

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumple con los requisitos de aptitud sustantiva

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL-Integración

El encabezado del artículo 189 de la Constitución establece que el presidente es jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, y en los veintiocho numerales siguientes le atribuye una serie de funciones en virtud de cada una de estas tres calidades. Este artículo tiene consecuencias respecto de las posibilidades legislativas de estructuración orgánica de la rama ejecutiva del poder público, y de la atribución y distribución de funciones a su interior. La consecuencia para la estructura del ejecutivo consiste en que esta rama está organizada de manera jerárquica, y que el presidente se encuentra a la cabeza de dicha jerarquía. El resto de la rama ejecutiva del orden nacional está subordinada a sus decisiones. Funcionalmente, por su parte, el artículo 189 le atribuye una serie de funciones al presidente de la República en su triple calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. Este puede delegar algunas de ellas entre los funcionarios y entidades de la rama ejecutiva, y el legislador puede desconcentrar otras.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Desconcentración y delegación de funciones

DESCONCENTRACION FUNCIONAL-Características

La desconcentración así concebida, presenta estas características: 1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico. 2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse sin embargo, que en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración. 3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro. 4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

DELEGACION DE FUNCIONES-Naturaleza y elementos

La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de

transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia. Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación: 1. La transferencia de funciones de un órgano a otro. 2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función. 3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal. 4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Conservación del orden público/ORDEN PUBLICO-Competencia en conservación y restauración

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE ORDEN PUBLICO-Órdenes con prelación sobre las de alcaldes y gobernadores

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Límites a su potestad para regular el orden público

(...) la estructura jerárquica de dicha rama en materia de orden público le impone límites a las facultades que tiene el Congreso para regular la materia. El primer límite a la actividad legislativa consiste en que la ley debe mantener la facultad para tomar decisiones en materia de orden público en cabeza del presidente. De lo contrario, si la ley limita o restringe la facultad del presidente para tomar decisiones, condicionándolas a la voluntad de otro funcionario, el presidente dejaría de ser quien dirige el orden público. La dirección de cualquier sector de la política pública requiere, en primera medida, tener la facultad para tomar decisiones, y en segunda medida, el deber de obediencia por parte de sus subalternos. Por lo tanto, el legislador no podría, por ejemplo, limitar las facultades presidenciales en el manejo del orden público, condicionándolas a unos requisitos o condiciones establecidas por los gobernadores o alcaldes. Una norma semejante subvertiría la jerarquía constitucional respecto del mantenimiento del orden público.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE ORDEN PUBLICO-Centralización de funciones y atribuciones directas

DIALOGOS DE PAZ-Potestad presidencial

(...) es necesario concluir que, si ninguna autoridad pública puede conducir diálogos de paz sin autorización del presidente, a fortiori tales autoridades, al estar sujetos a las órdenes del presidente en la materia, tampoco puedan condicionar la potestad presidencial para decidir cómo, cuándo y con quiénes puede llevar a cabo tales diálogos. Estas decisiones son de naturaleza eminentemente política, y por lo tanto es el presidente, como representante de la unidad nacional y elegido mediante voto popular, quien debe tomarlas.

CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL-Composición

DERECHO A LA PAZ-Naturaleza/PAZ-Derecho, deber y fin constitucional/DERECHO A LA PAZ-Dimensiones

(...) la paz no es sólo una aspiración constitucional, sino que le impone derroteros ciertos a las actuaciones de los encargados de dirigir y ejecutar la política en materia de orden público. En particular, en aquella ocasión la Corte identificó tres de ellos: 1) un deber de adoptar medidas tendientes a canalizar el conflicto armado por medios políticos, y en ese mismo sentido, 2) el deber de darle prelación a los mecanismos de solución pacífica de los conflictos, y finalmente, 3) un deber de garantizar progresivamente la protección de los derechos.

DERECHO A LA PAZ-Integra concepciones tanto de índole colectiva como individual, así como deberes correlativos en ambos supuestos

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Deber de acudir preferencialmente a solución pacífica de los conflictos internos

En efecto, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que el presidente de la República debe buscar preferencialmente acudir a mecanismos de solución pacífica de los conflictos internos. Este deber se deriva, en primer lugar, de una lectura sistemática de la Constitución Política, y en particular, de la prevalencia de los principios fundamentales de la Constitución como elementos integradores que deben informar la interpretación de la parte orgánica de la misma. En segunda medida, se deduce así mismo del análisis de los antecedentes históricos y de la teleología de la Constitución, que ha sido llamada la

“Constitución de la paz”, lo cual consta no sólo en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, sino en el preámbulo mismo de la Constitución. Finalmente, la preferencia por los medios pacíficos de solución del conflicto armado se deriva también de la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que la Corte, interpretando el artículo 93 de la Constitución, ha incorporado al ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad.

DERECHO A LA PAZ COMO FIN PRIMORDIAL DEL ESTADO-Desarrollo jurisprudencial

Del anterior recuento jurisprudencial la Corte concluye que la paz, como finalidad del Estado y como derecho individual y colectivo exige que las autoridades encargadas de mantener el orden público busquen preferencialmente una salida negociada a los conflictos con las organizaciones al margen de la ley. Este deber supone que el legislador no restrinja injustificadamente las potestades presidenciales para buscar el diálogo. Con todo, a pesar de lo anterior, el deber de buscar una salida negociada no significa que el presidente no conserve una amplia discrecionalidad para determinar cómo, cuándo y con quién busca establecer diálogos, y cuándo debe usar el aparato coercitivo del Estado para proteger los derechos de las personas.

FUNCION DE CALIFICACION DE UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO-Aspecto sustantivo

(...) las características básicas del concepto de grupo armado organizado están definidas tanto en el ordenamiento jurídico interno, como en el derecho internacional. Por lo tanto, desde el punto de vista sustantivo, la calificación de una organización al margen de la ley como grupo armado organizado no es una facultad que surja ex-nihilo, ni puede concebirse como una facultad omnímoda del Consejo de Seguridad Nacional. Por el contrario, en todo caso éste tendría que verificar que la organización sujeta a calificación cumpla los llamados “requisitos objetivos” definidos por el Protocolo II. Es decir, estarían calificando: 1) la existencia de un grupo organizado bajo la dirección de un mando responsable, que 2) ejerza control territorial, 3) realice operaciones militares sostenidas y concertadas y, 4) esté en capacidad de aplicar el protocolo.

FUNCION DE CALIFICACION DE UN GRUPO ARMADO-Aspecto procedimental

Desde el punto de vista procedimental la función de calificar cuándo una organización al

margen de la ley es un GAO sí supone un grado prácticamente indefinido de discrecionalidad. Ello se debe a que no existe una norma dentro del ordenamiento jurídico que establezca cuál es el procedimiento que debe seguir el Consejo de Seguridad Nacional para llevar a cabo tal calificación. Al no existir un procedimiento, ni estar previamente definidas unas condiciones, circunstancias o criterios que activen tal facultad, tampoco es posible ejercer control sobre sus decisiones, ni sobre sus omisiones.

FUNCION DE CALIFICACION DE UN GRUPO ARMADO-Alcance ante el derecho interno y el derecho internacional/FUNCION DE CALIFICACION DE UN GRUPO ARMADO-Efectos ante el derecho interno y el derecho internacional

CALIFICACION DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY-Aplicación ipso jure del Protocolo II

(...) la Corte concluye que cuando una organización al margen de la ley cumple los requisitos objetivos para que se la considere como un grupo armado organizado, el Protocolo II aplica ipso jure. La aplicación ipso jure del protocolo tiene diversas consecuencias. En primer lugar, entra a operar el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, y con ello aumenta el alcance de la protección a la población civil y a las mismas organizaciones armadas. Sin embargo, por otra parte también aumenta la responsabilidad jurídica que les es imputable a dichas organizaciones, por la adecuada aplicación del DIH. Finalmente, también cabe mencionar que en virtud del principio de distinción estas organizaciones se convierten en un objetivo militar legítimo de las fuerzas armadas del Estado.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Prevalencia en el orden jurídico interno/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Integración

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Distinción de acepciones del concepto

(...) el concepto de bloque de constitucionalidad tiene dos acepciones distintas. La primera de ellas, usualmente denominada el bloque de constitucionalidad en sentido lato, incorpora una determinada norma como criterio de interpretación del respecto del contenido y alcance de los derechos establecidos en la Constitución. La otra, conocida como el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de las normas de rango legal que sean contrarias a las disposiciones del bloque.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Aplicación de normas

PROTOCOLO II DE GINEBRA-Forma parte del bloque de constitucionalidad/PROTOCOLO II-Aplicabilidad

Expediente: D-13.338

Demandantes: Iván Cepeda Castro, Gustavo Bolívar, Soraya Gutiérrez Argüello, Jomary Ortegón Osorio, José Jans Carretero Pardo, Harold A. Vargas Hortúa, Daniela Stefanía Rodríguez Sanabria, Luis Fernando Sánchez Supelano, Alberto Yepes Palacio, Irene López, Natalia Herrera Gálvez y Diana Salamanca.

Magistrada Sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Iván Cepeda Castro, Gustavo Bolívar, Soraya Gutiérrez Argüello, Jomary Ortegón Osorio, José Jans Carretero Pardo, Harold A. Vargas Hortúa, Daniela Stefanía Rodríguez Sanabria, Luis Fernando Sánchez Supelano, Alberto Yepes Palacio, Irene López, Natalia Herrera Gálvez y Diana Salamanca demandaron el inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018, “por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014.”, por considerar que vulnera los artículos 2º, 22 y 189 de la Constitución Política. La demanda fue radicada con el número D-13338.

2. Mediante Auto de 12 de julio de 2019, la magistrada sustanciadora decidió inadmitir la demanda por falta de especificidad y pertinencia en los cargos planteados y por falta de certeza, por cuanto los demandantes se referían a disposiciones que no están contenidas en el texto demandado. En dicho Auto se les dio a los demandantes tres (3) días para corregir la demanda en los términos de la parte motiva del mismo. De conformidad con el informe de la Secretaría General de esta Corporación, dicho auto fue notificado el 16 de julio.

3. El 19 de julio del mismo año, es decir, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto inadmisorio, los demandantes corrigieron la demanda aclarando el alcance de la demanda, y la manera como el cargo planteado cumple con los requisitos de certeza, especificidad y pertinencia.

4. El dos (2) de agosto de 2019, la suscrita magistrada sustanciadora decidió admitir la demanda, fijar en lista la disposición acusada, comunicar el proceso a la Presidencia de la República, a la presidencia del Congreso de la República para que intervengan, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, invitar al Ministerio del Interior, al de Relaciones Exteriores, al de Justicia, de Defensa, al Alto Comisionado para la Paz, a la Defensoría del Pueblo, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a Human Rights Watch, al Centro Internacional de Justicia Transicional, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Centro de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, a la Academia Colombiana de Derecho Internacional, a las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Los Andes, Externado, Javeriana, La Sabana, Sergio Arboleda, y dar traslado al Procurador General de la Nación para que rinda su concepto frente a la constitucionalidad de la disposición demandada.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe y se subraya el texto demandado:

“LEY 1941 DE 2018

(diciembre 18)

“Por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de

2014.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“Artículo 3°. El artículo 8° de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 1° de la Ley 1779 de 2016 y adicionado por el artículo 1° del Decreto-Ley 900 de 2017, quedará así:

“- Realizar todos los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con grupos armados organizados al margen de la ley.

“- Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos a: obtener soluciones al conflicto armado, lograr la efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el respeto de los Derechos Humanos, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estas organizaciones o su tránsito a la legalidad y la creación de condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo.

“Los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del Gobierno sean necesarios para adelantar el proceso de paz y su cumplimiento será verificado por las instancias nacionales o internacionales que para el efecto y de común acuerdo designen las partes.

“Estos acuerdos deben garantizar el normal y pleno funcionamiento de las instituciones civiles de la región en donde ejerce influencia el grupo armado al margen de la ley que lo suscribe.

“Cuando así lo disponga el Gobierno nacional según lo acordado por las partes, en el marco de un proceso de desarme, una instancia internacional podrá estar encargada de funciones tales como la administración, registro, control, destrucción o disposición final del armamento del grupo armado organizado al margen de la ley y las demás actividades necesarias para llevar a cabo el proceso.

“A la respectiva instancia internacional que acuerden las partes se les otorgarán todas las facilidades, privilegios, de carácter tributario y aduanero, y protección necesarios para su establecimiento y funcionamiento en el territorio nacional.

“Parágrafo 1°. De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

“El Consejo de Seguridad Nacional determinará cuándo una organización se califica como grupo armado organizado al margen de la ley y las condiciones necesarias para que pueda ser objeto de todos o de alguno de los diferentes instrumentos que consagra esta ley. Tal calificación y condiciones son requisitos para que el Gobierno nacional pueda examinar la posibilidad de decidir si adelanta diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo. Dicha caracterización tendrá una vigencia de seis meses, al cabo de los cuales deberá actualizarse o antes, si se requiere.

“Se entiende por miembro-representante, la persona que el grupo armado organizado al margen de la ley designe como representante suyo para participar en los diálogos, negociación o suscripción de acuerdos con el Gobierno nacional, o sus delegados.

“Se entiende por vocero persona de la sociedad civil que, sin pertenecer al grupo armado organizado al margen de la ley, pero con el consentimiento expreso de este, participa en su nombre en los procesos de paz, diálogos, negociaciones y acuerdos. No será admitida como vocero, la persona contra quien obre, previo al inicio de estos, resolución o escrito de acusación.

III. LA DEMANDA

Los accionantes plantean diversos cargos de inconstitucionalidad en contra del inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018 conforme al cual dicha disposición vulnera los artículos 2, 22 y el numeral 4º del artículo 189 de la Constitución. Sostienen que la disposición acusada le otorga al Consejo de Seguridad Nacional la potestad para definir los requisitos que en general deben cumplir las organizaciones para poder calificarse como grupos armados organizados al margen de la ley, le atribuye la función para calificar como

tales a organizaciones específicas, y establece que el cumplimiento de los requisitos y la calificación como grupo armado organizado en cada caso concreto son requisitos para que el gobierno pueda “examinar la posibilidad de decidir” si adelanta diálogos de paz con grupos armados. Afirman que la decisión de iniciar un diálogo de paz con un grupo armado constituye una herramienta para mantener y restablecer el orden público, y que dicha herramienta es exclusiva del presidente de la República. Por lo tanto, la disposición acusada resulta inconstitucional, pues al atribuir las anteriores funciones en cabeza del Consejo de Seguridad Nacional, limita las competencias constitucionales del presidente de la República para mantener el orden público y su deber de garantizar el derecho a la paz.

Argumentan los demandantes que al permitir que el Consejo de Seguridad Nacional condicione la potestad para adelantar procesos de paz el inciso limita las herramientas con que cuenta el presidente para conservar el orden público y restablecerlo cuando fuese turbado (artículo 189, núm. 4 CP), para garantizar la paz como valor fundante, derecho y deber (artículo 22 CP) y para hacer efectivos los fines del Estado (artículo 2 CP), concretamente frente a la garantía de una convivencia pacífica en todo el territorio.

En primer lugar, los demandantes argumentan la vulneración del numeral 4º del artículo 189 de la Constitución Política. Sostienen que este numeral establece las competencias presidenciales en materia de preservación del orden público. A lo anterior agregan que la facultad para decidir cuándo y con quién iniciar acuerdos de paz está en cabeza del presidente como Jefe de Gobierno y Jefe de Estado, pues es una de las herramientas con que cuenta para restablecer el orden público en donde fuera turbado. Argumentan también que la facultad para acudir a esta herramienta es exclusiva e indelegable. Sin embargo, la disposición demandada la delega en el Consejo de Seguridad Nacional, órgano al que se supedita dicha prerrogativa presidencial.

En efecto, afirman que el restablecimiento del orden público se traduce en facultades como la de “negociar y suscribir acuerdos de paz”. Estas atribuciones, a juicio de los accionantes, son exclusivas del presidente y por lo tanto, indelegables. A tal conclusión llegan a partir del análisis de la Sentencia C- 214 de 1993, jurisprudencia que fue reiterada en las sentencias C-496 de 1998 y C-379 de 2016, en las cuales la Corte señaló que:

“El acto de firma de los acuerdos definitivos, mediante el cual se plasman con carácter

vinculante los pactos que constituyan resultado final de los diálogos, está reservado de manera exclusiva al Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado. Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables”.

Y añade la Sentencia C-214 de 1993, que:

“... en el caso específico de los denominados diálogos de paz, que tienen como propósito básico la reincorporación de los delincuentes políticos a la vida civil y su sometimiento a la legalidad, ninguna persona pública ni privada goza de competencia para llevarlos a cabo sin orden o autorización expresa del Presidente de la República”.

De lo anterior infieren los demandantes que las competencias otorgadas al Consejo de Seguridad para definir los requisitos que debe cumplir una organización para ser considerada como un grupo armado organizado, y para calificar como tales a organizaciones específicas, limitan las facultades exclusivas del alto mandatario e impiden el cumplimiento de su deber de garantizar el orden público.

