sociedad y, en una democracia, los asuntos fundamentales para la sociedad deben someterse a decisión del pueblo. ¿Es más democrático, entonces, que las partes de la negociación impongan su voluntad sobre un asunto tan fundamental y que afecta a toda la sociedad colombiana, como es lo es la paz? Resulta evidente que esta consecuencia de negar la refrendación desconoce el corazón mismo de la democracia, por lo cual habría que llegar incluso a la conclusión contraria: en nombre del principio democrático y del derecho a la paz, los ciudadanos tenemos derecho a decidir sobre los acuerdos de paz.

Por todo lo anterior, concluimos que es jurídica y filosóficamente equivocado inferir que no puede haber refrendación de un acuerdo de paz, con el argumento de que la paz es en Colombia un derecho constitucional.

Y por razones semejantes, consideramos que es equivocada la tesis del señor Fiscal General, conocida hoy en la opinión pública por un comunicado oficial de la Fiscalía[10], según la cual es inconstitucional la posibilidad de que haya una consulta popular sobre un acuerdo de paz, por cuanto la Constitución no obliga a refrendar un acuerdo de paz y entonces prever esa posibilidad desconocería las competencias propias de los órganos del Estado, y en especial del Presidente, quien tiene plenas facultades para adelantar y suscribir un acuerdo de paz con las guerrillas.

Esta tesis parte de ciertas premisas ciertas, que son que efectivamente el Presidente tiene plenas competencias para adelantar negociaciones con las guerrillas y que la Constitución no ordena que el acuerdo de paz alcanzado sea obligatoriamente sometido a la consulta de la ciudadanía. Pero infiere una conclusión que no se desprende de esas premisas, pues concluye que está constitucionalmente prohibido que exista una consulta al pueblo sobre el acuerdo de paz. Esa conclusión no surge de la premisa, pues que no sea obligatoria constitucionalmente la refrendación ciudadana no quiere decir que esté prohibida, por lo cual el legislador puede preverla como una posibilidad, como efectivamente lo hace el proyecto estudiado que no obliga a que haya refrendación sino que faculta al presidente a hacerla. Es por ello que no afecta la competencia propia del presidente en materia de orden público. Esa tesis del fiscal, igualmente, desconoce el precedente constitucional antes citado y llega a la misma consecuencia antidemocrática que señalamos anteriormente, a saber que tenemos que aceptar que el gobierno y las guerrillas impongan su propia visión de la paz en Colombia, sin que la ciudadanía pueda decir nada.

1.3. La refrendación es necesaria, posible y conveniente en Colombia

En esta parte afirmamos que la refrendación de los acuerdos de paz en Colombia no sólo se ha tornado necesaria, sino que, además, es posible y conveniente, por las siguientes razones. Por un lado, la refrendación es necesaria por los importantes beneficios que reportan las funciones que ésta cumple. Primero, la refrendación es un asunto democrático que hizo posible la negociación de La Habana. En efecto, la mesa de conversaciones ha sido viable, gracias a que el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (26 de agosto de 2012) previó que al final de la mesa de conversaciones los acuerdos serían sometidos a votación ciudadana. La esperanza de ratificación ciudadana de los acuerdos, entonces, ha posibilitado las negociaciones, por lo que la refrendación se ha tornado una realidad política necesaria.

Segundo, la refrendación es el escenario preciso para incorporar los acuerdos en el ordenamiento jurídico y dotarlos de fuerza normativa. Este no es un asunto menor, sino que reviste especial importancia, por cuanto, contrariamente a lo sostenido por algunos analistas, no es cierto que un acuerdo de paz entre el gobierno y las guerrillas sea claramente un acuerdo especial humanitario de los previstos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y que, por ende, hace parte automáticamente del bloque de constitucionalidad y tiene fuerza jurídica internacional. Esta valoración es imprecisa jurídicamente, pues la naturaleza normativa y fuerza jurídica de este tipo de acuerdos son inciertas tanto en el derecho colombiano como en el plano internacional[11], tal como lo demostraremos en la cuarta sección del presente documento. Allí sostendremos que, a partir de una interpretación amplia, evolutiva y finalista, resulta constitucionalmente admisible entender los acuerdos del proceso

[10] http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscal-pidio-a-la-corte-declarar-inconstitucional-el-proyecto-de-ley-que-regula-plebiscito-para-la-paz/

[11] Sobre el estatus incierto de los acuerdos de paz entre un Estado y una guerrilla, ver Christine Bell (2006) "Peace Agreements: Their Nature and Legal Status" en *American Journal of International Law*, Vol 100, pp., 373-412,

de paz colombiano como acuerdos especiales de los previstos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, de dicha naturaleza normativa de los acuerdos de paz no deriva que los mismos ingresan automáticamente al bloque de constitucionalidad como parámetro constitucional, la cual es la vía de inclusión de este tipo de acuerdos al orden nacional según la jurisprudencia constitucional[12]. Esto, porque los acuerdos de paz son una forma específica de acuerdos especiales de DIH pues incluyen disposiciones que desbordan el ámbito normativo de lo humanitario. Ello implica que la inclusión de esta clase de acuerdos al orden doméstico requiere de una vía jurídica propia. Una vía posible, de carácter especial y particular, es la refrendación de los acuerdos de paz.

Tercero, y derivado de lo anterior, la refrendación dota al proceso de paz de sostenibilidad y de garantía de irreversibilidad de lo pactado. En efecto, todo acuerdo de paz es polémico y no deja a todos satisfechos, pues implica decisiones controvertidas, que afectan intereses de muchos sectores; igualmente, ciertos grupos sociales pueden considerar que lo pactado desconoce valores éticos que les son muy caros, por ejemplo, porque se perdonaron crímenes graves. Es entonces probable que en el futuro algunos de estos sectores quieran revertir el acuerdo y lo cuestionen política y jurídicamente. La adopción de las fórmulas de transición, por medio de una amplia discusión democrática, tiene la potencialidad de generar apoyos sociales básicos en torno a las fórmulas efectivamente escogidas para implementar la transición.

Esto lo podemos constatar en la experiencia comparada. Así sucedió en el caso de la transición implementada en Sudáfrica, cuyo contenido concreto obtuvo respaldos sociales importantes en virtud de la amplia discusión social que precedió y acompañó la adopción de las decisiones[13]. Igualmente, en el proceso de Irlanda del Norte, la amplia aprobación del llamado "Acuerdo de Viernes Santo" ha permitido que la paz se mantenga, a pesar del desapego frente al proceso tanto de sectores unionistas como republicanos. Por el contrario, en otros procesos de paz, la falta de una legitimación democrática de los acuerdos permitió que quienes se oponían a ellos pudieran atacarlos más fácilmente, al punto de hacerlos colapsar, como sucedió en Chipre con el llamado Acuerdo de Zúrich y Londres de 1959, o en Rwanda con el llamado Acuerdo de Arusha de 1993[14]. En ese contexto, la refrendación democrática limita, aunque no elimina, el riesgo de cuestionamientos futuros al proceso de paz, pues le confiere mayor solidez política y jurídica al mostrar que la paz no fue sólo una negociación reservada entre cúpulas, sino una decisión avalada por toda la ciudadanía.

Ahora bien, esto no significa que la ratificación ciudadana de un acuerdo de paz sea fácil ni esté desprovista de riesgos. Un análisis comparado[15] muestra experiencias disímiles en este campo, ya que sugiere que una refrendación popular de un acuerdo de paz no es ni necesaria (pues ha habido procesos de paz exitosos sin refrendación, como El Salvador), ni suficiente; y, en especial, es riesgosa, ya que ciertas refrendaciones fracasadas han terminado de bloquear la paz, como sucedió en Chipre con el plan de paz de Kofi Annan en 2004, o han reducido el potencial transformador de la paz, como ocurrió en Guatemala. Pero, igualmente, esta experiencia comparada sugiere que una refrendación popular, en caso de acompañar

[12] Entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-048 de 2001.

[13] Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998), 53 y ss.

[14] Neophytos Loizides, «"Referendums in Peace Processes"», *International Studies Association Annual Convention*, 2009, 55, http://works.bepress.com/neophytos_loizides/22/.

[15] Para un estudio comparado de refrendaciones de acuerdos de paz ver no sólo el estudio citado de Loizoides, sino también el texto de Rodrigo Uprimny, «La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades», en *Diálogos de La Habana: miradas múltiples desde la universidad*, ed. Alejo Vargas (Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia-Sede Bogotá. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2013)

adecuadamente un proceso de paz, dota al acuerdo de mucha mayor solidez, que contribuye a que la paz sea más sólida y duradera, como en Irlanda del Norte o Sudáfrica.
Esta experiencia comparada sugiere, también, que no hay una fórmula de oro para refrendar un proceso de paz, ya que el contexto particular de cada país y las especificidades mismas de cada proceso de paz juegan un papel determinante. Así, un instrumento como un referendo puede ser útil en un caso, como Irlanda del Norte, pero puede tener resultados catastróficos en otros casos, como Chipre.

A pesar de todas sus limitaciones, esta experiencia comparada permite extraer algunas enseñanzas sobre el proceso mismo de refrendación, que transcienden la particularidad de los contextos y que pueden ser consideradas enseñanzas generales, las cuales deberían llevar a evitar ciertos errores y a eventualmente incorporar ciertas buenas prácticas. Un error usual es diseñar la refrendación de manera que incremente la polarización en vez de reducirla, como sucedió en Chipre; mientras que una buena enseñanza es la posibilidad de establecer secuenciaciones y pasos en la refrendación, para armonizar posiciones que parecían irreconciliables.

Frente a esta buena enseñanza, un ejemplo interesante es Sudáfrica, que combinó dos mecanismos de refrendación popular. Primero, en 1992, el presidente F.W de Klerk, quien ya había iniciado negociaciones con Mandela y el "Congreso Nacional Africano" o CNA, tuvo que enfrentar una oposición creciente de los partidos conservadores a su política de apertura; por ello, convocó a un referendo, en donde sólo podían participar los blancos, pues aún subsistía el Apartheid, a fin de que los blancos decidieran si apoyaban o no al gobierno en su política de poner fin al régimen de segregación y negociar una transición con el CNA, lo que permitiera adoptar una nueva constitución. La respuesta le fue ampliamente positiva, ya que casi el 70% de los blancos apoyaron las reformas. Este referendo propuesto por F.W de Klerk es poco recordado en la mayor parte de los análisis de la transición sudafricana pero representa, según algunos autores, un elemento decisivo del éxito del proceso, dado que confirió a de Klerk el liderazgo necesario entre los blancos para llegar a acuerdos muy sensibles con Mandela y con el CNA. Esto permitió que las negociaciones avanzaran y que el gobierno y la CNA firmaran un acuerdo para la negociación de una constitución de transición o interina, que serviría de base para la elección de un gobierno de transición y de una asamblea constituyente, la cual redactaría la constitución definitiva de ese país.

Esa constitución interina fue aprobada por el parlamento del régimen del apartheid, pero siguiendo los lineamientos del consenso que surgió del llamado "proceso de negociación multipartidista", el cual era una instancia de negociación entre el gobierno y los principales partidos, incluido el CNA. Un elemento fundamental fue que esa constitución interina contenía un listado de 36 principios constitucionales, cuyas disposiciones esencialmente eran sobre derechos humanos y no discriminación, los cuales debían ser respetados por la constitución definitiva. Esos principios eran, entonces, una garantía para la población blanca de que la constitución definitiva, que sería redactada por las mayorías negras, no sería discriminatoria sino que respetaría en forma igualitaria los derechos de todos los sudafricanos.

Un segundo mecanismo de refrendación democrática de todo el proceso fue, entonces, la elección en 1994 del gobierno de transición y de los integrantes de la asamblea constituyente, en donde el triunfo de Mandela y la CNA fue muy amplio. La asamblea constituyente así electa redactó la nueva constitución, pero la validez de la misma tuvo que ser examinada por el recién establecido Tribunal Constitucional, a fin de ver si armonizaba con los 36 principios

establecidos en la constitución interina. Ese tribunal consideró que la constitución desconocía en parte algunos principios, lo cual obligó a que la asamblea constituyente ajustara el texto; una segunda sentencia del tribunal certificó el nuevo texto y la constitución pudo ser firmada y proclamada por el presidente Mandela en diciembre de 1996.

Este diseño en dos etapas de la elaboración de la nueva constitución permitió armonizar las visiones enfrentadas de la comunidad blanca y del CNA. Los primeros querían una cierta continuidad jurídica y, sobre todo, garantías de que no serían avasallados en una democracia en donde los negros serían mayoría y, por ello, no podían aceptar, sin más, una asamblea constituyente soberana electa popularmente. Por su parte, el CNA quería liquidar el apartheid y fundar una nueva Sudáfrica y, por eso, para ellos una nueva constitución, aprobada por una asamblea constituyente electa popularmente, era ineludible. El mecanismo de la constitución interina y la adopción de unos principios constitucionales, que debían ser respetados por la constitución definitiva, lograron una secuenciación y encauzamiento del proceso constituyente que permitió armonizar las perspectivas divergentes de unos y otros, ya que la comunidad blanca obtuvo las garantías que requerían y el CNA consiguió la convocatoria de una asamblea constituyente popular, que daría nacimiento a la nueva Sudáfrica.

