

61

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Algunas consideraciones
preliminares sobre los acuerdos de
Paz en Colombia**

Debates sobre los Acuerdos de Paz

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

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

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

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

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 61
***Algunas consideraciones preliminares sobre los acuerdos de paz en
Colombia***

Debates sobre los acuerdos de Paz

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

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

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

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

Presentación

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

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

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

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Algunas consideraciones preliminares sobre los acuerdos de paz en Colombia

El presente documento de trabajo se presenta como resultado de un primer seminario de discusión sobre los acuerdos de paz de La Habana y los efectos que estos pueden tener en los diferentes ámbitos jurídicos del ordenamiento interno colombiano. En esta primera ocasión se aborda uno de los principales debates que giran en torno a estos acuerdos, el de la legitimación y validación de los mismos a través de la refrendación popular.

En las páginas que siguen se presentan las principales ideas expuestas por ALEJANDRO LEYVA, abogado asesor de las FARC-EP durante el proceso de paz que se desarrolla actualmente, así como los comentarios de algunos de los profesores del Departamento de Derecho Constitucional, de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales y de representantes de Organizaciones No Gubernamentales sobre las dos hipótesis que se han identificado para respaldar y fortalecer el acuerdo.

El documento que aquí se presenta fue preparado y editado por DANIEL RIVAS RAMÍREZ.

1. LA REFRENDACIÓN POPULAR COMO ELEMENTO DETERMINANTE DEL ACUERDO FINAL:

Cuando se habla del derecho a la paz hay que tener en cuenta que este tiene una doble dimensión. Esto en el entendido que no solo implica una serie de obligaciones internacionales sino que además, cualquier acuerdo de paz que sea usado como medio, tendrá una serie de implicaciones en el orden interno. Es por esta razón que para LEYVA parecería necesario que siempre hubiese un mecanismo de refrendación que lo revistiera de una naturaleza más sólida dentro del derecho nacional.

En el caso del *Acuerdo general para la terminación del conflicto* se puede ver cómo es que esto último tiene un verdadero fundamento. La agenda política del acuerdo colombiano versa sobre un total de seis puntos¹, dentro de

¹ Las conversaciones de paz en La Habana cuentan con una agenda política que pretende llegar a acuerdos en torno a seis materias. Estas son I) Política de desarrollo agrario integral; II) Participación política, III) Fin del conflicto; IV) Solución al problema de las drogas ilícitas;

los cuales se encuentra el de *implementación, verificación y refrendación* de los acuerdos y esto supone la existencia de un mecanismo de refrendación que sólo podrá suceder tras la consecución de un acuerdo final. Ahora bien, si bien está claro que deberá llevarse a cabo la refrendación popular, aún no se ha definido el mecanismo que se utilizará para ello.

El artículo 103 de la Constitución Nacional², reglamentado por las leyes 134 de 1991 y 1757 de 2015, establece como mecanismos de participación ciudadana el plebiscito, el voto, el referendo y la iniciativa legislativa entre otros.

De cara a evaluar cuál sería el mejor mecanismo para implementar en este caso, LEYVA realiza una precisión conceptual que al parecer no ha sido tomada en consideración hasta el momento. Cuando hablamos del referendo, estamos haciendo referencia a un mecanismo de reforma constitucional. En cambio, cuando hablamos del plebiscito, se trata de un medio para someter a la ciudadanía una decisión tomada por el Gobierno.

Es a partir de lo anterior que LEYVA desconoce la posibilidad de hablar de un *plebiscito reformatorio* y lo cataloga como una desnaturalización de esta especie de mecanismo de participación. En particular señala tres razones por las cuales no tendría cabida dentro del derecho nacional este concepto. Estas son:

1. El plebiscito en ningún caso será un mecanismo de reforma de la constitución.
2. El plebiscito es sólo para las decisiones del ejecutivo.
3. Hablar de un plebiscito reformatorio sería modificar los acuerdos logrados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

Por su parte JULIO CÉSAR ORTIZ discrepa con LEYVA al señalar que la historia constitucional colombiana demuestra que en la práctica han ocurrido *plebiscitos reformatorios*. Para él es el caso de lo sucedido con el Tratado de paz de Wisconsin de 1902 con el que se dio fin a la Guerra de los Mil Días. Sin embargo, LEYVA defiende la idea de la imposibilidad de un plebiscito con estas características porque si bien es cierto que este es uno de los antecedentes

V) Víctimas y VI) Implementación, verificación y refrendación. A la fecha de elaboración de este documento se han logrado acuerdos sobre los puntos I, II, IV y V.

² Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

históricos del referendo aprobatorio, en esa ocasión no se llevó a cabo ningún plebiscito, sino que por el contrario lo que ocurrió fue una situación *de facto*.

Finalmente cabe señalar que según LEYVA, las FARC-EP no han fijado una pretensión definida respecto a cuál debería ser el mecanismo de participación. Lo que sí han dejado claro es que para que se pueda llegar a un acuerdo y pueda funcionar, se requiere un medio que garantice una verdadera seguridad física y jurídica para ambas partes. Es por esto que se descarta la idea del plebiscito como la herramienta idónea para la refrendación del acuerdo.

Sin embargo, para MAGDALENA CORREA, la verdadera pregunta sobre la refrendación está relacionada con su utilidad. LEYVA, en contravención de lo propuesto por FERRAJOLI respecto de los valores supremos y los principios contra mayoritarios que son de imperativo cumplimiento³, concluye que la necesidad y la utilidad de ella están arraigada en un factor eminentemente cultural.