En segunda medida, los demandantes alegan que la norma acusada desconoce el artículo 22 constitucional porque delega en el Consejo de Seguridad Nacional la potestad para definir los requisitos que deben cumplir las organizaciones para considerarse grupos armados organizados y precisar con cuáles de ellas pueden adelantar diálogos de paz el presidente. Argumentan que la paz, como derecho y como deber, le impone un mandato al presidente de optar por la negociación como primera herramienta para mantener el orden público y la paz, antes de recurrir a las armas. Sin embargo, el inciso acusado extrae de la órbita de competencias del presidente la facultad de decidir bajo qué circunstancias y con quién adelanta procesos de paz, y al hacerlo, le quita una herramienta importante al presidente en su función de mantener esta paz. Ello obliga al primer mandatario a hacer uso de la fuerza en contra de organizaciones que, en virtud de la calificación del Consejo, no puedan considerarse grupos armados. Por lo tanto, se atenta contra la protección del derecho a la paz de los colombianos y se obstruye el cumplimiento del deber del presidente de

garantizarla.

En ese orden de ideas, los accionantes sostienen que la disposición acusada también viola el artículo 2º de la Constitución, pues impide al Gobierno perseguir uno de los fines del Estado, que consiste en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

En consecuencia, los demandantes solicitan a la Corte Constitucional que el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018 sea declarado inconstitucional en vista de que limita el uso de facultades exclusivas del presidente, impide la consolidación de la paz en todo el territorio y dificulta la consecución de los fines del Estado en lo relativo al aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

De manera subsidiaria, los demandantes instan a la Corte para que, en caso de no declarar la inconstitucionalidad de la disposición demandada, se declare su exequibilidad, condicionada a que las facultades para “iniciar, dirigir, y suscribir documentos producto de negociaciones con grupos armados es exclusiva del presidente de la República” y que éste “no podrá, bajo ninguna circunstancia, delegar dichas funciones, por lo que la posibilidad de iniciar diálogos no puede estar supeditada a la calificación que realice el Consejo de Seguridad y Defensa Nacional.”

IV. INTERVENCIONES

1. 1. Intervenciones de entidades oficiales

A. A) Intervención conjunta de la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y la Oficina del alto comisionado para la paz

El 29 de agosto de 2019 la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Oficina del Alto Comisionado para la Paz allegaron una intervención conjunta en el proceso de la referencia solicitando a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD del inciso segundo del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018 demandado, tras analizar el cargo expuesto por los accionantes.

En primer lugar, aducen que la facultad del presidente de la República para iniciar diálogos de paz no supone que sea él mismo quien, de manera personal, realice todas las actuaciones relativas al trámite y negociación de los acuerdos.

Afirman que tanto la ley como el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional han señalado claramente que, aunque la competencia para entablar diálogos de paz recae en el primer mandatario, éste tiene la posibilidad de apoyarse en otras personas o entidades, o de delegarla, siempre que el delegatario acoja las instrucciones impartidas por el presidente. Por lo tanto “no necesariamente –dicha función- tiene que ser ejercida en forma personal por el Presidente de la República”. En esa medida, dicen que la disposición acusada no condiciona las facultades presidenciales en materia de paz, ni afecta la regla jurisprudencial conforme a la cual el presidente “tiene la última palabra para ‘decidir si adelanta diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración’”.

En segundo lugar, con fundamento en consideraciones orgánicas y funcionales, el concepto sostiene que la disposición demandada no excluye al presidente del ejercicio de su facultad para iniciar procesos de paz. En cuanto al argumento orgánico, sostienen que el Consejo de Seguridad Nacional no sólo lo encabeza el primer mandatario, sino que lo integran miembros del gabinete, quienes son nombrados por el presidente. Por otra parte, aducen que las funciones del Consejo son de carácter consultivo. Consideran que el Consejo de Seguridad es un órgano de apoyo que facilita al presidente el cumplimiento de sus funciones en materia de defensa, seguridad y orden público, pero que la decisión de iniciar un proceso de paz recae únicamente en el presidente. Por esta razón no cabe acusar la norma demandada de inconstitucional, dado que el Consejo de Seguridad, como órgano asesor, está al servicio del presidente a la hora de adelantar diálogos de paz.

Finalmente, en tercer lugar, sostienen que el Consejo de Seguridad es una herramienta creada por el legislador para darle información necesaria al Jefe de Estado de tal modo que sea quien tome las decisiones que considere necesarias o útiles para el mantenimiento del orden público y la búsqueda de la paz.

Por lo anterior, solicitan a la Corte Constitucional la declaración de EXEQUIBILIDAD de la disposición objeto de acción.

B) Ministerio de Relaciones Exteriores

El 29 de agosto de 2019 el Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de apoderado, allegó su escrito de intervención frente al caso objeto de análisis constitucional solicitando la declaratoria de EXEQUIBILIDAD del inciso demandado. Para justificar su posición abordó

cuatro temas principales: i) la paz como prioridad gubernamental, ii) sujetos de derecho internacional, iii) naturaleza jurídica del Consejo de Seguridad, iv) caso concreto.

Antes de adentrarse a analizar los cuatro temas anteriores, el interviniente sostiene que la demanda no interpreta sistemáticamente la Constitución, dado que desconoce el principio de coordinación armónica entre las entidades del Estado, que es propio de la función administrativa, y que constituye un requisito para lograr los fines constitucionales del Estado. Así mismo, sostiene que la participación del Consejo de Seguridad Nacional en relación con la calificación de los grupos armados organizados permite que el presidente esté informado sobre las repercusiones que tienen sus decisiones en esta materia, frente a sus obligaciones en materia de Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, la intervención hace un recuento de la normatividad que creó el Consejo de Seguridad Nacional para resaltar que su papel es el de servir de órgano consultivo del presidente. Por lo tanto, no puede afirmarse -como lo hace la demanda- que la disposición demandada le delega o extiende a dicho órgano las potestades presidenciales frente a la iniciación de procesos de paz.

En primer lugar, sostiene que el logro de la paz como prioridad gubernamental exige la colaboración armónica entre distintas entidades gubernamentales. Esto incluye al Ministerio de Relaciones Exteriores, como órgano encargado de la política internacional en cuanto atañe a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada sería quitarle al Ministerio su función como garante de la correcta aplicación de un cuerpo normativo que hace parte de dicho bloque.

En tercer lugar, hace un recuento de las normas legales y reglamentarias que establecen las funciones del Consejo de Seguridad Nacional para hacer hincapié en el carácter consultivo de dicho órgano. En el mismo sentido se refiere a las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores resaltando el carácter asesor y consultivo de esta cartera en materias relacionadas con el tema de DIH.

Finalmente, en el acápite referente al “caso concreto”, la cancillería reitera que, debido al carácter meramente consultivo, es decir no vinculante, del Consejo de Seguridad Nacional, no se están limitando las facultades del presidente para iniciar, negociar y suscribir acuerdos

de paz con grupos armados organizados.

Por lo anterior, la entidad estatal solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de EXEQUIBILIDAD del inciso 2 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018.

C) Defensoría del Pueblo

El 29 de agosto de 2018 la Defensoría del Pueblo intervino en el proceso solicitando la declaratoria de INEXEQUIBILIDAD de la disposición acusada. La Defensoría considera que la exigencia de un concepto previo del Consejo de Seguridad respecto de un grupo armado determinado impide al presidente iniciar diálogos con grupos armados así estos cumplan los requisitos objetivos que exige el Derecho Internacional Humanitario. En ese orden de ideas, al imponer un requisito adicional la disposición demandada desconoce la aplicabilidad directa que tienen las normas de ius cogens y el Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico interno.

Afirma la intervención que la disposición acusada vulnera los artículos 2, 22 y 189, numeral 4 de la Constitución en la medida que impone al Gobierno la obligación de obtener un concepto previo a la iniciación de diálogos de paz con grupos armados. Argumenta que adelantar negociaciones de paz es una facultad exclusiva y preferente en cabeza del alto mandatario que se ve limitada por la valoración del Consejo de Seguridad. En caso de que tal valoración no sea favorable, obligará al presidente a hacer uso de la fuerza para mantener el orden público, restringiendo con ello la posibilidad de conservar la paz y la convivencia de manera pacífica y negociada.

Por otro lado, la Defensoría señala que el inciso demandado, además de desconocer los mandatos constitucionales ya citados, afecta también el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución, el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y el artículo 1.1 de su Protocolo II adicional. Asegura que al sujetar la calificación de un grupo armado a la consideración del Consejo de Seguridad se desconoce el efecto directo de las normas de Derecho Internacional Humanitario que definen los elementos de tales grupos armados. Estos preceptos son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico no solo por hacer parte del bloque de constitucionalidad, sino también, como lo ha señalado la Corte Constitucional, por ser parte del ius cogens. Por lo tanto, la aplicación del derecho humanitario no puede depender de la aceptación o del concepto favorable de los Estados.

Por último, considera la entidad que verificar la existencia de un grupo armado organizado es un elemento esencial para establecer cuándo existe una situación de conflicto armado no internacional. Por ello, exigir un concepto del Consejo de Seguridad que califique a los grupos armados, constituye un desconocimiento de las normas de derecho internacional aplicables y por tanto conduce a la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

En conclusión, la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte Constitucional declarar la INEXEQUIBILIDAD de la norma acusada, por los argumentos expuestos.

2. Intervenciones de instituciones de educación superior

A. A) Universidad de La Sabana

El 29 de agosto de 2019, la Universidad de La Sabana intervino en el caso de la referencia y solicitó a la Corte Constitucional declararse INHIBIDA para decidir de fondo, teniendo en cuenta que el concepto de violación planteado carece de aptitud sustantiva por falta de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. De manera subsidiaria solicitó que, en el evento de que la Corte decida estudiar el fondo de la demanda, se declare la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de la norma acusada a una interpretación gramatical, teleológica, histórica y sistemática, conforme se expone a continuación.

En primer lugar, la institución argumenta la ineptitud y falta de certeza de la demanda debido a su ausencia de claridad y a la interpretación subjetiva del texto acusado por parte de los demandantes. Advierte también que la demanda carece de especificidad, dado que no se demuestran vulneraciones directas y concretas contra la Constitución. Finalmente, encuentran que la demanda es insuficiente porque no lleva a generar duda sobre la constitucionalidad de la norma objeto de acción.

Por otro lado, como petición subsidiaria, la interviniente resalta la importancia de que la Corte delimite el contenido y alcance de la norma cuestionada a través de una interpretación gramatical, teleológica, histórica y sistemática. Afirman que con un análisis de este tipo se puede deducir que el concepto del Consejo de Seguridad frente a grupos armados no es de carácter vinculante, dado que este conserva su naturaleza de órgano de consulta y sirve de apoyo al presidente a la hora de evaluar la conveniencia de adelantar diálogos de paz. Por lo tanto, sostienen que la disposición acusada no limita, en ninguna medida, las facultades del

alto mandatario para negociar con grupos armados.

Finalmente, la intervención sostiene que en la calificación dispuesta por la norma a cargo del Consejo de Seguridad debe entenderse la inclusión de los lineamientos de Derecho Internacional Humanitario ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de la Corte como parte del bloque de constitucionalidad. En este sentido el concepto del Consejo es susceptible de control constitucional en caso de no integrar los requisitos de Derecho Internacional Humanitario, particularmente en relación a la existencia de conflictos armados, la calificación de las partes enfrentadas y las limitaciones para negociar en el marco de conflictos armados no internacionales. Con esta restricción del alcance de la norma no se configura afectación al Derecho Internacional Humanitario ni a normas constitucionales.

En consecuencia, la Universidad de La Sabana, solicita a la Corte declararse INHIBIDA de conocer de fondo el caso concreto por ausencia de los requisitos requeridos en una demanda de constitucionalidad y de manera subsidiaria insta a la Corte a declarar la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de la disposición, sujeta a una interpretación gramatical, teleológica, histórica y sistemática.

B) Universidad Sergio Arboleda

El 29 de agosto de 2019, la Universidad Sergio Arboleda allegó escrito de intervención en el cual solicitó declarar la INEXEQUIBILIDAD del inciso 2 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018, conforme a los argumentos que se presentan a continuación.

En primer lugar, la universidad señala los parámetros existentes en el derecho internacional penal y en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, así como en la Ley 1908 de 2019, donde se precisan los elementos para determinar la existencia de un grupo armado organizado. Afirmar que la norma acusada no dispone que el Consejo de Seguridad deba sujetarse a los lineamientos previamente definidos por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional a la hora de establecer los requisitos para calificar una organización como grupo armado organizado. En su lugar le otorga a un órgano de consulta la definición de tales criterios y la identificación de los grupos específicos, con carácter vinculante. Por lo tanto, la disposición demandada es inconstitucional.

Por otro lado, la universidad analiza la naturaleza, composición y funciones del Consejo de Seguridad y concluye que este es un órgano consultivo que sirve de herramienta al presidente y que está integrado por miembros del Gobierno. En consecuencia afirma que la norma cuestionada invierte el poder de decisión establecido en la Constitución. No le es dado a un órgano asesor decidir asuntos que hacen parte de la esfera de competencias del Jefe de Estado.

En la misma línea, argumenta que un órgano consultivo o asesor no puede restringir las facultades del presidente en materia de paz, quien tiene a su cargo la conservación del orden público. Afirma que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado la posibilidad de que el presidente delegue funciones en otros funcionarios, pero siempre bajo la estricta sujeción a los lineamientos dispuestos por el alto mandatario.

En consideración de las razones esgrimidas anteriormente, la Universidad Sergio Arboleda insta a la Corte Constitucional a declarar la INEXEQUIBILIDAD de la disposición normativa acusada.

C) Universidad Externado de Colombia

El 30 de agosto de 2019 la Universidad Externado de Colombia interviene en el proceso de la referencia solicitando la declaración de EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la norma acusada, en el sentido de aclarar que la posibilidad de que el Consejo de Seguridad Nacional declare la calificación de los grupos armados es una opinión meramente consultiva, dado que el presidente tiene a su cargo y de manera indelegable la facultad de negociación con grupos armados para la consecución de la paz.

La institución aduce que las disposiciones constitucionales y legales, además de pronunciamientos de la Corte Constitucional, consideran que la facultad para iniciar procesos de paz con grupos armados es exclusiva del presidente de la República y por tanto indelegable. Ahora bien, afirma que el ordenamiento jurídico contempla que el Consejo de Seguridad Nacional es un órgano consultivo y de asesoría, situación que la norma demandada no contradice, pero que no deja clara. Es por ello que debe precisarse el alcance de la calificación que da el Consejo de Seguridad a un grupo armado para determinar si se inicia o no un proceso de paz. El concepto del Consejo, entendido de carácter consultivo y de asesoría, permite conservar intacta la facultad del presidente de decidir adelantar procesos

de paz como una competencia exclusiva a su cargo.

Es por lo esbozado anteriormente que la Universidad Externado de Colombia solicita a la Corte Constitucional declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del inciso 2 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018, entendiendo que sus conceptos no son vinculantes y no condicionan la facultad del presidente para iniciar procesos de paz con grupos armados.

V. V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

La Procuraduría General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar la INEXEQUIBILIDAD de la disposición demandada. Considera que al supeditar el inicio de procesos de paz al concepto previo y favorable del Consejo de Seguridad Nacional, la disposición desconoce las normas constitucionales que definen la estructura de la administración pública, y limita la potestad del presidente para mantener el orden público mediante acuerdos con los grupos armados organizados.

En primer lugar, el Procurador sostiene que la disposición demandada desconoce la estructura constitucional que define la organización de la administración pública. El concepto parte de la premisa normativa según la cual, constitucionalmente, el presidente es jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa (C.P. artículo 189). Adicionalmente, sostiene que el mantenimiento del orden público supone un conjunto amplio de facultades. Algunas de estas facultades implican el uso de la fuerza, pero otras buscan minimizar la violencia a través de la negociación. Apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma que la decisión de adelantar estas negociaciones, o procesos de paz con grupos armados organizados es una función exclusiva del presidente de la República. Por otra parte, sostiene que el Consejo de Seguridad Nacional es un ejemplo de un tipo de entidad administrativa que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 denomina “consejos superiores de administración”. Como tal, el Consejo de Seguridad Nacional está sujeto a la superioridad del presidente como jefe de gobierno y como suprema autoridad administrativa.

En esa medida, al supeditar la potestad del presidente para iniciar procesos de paz con un grupo armado a la calificación previa del mismo por parte del Consejo de Seguridad, se está invirtiendo el orden jerárquico de la administración establecido en la Constitución. Lo anterior resulta aún más visible si se tiene en cuenta que, a pesar de la naturaleza consultiva de los consejos de administración, la disposición demandada establece que el cumplimiento de los

requisitos, y la calificación como grupo armado organizado son requisitos sin los cuales el presidente no puede iniciar un diálogo de paz con dicho grupo. Sostiene que sobre el particular existe un precedente jurisprudencial en el cual la Corte, mediante la Sentencia C-577 de 1995 declaró la inexecutable de un aparte del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, en el cual se señalaba que el gobierno nacional debía acoger las decisiones de otro consejo superior de administración, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por cuanto ello desconocía las calidades del presidente como jefe de gobierno y como suprema autoridad administrativa.