1.4. La falta de un mecanismo especial y específico para la refrendación en la Constitución de 1991

La gran paradoja de la Constitución Política de 1991 es la falta de un mecanismo especial para la refrendación de los acuerdos de paz, a pesar de que en sí misma es un pacto por la paz. Esa Constitución surge de un anhelo nacional de paz, dado en el contexto de desmovilización de algunas guerrillas, a finales de los años ochenta e inicios de los noventa. Como respuesta al clamor el poder constituyente primario, la Asamblea Nacional de 1991 pacta a favor de la paz, a través de la apertura democrática y la ampliación del catálogo de derechos.

Esto explica que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un abanico amplio de mecanismos que permitirían la ratificación democrática e implementación jurídica de los acuerdos de paz. Sin embargo, ninguno de esos mecanismos cumple con las condiciones políticas y jurídicas indispensables para la refrendación que el proceso de paz demanda en estos momentos. Con todo, aunque la Constitución no establece un mecanismo específico de refrendación de acuerdos de paz, el mismo texto constitucional ofrece el marco normativo para crear tal dispositivo especial y específico de refrendación, como lo sustentaremos en la segunda sección de la presente intervención.

En el presente apartado, hacemos un inventario sintético pero exhaustivo de estos dispositivos, para lo cual iniciamos por presentar los que son menos participativos, para luego describir aquellos que implican una intervención ciudadana más robusta. A través de este estudio demostramos que el actual ordenamiento jurídico colombiano no prevé un mecanismo especial de refrendación, por lo que es indispensable crear uno para tal efecto.

1.4.1. Mecanismos refrendatarios y de implementación puramente institucionales.

Algunos de esos mecanismos son puramente institucionales y “representativos”, pues no involucran sino a órganos estatales y procedimientos de democracia representativa. Precisamente por esa falta de apertura en la participación democrática, tales dispositivos no

cumplen con la función de legitimidad democrática de la refrendación. Por lo menos los siguientes cuatro mecanismos se encuentran en esta categoría:

Primero, encontramos las normas reglamentarias, en especial los decretos gubernamentales, que tienen una legitimidad democrática limitada, ya que son promulgados autónomamente por el gobierno; sin embargo, ese tipo de medidas puede ser útil para reglamentar ciertos elementos técnicos, que permitan implementar aspectos puntuales del acuerdo de paz.

Segundo, están las leyes ordinarias, que tienen la legitimidad democrática (pero también el desprestigio) de nuestro Congreso; con todo, algunas de esas leyes son indispensables, como aquella que debería prever una amnistía para los delitos políticos y conexos cometidos por los insurgentes, excluyendo de su beneficio los crímenes atroces.

Tercero, se encuentran las leyes estatutarias, que como es conocido requieren mayorías más robustas en el Congreso, pues deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los integrantes de ambas cámaras; además, estas leyes tienen la revisión automática de constitucionalidad por la Corte Constitucional. Son pues leyes más exigentes en su trámite y algunas de ellas son indispensables, como aquella prevista por el marco jurídico para la paz, para definir ciertos beneficios penales a la guerrilla, distintos a la amnistía.

Cuarto, encontramos los actos legislativos o reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, que pueden ser necesarios si algunos temas del acuerdo requieren reforma constitucional y la ratificación no pasa por una asamblea constituyente o un referendo.

1.4.2. Mecanismos de consulta directa a la ciudadanía.

Un segundo tipo de mecanismos que podrían servir para refrendar un acuerdo de paz implican una participación ciudadana directa y son esencialmente cuatro, aunque a veces, por falta de uso y de regulaciones precisas, no es fácil entender sus diferencias:

Primero, encontramos el referendo constitucional, que consiste en someter a aprobación ciudadana un texto jurídico, para que éste se convierta en una reforma constitucional. El referendo requiere una ley convocante, que debe ser aprobada por el Congreso por la mayoría absoluta de sus miembros y su constitucionalidad debe ser revisada previamente por la Corte Constitucional, que debe examinar no sólo que el trámite sea apropiado, sino además que el referendo no implique una sustitución de algún pilar básico de la Constitución de 1991, pues de acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por ese tribunal, las reformas constitucionales pueden ser anuladas también por vicios de competencia o excesos del poder de reforma. Si la Corte valida la ley, entonces el gobierno convoca al pueblo a que decida si aprueba o no las reformas propuestas. La aprobación requiere no sólo que la mayoría de los votantes estén a favor de la reforma sino además que participe en la decisión más de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral.

Ahora bien, la figura del referendo tuvo unos ajustes para efectos de la refrendación de acuerdos de paz, a través de la Ley 1745 de 2014. Podría pensarse, a primera vista, que este es el mecanismo apropiado para refrendar los acuerdos de paz. Cuando la Corte Constitucional estudió esa norma en la sentencia C-784 de 2014, nosotros apoyamos la exequibilidad de dicha norma, por cuanto el objetivo de la misma era regular la posibilidad de realizar modificaciones a la Constitución necesarias para la implementación de los Acuerdos de Paz, por medio de referendos. En esa ocasión, nos referimos principalmente a la posibilidad de realizar de forma simultánea un referendo que versara sobre ese tema con otros

actos electorales. Señalamos que ello era posible pues la prohibición de simultaneidad era de jerarquía estatutaria, no constitucional, y el legislador había decidido modificarla para este referendo constitucional específico.

Sin embargo, en lo demás, las normas de campaña y publicidad se mantenían iguales a las que ya existían en la ley 134 de 1994 frente al referendo. Es por eso que consideramos que esa reforma normativa de 2014 al referendo no logra adecuar dicho dispositivo con miras a la refrendación de los acuerdos de paz. En primer lugar, como hemos reiterado, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo específicamente diseñado para la refrendación de acuerdos que busquen terminar el conflicto, por lo que el referendo constitucional de la ley 1745 de 2014 tampoco está en condiciones significativamente superiores a los demás mecanismos de participación que existen. Especialmente, no resulta tan claro que este referendo establezca definitivamente la forma como se incorporan los acuerdos de paz al derecho colombiano, pues la ley se refiere a este mecanismo como un medio para la implementación de un Acuerdo Final, mas no como un mecanismo de refrendación.

Y en segundo lugar, frente a las reglas especiales que rigen cada mecanismo, el referendo de la ley 1745 de 2014 exige un umbral de participación del 25% del censo electoral, esto en virtud del artículo 378 de la Constitución. Este tipo de umbral, como mostramos anteriormente, no es propicio para la refrendación de acuerdos de paz, ya que desestimula la participación al incentivar el abstencionismo activo; pero para dotar de legitimidad a los acuerdos, se requiere una participación ciudadana robusta.

Segundo está la consulta popular, que implica que la ciudadanía aprueba una decisión política y dicha decisión se vuelve vinculante, como lo hicieron los bogotanos con el llamado día sin carro. La consulta nacional es convocada por el presidente con la firma de todos los ministros, previo concepto favorable del Senado, y se entiende aprobada y vinculante si la pregunta obtiene el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el censo electoral. La consulta tiene limitaciones: no puede coincidir nunca con otro acto electoral y no puede implicar una reforma constitucional.

Tercero, está el plebiscito, que nuestro ordenamiento define muy ambiguamente y que parece consistir en la aprobación popular de una política presidencial, pero sin que dicha aprobación la torne en una decisión vinculante. Es pues una validación política de una decisión del ejecutivo y para convocarlo se requiere que el Congreso no se oponga a su realización. En ningún caso, el plebiscito podrá versar sobre el periodo constitucional del mandato presidencial, ni podrá modificar la Constitución. Y finalmente, en una fórmula ambigua, la Ley 134 de 1994 establece que "el pueblo decidirá, en plebiscito, por la mayoría del censo electoral", con lo cual no se sabe si esa norma establece no sólo que la decisión debe ser adoptada por la mayoría de los votantes, sino también que el umbral de participación es igualmente del 50%, que sería muy alto. El análisis de constitucionalidad de esa norma, en la sentencia C-180 de 1994, no aclara del todo el tema, por cuanto esa sentencia indica que la exigencia de esa mayoría "es francamente desmesurada", lo cual sugiere que la previsión normativa era inconstitucional, pero en la parte resolutiva fue declarada exequible ese artículo, sin ningún condicionamiento.

Cuarto, se encuentra la asamblea constituyente, la cual es un mecanismo inviable jurídicamente e inconveniente para la paz. Por un lado, respecto a la viabilidad jurídica, la convocatoria de una constituyente supone un trámite largo, que puede superar un año, pues requiere el trámite de una ley que convoque la asamblea, su revisión por la Corte

Constitucional, la votación ciudadana que aprueba la convocatoria y luego las elecciones de los delegatarios, y sólo ahí empezaría a sesionar. Pero, además, la convocatoria requiere superar un umbral muy alto, pues la Constitución exige no sólo que el SÍ gane, sino que esos votos afirmativos superen la tercera parte del censo electoral. Esto significa que, al menos, 11 millones de colombianos deberían votar a favor de que haya una constituyente, una votación que no ha sido alcanzada por ningún candidato, ni siquiera en elecciones presidenciales, que son las que tienen mayor participación.

Y, por otro lado, en relación con la conveniencia para la paz, varios estudios comparados recientes, como los de las profesoras Harrie Ludsin[16] o Vicki Jackson[17], permiten concluir que, contrariamente a lo que se creía antes, las constituyentes no son buenos escenarios para cristalizar acuerdos de paz. Las razones son sencillas: la situación que se vive en el momento de firmarse un acuerdo de paz es usualmente incompatible con las condiciones requeridas para que una constituyente funcione bien. Además, los propósitos de una asamblea constituyente y los propósitos de un acuerdo de paz pueden entrar en profunda tensión. Podemos ilustrar esta idea con el siguiente ejemplo. Pensemos en la compatibilidad de la dejación de armas de un grupo armado y la ANC como dispositivo de refrendación. Parece difícil conciliar estos dos asuntos. En efecto, es difícil que un grupo armado acepte dejar las armas antes de que la ANC haya sido instalada y los acuerdos de paz se hayan refrendado. Esto, por cuanto el grupo armado no tendría seguridad de que la paz se ratificará democráticamente y se pondrá en marcha. Ello significaría, entonces, que la elección de la ANC y su deliberación deberían hacerse mientras el grupo sigue armado. Pero esta situación es difícil que la acepte el Estado y, además, obstaculizaría la deliberación libre y democrática de la ANC, pues tendría la presión de refrendar la paz para evitar que la confrontación continúe con un grupo que sigue armado. Por este tipo de tensiones, y otras que no puedo abordar en esta ocasión, muchas constituyentes recientes han fracasado como instrumentos para lograr la paz, como sucedió en Irak o en Nepal.

Estos cuatro mecanismos no logran cumplir, de forma aislada, las funciones de la refrendación, por lo que cada uno representa fortalezas y debilidades. Por ejemplo, un plebiscito es un mecanismo bastante ágil y podría servir para aprobar o impugnar la decisión del gobierno de esforzarse por alcanzar una paz negociada. Sin embargo, no es claro cuál es el umbral requerido para que se entienda aprobado el plebiscito; además, el éxito del plebiscito tiene un gran significativo político, pero no permite la inclusión del acuerdo de paz en el ordenamiento jurídico ni activa su implementación jurídica. Un referendo tiene en cambio la virtud de que implica cambios constitucionales directos, pero es un procedimiento mucho más exigente y largo, no sólo por la necesidad de que se apruebe una ley convocante, con revisión previa de constitucionalidad, sino además porque el umbral de 25% no es tan fácil de superar. Una asamblea constituyente, por su parte, tiene una capacidad deliberativa amplia y permite una mayor expresión de las minorías. Asimismo, la convocatoria de una asamblea constituyente puede desencadenar, como lo han señalado algunos en el debate público de los últimos días, un proceso de movilización y deliberación ciudadana con grandes potenciales democráticos; y si los trabajos de la asamblea son exitosos tendrían un efecto legitimador importante sobre el orden constitucional. No obstante, este mecanismo, al mismo tiempo, tiene relevantes desventajas porque implica un largo trámite jurídico de convocatoria y elección que atrasa la refrendación, la cual exige rápidos tiempos de actuación; y, además,

[16] Ver, Hallie Ludsin. (2011) "Peacemaking and Constitution-drafting, a Dysfunctional Marriage", *Univ. of Pennsylvania Journal of International Law* 249 (2011). Disponible en http://works.bepress.com/hallie_ludsin/1/

[17] Ver Vicki C. Jackson (2008) "What's in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-making" en *William. & Mary Law. Review*. Vol 49, No 4, disponible en http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol49/iss4/8

es inconveniente para el proceso de paz en sí mismo puesto que, como lo muestra la experiencia comparada, genera mayores tensiones entre las partes y difumina los acuerdos iniciales logrados en la negociación.