2. LA FÓRMULA DEL ACUERDO ESPECIAL DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA.

Una segunda opción y la cual ha sido especialmente defendida por el Fiscal General de la Nación es la de reconocer el acuerdo de paz como un acuerdo especial de Derecho Internacional Humanitario, de aquellos contemplados en el artículo tercero común de los Convenios de Ginebra.⁴

“Artículo 3 - Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

[...]

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

³ Para ahondar más en esta perspectiva doctrinaria se puede ver: FERRAJOLI, L. *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343 Centro de Estudios Constitucionales de Chile

⁴ En el mes de abril, el Comité Internacional de la Cruz Roja respondió a la consulta del Gobierno colombiano sobre la posibilidad de considerar el acuerdo de paz como un acuerdo especial del Derecho Internacional Humanitario. La respuesta del organismo fue ilustrativa en el sentido que afirmaba que por las condiciones del conflicto colombiano y la naturaleza del acuerdo, este podría ser desarrollado como un acuerdo de este tipo. Sin embargo, la CICR no aprobó o improbó que fuese en la práctica este tipo de acuerdo.

De acuerdo con LEYVA, el revestir de esta naturaleza el acuerdo de paz, los efectos serían eminentemente positivos. Sin embargo, eso no quiere decir que sea una propuesta pacífica. De hecho, para poder determinar su factibilidad es importante revisar algunos elementos de análisis.

Por la especial naturaleza de este tipo de acuerdos, se trata en realidad de una declaración unilateral del Estado que es depositada en el Comité Internacional de la Cruz Roja. Este tipo de instrumento supone además ventajas para la población civil no combatiente por estar acompañado de toda la normatividad del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, para LEYVA también representa una posibilidad de beneficios para los combatientes por cuanto permitiría la adopción de una amnistía verdaderamente amplia.

Ahora bien, si se trata de una declaración unilateral del Estado, qué pasa con las FARC si no tienen la condición de sujetos del derecho internacional. La opinión de LEYVA respecto a este asunto plantea que los actos realizados por la contra parte del Gobierno cobran la naturaleza de actos jurídicos internacionales en la medida que se hacen dentro de un conflicto armado de carácter no internacional⁵. Sin embargo, esta propuesta encuentra como mínimo tres problemas. MARÍA CLARA GALVIS señala que el acuerdo de paz de La Habana no se enmarca en el supuesto de los acuerdos especiales porque no hay una finalidad humanitaria expresa y que además la definición de la naturaleza jurídica del mismo está supeditada al bloque de constitucionalidad y una autoridad internacional que la defina.⁶

Finalmente cabe resaltar que la obligatoriedad de los acuerdos y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales no está condicionada a la personería jurídica de las partes dignatarias sino por los efectos jurídicos que tengan⁷. Es por esta razón que al hablar de un acuerdo especial habría una remisión directa al derecho imperativo y por tanto, entraría al ordenamiento interno a través del bloque de constitucionalidad. Por su parte, HEIDI ABUCHAIBE señala que presenta una serie de problemas

⁵ Los Estados suelen mostrarse reticentes a reconocer los conflictos internacionales por esta razón. Sin embargo, en el caso colombiano es claro que nos enfrentamos a un verdadero conflicto armado no internacional no solo por las declaraciones que ha hecho el Gobierno sino también porque no se ha ni se puede utilizar la figura del Estado de excepción para las situaciones derivadas del conflicto armado.

⁶ LEYVA plantea que el Comité Internacional de la Cruz Roja no es la autoridad competente para definir la naturaleza del acuerdo. Esto no solo porque desconocen la respuesta sino también porque excede su competencia. La Comisión de Encuestas de los Convenios de Ginebra se ha mostrado ineficiente y en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no procede la consulta.

⁷ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; Concepto de Naciones Unidas.

conceptuales, en especial si se tiene en cuenta que no hay claridad en las categorías conceptuales que la sostienen. Con ella se borran las fronteras entre actores y sujetos del derecho internacional, se olvida que es la aquiescencia y no los actos unilaterales la que genera los efectos jurídicos internacionales y se desconoce el alcance y contenido de las normas internacionales. A modo de ejemplo, señala que se ignora la justificación popular de los principios de soberanía y libre determinación de los pueblos. LEYVA por su parte, considera que estos principios son los que inspiran la jurisdicción, entre otras cosas porque se articulan con otras obligaciones internacionales como la contenida en el artículo tercero de los Convenios de Ginebra.

CONCLUSIONES

No es fácil la tarea de definir la forma en la que se dará un blindaje jurídico al acuerdo de paz, sin embargo tal y como lo ha señalado LEYVA, es necesario tanto material como formalmente. Esto especialmente teniendo en cuenta las limitaciones que tiene nuestra legislación nacional y previendo que pueda ocurrir un proceso de Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de seguridad jurídica y no como uno de refrendación.

En cualquier caso, las experiencias extranjeras como en el caso de los acuerdos de Mali (Argelia) y los Acuerdos de Filipinas, demuestran que aún cuando sea la comunidad internacional quien de un valor jurídico, eso no quiere decir que estemos exentos de hacer verdaderas reformas -tanto jurídicas como institucionales- para asegurar el éxito del acuerdo. En todo caso, para esto, podrán utilizarse herramientas de articulación e implementación como el margen nacional de apreciación, la justicia prospectiva⁸, el sistema presidencial y las políticas territorial y criminal entre otros.

⁸ Al respecto se pueden ver los planteamientos de JACQUES COUSTEAU.