Al invertir la estructura de la administración establecida en la Constitución, la disposición demandada limita las circunstancias en las cuales el presidente puede ejercer sus facultades constitucionales para mantener el orden público. La limitación a las facultades del primer mandatario consiste en que el Consejo de Seguridad le impone requisitos al presidente para poder recurrir a una de las opciones que éste tiene para lograr tal objetivo. En particular, le impide iniciar diálogos de paz con organizaciones, a menos que éstas cumplan con los requisitos previamente definidos por dicho consejo, y que hayan sido calificados por éste como grupos armados organizados. Por lo tanto, la potestad del primer mandatario para iniciar procesos de paz queda supeditada a la voluntad del Consejo de Seguridad Nacional.

Para la Procuraduría la norma acusada limita las facultades constitucionales del alto mandatario que le permiten adoptar diferentes tipos de medidas como jefe de Estado, desde la solución pacífica de conflictos hasta la utilización de acciones coercitivas como el uso de la fuerza. Tal condicionamiento se evidencia en la facultad que la norma otorga al Consejo de Seguridad para calificar la existencia de grupos armados y en la imposición al presidente de obtener un concepto previo y favorable por parte del Consejo como requisito para adelantar diálogos de paz. Esto vulnera la Constitución debido a que, según el concepto de la Procuraduría, si bien el presidente puede delegar algunas de sus funciones en relación con los procesos de paz, la decisión de iniciar dichos procesos le compete de manera exclusiva al primer mandatario.

Por lo tanto, supeditar la voluntad política del presidente de la República a un concepto de un consejo asesor limita las facultades constitucionales contenidas en el artículo 189 de la Constitución y, en consecuencia, desconoce también los mandatos relativos a la paz (art. 22 CP) y a la preservación de un orden justo (art. 2 CP). En ese mismo orden de ideas, la

limitación que la norma acusada genera respecto de las facultades presidenciales, restringe también la libertad del presidente para aplicar los instrumentos de solución pacífica de conflictos a su alcance y la correspondiente verificación de los requisitos contenidos en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

Por lo expuesto, la Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare INEXEQUIBLE el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018, por los cargos analizados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. 1. Corresponde a esta Corte decidir en torno a la constitucionalidad del inciso demandado, según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Contenido y alcance de las normas incluidas en el inciso demandado

2. El inciso segundo del párrafo primero del artículo 8º de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 3º de la Ley 1941 de 2018, contiene cuatro normas o proposiciones normativas distintas, cada una de las cuales tiene efectos específicos, aunque están relacionados entre sí. La primera de ellas faculta al Consejo de Seguridad Nacional para determinar “cuándo una organización se califica como grupo armado organizado al margen de la ley”. La segunda norma lo faculta para determinar “las condiciones necesarias para que [dichos grupos] pueda[n] ser objeto de todos o de alguno de los diferentes instrumentos que consagra esta ley.” A su vez, la tercera norma jurídica contenida en dicho inciso establece que “[t]al calificación y condiciones son requisitos para que el Gobierno nacional pueda examinar la posibilidad de decidir si adelanta diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo.” Finalmente, la cuarta norma jurídica dispone que “[d]icha caracterización tendrá una vigencia de seis meses, al cabo de los cuales deberá actualizarse o antes, si se requiere.”

Como se puede observar el inciso demandado incluye cuatro normas o proposiciones normativas distintas, cada una de las cuales tiene sus propios efectos, aunque están relacionadas entre sí. Por lo tanto, la Corte analizará individualmente la constitucionalidad de

cada una de las normas incluidas en el inciso demandado, y para ello establecerá por separado el contenido y alcance de cada una de ellas y determinará las relaciones que existen entre ellas.

Cuestión previa: ineptitud sustancial de la demanda

3. Uno de los intervinientes argumenta que la demanda es inepta por falta de certeza y de claridad en los cargos. Adicionalmente, advierte que la demanda carece de especificidad, dado que no se demuestran vulneraciones directas y concretas contra la Constitución. Finalmente, encuentran que la demanda es insuficiente porque no lleva a generar duda sobre la constitucionalidad de la norma objeto de acción.

La Corte, sin embargo, discrepa de esta posición. Los demandantes plantean cargos claros, ciertos y suficientes contra el inciso acusado, y las insuficiencias de los cargos, tal como fueran planteados inicialmente, fueron subsanadas posteriormente en el escrito de corrección de la demanda. En efecto, para los demandantes se produce una vulneración de la paz, en su triple condición de derecho, deber y de finalidad del Estado, y una restricción de las facultades presidenciales para restablecer el orden público, en la medida en que se impide al jefe de Estado la facultad de iniciar procesos de paz con organizaciones que no hayan sido calificadas como grupos armados organizados por parte del Consejo de Seguridad Nacional.

En la medida en que los cargos planteados por los demandantes son ciertos, claros y suficientes, la Corte entrará a estudiarlos de fondo.

3. Planteamiento del problema jurídico

4. Los demandantes y algunos de los intervinientes plantean que, al condicionar el inicio de diálogos de paz con organizaciones al margen de la ley a su calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional como grupos armados organizados, el inciso acusado está invirtiendo la jerarquía constitucional de la rama ejecutiva. Al condicionar el inicio de diálogos de paz, el inciso demandado limita el conjunto de instrumentos con que cuenta el presidente para mantener el orden público. En particular, limita aquellos instrumentos que le permiten mantener el orden sin recurrir a las armas y en particular, la posibilidad de iniciar con ellos diálogos de paz. Por lo tanto, el inciso demandado estaría vulnerando el logro de la paz,

como objetivo, derecho y deber establecido en la Constitución.

5. Las acusaciones planteadas por los demandantes se refieren al condicionamiento de la facultad presidencial para iniciar diálogos de paz. Sin embargo, aun cuando no fuera planteado por los ciudadanos en su demanda, algunas de las intervenciones, y en particular la de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Universidad Sergio Arboleda se refieren a las facultades del Consejo de Seguridad Nacional para establecer las condiciones que deben cumplir las organizaciones al margen de la ley para calificarlas como grupos armados organizados, o GAO, y para calificarlas individualmente como tales. Por lo tanto, la Corte también se referirá a las potestades otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional para definir las condiciones que deben cumplir las organizaciones al margen de la ley y para calificarlas individualmente como grupos armados organizados (GAO) a la luz del derecho internacional humanitario, como parte del bloque de constitucionalidad.

6. De los cargos planteados, así como de las intervenciones institucionales y ciudadanas, y del concepto del procurador, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

¿La sujeción del inicio de procesos de paz a las condiciones y calificación del Consejo de Seguridad Nacional invierte la estructura constitucional de la rama ejecutiva y restringe el ejercicio de una facultad exclusiva del presidente, impidiendo con ello el logro de la paz?

Para resolver el problema jurídico planteado, inicialmente la Corte aclarará el contenido y alcance del texto. Después abordará el tema de las formas de distribución de funciones al interior de la estructura constitucional de la rama ejecutiva, y posteriormente, concretará su análisis respecto de las funciones presidenciales en relación con los procesos de paz. Así mismo, abordará la naturaleza de la paz, como objetivo constitucional, como derecho y como deber del Estado. Finalmente, la Corte se referirá a las facultades del Consejo de Seguridad Nacional para establecer las condiciones que deben cumplir las organizaciones armadas para calificarlas como grupos armados organizados y para calificarlas individualmente como tales a la luz del derecho internacional humanitario aplicable en Colombia.

Contenido y alcance de la norma que dispone que la calificación y condiciones son requisitos para adelantar diálogos de paz

7. El inciso demandado establece, entre otras, que “[t]al calificación [como grupo

armado organizado, por parte del Consejo de Seguridad Nacional] y condiciones son requisitos para que el Gobierno nacional pueda examinar la posibilidad de decidir si adelanta diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo.” La interpretación de esta disposición resulta compleja, pues tal y como está redactado el texto parece carecer de sentido. En particular no es claro a qué se refiere la frase “examinar la posibilidad de decidir si adelanta diálogos”.

Una lectura que siga rigurosamente la estructura gramatical de la oración parece sugerir que, al no presentarse las condiciones y requisitos, el gobierno no podría siquiera examinar la posibilidad de adoptar una decisión respecto si adelanta o no diálogos. Sin embargo, esta interpretación lleva a una contradicción, pues si el gobierno ni siquiera puede examinar tal posibilidad, lógicamente tampoco podría llegar a la conclusión de que no es posible adelantar dichos diálogos por falta de las condiciones y/o de los requisitos. Simplemente, nunca llegaría a analizar si se dan o no los requisitos para iniciar los diálogos. Por lo tanto, una lectura razonable del texto, que apele al sentido útil de la norma, parece sugerir que tales condiciones y requisitos son necesarios, no para examinar la posibilidad, sino para iniciar los “diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo.” Tomando como punto de partida esta interpretación la Corte analizará el inciso demandado.

8. Algunos de los intervinientes, en particular las entidades gubernamentales y la Universidad de la Sabana sostienen la exequibilidad de esta norma basándose, entre otras, en que la calificación de la organización como grupo armado organizado y el cumplimiento de las condiciones, no impiden que el presidente inicie diálogos con aquellas. Para apoyar su hipótesis se basan en una interpretación conforme al cual, al ser el Consejo de Seguridad una entidad de carácter consultivo, no puede impedir que el presidente inicie tales diálogos. Por lo tanto, en realidad la norma estaría únicamente facultando al Consejo de Seguridad Nacional para darle consejos al presidente de la República. Sin embargo, esta interpretación choca frontalmente con el texto de la disposición demandada, que establece que la calificación y el cumplimiento de las condiciones “son requisitos” para que el gobierno pueda iniciar los diálogos. Adicionalmente, también se opone a una interpretación teleológica de la disposición acusada. Si tan sólo se trata de facultades para asesorar al presidente en la materia, no habría sido necesaria la expedición de la norma demandada, pues de todos modos el Consejo de Seguridad Nacional cuenta con la facultad genérica para asesorar al

presidente en estas materias. Por lo tanto, este texto debe interpretarse en el sentido de que efectivamente la ley le está otorgando al Consejo de Seguridad Nacional la facultad para imponerle requisitos al presidente, como jefe de gobierno, para iniciar diálogos de paz, y no simplemente como una función consultiva de brindarle consejo o información para la toma de decisiones.

9. Por otra parte, esta norma condiciona el inicio de unos diálogos específicos. Según el texto del inciso demandado se trata de diálogos conducentes a “acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo”. Sin embargo, la norma en realidad incluye dos tipos de acuerdos que, si bien están relacionados, analíticamente tienen finalidades distintas, de conformidad con lo establecido por la Organización de las Naciones Unidas. El primer tipo de acuerdos es aquel que se da como parte de los diálogos de paz entre las partes, pero que surge de las reivindicaciones, más o menos difusas, de naturaleza política, social, cultural, religiosa o económica por las cuales históricamente el grupo se levantó en armas. El segundo tipo de acuerdos es de carácter esencialmente operativo, y se relaciona específicamente con los medios a través de los cuales las partes buscan los objetivos concretos de desarmar, desmovilizar, reinsertar y reintegrar a los combatientes y, en algunos casos, también a la población civil.

10. De conformidad con los parámetros y definiciones fijados por la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas, el proceso de desarme está dirigido a recolectar, documentar, controlar y disponer de armas, municiones, explosivos y armamento ligero y pesado de los combatientes, así como el desarrollo de programas responsables de manejo de armamento.

La desmovilización, según el mismo documento, consiste en el proceso formal y controlado por medio del cual se “dan de baja” los combatientes activos de las fuerzas armadas o de los grupos armados organizados. Este proceso puede incluir desde el procesamiento individual de los combatientes y su concentración en centros temporales, al acuartelamiento masivo de las tropas en áreas designadas para tal propósito. La segunda parte de la desmovilización comprende el conjunto de bienes y servicios proveídos a los desmovilizados, al cual se le conoce como reinserción.

A su vez, la reinserción ocurre como una segunda etapa de la desmovilización, y corresponde

a la asistencia ofrecida a los excombatientes durante la desmovilización, pero antes de la reintegración de largo plazo. La reinserción es una forma de asistencia durante la transición para contribuir al cubrimiento de las necesidades básicas de los excombatientes y de sus familias durante un período de máximo un año.

La reintegración, por su parte, es el proceso mediante el cual los excombatientes adquieren estatus de civiles y consiguen un empleo y/o una fuente de ingreso sostenibles. La reintegración es un proceso social y económico con un marco abierto que se produce en las comunidades locales. Constituye una parte del desarrollo general de un país, y es responsabilidad del mismo, aunque frecuentemente requiere asistencia externa de largo plazo.

11. Por lo tanto, la Corte concluye que la norma prohíbe al gobierno iniciar negociaciones con una organización armada, hasta tanto cumpla las condiciones y el Consejo de Seguridad Nacional la califique como grupo armado organizado. Esta prohibición incluye tanto las negociaciones que versan sobre las reivindicaciones generales de orden político, económico, social, cultural o religioso de la organización armada, como aquellos acuerdos de carácter operativo, referidos al desarme, desmovilización, reinserción y reintegración.

4. Resolución del problema jurídico

12. En primera medida, la Corte debe establecer si al limitar el inicio de procesos de paz con una organización al margen de la ley al cumplimiento de las condiciones y a la calificación previa de como GAO por parte del Consejo de Seguridad Nacional se invierte la estructura constitucional de la rama ejecutiva, y se impide el ejercicio de una facultad exclusiva del presidente, impidiendo con ello el logro de la paz. En la medida en que los demandantes y algunos de los intervinientes sostienen que se trata de una delegación de funciones presidenciales en materia de orden público, para analizar cargo la Corte se referirá a las formas de distribución de funciones al interior de la estructura constitucional de la rama ejecutiva. Posteriormente, se referirá específicamente a las funciones presidenciales frente a los procesos de paz y, finalmente, a la paz como derecho-deber y como finalidad constitucional del Estado.

A. A) Las formas de distribución de funciones al interior de la estructura constitucional de la rama ejecutiva

13. El encabezado del artículo 189 de la Constitución establece que el presidente es jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, y en los veintiocho numerales siguientes le atribuye una serie de funciones en virtud de cada una de estas tres calidades. Este artículo tiene consecuencias respecto de las posibilidades legislativas de estructuración orgánica de la rama ejecutiva del poder público, y de la atribución y distribución de funciones a su interior. La consecuencia para la estructura del ejecutivo consiste en que esta rama está organizada de manera jerárquica, y que el presidente se encuentra a la cabeza de dicha jerarquía. El resto de la rama ejecutiva del orden nacional está subordinada a sus decisiones. Funcionalmente, por su parte, el artículo 189 le atribuye una serie de funciones al presidente de la República en su triple calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. Este puede delegar algunas de ellas entre los funcionarios y entidades de la rama ejecutiva, y el legislador puede desconcentrar otras.

14. Esta distribución de funciones, así como la actividad misma de la rama ejecutiva, están sujetas a una serie de principios consagrados, entre otras, en los artículos 209, 210 y 211 de la Carta. A su vez, el alcance de estos principios orgánicos debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por los principios fundamentales del Estado, y en particular de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 5º y 9º. El artículo 1º define al Estado colombiano como un Estado social y democrático de derecho y, establece como principios fundacionales del mismo el respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general. A su vez, el artículo 2º identifica como fines esenciales del Estado los de garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales, así como los de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Así mismo, el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares. El artículo 5º, por su parte, reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, y el 9º dispone que las relaciones exteriores se fundamentan en el reconocimiento de los principios aceptados por Colombia.

15. Así mismo, en la parte orgánica la Constitución, el artículo 209 define unos principios que, a raíz de la Sentencia C-496/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), esta Corporación ha llamado “finalísticos”, como el de estar al servicio del interés general, así como otros que ha denominado funcionales, como lo son la moralidad, igualdad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Finalmente, contempla unos principios de carácter

organizacional y operativo, como lo son la descentralización, la desconcentración y la delegación.

Aun cuando la Constitución no define integralmente los principios de descentralización, desconcentración y delegación que rigen la actividad del Estado, la jurisprudencia sí ha insistido en la importancia de establecer sus diferencias. Más aún, ha definido cada uno de ellos y ha fijado sus alcances.

16. Para los efectos del presente análisis de constitucionalidad es relevante comparar únicamente las figuras de desconcentración y de delegación. En la Sentencia T-024 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), reiterada sistemáticamente en oportunidades posteriores por la Corte, se conceptualizó la desconcentración de la siguiente manera:

“La desconcentración así concebida, presenta estas características:

“1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.

“2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.

“3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro.