En este contexto, el ordenamiento jurídico colombiano no contiene un mecanismo específico y único para refrendar los acuerdos de paz. Por ello, es necesario crear un dispositivo especial para tal fin. Pero, ¿está el legislador facultado para crear un mecanismo de refrendación?, ¿el dispositivo diseñado en el PLE 156-094/2015 cumple con las funciones de la refrendación de los acuerdos de paz? Estas cuestiones las respondemos en la siguiente sección.

SECCIÓN II. MECANISMO DE REFRENDACIÓN DEL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ (ARTÍCULO 1 PLE 156-094/2015)

En seguida, exponemos distintas razones constitucionales que sustentan la competencia del legislador para crear un mecanismo especial para la refrendación de los acuerdos de paz. Igualmente, estudiamos la naturaleza normativa del dispositivo creado por el PLE 156-094/2015 para analizar si el mismo cumple con las funciones de la refrendación de los procesos de paz.

2.1. **Competencia del legislador para crear un mecanismo especial para la refrendación**

El Congreso de la República tiene la competencia para crear un mecanismo especial para la refrendación del acuerdo final por tres razones constitucionales: la cláusula general de competencia legislativa (art. 150 C.P. numeral 1), la competencia legislativa de regular los mecanismos de participación ciudadana mediante leyes estatutarias (art. 152, literal d.) y la posibilidad de desarrollar mecanismos efectivos para garantizar el derecho a la paz (art. 22 C.P.). Una interpretación en conjunto de los artículos constitucionales lleva a la conclusión que el Congreso tiene una competencia especial para la paz, la cual consiste en expedir normas que cumplan con el fin constitucional de “asegurar la convivencia pacífica” (art. 2 C.P.).

La creación de un mecanismo especial de refrendación se basa en dos pilares fundamentales de la Constitución de 1991: la búsqueda de la paz y la participación democrática. En relación con el primer pilar, la jurisprudencia y la doctrina han mostrado extensamente que la paz fue un principio fundante de la Asamblea Nacional Constituyente que quedó plasmado como uno de los fines del Estado y como un derecho y un deber específico en el texto constitucional.

De hecho, si se examina el origen mismo de la Asamblea Nacional Constituyente se puede encontrar que la honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia que estudió el Decreto 1926 de 1990, el cual convocaba a la Asamblea preció la importancia de la paz como un valor que debía realizarse a través de las normas jurídicas

Este propósito fue muy evidente durante todas las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente, que se pueden resumir en la frase del expresidente Misael Pastrana Borrero, quien en una sesión plenaria dijo que era la “constituyente de la paz”. De hecho, la profesora Julieta Lemaitre quien reconcontruyó los debates en torno a la paz en la Asamblea lo expresa claramente: "l*a génesis misma de la Constituyente la vinculaba a la paz como paz política*"[18].

[18] Lemaitre Ripoll Julieta. *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991.* Universidad de los Andes. 2011

En concordancia con ese espíritu político inicia, el maestro Carlos Gaviria se refirió a este asunto de la paz como fin constitucional de la siguiente manera: "*tenía que ser utópica la Constitución de 1991, empezando porque ella misma anuncia el topos que buscamos y no tenemos, pero que podríamos tener. El artículo 22 es singular: la paz es un derecho y deber de obligatorio cumplimiento*". *Eso dice la Constitución de 1991. Resulta que ese bien tan apreciable no lo tenemos, de este bien tan apreciable carecemos y al logro de este bien apunta justamente la Constitución de 1991*"[19]

Justamente el artículo constitucional que cita Gaviria condensó ese propósito y tiene una fuerza normativa tanto como derecho y como obligación del Estado. En relación a su carácter de derecho subjetivo, la Corte Constitucional desde sus inicios estableció que "El mínimo a la paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona" (sentencia T-439 de 1992). En relación a la paz como un deber a cargo del Estado este se debe desarrollar a la luz del artículo 2 constitucional que establece como un fin del Estado "asegurar la convivencia pacífica" lo cual es concordante con el preámbulo constitucional que incluye también a "la paz" como un fin del Estado. Además, esta obligación también es de carácter ciudadano por determinación expresa del deber de "propender al logro y mantenimiento de la paz" (art. 95, numeral 6).

Estas normas constitucionales sobre la paz también deben leerse a la luz de las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos de las víctimas (art. 250), la aplicación de normas del derecho internacional humanitario (art. 214 numeral 2; art. 221 modificado por el Acto Legislativo 01 de 2015), la incorporación de la Corte Penal Internacional (art. 93 C.P. Acto Legislativo 02 de 2001), la función presidencial de conservar el orden público (art. 189 Numeral 4), entre otros. Adicionalmente el artículo 22 de la Constitución debe leerse en conjunto con el propósito y fin de los artículos 12 y 13 transitorios aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente y los artículos 66 y 67 transitorios relacionados con el marco jurídico para la paz aprobados recientemente en el Acto Legislativo 01 de 2012.

Al margen de su contenido específico y vigencia, es claro que la Constitución establece suficientes artículos que podrían denominarse el *jus post bellum constitucional,* es decir, normas que buscar construir la paz después de un conflicto armado, siguiendo una expresión que ha surgido recientemente en debates transnacionales sobre este tema. Por todo lo anterior está fuera de toda duda que la Constitución debe ser un instrumento para lograr la paz por contiene normas que i) Establecen la paz como principio y fin del Estado; ii) Permiten que el Presidente haga acuerdos de paz; iii) Dan mandatos y contenidos específicos para situaciones de conflicto armado y de paz, iv) Han incorporado normas e instituciones de la justicia transicional.

El segundo pilar constitucional que desarrolla el mecanismo especial para la refrendación del acuerdo final es el principio de participación. Junto con la paz, la participación también es un rasgo definitorio de la Constitución de 1991. Como lo ha expresado la Corte Constitucional, la participación democrática: "no solo es un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de

[19] Gaviria Díaz Carlos. *Construcción de un orden social, económico y político para la paz*. Diálogos para la paz. Memorias IX Encuentro de la Jurisdicción constitucional. 18-20 de septiembre de 2006. Medellín. Editorial Universidad del Rosario, Corte Constitucional, Legis, KAS. 2014. Pg. 582

los ciudadanos en la definición del destino colectivo"[20]. Este principio se invoca en el preámbulo, en los artículos 1 y 2 constitucionales y tiene su desarrollo como derecho fundamental en el artículo 40 de la Constitución política. El artículo 103 por su parte establece los mecanismos de participación del pueblo que deben ser desarrollados por el legislador. Además el artículo 152 constitucional determina que este desarrollo legislativo debe hacer mediante leyes estatutarias, siguiendo las reglas de aprobación y de revisión constitucional (art. 153 C.P.).

El legislador creó un mecanismo de refrendación especial que tiene una clara justificación constitucional. Ahora examinemos otras razones adicionales que justifican la competencia del legislador en esta materia.

No es la primera vez que la Corte debe estudiar la creación un mecanismo de participación por parte del legislador estatutaria. En 1994, la Corte revisó la constitucionalidad de un tipo de referendo de creación legal como lo es el referendo aprobatorio, el cual consiste en someter un norma jurídica a votación cuando no haya sido adoptada por la corporación pública correspondiente (art. 5 de la ley 134 de 1994). Respecto a la posibilidad de crear este nuevo mecanismo de participación la Corte fue enfática en advertir que "*Este instrumento tiene pleno asidero constitucional en cuanto se deriva del principio de soberanía popular y de la cláusula general de la Constitución que permite al legislador regular formas de participación distintas a las desarrolladas en la misma Carta Política*" (sentencia C-180 de 1994, reiterada en C-150 de 2015).

Otra razón que respalda la creación de nuevos mecanismos de participación es el carácter expansivo del principio democrático. Como lo expresó la Corte en la sentencia C-089 de 1994: "El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia". Posteriormente la Corte ha reafirmado el carácter expansivo como *"una maximización progresiva de los mecanismos que permiten... la injerencia en la toma de decisiones"*. Este carácter expansivo también supone la eliminación de obstáculos que impidan la plena realización de la democracia[21]. Por último, la Corte ha indicado[22] que el carácter expansivo de la democracia se relación con derechos fundamentales como la autonomía personal (art. 16 C.P.), la libertad de conciencia (art. 18 C.P.), libertad de expresión (art. 19 C.P.) y el debido proceso (art. 29 C.P.). Por estas razones el Congreso de la República debe optimizar el derecho a la participación en diferentes regulaciones que pueden incluir distintas instituciones y modelos. Sin embargo, la Corte ha determinado que esta "potestad de regulación cuya amplitud no es uniforme y depende del grado de regulación constitucional de la materia"[23]. En el caso que nos ocupa el mecanismo de la consulta nacional se encuentra mencionado en la Constitución (art. 104 C.P.) pero no tiene reglas específicas, frente a lo cual "las posibilidades del legislador para adoptar diferentes formas de regulación es más amplia" (Ibíd.). Caso distinto ocurre con la consulta popular para convocar una Asamblea Nacional Constituyente (art. 376 C.P.) y el referendo constitucional aprobatorio (art. 378 C.P.) que tienen mayor densidad en la regulación en el propio texto constitucional.

---

[20] Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. M.P Hernando Herrera Vergara.
[21] Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2002. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra
[22] Corte Constitucional. Sentencia SU-1122 de 2001. M.P Eduardo Montealegre Lynett
[23] Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015. M.P Mauricio González Cuervo

Un análisis del artículo 152 relacionado con las leyes estatutarias también lleva a la conclusión que el Congreso puede precisar los mecanismos de participación "de acuerdo a las circunstancias históricas imperantes, las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales"[24], para lo cual el Congreso debe respetar las regulaciones constitucionales en caso de existir y abstenerse de establecer restricciones desproporcionadas o irrazonables que anulen la participación ciudadana. De hecho, la Corte también ha aceptado regulaciones diferenciadas para los mecanismos de participación, tal y como lo afirmó en la sentencia C-784 de 2014: "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":

Siguiendo este criterio la propia Corte Constitucional ha reconocido que "formas de participación no agotan las posibilidades existentes" en el artículo 103 de la Constitución teniendo en cuenta en caracter expansivo de la democracia y el mandato de optimización y desarrollo que tiene el legislador (arts. 103 y 152 literal d.) que se materializa en que se haga "realidad el compromiso constitucional de promover, en la mayor medida posible, la incidencia de los ciudadanos en las decisiones que los afectan (art. 2)" (sentencia C-150 de 2015). De hecho, en esta decisión la Corte reconoció que los mecanismos de participación no son taxativos y que el deber del legislador es garantizar efectivamente los derechos, en palabras de la Corte: "A pesar de no ser un catálogo taxativo pudiendo ser acogidas otras estrategias que encaucen la participación, es obligación del legislador adoptar normas que hagan posible el ejercicio de los derechos de participación previstos en los artículos 40 y 103"

Ahora bien, la Corte ya ha revisado en control automático de constitucionalidad una ley estatutaria como la presente. En la sentencia C-784 de 2014 se estudió una regulación que establecía las reglas especiales para realizar referendos constitucionales necesarios para la implementación de un acuerdo final para la terminación del conflicto. La Corte declaró constitucionales esta propuesta legislativa en tanto "no deroga ni expresa ni tácitamente la Ley 134 de 1994, sino que establece regulaciones especiales". Conforme a lo analizado previamente sobre los dos pilares que sustentan un mecanismo especial de refrendación la Corte fue clara en afirmar que,

> *"Escoger un mecanismo de participación democrática para terminar el conflicto y transitar hacia la paz es una opción que interpreta cabalmente la filosofía de la Carta de 1991. La Constitución de 1991 expresa entre sus compromisos los de alcanzar la paz y promover la participación ciudadana (CP arts 1, 2, 40, 22 y 103), pero no como objetivos que deban o puedan perseguirse desarticuladamente. La consecución de la paz y el mejoramiento de la democracia son objetivos interdependientes y complementarios. La paz es condición de una democracia plena, en la cual los individuos y los grupos puedan pensar y actuar libres de coacción o amenazas contra su vida, su integridad física o moral. A su vez, la democracia a la cual aspira la Constitución es aquella en la cual la colectividad decide luego de participar con su deliberación en los asuntos que le atañen (CP arts 1 y 2). Promover esta forma de democracia participativa y deliberativa es al mismo tiempo sentar las bases para posibilitar la paz, pues deliberar es ante todo ajustar los métodos y las condiciones*

[24] Ibíd.

de resolución de conflictos y diferencias a la pretensión de convivencia pacífica que subyace al derecho a la paz (CP art 22)".

Como se argumentó extensamente en la sección I de este documento, la refrendación cumple diversos objetivos constitucionales y fortalece el proceso de paz, y por ello es indispensable "un adecuado diseño de los mecanismos de refrendación, que logre activar de manera efectiva los canales de deliberación democrática y participación de la ciudadanía" (sentencia C-784 de 2014). Con esta advertencia de la Corte en mente, consideramos que la regulación de este mecanismo se justifica además porque la Constitución de 1991 -a pesar de que surge de un anhelo nacional de paz y busca ampliar la participación ciudadana- no prevé un mecanismo especial y específico para la refrendación de los acuerdos de paz. Con todo, la misma Constitución ofrece el marco normativo para crear tal dispositivo especial y específico para refrendar y poner en marcha los acuerdos de paz. Una paradoja de la Constitución es que no tiene un mecanismo democrático para refrendar acuerdos de paz, a pesar de que es un pacto por la paz, se inserta en los procesos de desmovilización de guerrillas, a finales de los ochentas e inicios de los noventa, y está volcada a la democracia participativa. En efecto, la Constitución y las Leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 muestran que Colombia cuenta con un abanico amplio de mecanismos de participación ciudadana y para modificar la Constitución. Sin embargo, ninguno de esos mecanismos cumple con las condiciones políticas y jurídicas indispensables para la refrendación de los acuerdos de paz, lo cual justifica que el legislador hubiera creado este mecanismo especial.

En conclusión, consideramos que el Congreso de la República tiene una clara y justificada competencia de crear un mecanismo de refrendación especial para el acuerdo de paz toda vez que tiene una competencia constitucional general y especial, desarrolla principios constitucionales fundamentales como lo son la paz y la participación, no restringe ni establece obstáculos para la participación y fortalece el proceso de paz a través de la deliberación y la participación en una de las decisiones más trascendentales de nuestra generación.

2.2. Naturaleza jurídica del mecanismo de refrendación creado por el PLE 156-094/2015

El mecanismo de refrendación establecido en el PLE objeto de estudio, como señalamos previamente, es un mecanismo especial y único de refrendación de los acuerdos del proceso de paz colombiano. En este entendido, no hace parte ni es el desarrollo de ninguno de los mecanismos de participación previstos en el artículo 103 de la Constitución y desarrollados por la Ley 134 de 1994. Tal como lo presentamos previamente, es un mecanismo que se desprende de la *vocación pacificadora* de la Constitución, por un lado, y de las competencias del Congreso para crear y regular otros mecanismos de participación, por la otra. En consecuencia, tiene una función particular, unas reglas especiales y unos efectos concretos, diferentes de los otros mecanismos de participación.

Distinto a lo que señala su nombre, el mecanismo de refrendación establecido en el PLE no es un plebiscito, esto por dos razones principalmente. Primero, por su objeto: el mecanismo de refrendación establecido en el PLE busca el pronunciamiento popular respecto a un asunto de relevancia nacional, esto es la refrendación de los acuerdos de paz entre el gobierno nacional y las guerrillas, un tema trascendental para todos los colombianos. Por su parte, el plebiscito busca el pronunciamiento popular respecto a una política del Gobierno, es decir, un marco circunscrito a las competencias del ejecutivo, exclusivamente. En segundo lugar y de la mano de lo anterior, en el mecanismo de refrendación del PLE, la voluntad popular genera

efectos vinculantes para todas las autoridades (artículo 3); contrario a lo que sucede en el plebiscito, pues está diseñado solamente para mostrar el apoyo o rechazo a una medida de iniciativa gubernamental.

Esos dos elementos que diferencian el mecanismo de refrendación previsto en el PLE y el plebiscito de la Ley 134 de 1994 podrían llevar a concluir que estamos ante una consulta popular. Pero esa conclusión es parcialmente cierta. En efecto, el mecanismo tiene como objeto un asunto de relevancia nacional y la decisión popular tiene efectos vinculantes, tal como lo señala la consulta popular; sin embargo, es un mecanismo especial, una *consulta popular especial para la paz*. El carácter especial y distintivo que lo diferencia de la consulta popular de la Ley 134 de 1994 es que establece reglas especiales (artículo 2) y el objeto sobre el que versa es concreto y específico (artículo 1). Sobre el primer aspecto, el mecanismo del PLE tiene reglas específicas con respecto al proceso de convocatoria (numeral 1 y 2) y al umbral (numeral 3); mientras que con respecto al objeto sobre el que versa, es un mecanismo de participación específicamente diseñado para la refrendación de los acuerdos de paz, no para otros asuntos. De lo anterior deriva que el carácter vinculante del dispositivo del PLE activa las competencias de las autoridades para desarrollar los contenidos de dicho acuerdo, en caso de ser refrendado.

Sin embargo, a pesar de su carácter especial y distintivo frente a los otros mecanismos de participación, el PLE busca mantener armonía con la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (L.134/94), pues dispone que los aspectos no regulados debe aplicarse lo establecido en ella (artículo 4). Por lo tanto, el mecanismo de refrendación parte del cuerpo normativo de los distintos mecanismos de participación regulados por el legislador, con las particularidades que trae de que sea un nuevo mecanismo único y especial para la refrendación de la paz.

Ahora bien, debemos preguntarnos si este dispositivo especial y único cumple con las funciones de la refrendación de (i) legitimidad democrática, (ii) implementación jurídica y (iii) garantía de cumplimiento. En nuestro criterio, este mecanismo es adecuado para la refrendación de los acuerdos de paz pues cumple esas funciones, lo cual esbozamos aquí y desarrollaremos en las secciones siguientes. El mecanismo del PLE, en primer lugar, cumple con el objetivo de legitimidad democrática, puesto que, al ser un mecanismo de participación necesita de la validación popular dada a través de los votos. Al exigir que para el éxito de la refrendación deba votar de manera afirmativa el 13% del censo electoral, se promueve la participación, como lo mostraremos en la subsección dedicada al estudio del umbral. La consecuencia de esto es que el respaldo popular dado, por al menos, el 13% del censo electoral (4 millones de ciudadanos) dota de legitimidad política los acuerdos, lo que hace más fácil su implementación y sostenibilidad en el tiempo, tal como lo señalamos en la primera sección.

En segundo lugar, de la mano con el punto anterior, el pronunciamiento popular, siempre y cuando el SÍ alcance al menos el 13% del censo electoral, dota de fuerza jurídica los acuerdos. Esta afirmación se sustenta en que la validación dada por el pueblo al resultado final del proceso de conversaciones de paz es la expresión del poder máximo (el pueblo) en un Estado constitucional de derecho. En consecuencia, dicho reconocimiento lleva consigo el mandato de darle cierta fuerza normativa a lo que se refrenda. Es decir, como el mecanismo exige la manifestación popular, si la ciudadanía vota en favor de la refrendación de los acuerdos de paz, se entiende que está exigiendo, de suyo, que dicho acuerdo tenga fuerza en el derecho interno para que pueda implementarse. Este punto lleva al último, el mecanismo

de refrendación permite la activación de competencias, puesto que al dotar de fuerza jurídica al acuerdo de paz, a través del pronunciamiento popular y en vista de que el acuerdo es un marco no autoejecutable, requiere que las autoridades competentes dispongan lo necesario para desarrollar sus contenidos. En ese entendido, el artículo 3 del PLE establece dicha activación de competencias, pues precisa que todas las autoridades del Estado deben disponer lo necesario para el desarrollo legal y constitucional de los acuerdos. Esto quiere decir que es la puerta que permite la activación del mecanismo de implementación para desarrollar y cumplir a los acuerdos.

En consecuencia, *la consulta popular especial para la paz* es un mecanismo de refrendación particular especial distinto a los otros mecanismos de participación que existen en el ordenamiento jurídico colombiano. Se refiere a la decisión sobre un tema específico, a saber, la refrendación del Acuerdo Final entre el Gobierno y las guerrillas; dota de legitimidad y fuerza jurídica a los acuerdos en virtud del mandato popular que se da a partir de la votación; y activa el mecanismo de implementación de los acuerdos al precisar que todas las autoridades del Estado deben disponer lo necesario para los desarrollos constitucionales y legales de los mismos.

Esto nos lleva a concluir, entonces, que la denominación dada en el PLE 156-094/2015 no corresponde a la naturaleza normativa del mecanismo especial de refrendación, puesto que lo denomina como plebiscito cuando su carácter normativo es diferente. Pero, ¿la incorrecta nominación del mecanismo acarrea la inconstitucionalidad total del mismo? ¿Debe la Corte Constitucional declarar inexequible la totalidad del PLE 156-094/2015 por esa razón? Nuestra respuesta es negativa. En virtud del *principio de conservación del derecho* el juez constitucional en el estudio de la constitucionalidad de las normas debe reconocer el rol del legislador como "*el legítimo representante de la voluntad popular y de que al derecho, como cuerpo normativo de regulación social, debe reconocérsele un mínimo de estabilidad que le permita cumplir con su cometido institucional"*[25]. Por lo tanto, dicho principio exige que se respete la voluntad del legislador que es, en principio, acorde con la voluntad del constituyente y para ello se debe evitar el *desmantelamiento del tejido normativo*[26]. La consecuencia de esto es que en tanto exista una interpretación de la norma sobre la que se estudia la constitucionalidad que sea acorde con la Constitución, la Corte Constitucional debe ordenar esta y proscribir la contraria y esto lo hace a través de la competencia que tiene para modular los efectos de sus fallos.

A partir ello, tenemos que en el PLE objeto de estudio existe una incorrecta nominación del mecanismo de refrendación, pues, como mostramos, no corresponde con la definición, objeto y reglas del plebiscito, ni de ninguno de los otros mecanismos regulados por la Ley 134 de 1994. No obstante, este yerro del legislador es puramente nominal, pues al suprimir la expresión *plebiscito* del texto normativo, no se altera su contenido sustancial, excepto en ciertas expresiones. En virtud de la competencia que tiene la Corte Constitucional, esto puede saldarse, primero, mediante la declaratoria de inexequibilidad de la expresión *plebiscito* y segundo, a través de la modulación de su decisión, en el sentido de proferir un fallo sustitutivo[27] para así incluir la expresión "*consulta popular especial para la paz",* donde no sea preciso eliminar la expresión *plebiscito,* en virtud de que, como vimos antes, es un mecanismo único y diferente a los que ya existen y en aras de garantizar el principio de

[25] Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. M.P
[26] Ibíd.
[27] Corte Constitucional. Ver entre otras sentencias C-445 de 1998, C-478 de 2003, C-1235 de 2005, C-468 de 2008, C-325 de 2009 y C-754 de 2015

conservación del derecho. Esto lo precisaremos más adelante con el fin de mostrar dónde es posible eliminar la expresión *plebiscito* sin alterar el contenido normativo del PLE, como medida principal, y dónde se requiere una sustitución, como medida subsidiaria.

En caso que la Corte Constitucional acceda a nuestra solicitud de declarar inconstitucional la expresión "plebiscito", surge la duda sobre el control constitucional del mecanismo especial de refrendación definido en los términos que hemos argumentado previamente. A nuestro juicio debe seguirse el mismo control constitucional de los plebiscitos y las consultas populares de carácter nacional teniendo en cuenta que este mecanismo comparte elementos estructurales que permiten que tenga un control constitucional efectivo. Así las cosas y para los términos de definir su control constitucional en este caso, el mecanismo especial de refrendación tiene en común con los plebiscitos y consultas populares que son de carácter nacional, convocados por el Presidente (art. 103 y 104 C.P.) y tienen concepto previo del Congreso de la República, por lo tanto existe identidad en los elementos esenciales para determinar la regla de control. Junto con este argumento debe recodarse que el artículo 4 de la ley estatutaria bajo estudio establece una norma remisoria a las Leyes 134 de 1994, 1757 de 2015 y demás normas concordantes", en las cuales se incluyen las normas constitucionales especiales sobre el control constitucionales. Así las cosas le solicitamos a la Corte que se aplique la misma regla de control constitucional para los plebiscitos y consultas populares nacionales, es decir, un control posterior a su realización y por los "vicios de procedimiento en su convocatoria y realización" (art. 241 numeral 3).

SECCIÓN III. REGLAS ESPECIALES DEL MECANISMO DE REFRENDACIÓN DEL ACUERDO FINAL DE PAZ (ARTÍCULO 2 PLE 156-094/2015)

Como precisamos anteriormente, el mecanismo de refrendación dispuesto en el proyecto de ley estatutaria que se estudia no es, en sentido estricto, un plebiscito. En efecto, este mecanismo tiene características de diferentes mecanismos de participación ciudadana desarrollados en la Ley 134 de 1994, a saber la consulta popular, el referendo y el plebiscito; sin embargo, tiene reglas especiales que lo hacen un mecanismo único diseñado, específicamente, para la refrendación del Acuerdo Final entre el Gobierno y la guerrilla de las guerrillas. A continuación nos referiremos a las reglas especiales del mecanismo, contenidas en el artículo 2 del PLE, que versan sobre el proceso de convocatoria, el umbral aprobatorio, la campaña por el SÍ o por el NO y la autorización de voto para los colombianos en el exterior. En esta oportunidad nos referiremos solamente a las dos primeras reglas.