“4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.” (resaltado fuera de texto)

De la anterior definición se observa que la atribución de la función mediante la desconcentración la lleva a cabo el legislador, y no el órgano o funcionario titular de la misma. Por otra parte, la desconcentración implica la transferencia de una función de un órgano o funcionario superior a uno inferior, aun cuando éste último puede ser una persona jurídica distinta. Finalmente, en la medida en que la desconcentración opera por mandato de la ley, el funcionario u órgano cuya función se desconcentra no puede reasumirla nuevamente a su voluntad, sin necesidad de que medie una nueva ley. Es decir, en la desconcentración el traslado de la función opera directa y exclusivamente por voluntad de la

ley, no por la decisión del titular de la misma.

17. Por otra parte, la misma sentencia definió la figura de la delegación, la cual según los demandantes y algunos de los intervinientes, es la que opera en el caso del inciso demandado. La Corte, sin embargo, aclara cuál es la naturaleza y alcance de la delegación, diciendo:

“El otro mecanismo, lo determina la Delegación. La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

“1.La transferencia de funciones de un órgano a otro.

“2.La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función.

“3.La necesidad de la existencia previa de autorización legal.

“4.El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.” (resaltado fuera de texto original)

18. En contraste con la desconcentración, la transferencia de funciones en la delegación sí la realiza el órgano o funcionario titular de la función. El legislador sólo lo autoriza para delegar el ejercicio de la función, pero quien delega mantiene la titularidad de la función. Por otra parte, en la medida en que el titular de la función realiza dicha transferencia, puede reasumir nuevamente el ejercicio de la misma sin necesidad de una nueva ley. Esta diferencia fue considerada determinante para la decisión adoptada en la Sentencia C-498/98 previamente mencionada, en la cual la Corte sostuvo que:

“Para el objeto de esta sentencia es importante resaltar que la desconcentración de funciones se hace y deshace por medio de la ley, mientras que la delegación es realizada y revocada por la autoridad administrativa a la que se ha confiado originalmente la atribución.”

19. A partir de la distinción anterior, para la Corte es claro que las facultades otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional no implican una delegación de funciones por parte del presidente de la República. El inciso demandado no está autorizando al presidente para

delegar la decisión de iniciar procesos de paz en cabeza del Consejo de Seguridad Nacional, sólo está condicionando el ejercicio de esta función. En efecto, aunque el inciso demandado sí le otorga las funciones de definir las condiciones y calificar individualmente a las organizaciones armadas al Consejo de Seguridad Nacional, no le atribuye la función de iniciar diálogos de paz. Por lo tanto, el inciso demandado no está delegando ni desconcentrando dicha función como lo sostienen los demandantes.

20. El objeto del inciso demandado es -entre otros- el de condicionar el ejercicio de la función de iniciar diálogos de paz a la calificación previa de la respectiva organización como grupo armado organizado por parte del Consejo de Seguridad Nacional. Sin embargo, sujetar una función al cumplimiento previo de una condición por parte de otro órgano distinto al titular de la misma no equivale a delegar ni a desconcentrar dicha función. Equivale, simplemente a ponerle un requisito. Sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la función de iniciar procesos de paz siguen estando en cabeza del presidente de la República, quien puede decidir ejercerla o no, aun cuando el Consejo de Seguridad haya calificado a la organización respectiva como un grupo armado organizado. Lo que ocurre es que la potestad para iniciar diálogos de paz está supeditada al ejercicio de una función distinta, atribuida a un órgano diferente del ejecutivo, que es la calificación de la organización armada como grupo armado organizado por parte del Consejo de Seguridad Nacional.

21. De lo anterior se concluye que el legislador atribuyó al Consejo de Seguridad Nacional una función, que a su vez limita o condiciona el ejercicio de una función presidencial. El problema consiste entonces, no en determinar si el legislador está delegando o desconcentrando una función propia del presidente de la República, sino en establecer si un órgano de inferior categoría, como lo es el Consejo de Seguridad Nacional, puede limitar o condicionar el ejercicio de una función otorgada constitucionalmente al presidente de la República. Para establecer si ello es posible es necesario analizar las funciones presidenciales en relación con los procesos de paz.

B) Las funciones presidenciales en relación con los procesos de paz

22. De conformidad con el artículo 189 de la Constitución previamente citado, el presidente de la República es el jefe de Estado, el jefe de gobierno, y la suprema autoridad administrativa. La Constitución no determina las funciones que le corresponden en virtud de

cada una de estas calidades. Sin embargo, la Corte ha afirmado lo siguiente sobre el particular:

“... Al respecto se puede avanzar que, de manera general, las funciones de Jefe de Estado son aquéllas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales. A su vez, las funciones que desempeña en su calidad de Jefe de Gobierno serían aquellas relacionadas con la fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país, mientras que las cumplidas como Suprema Autoridad Administrativa son las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública.” Sentencia C-496 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

23. La triple calidad del presidente como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa significa que éste se ubica en la cúspide de la rama ejecutiva del poder público. La estructura jerárquica de dicha rama se pone de manifiesto en el hecho de que los ministros y jefes de departamento son funcionarios de su libre nombramiento y remoción, y que ejercen sus funciones bajo la dirección del presidente. En efecto, conforme al numeral 1º del artículo 189 de la Constitución, al presidente de la República le corresponde nombrar a los ministros y a los jefes de departamentos administrativos, quienes de acuerdo con el artículo 208 son los jefes de la administración en sus respectivas áreas, pero siempre bajo la dirección del presidente de la República.

24. Esta estructura jerárquica se predica en relación con el mantenimiento del orden público y respecto del manejo de la fuerza pública. Así, el numeral 3º del artículo 189 d la Constitución dispone que el presidente dirige la fuerza pública como su comandante supremo, y el numeral 4º dispone que le corresponde conservar y restablecer el orden público cuando fuere turbado. La Corte ha reiterado en múltiples oportunidades que el mantenimiento del orden público le corresponde al presidente de la República, quien goza de una “unidad de mando” que prevalece incluso frente a otros principios fundamentales del Estado, como lo es el principio de descentralización, y frente a la consiguiente autonomía de las entidades territoriales. Al respecto, sostuvo:

“Ello significa que al respecto el Constituyente ha querido estatuir la unidad de mando, es decir, ha radicado en cabeza de quien ejerce simultáneamente la jefatura del Estado y de

Gobierno y la suprema autoridad administrativa, la delicada responsabilidad de velar por la preservación de las condiciones mínimas de estabilidad y paz que se requieren para que la sociedad y el Estado puedan desenvolverse sin sobresalto en los demás frentes de actividad.”

“...

“Como puede observarse, en nada se ven disminuidas la unidad del sistema ni la autoridad presidencial en esta materia por la existencia de la descentralización territorial ni por la autonomía de las entidades territoriales, ni tampoco por el hecho de que gobernadores y alcaldes sean elegidos popularmente. Es correcta, entonces, la apreciación del Procurador General de la Nación sobre la existencia de una estructura jerárquica en relación con el manejo del orden público, de tal modo que los jefes de las administraciones seccionales y locales están sujetos a la suprema dirección del Presidente de la República, cuyas instrucciones están obligados a acatar.

25. Esta jerarquía constitucional implica, desde el punto de vista funcional, que al presidente le corresponde tomar las decisiones necesarias para el mantenimiento del orden público. Por una parte, la unidad de mando les impone límites a las actuaciones de los gobernadores y alcaldes quienes dirigen el orden público en sus respectivos órdenes territoriales, así como a los demás funcionarios de la rama ejecutiva, tanto en el nivel territorial como en el nacional. Ni unos ni otros pueden desobedecer las órdenes e instrucciones impartidas por el presidente.

26. Sin embargo, más allá de los límites a las actuaciones de los funcionarios de la rama ejecutiva, la estructura jerárquica de dicha rama en materia de orden público le impone límites a las facultades que tiene el Congreso para regular la materia. El primer límite a la actividad legislativa consiste en que la ley debe mantener la facultad para tomar decisiones en materia de orden público en cabeza del presidente. De lo contrario, si la ley limita o restringe la facultad del presidente para tomar decisiones, condicionándolas a la voluntad de otro funcionario, el presidente dejaría de ser quien dirige el orden público. La dirección de cualquier sector de la política pública requiere, en primera medida, tener la facultad para tomar decisiones, y en segunda medida, el deber de obediencia por parte de sus subalternos. Por lo tanto, el legislador no podría, por ejemplo, limitar las facultades presidenciales en el

manejo del orden público, condicionándolas a unos requisitos o condiciones establecidas por los gobernadores o alcaldes. Una norma semejante subvertiría la jerarquía constitucional respecto del mantenimiento del orden público.

27. Por lo tanto, si bien el presidente puede, y en la práctica también debe delegar ciertos aspectos en la operación del orden público, conserva la potestad de decidir la manera como éste se maneja. Por tal motivo, la Corte ha dicho que, si bien el presidente puede delegar ciertas acciones y algunas decisiones operativas, imparte sus instrucciones y se reserva la fijación de los objetivos, de los medios y de los límites a las actuaciones del resto del gobierno. La reserva de esta potestad decisoria ha sido abordada en varias oportunidades por la Corte Constitucional al referirse a las facultades presidenciales respecto de los diálogos de paz. En sus sentencias, la Corte ha definido una serie de subreglas constitucionales en relación con la potestad presidencial para adelantar y concluir diálogos de paz con grupos armados y con su facultad para delegar diferentes aspectos de dichos diálogos. Ha sostenido esta Corporación:

“Es obvio que, por tanto, las fórmulas mediante las cuales ha de conducirse la actividad estatal frente a la alteración de la paz pública deben guardar relación con los elementos esenciales de esa etiología y tomar en consideración las características de cada uno, sin perder de vista el conjunto, lo cual exige unidad de criterio y coordinación de las acciones oficiales, mucho más si del Estado unitario se trata, como ya tuvo ocasión de expresarlo esta Corte al revisar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1811 de 1992 (Cfr. Sentencia No. C-032 del 8 de febrero de 1993).

“Ahora bien, la Constitución ha determinado con claridad que la responsabilidad fundamental en esta materia se halla en cabeza del Presidente de la República, quien tiene a su cargo - según el mandato del artículo 189, numeral 4- la conservación del orden público en todo el territorio y su restauración en donde hubiese sido desquiciado. En concordancia con ello, los actos y órdenes del Jefe del Estado se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre aquellos que impartan los gobernadores, a la vez que los mandatos de éstos se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los provenientes de los alcaldes, tal como lo preceptúa el artículo 291 de la Carta Política. Unos y otros están sujetos a las instrucciones y directrices presidenciales, de conformidad con lo estatuido por los artículos 303 y 315-2 del ordenamiento superior.

“En tal sentido, ninguna persona ni autoridad dentro del Estado se halla autorizada para actuar con independencia del Presidente de la República y menos en contra de sus determinaciones en lo referente a la conducción de la política de orden público, ni para sustituirlo en parte alguna del territorio por cuanto concierne a las medidas que deban adoptarse para enfrentar los fenómenos que enturbian la pacífica convivencia.

“Es del resorte exclusivo del Presidente y de su entera responsabilidad la definición concreta sobre el contenido y alcance de las disposiciones llamadas a operar dentro de los límites materiales, temporales y territoriales derivados de la Constitución Política y del respectivo decreto declaratorio del Estado excepcional.

“Dedúcese de lo anterior que, en el caso específico de los denominados diálogos de paz, que tienen como propósito básico la reincorporación de los delincuentes políticos a la vida civil y su sometimiento a la legalidad, ninguna persona pública ni privada goza de competencia para llevarlos a cabo sin orden o autorización expresa del Presidente de la República, interlocutor por excelencia en la búsqueda de acuerdo, en su doble condición de Jefe del Estado y de Gobierno.

“Ahora bien, la función señalada en el artículo 189, numeral 4, de la Constitución Política no necesariamente tiene que ser ejercida en forma personal por el Presidente de la República. Este puede, sin violar la Constitución, encomendar a otros funcionarios acciones tendientes al logro de los fines propios de su tarea y, por ello, en materia de diálogos, le es posible autorizar que se lleven a cabo por conducto de sus agentes, impartiendo las pertinentes instrucciones y reservándose -desde luego- la fijación de la política que los orienta y los límites de su gestión, así como la atribución de suscribir los acuerdos definitivos. (resaltado fuera de texto) C-214 de 1993 (M.P.s José Gregorio Hernández y Hernando Herrera)

28. De la anterior cita se puede concluir, en primer lugar, que el concepto de mando unificado en la toma de decisiones en materia de orden público se justifica constitucionalmente por la complejidad del tema, y por la estructura unitaria del Estado colombiano. Desde el punto de vista empírico, el carácter multifactorial de las perturbaciones del orden público y la complejidad que supone su mantenimiento requieren una unidad de mando, una clara estructura jerárquica y un manejo coordinado, para poder contrarrestar de manera efectiva las causas de las alteraciones. Por otra parte, desde el punto de vista

normativo, el concepto de mando unificado se sustenta en los principios fundamentales de nuestra Constitución, y en particular el carácter unitario del Estado colombiano.

29. Por el otro lado, también se debe concluir que todos los demás funcionarios y autoridades públicas están sujetos a las órdenes e instrucciones del presidente. Ello supone que en el mantenimiento del orden público es éste, y no aquellos, quienes toman las decisiones importantes. En particular, en relación con la conducción de los diálogos de paz, al presidente le corresponde la toma de las decisiones. Sus subalternos sólo pueden tomar algunas de ellas, mediante delegación expresa. El otorgamiento de amplias facultades constitucionales al presidente en el mantenimiento del orden público no supone que tenga potestades omnímodas. Por el contrario, tiene unos límites expresos en el respeto de la Constitución Política y en la ley. Más aún, el otorgamiento de estos poderes al presidente de la República supone también la atribución de la correspondiente responsabilidad por el manejo del orden público.

30. Así mismo, es necesario concluir que, si ninguna autoridad pública puede conducir diálogos de paz sin autorización del presidente, a fortiori tales autoridades, al estar sujetos a las órdenes del presidente en la materia, tampoco puedan condicionar la potestad presidencial para decidir cómo, cuándo y con quiénes puede llevar a cabo tales diálogos. Estas decisiones son de naturaleza eminentemente política, y por lo tanto es el presidente, como representante de la unidad nacional y elegido mediante voto popular, quien debe tomarlas.

31. Ahora bien, el inciso demandado dispone que el Consejo de Seguridad Nacional debe calificar una organización al margen de la ley como grupo armado organizado para que el gobierno nacional pueda iniciar un diálogo conducente a su desmovilización, desarme y reintegración. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 469 de 2015, que modifica el artículo 3º del Decreto 4847 de 2010, el Consejo de Seguridad Nacional estará compuesto por los siguientes funcionarios:

“Artículo 3º. Composición del Consejo de Seguridad Nacional. Serán miembros del Consejo de Seguridad Nacional:

1. El Presidente de la República, quien lo presidirá.

2. El Ministro del Interior.
4. El Ministro de Justicia y del Derecho.
5. El Ministro de Defensa Nacional.
6. El Ministro de Hacienda y Crédito Público.
7. El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
8. El Ministro Consejero para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
9. El Director General de la Dirección Nacional de Inteligencia.
10. El Comandante General de las Fuerzas Militares.
11. El Director de la Policía Nacional.

Parágrafo 1°. El Presidente de la República podrá invitar, según el tema a tratar, a cualquier otro Ministro o servidor público, a un miembro del sector privado o de la rama ejecutiva, judicial o de los organismos de control, a los Comandantes de Fuerza, así como a cualquier otro integrante de la Fuerza Pública.

Parágrafo 2°. En caso de considerarlo necesario, el Presidente de la República podrá citar a sesiones temáticas o especializadas del Consejo de Seguridad Nacional”.

32. Como se observa, el consejo está integrado por funcionarios y autoridades que se encuentran supeditados al presidente de la República. Aun así, las decisiones del presidente sobre si inicia diálogos de paz con una determinada organización armada están condicionadas a la calificación y el cumplimiento de los requisitos establecidos por los demás miembros del consejo. Esto le impide ejercer con la discrecionalidad necesaria la función de mantener el orden público. En tales circunstancias, a pesar de que pueda haber razones de interés nacional que aconsejen iniciar diálogos de paz con cierta organización armada en un determinado momento, el presidente no podría hacerlo si el Consejo de Seguridad Nacional no la ha calificado como grupo armado organizado.