3.1. Artículo 2. Numerales 1 y 2: Proceso de convocatoria

Los numerales 1 y 2 del artículo 2 del PLE se refieren a la convocatoria del plebiscito. La facultad para esto la tiene el Presidente quien debe informarle al Congreso su intención de realizar el plebiscito y la fecha para este, que debe ser de uno a cuatro meses después de rendido el informe. El Congreso tiene un mes para pronunciarse al respecto y si dentro de este plazo, ninguna de las cámaras, por mayoría de los asistentes, manifiesta su rechazo, el Presidente podrá convocarlo. Por lo tanto, el proceso de convocatoria de este mecanismo tiene dos actores claves, el Presidente y el Congreso y tres momentos, el informe del Presidente, la aprobación o rechazo del Congreso y la convocatoria en sentido estricto.

En primer lugar con respecto a la autoridad que tiene la competencia de convocar al mecanismo, es el Presidente. La refrendación del Acuerdo Final es un asunto de relevancia

nacional y por lo tanto, la autoridad responsable a ese nivel es el Presidente. Adicionalmente y en relación con el objeto de este mecanismo, del artículo 188 de la Constitución y de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional[28] se desprende que dentro de las competencias del Presidente de la República está velar por el mantenimiento del orden público y por alcanzar y mantener la paz, dentro de lo que se incluye negociar con grupos armados al margen de la ley. De la interpretación armónica de estas disposiciones y dada la naturaleza de la Constitución como una carta de paz, razonablemente se puede inferir que convocar a la participación ciudadana en el marco de un proceso de conversaciones de paz, como un elemento fundamental para su éxito, también puede incluirse dentro de las facultades del Presidente para mantener el orden público y buscar la paz.

Por su parte, en lo que respecta a la participación del Congreso, es legítimo y acorde con nuestro ordenamiento constitucional, que sea necesario el pronunciamiento del máximo órgano representativo. Esto opera como control a la ejecución de un mecanismo que reside en las competencias del ejecutivo, así se evitan las posibles arbitrariedades que pudiera cometer el Presidente y se da realización al principio democrático.

En segundo lugar, en lo que respecta a las fases de la convocatoria, estas asemejan las que se exigen a otros mecanismos, como la consulta popular y el plebiscito. Los tiempos que se exigen son razonables para dar la posibilidad al Congreso de realizar discusiones en su interior con el fin de tomar las decisiones que en mejor medida garanticen el derecho a la participación ciudadana, sin ser excesivos en el sentido de no obstaculizar el fin que persigue le mecanismo
En suma, el proceso de convocatoria se ajusta a la Constitución pues pone en cabeza del Presidente la competencia de convocar, siempre y cuando no haya rechazo por ninguna de las dos cámaras del legislativo, un asunto de trascendencia nacional, que requiere la aprobación popular como mostramos previamente, y dispone un plazo razonable para garantizar el respectivo debate en el legislativo.

3.2. Artículo 2. Numeral 3: Umbral

Para los mecanismos de participación el umbral es el mínimo de votos del censo electoral que se exigen cuando se activa uno de ellos. El requisito del umbral permite proteger las decisiones de trascendencia social de la decisión de una minoría movilizada[29]. La exigencia de umbral permite cualificar el número de votos, para que se requiera más que la mayoría simple de votantes para tomar decisiones de gran importancia. El umbral puede ser de participación (UP) o de aprobación (UA), esto determina cuáles son los votos que se exigen en el mismo. Para el UP los votos que se exigen son de los votantes efectivos, independiente de la elección que hagan; por su parte, en el UA se exige un porcentaje de votos en el sentido aprobatorio de la medida que se somete a votación. En Colombia, los mecanismos de participación desarrollados en la Ley 134 de 1994, a partir del mandato del artículo 103 de la Constitución, son UP. Esto quiere decir que para que el ejercicio del mecanismo sea válido se requiere que determinado porcentaje del censo electoral se acerque a las urnas y vote, sin importar el sentido en el que lo hagan. Así, por ejemplo, para la consulta popular se exige que participe, al menos, un tercio del censo electoral vigente (art. 55 L.134/94).

Por su parte, el umbral del mecanismo de refrendación es de aprobación (UA), es decir, el porcentaje que se exige (13%) es de votos a favor; es decir, se requiere que, al menos, el 13%

[28] Corte Constitucional. Sentencia C-048 de 2001. M.P Jaime Córdoba Triviño.
[29] Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015. M.P Mauricio González Cuervo.

del censo electoral vigente vote por el SÍ. A su vez, esto requiere también que los votos por el SÍ no sean superados por el porcentaje de votos por el NO. El requisito del umbral aprobatorio del 13% es constitucional, por cuatro razones principales, como pasaremos a ver.

Primero, el umbral fijado en el numeral 3 del artículo 2 del PLE es una exigencia en aras de garantizar la legitimidad de los acuerdos, pues la decisión será tomada por la mayoría de los votantes, que será de al menos 4 millones (aprox. El 13% del censo electoral vigente), pues resulta inaceptable que una minoría decida un tema de tanta trascendencia. El umbral aprobatorio de la refrendación requiere para su cumplimiento que el 13% del censo electoral voten a favor del SÍ, siempre y cuando esta cifra no sea superada por el NO; en el caso contrario se entiende que la mayoría decidió no refrendar el Acuerdo Final. Esto quiere decir que en cualquier caso, la decisión sobre el Acuerdo Final la tomará la mayoría, y dicha decisión será contundente en términos de evidenciar la voluntad popular. Los UA, contrario a los UP, son, entonces, una mejor medida para la voluntad ciudadana se manifieste; en los UP el abstencionismo activo es una estrategia para aquellos que no apoyan la medida, en tanto los votos que se necesitan para validar el mecanismo son de votantes efectivos, independiente del sentido en el que voten; por lo tanto, al no poder desagregar el abstencionismo activo, del pasivo, no hay claridad sobre cuál fue la manifestación de la voluntad general.

El siguiente ejemplo permite ilustrar lo que acabamos de presentar: *supongamos un referendo en donde hay 10 votantes y 4 apoyan el referendo, 2 están en contra y 4 son indiferentes y no van a votar. Supongamos que el UP es del 50%, por lo que al menos 5 personas deben participar para que la reforma pueda ser aprobada. En esas condiciones, si los opositores a la reforma votan, entonces paradójicamente su participación permitiría alcanzar el umbral y que la reforma sea aprobada pues la participación llegaría a 6 votos. Por el contrario, si se abstienen, entonces la totalidad de los votantes apoyaría el referendo pero éste se entendería negado por no alcanzar el umbral pues sólo habría 4 votantes. Los opositores tienen entonces un interés estratégico en abstenerse*[30]. En este ejemplo, los votantes en contra se abstuvieron y el porcentaje de participación fue del 40%; si el UP no hubiera existido los votantes en contra hubieran participado y el porcentaje de participación hubiera sido del 60%, entonces ni se alcanzó el umbral del 50% ni participaron los opositores para mostrar claramente su rechazo. Ahora, si por el contrario en el ejemplo se hubiera fijado no un UP del 50%, sino un UA del 30%, los opositores no hubieran tenido ningún incentivo para abstenerse y se hubiera alcanzado una participación del 60%.

Segundo, y relacionado con la razón anterior, el UA del mecanismo promueve la participación ciudadana. Al no incentivar el abstencionismo activo como una estrategia, quienes quieran apoyar u oponerse a la refrendación del Acuerdo Final deben ir a las urnas y votar; de lo contrario, quienes sean indiferentes estarán sometidos a las mayorías que acudan a ejercer su derecho al voto. Así, por ejemplo, hay estudios empíricos[31] que muestran que los UA promueven la participación; estos estudios señalan que, por ejemplo, para el caso de los referendos realizados en toda la Unión Europea desde 1970 a 2007, controlando para otras variables relevantes en la participación (como la obligatoriedad o no del voto, o la concurrencia o no del referendo con otra votación), era claro que los UP estimulaban el abstencionismo y los UA promovían la participación. Por lo tanto, esta característica de los UA permite concluir que este tipo de umbrales permite desarrollar el principio democrático,

[30] Uprimny Rodrigo, *Umbral, plebiscito y paz.* La Silla Vacía. Disponible en: http://lasillavacia.com/historia/umbral-plebiscito-y-paz-52543

[31] Ibíd. A propósito los estudios de Aguiar-Conraria y Maghalaes "*Referendum design, quorum rules and turnout"* y Yoichi Hizen *"A referéndum experiment with participation quorums".*

pues fomenta la participación ya que quienes estén a favor o en contra deben, necesariamente, votar para expresar su opinión

Tercero, con respecto al porcentaje del umbral, esto es 13%, es más bajo que los exigidos para otros mecanismos de participación directa, sin embargo esto no es caprichoso; tiene que ver, justamente, con que es un UA, no un UP. En esencia, un UP exige determinado porcentaje de votos totales, mientras que el umbral de aprobación solo exige cierto porcentaje de votos en sentido aprobatorio. En apariencia la exigencia del 13% resulta arbitraria y desproporcionada si se compara con el umbral de otros mecanismos, sin embargo, equivale materialmente al umbral del 25% que se exige al referendo para reformas constitucionales[32], como veremos a continuación.

El umbral de aprobación del mecanismos de refrendación exige que 13% del censo electoral vote a favor, entonces, los votantes por el NO para superar la decisión aprobatoria deberían, al menos, superar ese 13% que exige el umbral. Por lo tanto, si se suma el umbral aprobatorio con los votos negativos (en caso de que este supere los votos por el SÍ) el resultado sería la votación de más del 26% del censo electoral. Por su parte, en el caso de un UP, como en el ejemplo del referendo que citamos, además de exigir el 25% de votación del censo electoral, se requiere que, al menos, la mitad mas uno de esos votantes, esto es un poco más del 12.5%, lo haga en uno u otro sentido. Por lo tanto, la exigencia del UA del mecanismo de refrendación de 13%, materialmente es más alta de lo que se exige actualmente como UP. En consecuencia, el umbral de aprobación exigido en el PLE no es arbitrario sino que deriva de la naturaleza de este tipo de medidas.

Finalmente, la disposición de un UA para este mecanismo hace parte de la libertad de configuración del legislador[33], pues a diferencia del umbral de otros mecanismos como, el referendo para reformas constitucionales, que por mandato de la Constitución son de participación, no hay ninguna prohibición para establecer umbrales de aprobación. Por el contrario, por las razones presentadas previamente, permite el desarrollo de mandatos constitucionales como la participación.

En consecuencia, el UA establecido en el PLE bajo estudio es una medida constitucional y una exigencia razonable en aras de garantizar el principio democrático; hace parte de la libertad de configuración del legislador y, como acabamos de mostrar, fomenta la participación y permite dar cuenta, de forma más clara, de la voluntad popular.

3.3. Art. 4 Voto en bloque

Es preciso referirnos a un asunto que a primera vista podría parecer un problema de *la consulta popular para la paz.* Puede llegarse a pensar que esta da lugar al voto en bloque; no obstante un análisis más detallado evidencia que no es así. La Ley 134 de 1994 precisa, con respecto al referendo, que el tarjetón electoral debe contener cada una de las preguntas que se someten a votación y la posibilidad de votar SÍ o NO por cada una y también la posibilidad de votar en bloque. Esto ha dado lugar a que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del voto en bloque. El Alto Tribunal ha considerado que el voto en bloque

[32] Uprimny Rodrigo, *Umbral, plebiscito y paz.* La Silla Vacía. Disponible en: http://lasillavacia.com/historia/umbral-plebiscito-y-paz-52543
[33] Óp. Cit M.P Mauricio González Cuervo. 2015.

viola la libertad del elector y el carácter no plebiscitario de un referendo constitucional, por lo tanto está prohibido[34].

Cabe anotar que el voto en bloque se ve como un riesgo cuando lo que se somete a votación es multitemático, como un referendo constitucional multitemático. Sin embargo, como anticipamos, en el caso del PLE no existe voto en bloque. El objeto de un mecanismo como el referendo constitucional es distinto al del PLE; en el primero es aprobar distintas reformas constitucionales, que pueden referirse a distintos temas, mientras que en el segundo, es la refrendación del Acuerdo Final entre el Gobierno y las guerrillas, no el pronunciamiento sobre el acuerdo o desacuerdo de cada uno de los puntos que se discutieron. Sobre este punto hay que precisar que como hemos reiterado a lo largo del documento, la idea de la refrendación es que la aprobación del resultado de un proceso de conversaciones de paz dote al acuerdo final de legitimidad, fuerza jurídica y active las competencias para la implementación.

Asimismo, en la votación de este mecanismo no se incurre en voto en bloque puesto que el objeto de la refrendación, esto es el Acuerdo Final, es un acuerdo de paz inescindible. El artículo 1 de la ley estatuaria bajo revisión de la Corte establece que el "el Presidente de la República (...) podrá someter a consideración del pueblo mediante plebiscito, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera", lo cual indica que el acuerdo final debe ser sometido en su totalidad al voto popular y no es aceptable que se sea sometido por partes y de forma separada. La razón fundamental para esta votación del acuerdo en su totalidad se relaciona con la esencia misma de un acuerdo de paz que busca finalizar un conflicto armado con un conjunto de medidas relacionadas e interdependientes negociadas por las partes. A pesar de que las partes puedan llegar a acuerdos parciales, una negociación de esta naturaleza se hace en su totalidad como expresión de la voluntad de las partes que se materializa en la firma del acuerdo final. Está lógica de los acuerdos de paz se expresa en el principio "nada está acordado hasta que todo esté acordado" contenido en el Acuerdo General para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC – EP el 26 de agosto de 2012. Al ser un acuerdo negociado en su totalidad, el pueblo tiene el derecho de votar o no una formula específica del acuerdo de paz y hacerlo por partes llevaría a romper los presupuestos políticos y jurídicos con los que realiza la negociación el Presidente de la República, como cabeza de la conservación del orden público (art. 189, numeral 4 C.P.).

SECCIÓN IV. VINCULATORIEDAD DE LA DECISIÓN TOMADA POR EL PUEBLO EN EL MECANISMO DE REFRENDACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ (ARTÍCULO 3 PLE 156-094/2015)

Por último, pasamos a analizar los efectos de la votación de la consulta especial para refrendar el acuerdo final. Dicho análisis, en nuestro concepto, supone el estudio de la naturaleza del objeto que se someterá a consulta. Así pues, creemos que la Corte Constitucional debe preguntarse primero cuál es la naturaleza normativa y fuerza jurídica de los acuerdos del proceso de paz colombiano, a lo que dedicamos la primera parte de la presente sección. Luego de ese examen, en la segunda parte, revisamos los efectos jurídicos que generarían tanto el voto afirmativo como el voto negativo del pueblo en la consulta especial para la paz.

[34] Corte Constitucional. Sentencias C-180 de 1994, C-551 de 2001 y C-150 de 2015

4.1. La naturaleza y fuerza jurídica de los acuerdos sometidos a consulta

El estudio de los efectos de la consulta especial para la refrendación del acuerdo final implica, previamente, responder la pregunta por la naturaleza normativa y fuerza jurídica del acto sometido a consulta. Esto, por cuanto no es viable establecer los efectos jurídicos de la aprobación o rechazo popular los acuerdos de paz sin resolver, con anticipación, el valor jurídico de aquello que es aprobado o rechazado por el pueblo.

El valor jurídico de los acuerdos de paz es un tema de singular importancia para la sostenibilidad del actual proceso de paz en Colombia. Distintos estudios comparados muestran que el éxito de los procesos de paz depende, en buena medida, de la seguridad de que los acuerdos de paz se apliquen de manera *sostenida y sostenible*[35]. Esto es posible, entre otros factores, gracias a la claridad del valor jurídico de tales acuerdos, es decir, su validez y fuerza jurídicas.

Hay al menos tres razones que sustentan esto. En primer lugar, los acuerdos de paz son comprendidos como documentos que generan obligaciones para las partes, más que simples declaraciones políticas. Esto implica que, en segundo lugar, los acuerdos son vistos como garantía de cumplimiento tanto para las partes como para la sociedad y las víctimas. En este sentido, como los acuerdos hacen parte de un orden jurídico, las partes negociantes entienden que de ellos derivan deberes y que, en caso de incumplimiento, se pueden activar mecanismos jurídicos para forzar a la contraparte a que acate lo pactado. A su vez, los acuerdos son garantía de cumplimiento para la sociedad en general, que busca restablecer sus lazos de confianza con las instituciones democráticas del Estado; y para las víctimas en particular, quienes ven que sus derechos han sido tomados en serio. Y en tercer lugar, dichos acuerdos obtienen certeza jurídica y, en esa forma, el proceso de paz se asegura y, en cierta medida, se vuelve prácticamente irreversible. Así, futuros gobiernos no estarían facultados para deshacer fácilmente lo pactado, pues ello hace parte de un orden jurídico que no puede ser desconocido ni anulado de facto.

Naturaleza normativa de los acuerdos de paz.

A partir de una interpretación ampliada, finalista y evolutiva del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, los acuerdos de paz pueden ser entendidos constitucionalmente como acuerdos especiales humanitarios. Ello se fundamenta en, al menos, tres razones. La primera razón es la consideración de que los acuerdos de paz celebrados entre un Estado y un grupo insurgente no pueden ser catalogados como tratados internacionales, por cuanto una de las partes –el grupo insurgente- no es considerado sujeto de derecho internacional y éste es uno de los requisitos de los tratados internacionales, de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Viena[36]. No obstante, algunos doctrinantes ven en el artículo 3 de la misma Convención[37]

---

[35] Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General de la ONU. UN Doc. A/59/2005, párrafo 114.

[36]De acuerdo al artículo 2, para los efectos de la Convención de Viena, el tratado internacional es "un acuerdo internacional celebrado por escrito y regido por el derecho internacional entre uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales; o entre organizaciones internacionales y, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (cursivas fuera del texto). De esta definición deriva que son requisitos esenciales de los tratados que estos acuerdos internacionales se rijan por las normas de derecho internacional y sean celebrados por sujetos de derecho internacional.

[37] Esta norma dispone: "El hecho de que la presente Convención *no se aplique* ni a los acuerdos internacionales celebrados entre *Estados y otros sujetos de derecho internacional* o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, *no afectará*:
a) al valor jurídico de tales acuerdos;

cierta autorización para celebrar acuerdos de paz entre un Estado y un grupo armado como tratados internacionales. Para aplicar este artículo, en todo caso, debería entenderse al grupo armado como sujeto de derecho internacional o como titular de cierto grado de personalidad jurídica internacional. Pero en este asunto existen encuentros y desencuentros en la doctrina internacional; y esta incertidumbre se refuerza ante la falta de fundamento normativo y una costumbre internacional claras que reconozcan subjetividad jurídica a los grupos armados no estatales para suscribir tratados de paz. La disputa en este asunto se libra entre quienes aseguran que los grupos armados solo son sujetos de DIH mas no de derecho internacional y aquellos que sostienen que dichos grupos tienen una personalidad jurídica limitada.

Los primeros sostienen que la condición de sujetos de DIH de los grupos armados no deriva en el reconocimiento de estos como sujetos plenos en derecho internacional. De acuerdo a los Convenios de Ginebra, las partes de un conflicto armado interno están obligadas a cumplir las normas de DIH, lo cual "no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico" de las mismas (artículo 3 común) [38]. Con fundamento en esta norma, los analistas reconocen que los grupos armados son sujetos DIH[39], sin que ello implique que tienen personalidad jurídica plena en derecho internacional. En ese sentido, se ha justificado que la calidad de sujetos de DIH de los grupos armados se sustenta en, de acuerdo a la mayoría de autores, la llamada doctrina de jurisdicción legislativa[40], según la cual a esos grupos les aplican las normas DIH porque el Estado, en su capacidad de legislar para todos los ciudadanos, ha aceptado las normas de DIH. Con todo, se han formulado otras doctrinas para explicar la aplicación del DIH a grupos armados, independientemente de su relación con el Estado al que combate el grupo, como son la doctrina de ejercicio de funciones gubernativas de facto[41] y la personería jurídica limitada de estos grupos[42].

Los segundos, por su parte, reconocen una personalidad jurídica limitada a los grupos armados[43]. Estos autores sostienen, de un lado, que los grupos armados están obligados en DIH de forma independiente al Estado; y, de otro, que no es posible argumentar que aquellos grupos tienen deberes en DIH, sin reconocer algún tipo de personalidad jurídica. Por ello, en la medida en que los grupos armados tienen deberes en DIH, también tienen capacidad legal

---

b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;
c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional." (Subrayas fuera del texto)

[38] Ver, artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*. (Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007).

[39] Antonio Cassese, «The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts», *The International and Comparative Law Quarterly* 30, n.º 2 (abril de 1981): 416-39.

[40] Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflic* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

[41] De acuerdo a esta doctrina, "si la autoridad responsable que lidera el grupo ejerce una soberanía efectiva, el carácter vinculante surge del mero hecho de que pretende representar al país, o a parte de él". Jean Pictet, *Commentary to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Ginebra: CICR, 1958), 37.

[42] La Comisión Internacional de Investigación para Darfur sostiene que: "[T]odos los grupos insurgentes que alcanzan un cierto umbral de organización, estabilidad y control efectivo del territorio poseen personería jurídica internacional y, en consecuencia, están suje- tos a las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario sobre los conflictos armados internos". Informe enviado por la Comisión Internacional de Investigación para Darfur al Secretario General de la ONU en atención a la Resolución 1564 del Consejo de Seguridad de la ONU del 18 de septiembre de 2004, 25 de enero de 2005, párr. 172. Consultar también Jann K. Kleffner, «La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados», *International Review of the Red Cross*, Grupos armados y derecho aplicable, n.º 882 (junio de 2011).

[43] Philip Alston, *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2005).; Marco Sassòli, «Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, n.º 1 (2010).; Marco Sassòli, Antoine A Bouvier, y Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?* (Geneve: ICRC, 2011).; Gus Waschefort, «The Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups in International Law», *South African Yearbook of International Law*, n.º 36 (2011): 226-36.

y, a su vez, personalidad jurídica. Pero esta personalidad es limitada, ya que sólo les permite ser sujeto de deberes mas no de derechos[44].

Ahora, la forma en que se reconoce tal personalidad limitada a los grupos armados es variada. Lauterpacht, por ejemplo, señala que el Estado puede autónomamente reconocer a los grupos armados como sujetos internacionales en tanto titulares de obligaciones de DIH[45]. Watson, por su parte, afirma que en la práctica internacional ya se ha reconocido a algunos grupos personalidad jurídica limitada, como ha ocurrido con los movimientos independentistas o de liberación (Mozambique, Guinea-Bissau y Angola, entre otros)[46]. Por esa vía, este autor indica que la Organización Para la Liberación de Palestina -OLP, al firmar los acuerdos de Oslo con el Estado de Israel (1993), actuó como sujeto de derecho internacional. De hecho, Watson encuentra similitudes entre OLP y los movimientos de liberación, a quienes se ha reconocido personalidad jurídica en el pasado[47]. Además, la forma en que este grupo se relaciona con algunos Estados vecinos a Israel corrobora que OLP ha sido reconocida como sujeto de derecho internacional por un sector de la comunidad internacional. Esta posición ha sido cuestionada por otros autores. En particular, Sabel considera que en los Acuerdos de Oslo la OLP no actuó como sujeto de derecho internacional, por lo que aquellos no tienen la categoría de actos bilaterales en el derecho internacional[48]. Para este autor, los acuerdos de paz pueden tener valor jurídico en el nivel internacional por la actuación de la única parte que tiene personalidad jurídica: el Estado. Esto es posible gracias a una declaración unilateral del Estado, la cual se condiciona al cumplimiento del grupo armado de las obligaciones que le correspondan, según los acuerdos.

Como vemos, la aplicación del artículo 3 de la Convención de Viena para dotar a los acuerdos de paz del estatus de tratado internacional enfrenta también dificultades, en particular, por la condición disímil de las partes negociantes frente al derecho internacional: mientras hay un reconocimiento pacífico de los Estados como titulares de personería jurídica plena, existe controversia respecto a la posible personalidad jurídica de los grupos armados. Es por ello que autores como Bell consideran que los acuerdos de paz con insurgentes no constituyen tratados internacionales en sí mismos aunque, al mismo tiempo, reconocen que estos documentos son fuente especial de derecho internacional[49]. En este contexto, no resulta factible considerar, en los términos clásicos del derecho internacional, que los acuerdos firmados entre el Estado colombiano y las guerrillas son tratados internacionales.

La segunda razón en la que se fundamenta el entendimiento de los acuerdos de paz como acuerdos especiales humanitarios es el amplio margen de reglamentación de los acuerdos previstos en el artículo 3 común: dichos acuerdos no se agota con las disposiciones estrictas de conducción de las hostilidades, sino que también incluye los esfuerzos de las partes por terminar la confrontación armada. De hecho, si el propósito del derecho humanitario y de los acuerdos especiales es reducir el sufrimiento ocasionado por la guerra, ¿no es acaso la mejor forma de lograr dicho propósito que acordando y logrando terminar la confrontación armada? Por supuesto que sí. Por ello, es razonable concluir que un acuerdo de paz tiene un propósito

---

[44] Waschefort, «The Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups in International Law».
[45] H Lauterpacht, «The subjects of international law», en *nternational law. Being the collected papers of Hersch Lauterpacht vol I:The general works*, ed. H Lauterpacht, 1970, 136-137.
[46] Geoffrey Watson, *The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreements* (Oxford: Oxford University Press, 2010).
[47] Ibid.
[48] Robbie Sabel, «Review of "The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestian Peace Agreements. By Geofrrey R. Watson"», *The American Journal of International Law* 95, n.º 1 (enero de 2001): 248-52.
[49] Ver: Christine Bell (2006) "Peace Agreements: Their Nature and Legal Status" en *American Journal of International Law*, Vol 100, pp., 373-412.

igual al de las normas humanitarias y al de los acuerdos especiales, de manera que pueden ser asimilados hasta cierto punto.

Este vínculo profundo entre la humanización de la guerra -que es el propósito inmediato del DIH y de los acuerdos especiales- y la búsqueda de la paz, fue claramente señalado por la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Protocolo II a los convenios de Ginebra en la sentencia C-225 de 1995. Conviene transcribir los párrafos pertinentes, pues ese entendimiento de la Corte Constitucional otorga clara viabilidad en el caso colombiano para un entendimiento ampliado de los acuerdos especiales como instrumentos de paz. Dijo entonces la Corte en el fundamento 21 de esa sentencia:

> "*21- Esto muestra con claridad que el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Y a su vez, como bien lo señalan la Vista Fiscal, los representantes gubernamentales y otros intervinientes, esta humanización de la guerra tiene una especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la paz. En efecto, de manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.*
>
> *Así lo entendió, a nivel teórico, Kant, cuando enfrentó al problema de cómo aplicar el derecho de gentes a la guerra, que para este pensador era un estado de naturaleza, una situación de ausencia de orden y derecho. Kant encontró una respuesta: "hay que hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico" (Emmanuel Kant.* ***Principios metafísicos del derecho.*** *Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943, p 190). Esto ni más ni menos significa que la aplicación del derecho internacional humanitario facilita el restablecimiento de la paz.. E igualmente, a nivel práctico, el presidente de los Estados Unidos Lincoln fue de la misma opinión. En efecto, durante la Guerra de Secesión, Lincoln adoptó el 24 de abril de 1863 la Orden General No 100, por medio de la cual puso en vigor el primer código militar destinado a humanizar un conflicto armado interno. Conocida como el Código de Lieber, pues fue redactada por el jurista Francis Lieber, esta orden prohíbe todas las prácticas contrarias a las costumbres de la guerra civilizada, no sólo con el fin de ahorrar sufrimiento humano durante las hostilidades sino, además, porque es necesario excluir, según lo dice el artículo 16 de esa normatividad, "todo acto de hostilidad que haga innecesariamente difícil el retorno a la paz".*
>
> *Esto muestra entonces que las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (CP art. 22), lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto obviamente no significa, como bien lo destaca el Ministerio Público, que las normas humanitarias sólo se puedan y deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias per se para las partes en un conflicto armado. Además, la aplicación del derecho*

internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II".

Por último, la interpretación ampliada del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra tiene igualmente fundamentos en la práctica contemporánea: en los últimos años han sido calificados como acuerdos especiales, sin que nadie se haya opuesto, pactos entre Estados y grupos armados no estatales que incluían regulaciones de otro tipo, como pueden ser reformas políticas, siempre y cuando el pacto contuviera igualmente normas humanitarias.

En la experiencia comparada existen acuerdos especiales que buscan terminar una confrontación armada y establecer instituciones de Estado de Derecho. Entre ellos, nombramos el Acuerdos de Nairobi (1985), el Acuerdo de Paz de Cotonou para Liberia (1993) y el Acuerdo de Paz de Lomé (1999). El primero de estos acuerdos fue celebrado entre el gobierno militar de Uganda y el Movimiento Nacional de Resistencia (NRM, por sus siglas en inglés)[50]. En su artículo primero, este acuerdo afirma que el artículo 3 común es aplicable para las partes, el cual luego es reproducido en su totalidad en el anexo D. Respecto al contenido, incluye disposiciones de cese al fuego, desarme, un gobierno transitorio (un consejo militar que reúne funciones ejecutivas y legislativas), monitoreo (a cargo de Kenia, Tanzana, Gran Bretaña y Canadá) e implementación de lo pactado.

El Acuerdo de Paz de Cotonou para Liberia fue celebrado por el gobierno interino de la Unidad Nacional de Liberia (IGNU), el Frente Nacional Patriótico de Liberia (NFPL) y el Movimiento de Liberación Unido de Liberia por la Democracia (ULIMO)[51]. Este acuerdo tiene principalmente cuatro objetivos: (i) poner fin al conflicto, por lo que establece obligaciones de alto al fuego y cese de las hostilidades; (ii) crear un gobierno de transición, en el que participen los distintos grupos y movimientos; (iii) establecer una "amnistía general" a todas las partes involucradas en el conflicto; y (iv) garantizar la asistencia humanitaria y repatriación de refugiados y desplazados.

De igual forma, el Acuerdo de Paz de Lomé, firmado entre Gobierno de Sierra Leona y el RUF, busca regular las condiciones de terminación de la confrontación armada. De hecho, el mismo acuerdo declara que el conflicto se terminó con efectos inmediatos. Otro fin de este acuerdo es permitir la participación política de los miembros del RUF, grupo armado que se transformaría en partido político. El acuerdo, además, tiene como objetivos "otorgar indulto absoluto e incondicional" a todos los combatientes y establecer disposiciones a favor de prisioneros políticos, refugiados, desplazados, así como garantías de derechos humanos (como una Comisión de la Verdad).

También existen acuerdos especiales que regulan tanto asuntos propios de DIH como cuestiones generales de derechos humanos. Entre estos enunciamos, a modo de ejemplo, el Acuerdo de San José entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (1990), y los acuerdos de paz de Burundi. El primero establece el deber de las partes de respetar el artículo 3 común y el Protocolo adicional II. Asimismo, contiene disposiciones de protección de derechos humanos –como erradicar las desapariciones forzadas, la tortura y los atentados contra la vida en general-, así como mecanismos de verificación de cumplimiento –la Misión de Naciones Unidas en El Salvador-[52]. Por su parte,

[50] El acuerdo se puede consultar en http://theirwords.org/?country=UGA&ansa=109&document_type=1
[51] Consultar el acuerdo en http://www.refworld.org/docid/3ae6b5796.html
[52] Michelle Mack, «Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales», *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 2008, 18.

el Protocolo II al Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha para Burundi (2000)[53] contiene disposiciones respecto a, entre otros asuntos, los valores y principios constitucionales para el posconflicto, los derechos fundamentales, el sistema político y electoral, y la estructura del Estado en general.

Esta práctica de usar los acuerdos especiales para propósitos más amplios permite afirmar que hay una costumbre emergente (pues en la medida en que nadie se ha opuesto es razonable entender que los sujetos de derecho internacional entienden que esa práctica es aceptable) que permite entender que pactos de paz que contengan clausulas humanitarias pueden ser calificados de acuerdos humanitarios. Y el acuerdo de paz al que llegaran las guerrillas y el Estado colombiano tendría en todo caso normas humanitarias, como la búsqueda de los desaparecidos, por lo que calificarlo de acuerdo especial encontraría fundamento en esa costumbre en fase de cristalización.

Asimismo, la costumbre internacional en la materia (fuente de derecho internacional, de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la CIJ) ha generado un "uso reiterado" y "con conciencia de su valor jurídico y obligatoriedad" u *opinio iuris* –los dos elementos centrales de la costumbre internacional- de los acuerdos especiales de DIH, en el entendido de que éstos no se restringen a regular la confrontación armada ni su ámbito de reglamentación es exclusivamente el DIH. De acuerdo con esa costumbre, las obligaciones que crean los acuerdos especiales, por una parte, se pueden dirigir también a terminar el conflicto, en lugar de solamente regularlo; y, por otra parte, pueden versar sobre normas puntuales de DIH y, además, normas más generales de derechos humanos. En este sentido, podemos sostener que la costumbre ha dado lugar a una forma particular de acuerdos especiales de DIH.

Es posible llegar a esta conclusión, por cuanto la costumbre internacional se cristaliza de forma distinta respecto a normas imperativas y normas permisivas. En especial, existen diferencias en la manera en que se constata la *opinio juris*. Mientras que frente a las normas imperativas la *opinio juris* se considera como la creencia de que existe una obligación jurídica vinculante; en relación con las normas permisivas la *opinio juris* se entiende como la creencia de que cierta conducta está autorizada. Ahora, ¿cómo se constata que existe una creencia de que determinada acción está permitida por el derecho internacional? Fernando Toledo afirma que esa creencia se constata no sólo por la convicción de que una acción está autorizada, sino también por la conciencia de que debe permitirse tal acción[54]. En este sentido, Akehurts señala que respecto a la *opinio juris* en reglas permisivas es necesario acreditar que "algunos Estados han actuado en (sic) forma determinada y que otros Estados, cuyos intereses resultarían afectados por dichos actos, no han protestado contra los mismos, es decir, que los restantes Estados han dado aquiescencia a tal comportamiento"[55].

En esta medida, la costumbre internacional ha generado una forma específica de acuerdos especiales de DIH. A esta clase de acuerdos especiales pertenecen los acuerdos del proceso de paz colombiano. Esto por cuanto se trata de acuerdos que buscan el fin del conflicto y la reforma del Estado en algunos aspectos y, al mismo tiempo, incluyen obligaciones de DIH y de derechos humanos. Esta es, entonces, la naturaleza jurídica de dichos acuerdos.

---

[53] El Protocolo II hace parte integral del Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha para Burundi. Su objeto principal es crear el nuevo orden constitucional para Burundi. Puede consultarse en https://www.issafrica.org/cdburundipeaceagreements/No%201%20arusha.pdf

[54] Fernando Enrique Toledo Tapia, «La "Opinio Juris" como elemento psicológico de la costumbre», *Revista Chilena de Derecho* 17, n.º 3 (septiembre de 1990): 497.

[55] AKEHURTS, *Introducción al Derecho Internacional* (Madrid: Alianza, 1972), 55.

En síntesis, resulta constitucionalmente admisible entender que los acuerdos del proceso de paz colombiano son como una forma específica de acuerdos especiales de DIH. Esta figura se encuentra consagrada en el artículo 3 común, el cual autoriza a las partes de un conflicto interno a celebrar acuerdos especiales para que se comprometan a cumplir las normas de DIH. A partir de esta autorización, se ha generado una costumbre internacional de acudir a tales acuerdos no sólo para regular el conflicto armado, sino también para terminarlo y establecer o fortalecer instituciones de Estado de Derecho en contextos de transición; así como para generar obligaciones que cubren tanto el campo del DIH como el ámbito de los derechos humanos en general. Esta es, pues, una forma particular de acuerdos especiales de DIH.

4.2. Efectos del pronunciamiento ciudadano en la consulta para la paz: validez e implementación jurídica de lo pactado

Luego de analizar el valor jurídico de los acuerdos que se someterán a refrendación, por medio de la consulta popular especial para la paz, pasemos a revisar los efectos del pronunciamiento ciudadano. Al respecto, el artículo 3 del PLE 156-094/2015 dispone que la decisión aprobada "tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal" de los acuerdos de paz. A renglón seguido, la misma norma precisa que "[e]n consecuencia, el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios de Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan *para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas*" (Subrayas fuera del texto). Pero ¿qué significa que el pronunciamiento popular *tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal* de lo pactado?, ¿quiere decir que dicho pronunciamiento popular impone un mandato de actuación a las entidades estatales?

En nuestro criterio, el artículo 3 del PLE 156-094/2015 genera los siguientes efectos. Por una parte, si el pronunciamiento popular ratifica democráticamente los acuerdos de paz, es decir, el voto por el sí supera el umbral aprobatorio, eso significa que (i) tales acuerdos ingresan al ordenamiento jurídico como parámetro constitucional que hace parte del bloque de constitucionalidad, en razón de que la consulta especial popular para la paz constituye el mecanismo propio de inclusión de los acuerdos de paz al ordenamiento doméstico; y (ii) el pueblo impone a las respectivas autoridades competentes un mandato de implementación jurídica de lo pactado, de manera que ese voto afirmativo activa un mecanismo especial y expedito de implementación de los acuerdos. Por otra parte, si llegara a ganar el voto negativo, esto es, no se lograra la ratificación democrática de los acuerdos por medio de la consulta popular especial para la paz, los efectos serían que (i) los acuerdos de paz sometidos al pueblo no ingresan al ordenamiento jurídico colombiano y (ii) las autoridades competentes no tienen el mandato popular de implementar jurídicamente dichos acuerdos sometidos a votación. Esto significa, entonces, que el posible escenario del voto negativo de la consulta creada por la norma objeto de revisión no cierra las puertas de continuar los esfuerzos de una salida negociada al conflicto armado, ni anula definitivamente la posibilidad de una futura ratificación democrática de acuerdos de paz. Por el contrario, el efecto del posible voto nugatorio es la falta de ratificación popular de los acuerdos de paz sometidos a consideración del pueblo, por lo que tanto el Estado colombiano como las guerrillas podrían buscar otra alternativa de acuerdo de fin del conflicto el cual, por supuesto, podría someterse a votación popular para su ratificación.

Los efectos del voto afirmativo de la consulta que ratifique los acuerdos de paz

En caso de que el voto afirmativo supere el umbral aprobatorio, la consulta para la paz tendría, principalmente, dos efectos: (i) incluir al derecho colombiano los acuerdos de paz e (ii) imponer a las autoridades correspondientes el mandato de implementar jurídicamente lo pactado. Veamos.

El primer efecto del voto afirmativo a la consulta es la ***adopción interna de los acuerdos de paz***. Como señalamos antes, los acuerdos del proceso de paz colombiano son una forma específica de acuerdos especiales humanitarios (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra) Esta es, entonces, su naturaleza y fuerza jurídica constitucionalmente admisible. Ahora, ¿de qué forma ingresan esos acuerdos al ordenamiento nacional? Y ¿cuál es su carácter normativo?

Los acuerdos especiales humanitarios, previstos en el artículo 3 común, ingresan al orden nacional como parámetro constitucional que hace parte del bloque de constitucionalidad. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, en distintas ocasiones[56], a partir de la interpretación de los artículos 22, 93, 94 y 214 de la Constitución Política. Para la Corte, los preceptos de derecho internacional humanitario, de los que hacen parte los acuerdos especiales del artículo 3 común, son usados como "parámetros del control de constitucionalidad de las leyes"[57], es decir, se encuentran en un nivel jerárquico superior al de las leyes y equivalente al del texto constitucional de 1991. Ello, por cuanto dichas disposiciones humanitarias han sido integradas normativamente a la Constitución por vía del bloque de constitucionalidad. Esa incorporación, en concepto de la Corte, opera de forma automática, pues no se requiere ratificación alguna previa ni expedición de norma reglamentaria[58].

Con base en esa jurisprudencia, podría pensarse, a primera vista, que en la medida en que los acuerdos de paz son acuerdos especiales humanitarios de los previstos en el artículo 3 común, los mismos ingresan al derecho colombiano automáticamente al bloque de constitucionalidad. No obstante, ese precedente jurisprudencial no aplica a los acuerdos de paz que serán sometidos a ratificación popular. Aunque tales pactos son entendidos constitucionalmente como acuerdos especiales humanitarios, los mismos no tienen el carácter puramente declarativo de las normas humanitarias sino que, más que eso, se dirigen a terminar el conflicto y precisar la vigencia de disposiciones de derechos humanos en general. Por eso, los acuerdos de paz del proceso colombiano son una forma específica de acuerdos especiales humanitarios. De ahí deriva, entonces, que esta clase de acuerdos no ingresan automáticamente al orden colombiano, como ocurre con los acuerdos especiales meramente declarativos, sino que su incorporación al derecho colombiano requiere de una vía específica y especial.

Una vía posible de incorporación de los acuerdos es, precisamente, la consulta popular especial para la paz. Este mecanismo, según lo afirmamos en la sección dos de este documento, cumple tres funciones centrales: (i) de legitimidad democrática, (ii) de implementación jurídica de lo pactado y (iii) de garantía y seguro de cumplimiento. Así pues, en la medida en que los acuerdos de paz entendidos como acuerdos especiales humanitarios no ingresan automáticamente al bloque de constitucionalidad, por cuanto su carácter no es meramente declarativo de normas humanitarias, requieren del respaldo popular para su ingreso al derecho doméstico. Esto no significa una modificación al texto constitucional a

[56] Ver, principalmente, Corte Constitucional. Sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-048 de 2001.
[57] Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.
[58] Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.

través de un mecanismo diferente a los autorizados para tal fin. Contrario a esto, la consulta especial para la paz no altera el texto constitucional, por cuanto su efecto es ingresar los acuerdos de paz al bloque de constitucionalidad como parámetro constitucional.

Ahora bien, los acuerdos de paz también podrían incorporarse al orden nacional a través de otros mecanismos asimilables al trámite de adopción nacional de tratados internacionales. Si entendemos esos acuerdos de paz como pactos especiales de resolución de conflictos, con una fuerza jurídica internacional específica, su trámite interno podría asimilarse al previsto para tratados internacionales.

El segundo efecto de la aprobación ciudadana de los acuerdos de paz es ***la imposición a las autoridades competentes de implementar jurídicamente lo pactado***. Esta es, precisamente, una de las funciones que cumple la refrendación de los procesos de paz. La consulta especial para la paz no sólo implica el respaldo popular a los acuerdos de paz, sino que además activa la implementación jurídica de tales acuerdos. Dicha implementación puede seguir las vías ordinarias que actualmente prevé el ordenamiento jurídico o, en su lugar, usar dispositivos especiales y expeditos para tal fin. Esta última opción genera importantes ventajas para la seguridad del proceso de paz. La experiencia comparada muestra que la estabilidad de los procesos de paz depende, en gran medida, de la capacidad y agilidad de los Estados para implementar los acuerdos[59]. Es por esto que resulta conveniente que los acuerdos de paz sean incluidos en el ordenamiento interno e implementados jurídicamente de manera expedida para cumplir con los rápidos tiempos que exige la puesta en marcha de los pactos de paz.

Los efectos del voto negativo de la consulta popular especial para la paz

Por su parte, en caso de que los votos por el no superen el umbral aprobatorio de la consulta para la paz se generarían los efectos opuestos al anterior escenario. Esto significa que (i) no se incluirían en el ordenamiento interno los acuerdos de paz sometidos a votación ni (ii) se impondría a las autoridades respectivas el mandato de implementación jurídica. Sobre este punto vale la pena aclarar que el voto de rechazo no puede entenderse como la negación popular de continuar en la búsqueda de una solución pacífica al conflicto armado interno en Colombia. Ello no sólo desconoce uno de los principales fines de la Constitución de 1991, cual es la consecución de la paz y la resolución pacífica de los conflictos, sino que además sometería al debate democrático la existencia del derecho fundamental a la paz, lo que está vedado a las mayorías. Así pues, el escenario de voto mayoritario por el no debe entenderse como el rechazo popular a los acuerdos de paz particulares que fueron puestos a votación, por lo que es posible intentar otra fórmula de solución pacífica del conflicto y de nuevo someterla a decisión del pueblo.

SOLICITUDES A LA CORTE CONSTITUCIONAL

Anteriormente precisamos que la denominación del mecanismo de refrendación contenido en el PLE como plebiscito era errónea. Sin embargo, también señalamos que en aras de garantizar el principio de conservación del derecho, eso no redundaba en su inconstitucionalidad. Para sustentar nuestra solicitud, en seguida mostramos que la Corte Constitucional en el ejercicio de su facultad de modular sus propios fallos, puede proferir una sentencia sustitutiva que declare inexequible la expresión plebiscito pero que, donde no se

[59] Consultar: Stephen John Stedman, «Implementing Peace Agreements in Civil Wars: Lessons and Recommendations for Policymakers», *IPA Policy Paper Series on Peace Implementation*, 2001.

pueda eliminar la expresión, so pena de perder el sentido gramatical y normativo del texto, debe sustituirla por la expresión *consulta popular especial.*

En otras ocasiones, la Corte ha modulado los efectos de sus sentencias en cuanto al contenido adoptando sentencias integradoras de tipo sustitutivo. Tal como lo ha señalado en las sentencias C-445 de 1998, C-478 de 2003, C-1235 de 2005, C-468 de 2008, C-325 de 2009 y C-754 de 2015, en algunos eventos la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición puede generar un vacío en la norma que la priva de coherencia y de un significado constitucionalmente válido. En esos casos, en sus propias palabras, "la declaratoria de inconstitucionalidad no es suficiente para rescatar la disposición enjuiciada". Por eso, para garantizar los principios de efectividad y conservación del derecho que rigen el control constitucional, ha admitido la posibilidad de retirar del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto ajustado a la Constitución Política.

En este caso, consideramos que la única opción que tiene la Corte para ajustar el mecanismo de refrendación es retirar la expresión "plebiscito", y la configuración gramatical que le dé sentido en cada frase, del ordenamiento jurídico, puesto que esta expresión no admite ninguna interpretación conforme a la Constitución que permita mantenerla vigente dentro del texto normativo. No podría la Corte declarar una interpretación de la expresión "el plebiscito" ajustada la Carta, puesto que esta palabra denota un mecanismo diferente al que el legislador ha establecido en el PLE estudiado.

Así, sugerimos respetuosamente a la Corte Constitucional que realice las siguientes modificaciones en el texto normativo para así garantizar el principio de conservación del derecho:

Texto del Proyecto de Ley Estatutaria	**Sugerencia de modificación**
ARTÍCULO 1°. Plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, podrá someter a consideración del pueblo mediante plebiscito, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el cual estará sometido en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas en la presente ley.	ARTÍCULO 1°. ~~Plebiscito para la~~ refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, podrá someter a consideración del pueblo ~~mediante plebiscito~~, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el cual estará sometido en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas en la presente ley.
ARTÍCULO 2°. Reglas especiales del plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Los procedimientos de convocatoria y votación se regirán por las siguientes reglas: 1. El Presidente deberá informar al Congreso su intención de convocar este plebiscito y la fecha en que se llevará a cabo	ARTÍCULO 2°. Reglas especiales *de la consulta especial* para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Los procedimientos de convocatoria y votación se regirán por las siguientes reglas: 1. El Presidente deberá informar al Congreso su intención de convocar ~~este~~

la votación, la cual no podrá ser anterior a un mes ni posterior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del Presidente.	~~plebiscito~~ y la fecha en que se llevará a cabo la votación, la cual no podrá ser anterior a un mes ni posterior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del Presidente.
2. El Congreso deberá pronunciarse en un término máximo de un mes. Si el Congreso se encuentra en receso deberá reunirse para pronunciarse sobre el plebiscito. Si dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República informe su decisión de realizar el Plebiscito por la paz, ninguna de las dos Cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo.	2. El Congreso deberá pronunciarse en un término máximo de un mes. Si el Congreso se encuentra en receso deberá reunirse para pronunciarse ~~sobre el plebiscito~~. Si dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República informe su decisión ~~de realizar el Plebiscito por la paz~~, ninguna de las dos Cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo.
3. Se entenderá que la ciudadanía aprueba este plebiscito en caso de que la votación por el sí obtenga una cantidad de votos mayor al 13% del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no.	3. Se entenderá que la ciudadanía aprueba ~~este plebiscito~~ en caso de que la votación por el sí obtenga una cantidad de votos mayor al 13% del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no.
4. La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias. Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente al plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores.	4. La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias. Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente a ~~al plebiscito para~~ la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores.
5. En el Plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz	5. ~~En el Plebiscito~~ para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del

estable y duradera votarán también los colombianos residentes en el exterior a través de los consulados. Parágrafo Primero. Las campañas lideradas por movimientos cívicos, ciudadanos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que decidan participar promoviendo el voto por el "SI" y "NO" tendrán idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios y mecanismos señalados en el presente artículo.	conflicto y la construcción de una paz estable y duradera votarán también los colombianos residentes en el exterior a través de los consulados. (…).
ARTÍCULO 3°. Carácter y consecuencias de la decisión. La decisión aprobada a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo. En consecuencia, el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios de Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas.	ARTÍCULO 3°. Carácter y consecuencias de la decisión. La decisión aprobada a través de ~~del Plebiscito para~~ la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo. (…)
ARTÍCULO 5°. *Divulgación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.* El Gobierno nacional publicará y divulgará el contenido íntegro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Dicha publicación se realizará de manera permanente, con mínimo treinta (30) días de anticipación a la fecha de votación del plebiscito.	**ARTÍCULO 5°.** *Divulgación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.* El Gobierno nacional publicará y divulgará el contenido íntegro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Dicha publicación se realizará de manera permanente, con mínimo treinta (30) días de anticipación a la fecha de votación ~~del plebiscito~~.

En estos términos, solicitamos respetuosamente a la Corte que: (i) declare la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 del Proyecto de Ley Estatutaria Nº 156 de 2015 Cámara y 094 de 2015 Senado "por medio del cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"; (ii) declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de las expresiones *"tendrá un carácter vinculante",* en el sentido de que se activa un mandato de implementación del acuerdo final y se crea una norma marco que orienta la actividad del Estado la cual, en todo caso, no es una norma constitucional o legal autoejecutable.; y (iii) declare **INEXEQUIBLE** la expresión plebiscito contenida en el título de la ley y en algunos

de los artículos de la misma, y cuando sea necesario para dotar de sentido a la ley, la **SUSTITUYA** por la expresión: "*consulta popular especial*".

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito
Director de Dejusticia

Rodrigo Uprimny Yepes
Investigador de Dejusticia

Paola Fernanda Molano Ayala
Investigadora de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia

Mauricio Albarracín
Investigador de Dejusticia