33. Ahora bien, con todo, algunos de los intervinientes sostienen que, precisamente porque los funcionarios que integran el consejo son de su libre nombramiento y remoción, la decisión sigue estando en cabeza del presidente. Sin embargo, este argumento no es de recibo. Aun cuando ni la ley, ni los decretos que regulan las funciones del Consejo de Seguridad Nacional establecen un procedimiento, ni unas reglas para calificar organizaciones al margen de la ley como grupos armados, es de suponer que se trata de decisiones que se adoptan por la votación de la mayoría de sus miembros. Por otra parte, tampoco es posible suponer que el presidente de la República pueda darles la orden a los miembros del consejo de votar en determinado sentido. Si así fuera, el inciso demandado carecería de sentido, pues la decisión podría tomarla el presidente directamente. En esa medida, el voto del presidente no es una condición necesaria, ni suficiente, para calificar a un grupo armado organizado. Más aun, como se mencionó anteriormente, estas decisiones sobre la calificación de organizaciones armadas tienen una vigencia temporal determinada. Por lo tanto, la norma que supedita el inicio de los diálogos con una organización armada al cumplimiento de las condiciones y a su calificación previa como grupo armado organizado por parte del consejo de seguridad nacional vulnera el numeral 4º del artículo 189 de la Constitución, ya que es contrario a la estructura de la rama ejecutiva en materia de orden público.

C) Naturaleza de la paz, como objetivo constitucional, como derecho y como deber del Estado

34. La disposición demandada no sólo subvierte en abstracto la estructura jerárquica de la rama ejecutiva respecto del mantenimiento del orden público, sino que limita, específicamente, la potestad del presidente para iniciar diálogos de paz. En esa medida, vulnera también el principio constitucional conforme al cual el presidente debe darle prelación a la resolución pacífica de los conflictos. Con ello desconoce el papel fundamental de la paz como derecho individual y colectivo, como deber de las autoridades y como fin esencial del Estado.

35. Al analizar la constitucionalidad del plebiscito para la refrendación del acuerdo con las FARC en la Sentencia C-379 de 2016, la Corte analizó las diferentes dimensiones constitucionales de la paz. Para ello llevó a cabo un copioso análisis de la jurisprudencia constitucional sobre procesos de paz y concluyó, en sintonía con la jurisprudencia sobre la materia, que existe una estrecha relación entre la Constitución Política de 1991 y el fin

esencial de lograr la paz. Al cabo de dicho análisis, que no es del caso transcribir en esta oportunidad, llegó a la conclusión de que la paz no es sólo una aspiración constitucional, sino que le impone derroteros ciertos a las actuaciones de los encargados de dirigir y ejecutar la política en materia de orden público. En particular, en aquella ocasión la Corte identificó tres de ellos:

- 1) un deber de adoptar medidas tendientes a canalizar el conflicto armado por medios políticos, y en ese mismo sentido,
- 2) el deber de darle prelación a los mecanismos de solución pacífica de los conflictos, y finalmente,
- 3) un deber de garantizar progresivamente la protección de los derechos.

Así lo sostuvo esta Corporación:

“23. En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha concluido en diversas decisiones y de una manera estable, que la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución. Para ello, se reconoce la triple condición de la paz como derecho, deber y valor fundante de dicho modelo, lo cual conlleva a obligaciones directas en, al menos, tres aspectos definidos: (i) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, normativas y de política pública, dirigidas a la superación del conflicto armado y, en general, el logro de la convivencia pacífica; (ii) un deber social de preferir a la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias; y (iii) el logro progresivo de la plena vigencia de los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde una perspectiva material.” Sentencia C-379 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

36. En efecto, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que el presidente de la República debe buscar preferencialmente acudir a mecanismos de solución pacífica de los conflictos internos. Este deber se deriva, en primer lugar, de una lectura sistemática de la Constitución Política, y en particular, de la prevalencia de los principios fundamentales de la Constitución como elementos integradores que deben informar la interpretación de la parte orgánica de la misma. En segunda medida, se deduce así mismo del análisis de los

antecedentes históricos y de la teleología de la Constitución, que ha sido llamada la “Constitución de la paz”, lo cual consta no sólo en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, sino en el preámbulo mismo de la Constitución. Finalmente, la preferencia por los medios pacíficos de solución del conflicto armado se deriva también de la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que la Corte, interpretando el artículo 93 de la Constitución, ha incorporado al ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad. Al analizar la exclusión de la pena en los delitos de rebeldía y sedición, contenidos en el Código Penal de la época, la Ley 100 de 1980 y el Código de Justicia Penal Militar, Decreto 2550 de 1988, la Corte sostuvo:

“El derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos. Lejos de servir a la causa de la paz, la norma demandada, al colocar el combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua. En este contexto, pierde sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indulto futuros, con lo cual recrudece el conflicto y sustrae a un proceso de paz utilidad e interés, por lo menos en lo que concierne al aspecto jurídico.” (resaltado fuera de texto) Sentencia C-456 de 1997 (M.Ps. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por su parte, al analizar una demanda contra algunos de los artículos de la Ley 418 de 1997, esta Corporación sostuvo:

“De otra parte, para esta Corporación es claro que la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos internos desarrolla la filosofía humanista de la Constitución de 1991 y legitima la acción de las autoridades públicas en un Estado democrático. En consecuencia, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado.” Sentencia C-047 de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Así mismo, al estudiar otra demanda dirigida específicamente contra algunos apartes del

artículo 8º de la Ley 418 de 1997, la Corte sostuvo que el derecho a la paz supone la obligación del presidente, como encargado del mantenimiento del orden público, de buscar soluciones pacíficas al conflicto armado antes de recurrir a medidas que impliquen el uso de la fuerza.

“8. Ahora bien, dentro de los medios para el mantenimiento y conservación del orden público, el Presidente de la República puede adoptar diferentes tipos de medidas, las cuales pueden oscilar entre las soluciones pacíficas de conflictos hasta la utilización de acciones coercitivas como el uso de la fuerza, tal es el caso de la declaratoria de estado de guerra para repeler la agresión exterior (C.P. art. 212). Sin embargo, los instrumentos pacíficos para la solución de conflictos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna. De ahí pues que, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado. Al respecto, esta Corporación ya había dicho que el derecho a la paz ‘implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo’. ...”

...

“En tal contexto, debe recordarse que el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, preceptúa que ‘los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’. Por consiguiente, si, como se expresó anteriormente, la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, la interpretación del mismo en cuanto a la solución del conflicto armado colombiano no sólo debe efectuarse con base en la Constitución en sentido formal sino también en consideración con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, los principios de arreglo pacífico y de exclusión de la fuerza para la solución de las controversias internacionales también deben aplicarse en el conflicto interno colombiano, lo cual demuestra que las soluciones concertadas para el logro de la paz prevalecen prima facie sobre otras medidas de fuerza.” (resaltado fuera de texto)

37. Del anterior recuento jurisprudencial la Corte concluye que la paz, como finalidad del Estado y como derecho individual y colectivo exige que las autoridades encargadas de mantener el orden público busquen preferencialmente una salida negociada a los conflictos con las organizaciones al margen de la ley. Este deber supone que el legislador no restrinja injustificadamente las potestades presidenciales para buscar el diálogo. Con todo, a pesar de lo anterior, el deber de buscar una salida negociada no significa que el presidente no conserve una amplia discrecionalidad para determinar cómo, cuándo y con quién busca establecer diálogos, y cuándo debe usar el aparato coercitivo del Estado para proteger los derechos de las personas.

Sin embargo, el ejercicio de la discrecionalidad presidencial para mantener el orden público supone que el jefe de gobierno cuente con todas las herramientas necesarias y suficientes para iniciar diálogos de paz cuando, y con quien, lo considere apropiado, sin necesidad del concepto previo y favorable de sus subalternos. Estos pueden y deben aconsejar al presidente, y proveerle todos los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. Sin embargo, en últimas, la decisión respecto del inicio de diálogos de paz con una organización al margen de la ley le corresponde única y exclusivamente al presidente como jefe de Estado y de gobierno. Por lo tanto, al restringir la potestad que tiene el presidente para buscar una salida negociada a los conflictos internos, la disposición demandada vulnera también los artículos 2º y 22 de la Constitución.

5. Las facultades otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional y la aplicación directa del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949

38. La vulneración de los artículos 2º y 22, además del numeral 4º del artículo 189 de la Constitución son suficientes para declarar la inexecutable del inciso demandado. Sin embargo, algunos de los intervinientes, incluida la Defensoría del Pueblo, ponen de manifiesto que las facultades otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional para definir las condiciones que deben cumplir las organizaciones armadas al margen de la ley para considerarse como grupos armados organizados y la de calificarlos individualmente como tales tocan temas relacionados con la aplicación directa del derecho internacional humanitario en nuestro ordenamiento interno. En particular, tendrían el alcance de impedir la

aplicación directa del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. En la medida en que este tratado hace parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional no puede simplemente desconocer la pertinencia del tema desde el punto de vista constitucional.

Para abordar este tema la Corte empezará aclarando el contenido y alcance de las normas contenidas en las primeras dos oraciones del inciso demandado. Posteriormente analizará la jerarquía del derecho internacional humanitario dentro de nuestro sistema jurídico y, en tercera medida, se referirá a la aplicación directa de ese cuerpo normativo en el ordenamiento interno colombiano.

A. A) Contenido de la función de calificación de cada grupo armado por parte del Consejo de Seguridad Nacional

39. En primer lugar, le corresponde a esta Corporación establecer el contenido y alcance de la facultad del Consejo de Seguridad Nacional para determinar “cuándo una organización se califica como grupo armado organizado al margen de la ley”. La facultad otorgada al Consejo de Seguridad consiste en evaluar individualmente a cada organización armada, para determinar si se puede calificar como un grupo armado organizado al margen de la ley (GAO). El análisis de dicha norma requiere, en primer lugar, establecer cuál es la naturaleza de la facultad que le otorga al Consejo de Seguridad Nacional. En particular es necesario determinar si se trata de una facultad reglada, o si la misma supone un margen de discrecionalidad, y en tal caso, cuál es dicho margen. En segundo lugar, el análisis de constitucionalidad exige también establecer previamente cuáles son las consecuencias normativas explícitas e implícitas que se derivan del ejercicio de la facultad. Por supuesto, como se verá, la naturaleza de la facultad está relacionada con sus consecuencias.

40. En relación con la naturaleza de la función de calificación de un grupo armado es necesario referirse, tanto al aspecto sustantivo, como al procedimental. Es decir, la Corte debe abordar tanto a los criterios jurídicos que debe tener en cuenta el Consejo de Seguridad Nacional para llevar a cabo la calificación, como al procedimiento mediante el cual la efectúa. En relación con el aspecto sustantivo, es claro que el término “grupo armado organizado” no se refiere a un concepto jurídicamente indeterminado. Por el contrario, tanto nuestro ordenamiento interno como el derecho internacional definen lo que se debe entender por

grupo armado organizado. Así, el mismo encabezado del párrafo primero del artículo 8º de la Ley 418 de 1997 establece lo siguiente:

“De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.” (resaltado fuera de texto)

41. Esta definición, a su vez, está basada en lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 1º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ratificado en nuestro país mediante la Ley 171 de 1994. Este artículo define el ámbito de aplicación del protocolo a partir de dos condiciones. La primera, consiste en que no se trate de un conflicto internacional, y la segunda, que en el conflicto se encuentren enfrentadas las fuerzas armadas del Estado parte en el tratado y de uno o más grupos armados organizados, o fuerzas disidentes (de las fuerzas armadas del Estado), que cuenten con las siguientes características:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.”

42. De la anterior definición se puede concluir que las características básicas del concepto de grupo armado organizado están definidas tanto en el ordenamiento jurídico interno, como en el derecho internacional. Por lo tanto, desde el punto de vista sustantivo, la calificación de una organización al margen de la ley como grupo armado organizado no es una facultad que surja ex-nihilo, ni puede concebirse como una facultad omnímoda del Consejo de Seguridad Nacional. Por el contrario, en todo caso éste tendría que verificar que

la organización sujeta a calificación cumpla los llamados “requisitos objetivos” definidos por el Protocolo II. Es decir, estarían calificando:

- 1) la existencia de un grupo organizado bajo la dirección de un mando responsable, que
- 2) ejerza control territorial,
- 3) realice operaciones militares sostenidas y concertadas y,
- 4) esté en capacidad de aplicar el protocolo.

De cumplirse dichos requisitos, el Consejo de Seguridad Nacional debería calificar a la organización como un grupo armado organizado, o como una fuerza armada disidente, según sea el caso.

43. En contraste con lo anterior, desde el punto de vista procedimental la función de calificar cuándo una organización al margen de la ley es un GAO sí supone un grado prácticamente indefinido de discrecionalidad. Ello se debe a que no existe una norma dentro del ordenamiento jurídico que establezca cuál es el procedimiento que debe seguir el Consejo de Seguridad Nacional para llevar a cabo tal calificación. Al no existir un procedimiento, ni estar previamente definidas unas condiciones, circunstancias o criterios que activen tal facultad, tampoco es posible ejercer control sobre sus decisiones, ni sobre sus omisiones. Siendo ello así, puede ocurrir que una organización al margen de la ley cumpla con todos los requisitos objetivos para considerarla como un GAO, y que aun así el Consejo de Seguridad Nacional nunca la evalúe.

B) Alcance de la función de calificación de cada grupo armado respecto del derecho interno y del derecho internacional

44. Ahora bien, para analizar las funciones atribuidas al Consejo de Seguridad Nacional es necesario identificar la totalidad de los efectos jurídicos de la calificación de una organización al margen de la ley como grupo armado organizado.

La facultad para calificar organizaciones como grupos armados organizados tiene consecuencias normativas explícitas, tanto en la misma Ley 418 de 1997 y en el Protocolo II, como otras que están implícitas y que se derivan de la estructura normativa del derecho

internacional humanitario. En primer lugar, la misma disposición acusada establece que la calificación de una organización como grupo armado organizado es una exigencia “para que pueda ser objeto de todos o de alguno de los diferentes instrumentos que consagra esta ley.”

45. Los instrumentos consagrados en dicha ley van dirigidos a facilitar los procesos de diálogo y negociación entre los grupos y el gobierno, a prevenir o mitigar la violencia, y a llegar a acuerdos para garantizar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el respeto por los Derechos Humanos. Entre los efectos explícitos, el artículo 8º incluye la posibilidad de entablar conversaciones, diálogos y negociaciones, con el objetivo de llegar a acuerdos para la terminación definitiva del conflicto, o para que se produzcan el cese de hostilidades, o la reducción de los enfrentamientos, para verificar el cumplimiento de los acuerdos, lograr la desmovilización, el desarme y la reintegración. Así mismo, otro mecanismo contemplado en la ley consiste en la suspensión de los procesos judiciales y/o de las órdenes de captura contra los miembros del grupo armado organizado y sus representantes. Por otra parte, el presidente también puede autorizar la ubicación de los representantes, voceros y/o miembros de tales grupos en zonas determinadas del territorio nacional, ordenando los desplazamientos necesarios de la fuerza pública para garantizar la vida, integridad personal, y demás derechos a sus integrantes. Del mismo modo, el artículo 50 establece la potestad de otorgarles indultos bajo determinadas condiciones, y el artículo 65 permite que los miembros de dichos grupos se beneficien de los programas gubernamentales de reinserción socioeconómica.

46. Por otra parte, la calificación de las organizaciones al margen de la ley como grupos armados organizados trae consigo una serie de consecuencias, tanto explícitas como implícitas frente al derecho internacional. La primera de ellas es que al otorgarle al Consejo de Seguridad Nacional la función de calificar la existencia de grupos armados organizados se le está imponiendo un requisito procedimental al reconocimiento de un conflicto armado en nuestro país. Como consecuencia de ello, no resultarían aplicables ipso jure frente a tal grupo las normas de derecho internacional humanitario, en particular las del Protocolo II, ni las normas de derecho penal internacional aplicables en conflictos armados no internacionales. Por el contrario, si se impone la necesidad de definir unos requisitos y de realizar una calificación previa de los grupos armados organizados, la aplicación del protocolo terminaría siendo selectiva. Es decir, sólo se reconocería la existencia objetiva de un conflicto armado no internacional frente a los grupos que hayan sido previamente reconocidos por el Consejo

de Seguridad Nacional. Como consecuencia, el Protocolo II no sería aplicable sino frente a aquellas organizaciones previamente calificadas como grupos armados organizados por el Consejo de Seguridad Nacional.

47. Desde el punto de vista del derecho internacional no se aplica el Protocolo II en circunstancias en las cuales las organizaciones armadas no puedan cumplir con los requisitos objetivos a los que se hizo referencia, o cuando se esté bajo una circunstancia como las enunciadas en el numeral 2º del artículo 1º de dicho protocolo, que dice:

“El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

Por lo tanto, si el Consejo de Seguridad Nacional decide que no se presentan las condiciones establecidas por este mismo órgano, o si por alguna razón no se ha calificado organización como grupo al margen de la ley, no se aplicaría el Protocolo, así se configuren objetivamente los requisitos objetivos. En tales circunstancias, el Estado colombiano estaría desconociendo unilateralmente el carácter de la organización como grupo armado organizado. En virtud de tal circunstancia, como ya se dijo, se estaría desconociendo también la existencia de un conflicto armado entre la organización respectiva y las fuerzas armadas colombianas. Implícitamente, con ello se estaría afirmando que ninguna de las partes tiene la obligación de aplicar el Protocolo II.

48. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo la existencia del grupo armado como sujeto limitado o funcional de Derecho Internacional, quedaría sujeta a la calificación hecha por el Consejo de Seguridad Nacional. El reconocimiento de esta personalidad jurídica de carácter limitado o funcional implica que, si bien los grupos armados organizados no tienen la capacidad jurídica para suscribir tratados, ni para aceptar la formación de nuevas costumbres internacionales, y en general no tienen la capacidad para adquirir nuevas obligaciones internacionales, como lo hacen los sujetos plenos de derecho internacional, sí les resultan aplicables las normas internacionales aceptadas por el Estado donde operan. En esa medida, son titulares de determinados derechos y están sujetos a las obligaciones internacionales previamente aceptadas por tales Estados. Esto es claro desde el encabezado del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en el cual se les

imponen obligaciones a las partes en conflicto, y no solamente a los Estados. Por lo tanto, de no haber obtenido una calificación por parte del Consejo de Seguridad Nacional, las organizaciones al margen de la ley no serían titulares de los derechos, ni estarían sujetos a las obligaciones establecidas en el Protocolo II.

49. La aplicabilidad a los grupos armados organizados del artículo 3 común a los convenios de Ginebra, de su Protocolo II adicional, y en general de las disposiciones que regulan los conflictos no internacionales, ha sido reconocida por el Consejo de Seguridad de la ONU en diversas oportunidades. Entre ellas, en la Resolución 1564 de 2004, resolución con carácter obligatorio dictada con base en las facultades del Capítulo VII de la Carta de la ONU en relación con el conflicto en Darfur, en la cual este organismo ordenó que “todos los grupos armados, incluyendo las fuerzas rebeldes, garantizarán que sus miembros cumplieran con el Derecho Internacional Humanitario”.

Así mismo lo reconoció el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso del Fiscal v Sam Hinga Norman de 2004, en el cual sostuvo que:

“Está bien definido que todas las partes de un conflicto armado, tanto actores estatales como no-estatales, están sujetos al derecho internacional humanitario, aun cuando sólo los Estados puedan ser partes en los tratados internacionales. El derecho internacional consuetudinario representa el parámetro compartido de comportamiento en la comunidad internacional. Y por lo tanto, incluso los grupos armados hostiles a un gobierno particular deben cumplir con estas disposiciones.” (resaltado fuera de texto)

50. Este reconocimiento supone una igualdad de derechos y obligaciones entre las fuerzas armadas del Estado y los grupos armados organizados, en lo que atañe exclusivamente a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional. En los demás aspectos, el régimen jurídico y, en particular las normas penales y de policía, siguen teniendo plena vigencia. Es decir, estos cuerpos normativos proveen protección jurídica en condiciones de igualdad a las partes en un conflicto no internacional.

51. La igualdad de condiciones otorgada a las fuerzas armadas estatales y a los grupos armados organizados o fuerzas disidentes tiene otra finalidad adicional. Se trata de una caracterización dirigida a garantizar un principio de vital importancia dentro del derecho internacional humanitario, que es el principio de distinción entre combatientes y no

combatientes. Al igualar a las partes en conflicto, es decir, a los combatientes, se las está diferenciando de aquellas que no lo están. Es decir, se está distinguiendo entre combatientes y no combatientes. Este principio de distinción constituye un elemento esencial dentro del derecho internacional humanitario que permite proteger a la población civil que, por no ser parte del conflicto, está cobijada por una mayor protección jurídica. En efecto, el principio de distinción tiene como corolario la distinción entre acciones y objetivos militares legítimos y aquellos que no lo son. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un grupo armado organizado lo califica, no sólo como titular de una serie de derechos y obligaciones respecto de la aplicación del derecho internacional humanitario, sino que lo excluye del régimen aplicable a la población civil, identificándolo como un objetivo militar legítimo de las fuerzas armadas del Estado.

52. En ese orden de ideas, el reconocimiento ipso jure de los grupos armados organizados sirve para proteger a la población civil por otra razón adicional: hace directamente exigible la aplicación del derecho internacional humanitario a estos grupos. En efecto, el reconocimiento de un grupo armado organizado supone que cuenta con un mando responsable y que debe tener la capacidad de aplicar el derecho internacional humanitario. Según lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 1 del Protocolo II transcrito previamente, estas fuerzas deben estar en capacidad de “aplicar el presente protocolo”. Por lo tanto, tanto los grupos armados organizados, como sus comandantes, son responsables tanto nacionalmente como internacionalmente por las violaciones al derecho internacional de los conflictos armados no internacionales.

53. En consonancia con lo anterior, algunos de los intervinientes, en particular la Defensoría del Pueblo y la Universidad Sergio Arboleda, consideran que el inciso demandado es contrario a la Constitución. Para estos intervinientes la calificación de los grupos armados organizados debe operar ipso jure. De acuerdo con su argumento, la necesidad de que haya una calificación como grupo armado organizado por parte del Consejo de Seguridad Nacional le restaría efectividad al derecho internacional humanitario. Para ellos, el derecho internacional humanitario es de aplicación directa y automática, y resulta exigible a los combatientes por el solo hecho de cumplir los requisitos objetivos. Por lo tanto, según los intervinientes la aplicabilidad del derecho internacional humanitario de los conflictos no internacionales no puede estar sujeta a un requisito adicional como lo es la calificación por parte del Consejo de Seguridad Nacional.

54. Esta postura tiene asidero en el derecho internacional si se consideran los antecedentes históricos del Protocolo II. Es decir, si se toman trabajos preparatorios como base complementaria de interpretación del protocolo. Por lo tanto, la Corte hará un breve repaso de algunos aspectos puntuales de dichos trabajos preparatorios para interpretar el contenido y alcance de dicho tratado, toda vez que, como se analizará más adelante, el mismo hace parte del bloque de constitucionalidad, y como tal, es un criterio determinante en la constitucionalidad de la disposición analizada.

55. Durante las conferencias en las cuales se citó a un comité de expertos para crear un tratado aplicable a los conflictos armados no internacionales uno de los asuntos más debatidos fue la definición de conflicto no internacional. El problema consistía en determinar cuál debía ser el ámbito de aplicación del conjunto de normas que posteriormente pasaría a convertirse en el Protocolo II. Una propuesta inicial consistió, precisamente, en la elaboración de un procedimiento de verificación, o de calificación de los conflictos, de tal manera que, si una vez surtido dicho procedimiento, el conflicto cumplía con los requerimientos establecidos, el tratado resultaba aplicable. La idea era definir una serie de condiciones objetivas y observables, de tal manera que una vez constatada la ocurrencia de las mismas, los órganos del Estado en el cual tenía lugar el conflicto no pudieran negar su ocurrencia. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada por los redactores del tratado desde la misma Conferencia de Expertos. Se consideró que la realización de este procedimiento era demasiado complicado en la práctica y convertía la aplicabilidad del tratado en una decisión unilateral de los Estados obligados.

56. La segunda opción, que fue la que finalmente se adoptó en el tratado, consistía en definir los conflictos armados no internacionales. Para el comité de expertos la razón por la cual el artículo 3 común no se había aplicado era por la falta de una definición que diera unos parámetros claros, y sobre todo objetivos, cuya configuración debía dar lugar a la aplicación de este corpus juris. Sin embargo, esta postura traía consigo un riesgo: si la definición de conflicto armado no internacional era demasiado rígida, el tratado no se aplicaría. A partir de la iniciativa de definir los conflictos armados no internacionales surgieron trece diferentes propuestas, de las cuales la conferencia de expertos de los Estados estudió seis variantes. Una de ellas consistía en aplicar el mismo conjunto de normas que en los conflictos internacionales. Las demás alternativas, referidas únicamente a los conflictos no internacionales, consistían en variaciones más o menos amplias en cuanto a la intensidad del

conflicto. En este contexto, los Estados en la conferencia acogieron la versión presentada por el Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional (CICR). Esta planteaba tres requisitos objetivos. Sin embargo, los Estados eran conscientes de que el concepto de conflicto armado es relacional y vincula a dos o más partes, y que el nivel de intensidad de los enfrentamientos no es un criterio estable a partir del cual se pueda determinar cuándo hay un conflicto armado. Por lo tanto, en lugar de asociar la definición de conflicto armado a la intensidad de los combates, se decidió vincularla las características de la organización armada no estatal. El objetivo de la propuesta adoptada, que fue aprobado por la Conferencia de Expertos de los Estados partes, conforme lo expuso el representante de la CICR era el de:

“precisar las características del conflicto armado no internacional por medio de criterios objetivos, de modo que el Protocolo se le aplique en cuanto cumplan concretamente esos criterios, sin que esta aplicación esté subordinada a otras consideraciones.” (resaltado fuera de texto)

57. Esta postura ha sido reiterada por el CICR en sus comentarios al Protocolo II. Para el comité, la razón de ser de la definición de conflicto a partir de unos criterios objetivos ligados a las características objetivas de los grupos armados es precisamente evitar que el ámbito de aplicación del protocolo quede a discreción de las partes. Al referirse a los criterios objetivos, dicho comentario sostiene:

“El presente párrafo enuncia algunos criterios objetivos para determinar el ámbito de aplicación del Protocolo. La aplicación no debe depender de las partes. El Protocolo entra automáticamente en vigor tan pronto como se cumplan las condiciones materiales, tal y como las define el artículo. Este sistema, que tiene por objeto no hacer depender la protección de las víctimas de los conflictos armados de una decisión arbitraria de las autoridades concernidas, es uno de los fundamentos del derecho internacional humanitario y ya tiene vigencia en los artículos 2 y 3 comunes a los convenios de 1949.” (resaltado fuera de texto)

58. Por lo tanto, de lo dicho la Corte concluye que cuando una organización al margen de la ley cumple los requisitos objetivos para que se la considere como un grupo armado organizado, el Protocolo II aplica ipso jure. La aplicación ipso jure del protocolo tiene diversas

consecuencias. En primer lugar, entra a operar el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, y con ello aumenta el alcance de la protección a la población civil y a las mismas organizaciones armadas. Sin embargo, por otra parte también aumenta la responsabilidad jurídica que les es imputable a dichas organizaciones, por la adecuada aplicación del DIH. Finalmente, también cabe mencionar que en virtud del principio de distinción estas organizaciones se convierten en un objetivo militar legítimo de las fuerzas armadas del Estado.

Así mismo, de lo anterior se puede concluir que la Conferencia de Expertos rechazó la posibilidad de que los Estados partes del Protocolo II establezcan procedimientos internos tendientes a certificar, con carácter constitutivo, el cumplimiento de los requisitos objetivos para que se configure un conflicto no internacional. Más aún, como ya se vio según la posición adoptada por los Estados parte, el Protocolo opera ipso jure y su ámbito de aplicación no puede estar sujeto a requisitos o aprobaciones adicionales. En particular, la CICR ha rechazado reiteradamente la posibilidad de que las partes adopten una “decisión arbitraria” respecto de la aplicabilidad de este cuerpo normativo. Por supuesto, ello no significa que el presidente, como comandante en jefe de las fuerzas armadas y encargado de mantener el orden público, no pueda determinar cuándo se configuran los requisitos objetivos establecidos en el artículo 1.1 del Protocolo II. Sin embargo, debe hacerlo teniendo en cuenta que el derecho internacional humanitario opera ipso jure dentro del ordenamiento jurídico interno.

59. En virtud de lo anterior la Corte concluye que a partir de los antecedentes normativos, o “trabajos preparatorios” y de la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional el Protocolo II es de aplicación inmediata. En esa medida, su aplicación en el ámbito interno no sólo no requiere, sino que no puede estar sujeta al desarrollo de normas, órdenes o autorizaciones por parte de las autoridades nacionales de los Estados partes del mismo.

60. A pesar de que las facultades otorgadas al Consejo de Seguridad Nacional se refieran a las condiciones y a la calificación de los “grupos armados organizados”, podría alegarse que la norma no se relaciona con la aplicación del Protocolo II. Al fin y al cabo, el inciso demandado dice que el cumplimiento de las condiciones y la calificación son necesarias para aplicar total o parcialmente “los instrumentos que consagra esta ley”. Por lo tanto, desde

este punto de vista las funciones atribuidas al Consejo de Seguridad Nacional no tendrían relación alguna con la aplicación del Protocolo II. Sus funciones estarían encaminadas exclusivamente a establecer las condiciones para que a un grupo armado organizado puedan aplicársele todos o algunos de los instrumentos contenidos en la ley. Esta hipótesis se vería reforzada por el encabezado del párrafo del artículo 8º, que dispone que el término de grupo armado organizado se define “para los efectos de la presente ley”.

61. Sin embargo, esta interpretación no es de recibo, al menos por tres razones básicas. En primer lugar, porque si bien el texto define a los grupos armados organizados para los efectos de la ley, también dice que el término se define “[d]e conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario”. Como se mencionó anteriormente, el concepto de grupo armado organizado no es jurídicamente indeterminado en el derecho internacional humanitario. Por el contrario, está definido en el numeral 1º del artículo 1º del protocolo. En segunda medida porque, aun aceptando en gracia de discusión que el Congreso puede darle un significado diferente para efectos de la aplicación de la ley, es el mismo párrafo 1º el que evoca este cuerpo normativo al definir a los grupos armados organizados, cuando le da un contexto jurídico específico a la definición, diciendo que de “conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley...”, y a renglón seguido trae una definición prácticamente idéntica a la del artículo 1.1 del protocolo. Finalmente, tampoco resulta de recibo la interpretación según la cual el legislador quiso definir a los grupos armados organizados únicamente para los efectos de la ley 418 de 1997, porque los “instrumentos que consagra esta ley” son precisamente el tipo de instrumentos contemplados por el DIH como mecanismos para aumentar el conjunto de normas de DIH aplicables a los conflictos no internacionales, para mitigar los efectos del conflicto, y para lograr la paz.

62. En esa medida, resulta claro que el Protocolo II y la Ley 418 de 1997 no persiguen finalidades distintas, sino que, por el contrario, existe una identidad de propósito entre los dos cuerpos normativos. Esta Corporación, se refirió a la teleología del derecho internacional humanitario como un cuerpo normativo que no sólo busca mitigar los efectos de la guerra, sino lograr el objetivo de la paz. Sostuvo la Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero):

“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.” (resaltado fuera de texto)

63. Por todo lo anterior, la Corte concluye que, como el objeto de la calificación es un concepto propio del derecho internacional humanitario, como la norma hace referencia expresa a la conformidad con dicho cuerpo normativo, y entre éste y las consecuencias explícitas de la norma existe una unidad de propósito, así mismo existe una interdependencia normativa entre la disposición demandada y el Protocolo II. En particular, la calificación hecha por el Consejo de Seguridad Nacional en el inciso demandado tiene como efecto condicionar la aplicabilidad del protocolo frente a cada organización. La constitucionalidad de este condicionamiento a la aplicabilidad del protocolo II se analizará más adelante en la presente sentencia, para lo cual la Corte se referirá a la jerarquía del derecho internacional humanitario dentro de nuestro sistema jurídico.

C) Jerarquía del derecho internacional humanitario en nuestro sistema jurídico

64. Desde sus inicios la Corte le ha otorgado un valor especial, tanto a las normas internacionales sobre derechos humanos, como a las disposiciones de derecho internacional humanitario. Lo ha hecho basándose en diferentes fundamentos jurídicos, y le ha dado un valor distinto a medida que su jurisprudencia ha evolucionado. En primer lugar, en la Sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), que analizó la constitucionalidad del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, la Corte les dio un carácter supraconstitucional a las disposiciones del derecho internacional humanitario basándose para ello en el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución, que dispone el respeto del derecho internacional humanitario. Al respecto, sostuvo:

“Por otra parte, en el artículo 214, numeral 2o. de la Carta se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros

a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que: ‘En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.’”

65. Posteriormente, al analizar la constitucionalidad del Protocolo II en la Sentencia C-225 de 1995, la Corte cambió su jurisprudencia, para superar una aparente antinomia entre el artículo 4º, que dispone la supremacía de la Constitución, y los artículos 93 y 214. Para ello decidió darle al derecho internacional humanitario un valor equivalente al de las normas constitucionales. Con tal propósito acudió al concepto de bloque de constitucionalidad, originalmente adoptado por el Consejo Constitucional francés para integrar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al texto constitucional de la V República.

Para fundamentar jurídicamente esta incorporación, la Corte recurrió a tres fundamentos jurídicos distintos. Por un lado, se basó en el mismo numeral 2º del artículo 214 ya mencionado, por el otro, en el artículo 93 que dispone que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.” Y que “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Así mismo, se basó en que el derecho internacional humanitario contenido en el Protocolo II era, no sólo la codificación de una costumbre internacional preexistente, sino parte del *ius cogens*, es decir, de las normas de derecho internacional imperativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Al respecto, la Sentencia C-225 de 1995

“12- A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la

perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

“La Corte considera que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.”

66. En conclusión, la Corte incorporó el derecho internacional humanitario, y en particular, el Protocolo II, al bloque de constitucionalidad. Sin embargo, el concepto de bloque de constitucionalidad tiene dos acepciones distintas. La primera de ellas, usualmente denominada el bloque de constitucionalidad en sentido lato, incorpora una determinada norma como criterio de interpretación del respecto del contenido y alcance de los derechos establecidos en la Constitución. La otra, conocida como el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de las normas de rango legal que sean contrarias a las disposiciones del bloque. Sobre este particular se ha referido la Corte en numerosas ocasiones. En particular, en la Sentencia C-148 de 2005 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), sostuvo:

“Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.

“En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

“En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas

superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)”

67. En la Sentencia C-225 de 1995, la Corte incorporó las disposiciones del Protocolo II al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Es decir que la contradicción entre una disposición de derecho internacional humanitario y una disposición de rango legal conlleva la declaratoria de inconstitucionalidad de ésta última. Al respecto, la Sentencia sostuvo:

“En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

“Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” (resaltado fuera de texto original)

68. Esta integración del derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad se ha mantenido incólume en la jurisprudencia desde entonces. En efecto, posteriormente, en la Sentencia C-578 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte sostuvo:

“A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la Constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad.”

69. El anterior recuento jurisprudencial permite concluir que, como lo ha dicho la Corte en diversas oportunidades, el Protocolo II hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Como tal, le corresponde al juez constitucional establecer la constitucionalidad de las normas de rango legal sujetas a su control frente a las disposiciones de dicho tratado.

D) Aplicación directa del DIH en el ordenamiento interno

70. En los Fundamentos Jurídicos Nos. 54-59 de la presente sentencia la Corte concluyó que, de acuerdo con los trabajos preparatorios del Protocolo II, que constituyen medios de interpretación complementarios conforme a lo dispuesto en los artículos 53 y 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de acuerdo también con la interpretación hecha por el Comité de la Cruz Roja Internacional, los Estados partes no pueden reservarse la facultad para calificar unilateralmente la existencia de un conflicto armado no internacional. Por el contrario, la sola configuración de los llamados requisitos objetivos establecidos en el numeral 1º del artículo 1º del protocolo son suficientes para que éste sea aplicable ipso jure. Así mismo, la calificación unilateral de la ocurrencia de un conflicto con una organización al margen de la ley disminuye el nivel de protección que brinda el derecho internacional humanitario, y puede llegar a constituir una vulneración del principio de igualdad entre combatientes en un conflicto armado no internacional. Por lo tanto, resulta razonable concluir que el Protocolo II supone una aplicación directa, o automática, cuandoquiera que una organización armada insurgente o disidente se enfrente a las fuerzas armadas del Estado parte.

71. Pues bien, en ese mismo sentido esta Corporación, al analizar la constitucionalidad del Protocolo II, dispuso la aplicabilidad directa o “automática” del derecho internacional humanitario. Lo hizo en primer lugar, con fundamento en el mandato contenido en el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución respecto del derecho internacional humanitario. Así mismo, fundamentó la aplicabilidad directa en que, en opinión de la Corte, este cuerpo normativo hace parte, en lo esencial, de las normas imperativas de derecho internacional, o *ius cogens*. Al respecto sostuvo la Corte:

“10- En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que ‘en todo

caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario'. Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo 'al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens.'" (resaltado fuera de texto) Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

72. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que las normas que facultan al Consejo de Seguridad Nacional para determinar las condiciones que deben cumplir las organizaciones armadas y para calificarlas como grupos armados organizados vulneran el artículo 1º del Protocolo II y el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución Política. Al conferir dichas facultades, imponen requisitos que impiden la aplicación automática del derecho internacional humanitario, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución.

VII. DECISIÓN

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018, "por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014.", que modifica el párrafo 1º del artículo 8º de la Ley 418 de 1997.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Salvamento parcial de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-069/20

Referencia: Expediente D-13338

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, suscribo este salvamento de voto en relación con la sentencia de la referencia, por las razones que presento a continuación.

1. El inciso declarado inexecutable no vulneraba los artículos 2, 22 y 189 numeral 4º de la Constitución Política. El hecho de que la calificación de una organización armada ilegal como grupo armado organizado y la determinación de las condiciones para ser objeto de los instrumentos previstos en la Ley 418 de 1997 le correspondieran al Consejo de Seguridad Nacional y constituyeran “requisitos” para que el Gobierno nacional iniciara “diálogos conducentes a acuerdos para la desmovilización, desarme y reintegración del grupo” no vulneraba la facultad del Presidente de la República para conservar y restablecer el orden público ni afectaba el obligatorio cumplimiento del derecho-deber a la paz.

En efecto, de acuerdo con el Decreto 4748 de 2010, modificado por el Decreto 469 de 2015, el Presidente de la República integra y preside el Consejo de Seguridad Nacional. Además, es el superior jerárquico de los otros integrantes del consejo. Por lo tanto, es posible concluir que (i) contrario a lo que afirma la sentencia de la que me aparto, el inciso declarado inexecutable no invierte la estructura constitucional de la administración pública y (ii) las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad Nacional, entre ellas la calificación de una organización armada ilegal como grupo armado organizado y la determinación de las condiciones para ser objeto de los instrumentos previstos en la Ley 418 de 1997, tienen la aprobación del Presidente de la República y, por tanto, reflejan el ejercicio de sus competencias constitucionales. Una postura contraria pierde de vista que el citado órgano no es independiente de la voluntad administrativa del Presidente de la República y, en tal medida, no supedita el ejercicio autónomo de las competencias que le asigna la Constitución.

De otro lado, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es preferible conservar y restablecer el orden público mediante herramientas pacíficas, como los diálogos de paz, nada obsta para que esos objetivos se logren mediante el uso legítimo de la fuerza en contra de organizaciones armadas ilegales que no puedan ser consideradas como grupos armados organizados por incumplir las condiciones previstas en el artículo 1.1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (reiteradas en el párrafo 1º del artículo 8º de la Ley 418 de 1997).

2. La Corte asumió un control oficioso de constitucionalidad para el cual carecía de competencia. La sentencia de la que me aparto afirma que los demandantes cuestionaron la constitucionalidad del inciso segundo del párrafo 1º del artículo 8º de la Ley 418 de 1997, modificado por la Ley 1941 de 2018, porque impedía la aplicación directa e inmediata del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, ni en la demanda ni en su subsanación se formuló un cargo en ese sentido.

Si bien la intervención de la Defensoría del Pueblo advirtió acerca de una posible vulneración del artículo 1.1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, la Corte no podía, a partir de esa intervención, construir un cargo de inconstitucionalidad que no fue propuesto por los demandantes y sobre el que los demás intervinientes no tuvieron la oportunidad de pronunciarse. Al hacerlo, asumió un control oficioso de constitucionalidad para el cual carece de competencia. En efecto, tal como lo ha advertido esta Corte, “[l]a imposibilidad de emprender un control a partir de acusaciones diferentes a las de los demandantes se apoya en la naturaleza excepcional del control automático de constitucionalidad y se ha reflejado en el carácter también excepcional de la integración de la unidad normativa, así como en la imposibilidad de realizar un juicio a partir de cargos autónomos o independientes propuestos en los escritos de los intervinientes en el proceso”.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-069/20

Referencia: Expediente D-13338

Asunto: Acción de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018, “por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por Las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014”.

Magistrado Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación expongo las razones que me conducen a salvar parcialmente el voto en la Sentencia C-069 de 2020, proferida en la sesión del 19 de febrero del mismo año.

1. 1. En el fallo de la referencia, esta Corporación conoció de una demanda interpuesta en contra del inciso 2º del párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1941 de 2018, por vulnerar los artículos 2, 22 y el 189-4 de la Carta, al otorgar al Consejo de Seguridad Nacional (en adelante CSN), una serie de funciones que los ciudadanos estimaron abiertamente inconstitucionales. A juicio de los actores, la norma acusada le confería al CSN, (i) la potestad de calificar a una organización al margen de la ley, como un grupo armado organizado; (ii) definir las condiciones para que éste fuera objeto de los beneficios dispuestos por la ley en mención; y (iii) determinar que el cumplimiento de los requisitos y la imposición de esa calificación conferida por el CSN, fuese una exigencia para que el gobierno examinara “la posibilidad de decidir” si adelantaba diálogos de paz con los grupos armados organizados.

De acuerdo con los ciudadanos, estas atribuciones del CSN eran contrarias a la Carta, por limitar las competencias superiores del Presidente para mantener el orden público donde fuere turbado (artículo 189-4) –que es una facultad que consideran indelegable –, y quitarle instrumentos importantes para cumplir con su deber de garantizar la paz (artículo 22) y asegurar los fines del Estado, en la búsqueda de una convivencia pacífica (artículo 2º). De hecho, a juicio de los actores, la potestad de iniciar diálogos de esta naturaleza, así como la de negociar y suscribir acuerdos de paz, de conformidad con las sentencias C-214 de 1993,

C-496 de 1998 y C-379 de 2016 de la Corte Constitucional, es una competencia que contribuye a restablecer el orden público y que sólo le corresponde al Presidente de la República.

Por esta razón, solicitaron al Tribunal Constitucional la declaratoria de inexequibilidad del párrafo enunciado, y de manera subsidiaria, la exequibilidad condicionada del inciso demandado, en el entendido de que las facultades para iniciar, dirigir y suscribir documentos producto de negociaciones con grupos armados, son exclusivas del Presidente de la República, y no pueden ser delegadas ni supeditadas a la calificación del Consejo de Seguridad Nacional.

2. Ahora bien, luego de un estudio sobre la aptitud de la demanda y la pertinencia de los cargos presentados, la Corte Constitucional en la Sentencia C-069 de 2020, decidió analizar las preocupaciones planteadas por los actores, a partir del siguiente problema jurídico: ¿la sujeción del inicio de los procesos de paz a las condiciones y calificación del Consejo de Seguridad Nacional invierte la estructura constitucional de la rama ejecutiva y restringe el ejercicio de una facultad exclusiva del Presidente, al limitar con ello el logro de la paz?

Para dar respuesta a este interrogante, el fallo se concentró en recordar las distintas formas de distribución de funciones al interior de la estructura constitucional de la Rama ejecutiva, las específicas atribuciones presidenciales en relación con los procesos de paz, y la naturaleza de la paz, como objetivo constitucional y deber del Estado.

3. Con base en estos lineamientos, la providencia llegó a la conclusión de que el inciso acusado era inconstitucional, dado que supeditaba indebidamente el inicio de los diálogos eventuales de paz con una organización armada, al cumplimiento de unas condiciones y de una calificación que debía otorgar el Consejo de Seguridad Nacional. Una situación, que para la Corte no sólo era contraria al numeral 4º del artículo 189 de la Constitución, sino a los artículos 2º y 22 de la Carta, por restringir la potestad que tiene el Presidente de buscar una salida negociada a los conflictos internos.

4. No obstante lo anterior, la sentencia consideró a su vez que, aunque la vulneración de los artículos constitucionales mencionados ofrecía razones suficientes para declarar la inexequibilidad del inciso objeto de censura, debía pronunciarse también, y de oficio, sobre una presunta vulneración constitucional propuesta por alguno de los intervinientes, al

manifestar que las facultades otorgadas al CSN podían interferir también con la aplicación del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y el DIH.

En ese sentido, el fallo decidió analizar la relación entre la función de calificación de los grupos armados indicada, el derecho interno y el derecho internacional; revisó la jerarquía del derecho internacional humanitario en nuestro sistema jurídico y la aplicación directa del DIH en el ordenamiento interno, y concluyó que, sin perjuicio de las facultades que tiene el Presidente para verificar si una organización armada cumple materialmente los requisitos del artículo 1.1 del Protocolo II, el CSN no podía establecer requisitos nuevos o distintos, ni atribuir con alcance constitutivo, el carácter de grupo armado organizado, a una organización criminal específica.

Con fundamento en lo expuesto, la sentencia de la cual me aparto parcialmente, declaró la inexecutable del inciso segundo del párrafo 1º del artículo 3º de

la Ley 1941 de 2018, “por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la

Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de

2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014”, que modificó el párrafo

1º del artículo 8º de la Ley 418 de 1997.

5. Así las cosas, aunque comparto plenamente la decisión de declarar inconstitucional el inciso acusado por violación del artículo 189-4 de la Constitución y de los artículos 2º y 22 de la Carta, al considerar que el Legislador no podía supeditar competencias exclusivas del Presidente de la República a la decisión de un órgano creado legalmente y de inferior jerarquía, también discrepo de la decisión de la Corte de evaluar de oficio cargos ligados al bloque de constitucionalidad que no fueron propuestos por los ciudadanos en la oportunidad procesal correspondiente; y me aparto, a su vez, de algunas afirmaciones que hace la sentencia con relación al DIH, en su análisis oficioso. A continuación expondré entonces, las razones que justifican mi discrepancia frente a estos precisos aspectos de la providencia enunciada.

Primer desacuerdo: Incompetencia de este Tribunal para asumir un control oficioso de constitucionalidad

6. La acción pública de inconstitucionalidad, como una de las expresiones del principio democrático, ocupa un importante papel instrumental en el desarrollo de las competencias de la Corte Constitucional ligadas a su deber de garantizar la integridad y supremacía de la Carta (artículo 241). En efecto, permite poner en marcha la intervención del juez constitucional en el control de las leyes que son cuestionadas por los ciudadanos. Y desde esta perspectiva, es a partir de esta acción que se habilita la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre normas proferidas por el Legislador -que gozan en principio de una presunción de constitucionalidad-, y que a partir de las precisas acusaciones ciudadanas pueden ser evaluadas por esta Corporación.

7. El modelo de control constitucional colombiano, en consecuencia, busca ser deliberativo, abierto, democrático y participativo, con el fin de asegurar la legitimidad y la racionalidad de las decisiones judiciales correspondientes. De lo que se deriva que la labor que le corresponde a este Tribunal, “no consiste en construir oficiosamente, aislada y unilateralmente las decisiones sobre la constitucionalidad del sistema jurídico, sino en liderar un proceso de construcción colectiva en un asunto esencialmente público, precisando y orientando el debate y la deliberación pública, organizando y sistematizando los insumos que resulten de este proceso de reflexión colectiva, valorando y sopesando las distintas opciones y alternativas que surgen de este mismo proceso, y finalmente, adoptando una decisión”.

8. A partir de esta realidad y con fundamento en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, esta Corporación ha construido una jurisprudencia muy amplia que ha buscado asegurar y favorecer ese proceso deliberativo, a partir de exigencias argumentativas mínimas a los ciudadanos, con el fin de que presenten demandas aptas y eficaces que eviten decisiones inhibitorias, permitan poner en duda la validez constitucional de una regulación, y contribuyan a construir un diálogo ciudadano que promueva la discusión ilustrada sobre las normas acusadas. Como bien lo dijo la Sentencia C-025 de 2020, el hecho de:

“Asumir el proceso de constitucionalidad como un verdadero foro para el diálogo público encaminado a establecer si la Constitución fue vulnerada por alguno de los órganos del Estado, implica que se trata de la expresión de una forma de democracia deliberativa. Tal circunstancia exige de ciudadanos, organizaciones y autoridades, la presentación de razones orientadas a poner de presente asuntos relevantes para juzgar la validez constitucional de la ley. No todos los argumentos son relevantes para que la Corte cumpla esta tarea. Su

relevancia depende, en suma, de la contribución que puedan prestar para (i) definir el significado del objeto de control e (ii) identificar lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite”.

(...)

“[Así,]el ciudadano que pretenda activar las competencias de este Tribunal debe manifestar un interés real por salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución que se materializa cuando, al impugnar la ley, presenta razones que (a) pueden ser entendidas por cualquier ciudadano (claridad); (b) se encaminan a cuestionar los significados de la ley vigente (certeza); (c) correspondan a cuestiones constitucionales, esto es, que tengan por objeto preservar la vigencia de la Carta (pertinencia); y (d) planteen en qué sentido específico se produjo la infracción de la Constitución (especificidad). Solo así reunidos los elementos relevantes para el juicio (d) se suscitará una duda mínima sobre la validez de la ley (suficiencia)”.

9. De estas precisiones, se concluye necesariamente que la Corte Constitucional no es competente para realizar un control de las normas distinto al previsto en el artículo 241-4 superior, en estas circunstancias. Lo que exige que sean los ciudadanos quienes cuestionen la labor del Legislador en virtud del principio democrático, mediante cargos concretos expuestos en sus demandas de inconstitucionalidad, y no por esta Corporación de manera oficiosa.

Bajo esta óptica y de la necesidad de preservar el modelo general de control constitucional por vía de acción, la jurisprudencia ha reconocido que no le es posible emprender a esta Corporación un control constitucional a partir de sus propios cuestionamientos, o iniciarlo con base en acusaciones diferentes a las de los demandantes, o realizar incluso un juicio derivado de cargos propuestos en los escritos de los intervinientes, en virtud de la naturaleza dialógica y participativa del control constitucional que realiza. No es transparente ni garantiza en debida forma el debate constitucional si la Corte sorprende con estudios no propuestos por el demandante desde la etapa inicial del proceso constitucional.

10. Desde esta perspectiva, como puede evidenciarse de la reseña propuesta en el fallo y como lo confirmó textualmente la misma Sentencia C-069 de 2020, ni en el escrito ciudadano ni en su corrección, los accionantes formularon cargo alguno relacionado con la presunta

violación del DIH en contra del inciso demandado. De allí que no le era posible a esta Corporación reconstruir un cargo nuevo que no fue originalmente propuesto por los ciudadanos, a partir de una breve afirmación de uno de los intervinientes, puesto que esa decisión no le permitió ni a unos ni a otros, generar el debate constitucional deliberativo del que hemos hablado, sobre un tema del máximo interés nacional.

11. El que la Corte se hubiese arrogado a sí misma el derecho a activar las competencias del Tribunal para avanzar en un control constitucional oficioso, como se hizo en esta providencia, (i) desnaturaliza la acción pública de inconstitucionalidad y le resta su poder deliberativo; (ii) desvirtúa el carácter rogado de sus atribuciones constitucionales; (iii) compromete la legitimidad del Tribunal constitucional en esta decisión, y, finalmente, (iv) desconoce su amplia y consistente jurisprudencia que reclama de las demandas ciudadanas el cumplimiento de requisitos mínimos para consolidar cargos que habiliten la procedencia de la acción, al obviar la pertinencia de ese reclamo y simplemente sustituir a los demandantes. Por estas razones, me aparto de este aspecto de la providencia, y salvo parcialmente mi voto en este punto concreto de la decisión.

Segundo desacuerdo: Algunas referencias de la sentencia en materia de DIH, son contradictorias.

12. Una vez que la Sentencia C-069 de 2020 decidió erróneamente pronunciarse sobre la aparente vulneración del DIH, como ya se mencionó, el fallo inició su análisis en lo relativo a este tema, con la pregunta de si el inciso acusado tenía el alcance de impedir o no la aplicación directa del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que forma parte del bloque de constitucionalidad.

Para absolver el interrogante, la sentencia verificó la naturaleza de la función de calificación del CSN, tanto desde una perspectiva sustantiva como procedimental. En cuanto al aspecto sustantivo, el fallo de la referencia afirmó que el término de “grupo armado organizado”, no es un concepto jurídicamente indeterminado, sino que a esta noción alude tanto el ordenamiento interno como el internacional. De hecho, reconoció que en el encabezado mismo del párrafo primero del artículo 8º de la Ley 418 de 1997 parcialmente acusado, se dice cómo debe entenderse adecuadamente esta expresión. Además, reconoció que esa definición está basada en el artículo 1º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra

del 12 de agosto de 1949, ratificado en nuestro país mediante la Ley 171 de 1994, en particular, cuando alude a un conflicto que no es de carácter internacional. Por ende, concluyó la providencia que desde el punto de vista sustantivo, “la calificación de una organización al margen de la ley como grupo armado organizado no es una facultad que surja ‘ex-nihil’, ni puede concebirse como una facultad omnímoda del CSN. Por el contrario, en todo caso, éste tendría que verificar que la organización sujeta a la calificación cumple con los llamados ‘requisitos objetivos’ definidos por el Protocolo II”.

Sin embargo, paralelamente, y desde el punto de vista procedimental, la sentencia alegó que la función de calificar cuándo una organización al margen de la ley es un grupo armado organizado, es una determinación que supone un grado indefinido de discrecionalidad, ya que no existe en el ordenamiento jurídico un lineamiento que establezca el procedimiento que debe seguir el CSN para el efecto, ni que determine las circunstancias o criterios que activan esa facultad, ni los mecanismos de control a sus decisiones.

13. En ese sentido, sostuvo la providencia que la función de calificar la existencia de grupos armados organizados por parte de la CSN, impuso un requisito procedimental al reconocimiento de un conflicto armado en nuestro país, que impidió que las normas del DIH y en particular el Protocolo II se aplicaran ipso iure en los conflictos armados no internacionales, al permitir una aplicación selectiva de estas disposiciones. Una consideración que llevó al fallo a concluir, que a partir del inciso acusado se podría desatender unilateralmente por parte del CSN el carácter de grupo armado de una organización y permitir que algunos de ellos no fueran titulares de los derechos ni de las obligaciones que se les imponen como parte del conflicto. Lo que implicaría por ejemplo, desconocer determinaciones del Consejo de Seguridad de la ONU que reconocen que “todos los grupos armados, incluyendo las fuerzas rebeldes, garantizarán que sus miembros cumplieran (sic) con el DIH”, así como la garantía del “principio de distinción”.

Lo que no significa, según la sentencia, “que el presidente, como comandante en jefe de las fuerzas armadas (...) no pueda determinar cuándo se configuran requisitos objetivos establecidos en el artículo 1.1. del Protocolo II. Sin embargo debe hacerlo teniendo en cuenta que el derecho internacional humanitario opera ipso iure dentro del ordenamiento interno”.

A partir de estos criterios, la providencia desestimó cualquier interpretación del inciso

acusado que lo separara de la aplicación del Protocolo II, y por el contrario concluyó que “existe una identidad de propósito entre los dos cuerpos normativos” y una “interdependencia normativa” entre ambos, que según el fallo, tiene como efecto, permitirle al CSN condicionar la aplicación del Protocolo II frente a cada organización.

Sin duda, dado que el Protocolo II pertenece al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, la contradicción entre una disposición de derecho internacional humanitario y una de rango legal, implica la declaratoria de inconstitucionalidad de la segunda, en especial, si de acuerdo con los trabajos preparatorios del Protocolo II y la interpretación hecha por el Comité de la Cruz Roja Internacional, los Estados parte no pueden reservarse la facultad para calificar unilateralmente la existencia de un conflicto armado no internacional. Como resultado de esta consideración, la providencia concluyó que el inciso acusado, era contrario adicionalmente al Protocolo II y por ende, inconstitucional.

14. Ahora bien, varias de las afirmaciones descritas en la providencia, más que resolver cuestionamientos reales sobre la aplicación del Protocolo II en estos casos, suscitan múltiples inquietudes que no fueron resueltas por la sentencia. De hecho, si existía “una identidad de propósito entre los dos cuerpos normativos” y una “interdependencia (...) entre la disposición demandada y Protocolo II”, al punto de que la norma acusada no podía aplicarse en el vacío, sino de acuerdo con el tratado internacional que opera ipso iure en el ordenamiento, ¿no era posible interpretar el inciso demandado de una forma coincidente con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, en lo que respecta exclusivamente a la presunta vulneración del DIH? Además, si la calificación debía hacerse siguiendo el Protocolo II, ¿no era la norma acusada una disposición meramente instrumental para darle precisamente cumplimiento a las disposiciones nacionales e internacionales orientadas a facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la Ley como el mismo Capítulo I del Título I de la Ley 418 de 1997 lo indicaba? ¿La preocupación de la Corte en cuanto a la discrecionalidad de la labor del CSN estaba realmente fundada en una interpretación integral de la norma y de su vínculo inescindible con el DIH o en la presunta aplicación indebida de la disposición por parte del organismo asesor cuestionado?

Estas inquietudes evidencian serias contradicciones en la argumentación que propone la sentencia. En efecto, el fallo alega el deber del CSN de seguir las determinaciones del Protocolo II por ser parte del bloque de constitucionalidad, tener aplicación ipso iure y por

exigirlo así la misma disposición acusada en el inciso anterior, pero de manera contradictoria, sostiene que no existen finalmente lineamientos que deba seguir el organismo enunciado o criterios que deba acoger, hasta el punto de considerar que la decisión se da en un escenario de total discrecionalidad.

Paralelamente, la sentencia sostiene que lo que le preocupa en verdad, es el aspecto procedimental de la función, que desde la perspectiva del fallo, implica la ausencia de lineamientos y recursos para controvertir la decisión del CSN. No obstante, paradójicamente admite que en el caso del Presidente de la República esa situación no es problemática, porque como comandante y jefe de las fuerzas armadas, puede determinar cuándo se configurarán los requisitos objetivos establecidos en el artículo 1.1. del Protocolo si sigue simplemente las directrices del DIH. Una afirmación que permite evidenciar que lo que realmente es inconstitucional de la norma, como bien lo dijo la Sala originalmente, es la ausencia de subordinación del CSN al Presidente, y no la presunta vulneración a priori del DIH. Nótese que la misma providencia alega la pertinencia de la norma desde un punto de vista sustantivo pero no procedimental, por lo que en el fondo, más que una contradicción de la disposición con los preceptos internacionales, la preocupación de la Sala parece recaer en el riesgo que se generaría por una indebida aplicación de la disposición legal.

Por último, la sentencia considera que el inciso acusado impidió que las normas del DIH y en particular el Protocolo II se cumplieran ipso iure, al permitir una aplicación selectiva de estas disposiciones. Se trata sin embargo, de una afirmación que contrasta de manera fehaciente con la misma descripción que hace la providencia en un primer momento, de la norma acusada, al reconocer que desde la perspectiva sustantiva la función cuestionada no operaba en el vacío, sino que lo hacía profundamente articulada con el Protocolo II y el DIH. En ese sentido, no sería factible entender la disposición acusada como una norma que a juicio de la sentencia y en contravención al Protocolo II califica unilateralmente la existencia o no de un conflicto armado no internacional, menos, cuando la misma norma tenía como fundamentos de su aplicación de manera expresa, tales instrumentos internacionales.

15. En consecuencia, considero que una interpretación sistemática de la norma parcialmente acusada y respetuosa de la Constitución exigía necesariamente entender que el enunciado demandado no era prima facie contrario al DIH e irrespetuoso del Protocolo II, como lo afirmó la providencia. Lo anterior puede corroborarse en el inciso primero del mismo párrafo

acusado que ubicaba el marco legal de la norma bajo las determinaciones del DIH, al destacar, no sólo su aplicación general en el tema, sino al establecer con claridad lo que debía entenderse por grupo armado organizado al margen de la ley. Bajo ese supuesto, era evidente que en la aplicación concreta de la norma, el DIH era de obligatorio cumplimiento, no sólo por formar parte del bloque de constitucionalidad y tratarse de una disposición estructuralmente subordinada a un cuerpo normativo de rango constitucional, sino porque la misma disposición legal así lo reconocía. En ese sentido, como el Protocolo II se aplica en el marco de los conflictos armados internos sin duda alguna, y cobija a todos los combatientes que reúnan las condiciones objetivas previstas en tales normas, era muy difícil sostener que una directriz legal de inferior jerarquía tenía la capacidad de suspender la aplicación del instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, en especial si la norma hacía alusión al instrumento internacional en mención de manera expresa. Es más, como bien lo dijo en su momento la Sentencia C-225 de 1995:

“[L]a obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que -se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.

16. Por otra parte, la sentencia supuso que la mera existencia del CSN -que al parecer cumplía funciones de consejo técnico de verificación y por lo tanto funciones consultivas-, era de por sí inconstitucional porque su actividad suponía un límite al reconocimiento de iure, del DIH. Esta es una apreciación, sin embargo, que no se deriva de la norma. Menos aún, en una realidad nacional tan compleja como la nuestra, en donde muchos grupos de delincuencia común aspirarían a lograr los beneficios generales que la ley propone y puede ser necesario determinar si cumplen objetivamente con los criterios establecidos por el DIH. Sobre esa base, lo que resulta contrario a la Carta, como ya se mencionó, es que las determinaciones

del CSN en general, no estuvieran jerárquicamente subordinadas al Presidente y limitaran sus facultades en materia de paz, pero no así la existencia del organismo por violación automática del DIH, porque lo que es contrario a la Carta no es que sea un cuerpo consultivo, sino que usurpe competencias exclusivas del Presidente de la República en estas materias.

Así las cosas, en sentido estricto, es la violación de los artículos 189-4, 2 y 22 de la Carta y no del DIH en sí, la razón real de la inconstitucionalidad de la norma.

17. Finalmente, discrepo de la apreciación de la providencia fundada en que la negociación con los grupos al margen de la ley es la única solución para lograr la paz. En particular, porque no puede dejarse de lado que es también una obligación estatal, proteger los derechos humanos de quienes habitan en su territorio, lo que puede significar la necesidad del uso de la fuerza legítima contra personas que ejercen violencia ilegítima y sus colaboradores, como parte del manejo del orden público. En ese sentido, si bien comparto la posición de la jurisprudencia de esta Corporación orientada a sostener que la búsqueda de la paz debe propender por el fortalecimiento de los canales de convivencia y de reconciliación nacional, también se ha dicho que “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 lo que el Presidente cuenta con diferentes medidas para preservar el orden público, y entre ellas, herramientas pacíficas muy relevantes, como son los acuerdos de paz.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto respecto de la decisión que, en esta oportunidad, ha tomado la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-069/20

Referencia: expediente D-13.338

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3, parágrafo 1 (parcial), de la Ley 1941 de 2018, “por medio de la cual se prorroga, modifica y adiciona la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014”.

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena me permito argumentar el porqué, aunque compartí la declaración de inexequibilidad del parágrafo 1, inciso 2, del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018 en la Sentencia C-069 de 2020, así como las razones que la sustentaron, estimé necesario aclarar mi voto en relación con el estudio que adelantó la Corporación sobre el quebrantamiento del artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

2. Lo anterior requiere justificación pues, como se expuso de manera clara y transparente por la Sala Plena, la razón principal de la demanda recayó en la violación de los artículos 2, 22 y 189 de la Constitución, y no en la vulneración de disposiciones del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Por lo anterior, dado que la demanda no formuló sus cargos invocando expresamente tal referente, es necesario precisar por qué en mi concepto era adecuado que la Corte se pronunciara sobre la incompatibilidad entre el parágrafo 1, inciso 2, del artículo 3 de la Ley 1941 de 2018 y el referido Protocolo.

3. En la Sentencia C-069 de 2020 la Sala Plena concluyó que la sujeción del Presidente de la República para realizar diálogos de paz con una organización armada a decisiones previas del Consejo Nacional de Seguridad, relacionadas con el cumplimiento de condiciones y la calificación de una organización como grupo armado organizado, era contraria a la estructura de la rama ejecutiva del poder en materia de orden público (artículo 189.4 de la Constitución) y a las competencias del Presidente de la República en la realización de la paz (artículos 2 y 22 de la Constitución). A continuación, la Corporación estimó necesario abordar la compatibilidad o no de la disposición demandada con el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra en la medida en que tal argumento había sido propuesto como

razón de inexequibilidad por la Defensoría del Pueblo y a que el artículo 1 del Protocolo mencionado hace parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual, “la Corte Constitucional no puede simplemente desconocer la pertinencia del tema desde el punto de vista constitucional.” Adelantado el estudio pertinente, la Sala concluyó que el inciso demandado también desconocía el Protocolo.

4. Al respecto, lo primero que debo precisar es que es incuestionable que el control abstracto de constitucionalidad que compete a la Corte sobre una norma legal, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución, está delimitado por el camino que inicia el ciudadano con su escrito de demanda, quien, en ejercicio de sus derechos políticos, es el encargado de activar el control judicial frente a un contenido específico que estima violatorio de la Constitución. En este escenario, a partir de la configuración normativa y de la comprensión teórica y filosófica de la revisión judicial de las leyes por un tribunal, la ponderación entre el principio democrático que subyace a la actuación del Legislador, por un lado, y el compromiso con la supremacía de la Constitución, por el otro, ha conducido a la exigencia de que la demanda satisfaga requisitos formales y argumentativos para que se considere la existencia de un verdadero cargo de inconstitucionalidad y, con fundamento exclusivamente en aquél, pueda promoverse ante la Corte un debate público, participativo y deliberativo que permita llegar a la toma de una decisión motivada.

5. Dicho compromiso ineludible no es desconocido por la Sala en la Sentencia C-069 de 2020, dado que la razón por la cual se confrontó la disposición demandada con el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra consistió en que tal disposición hace parte del bloque de constitucionalidad pertinente en materia de conflictos armados sin carácter internacional, bajo el compromiso firme del Estado colombiano por la búsqueda de la paz. En este sentido, por su parte, debe resaltarse que los cargos que formularon los accionantes de manera clara y precisa tenían que ver, ciertamente, con la vulneración de la Constitución en cuanto fija a la paz como valor superior, por lo cual, dentro del parámetro de análisis estaba presente el referido Protocolo.

6. En este caso, en consecuencia, el análisis del artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra no implicó la incorporación de un aspecto extraño al debate y a la deliberación de quienes participaron en el trámite, sino que obedeció a la necesidad de

considerar un argumento relevante y pertinente que, dentro de la misma formulación de los cargos de los accionantes, fortalecían la comprensión y decisión de la Corporación, cumpliendo así la misión de salvaguardar la supremacía de la Constitución, comprendida esta última en el marco de la figura del bloque de constitucionalidad.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi decisión de aclarar el voto a la Sentencia C-069 de 2020.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada