

La experiencia del *fast track* en Colombia

Reflexiones en torno al Procedimiento
Legislativo Especial para la Paz

Diana Durán Smela
David Fernando Cruz Gutiérrez
(coordinadores académicos)

LA EXPERIENCIA DEL *FAST TRACK*
EN COLOMBIA

COLECCIÓN ESTUDIOS ACADÉMICOS

La colección Estudios Académicos, creada en el año 2010, se especializa en publicar textos que buscan la renovación de la literatura jurídica colombiana a partir de la profundización en temas y debates de actualidad en la educación jurídica. A través de sus publicaciones, la colección promueve e incentiva desde una perspectiva interdisciplinar el interés de explorar nuevos campos en la investigación jurídica por parte de académicos y profesionales del derecho.

Dos objetivos caracterizan esta colección. En primer lugar, ofrece una alternativa de actualización mediante la renovación de preguntas teóricas y metodológicas sobre debates y transformaciones contemporáneos en el derecho. En este sentido, la colección constituye un referente de actualización para la pedagogía con enfoque investigativo porque acerca el ejercicio de la profesión y la academia a los cambios en el derecho a partir de marcos que no solo explican sus aspectos centrales, sino que promueven la incidencia en los mismos. En segundo lugar, busca propiciar diálogos y tender puentes entre las subdisciplinas del derecho para explicar problemas y tensiones cuya complejidad exige aproximaciones críticas e innovadoras.

COMITÉ EDITORIAL

Diana Durán Smela, Carolina Moreno Velásquez, Ana María Muñoz Segura, Andrea Celemín, Gustavo Quintero Navas, Miguel Malagón Pinzón (director de la colección).

LA EXPERIENCIA DEL *FAST TRACK*
EN COLOMBIA

REFLEXIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO
LEGISLATIVO ESPECIAL PARA LA PAZ

Diana Durán Smela
David Fernando Cruz Gutiérrez
(coordinadores académicos)



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Nombres: Durán Smela, Diana, coordinadora, autora. | Cruz Gutiérrez, David Fernando, coordinador, autor. | Celemín Caicedo, Yenny Andrea, autora. | Luna Blanco, Tania, autora. | Ospina Rendón, Juan Carlos, autor.

Título: La experiencia del *fast track* en Colombia : reflexiones en torno al Procedimiento Legislativo Especial para la Paz / Diana Durán Smela, David Fernando Cruz Gutiérrez (coordinadores académicos).

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | 226 páginas ; 17 × 24 cm. | Estudios Académicos

Identificadores: ISBN 9789587984545 (rústica) | 9789587984552 (*e-book*) | 9789587984569 (epub)

Materias: *Fast track* | Acuerdos de paz – Aspectos jurídicos – Colombia

Clasificación: CDD 341.73–dc23

SBUA

Primera edición: abril del 2023

© Diana Durán Smela y David Fernando Cruz Gutiérrez, autores y coordinadores

© Yenny Andrea Celemín Caicedo, Tania Luna Blanco, Juan Carlos Ospina Rendón

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-454-5

ISBN *e-book*: 978-958-798-455-2

ISBN epub: 978-958-798-456-9

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.704>

Corrección de estilo: Martha Méndez

Diagramación interior y de cubierta: Nidian Andrea Rincón

Impresión:

Imageprinting Ltda.

Carrera 27 n.º 76-38

Teléfonos: 601 631 1350 - 601 631 1736

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad:

Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional

de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

EL <i>FAST TRACK</i> COLOMBIANO Y SU DIÁLOGO GLOBAL Diana Durán Smela y David Fernando Cruz Gutiérrez	1
CAPÍTULO 1 LOS PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DEL ACUERDO DE PAZ: EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA INCORPORACIÓN DEL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Diana Durán Smela	23
CAPÍTULO 2 EL <i>FAST TRACK</i> Y LAS CONTRACCIONES EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO COLOMBIANO David Fernando Cruz Gutiérrez	59
CAPÍTULO 3 RESTRICCIONES INFLEXIBLES EN TIEMPOS EXTRAORDINARIOS: LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA LA PAZ Yenny Andrea Celemín Caicedo	89
CAPÍTULO 4 TENSIONES DEMOCRÁTICAS EN TORNO A LA ACTIVACIÓN DEL <i>FAST TRACK</i> David Fernando Cruz Gutiérrez	127
CAPÍTULO 5 LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN EL TEATRO DE LA MEMORIA: NARRATIVAS SOBRE EL CONFLICTO ARMADO EN TIEMPOS DE <i>FAST TRACK</i> Tania Luna Blanco	161

CAPÍTULO 6 CONSTITUCIONALISMO TRANSITORIO Y JUSTICIA
TRANSICIONAL: LA ESTABILIDAD NORMATIVA DE LA PAZ
Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
EN COLOMBIA

Juan Carlos Ospina 189

SOBRE LOS AUTORES 215

EL *FAST TRACK* COLOMBIANO Y SU DIÁLOGO GLOBAL*

Diana Durán Smela

David Fernando Cruz Gutiérrez

El *fast track* como mecanismo abreviado de producción legislativa y de reforma constitucional facilitó un hecho político y jurídico trascendental en la historia reciente de Colombia: la implementación del acuerdo de paz entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). A pesar de su importancia, y de que es un procedimiento controvertido e innovador, aún no hay un estudio profundo sobre su trascendencia, problemas e impacto. En otras palabras, del *fast track* se habla mucho y se sabe poco. Este libro profundiza nuestro conocimiento acerca de este mecanismo y su papel en la historia constitucional colombiana. En este capítulo introductorio ofrecemos al lector tres elementos que esperamos sirvan de guía para su lectura. El primero es una descripción del proceso de refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, y la activación del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track*. El objetivo de esta descripción es servir de punto de apoyo para la lectura de los capítulos del texto que, de una forma u otra, la complementan, profundizan y complejizan. El segundo elemento es un resumen del contenido de cada uno de los capítulos del libro, los cuales se pueden leer por separado y constituyen, por mérito propio, una contribución significativa. El objetivo de este elemento, en consecuencia, es otorgarle al lector un mapa de los aportes del libro para que lo pueda manejar a su gusto y de acuerdo con sus propios intereses. Como todo resumen, se pierden algunos de los aportes de todo el texto, por lo que sugerimos no quedarse en este. El tercer elemento es una localización del libro frente a la literatura con la que, a nuestro modo de ver, dialoga. Aunque los capítulos reflexionan sobre un fenómeno local, el *fast track*, las discusiones que proponen, los marcos teóricos que utilizan y las reflexiones que ofrecen son relevantes en una dimensión global de cara a campos teóricos como el cambio constitucional, la teoría del Estado democrático y la justicia transicional, entre otros. Este elemento tiene como objetivo tender puentes entre el libro y las discusiones globales

* Para citar este texto: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.705>.

para mostrar cuáles son los sincretismos que surgen y proponer, sobre estos, algunas agendas de investigación que pueden resultar fructíferas.

LA REFRENDACIÓN POPULAR DEL ACUERDO DE PAZ Y LA ACTIVACIÓN DEL *FAST TRACK*

El 30 de noviembre del 2016, después de una sesión de casi doce horas de duración, la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia aprobó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera¹ (en adelante, el acuerdo o el acuerdo de paz) firmado en el Teatro Colón por el expresidente Juan Manuel Santos, como representante del Estado colombiano, y Rodrigo Londoño Echeverri, alias Timochenko, como el comandante máximo de las FARC-EP. La votación fue abrumadora e inequívoca: ciento treinta votos a favor y cero en contra de ciento sesenta y dos votos posibles. Un día antes, el Senado había aprobado este mismo acuerdo con setenta y cinco votos a favor y cero en contra de ciento dos votos posibles. Ambas sesiones parlamentarias culminaron con aplausos atronadores, con una oposición ausente y abatida, y con felicitaciones entre los congresistas y los representantes del Gobierno².

Al día siguiente de la aprobación del acuerdo de paz por parte del Congreso, varios manifestantes empezaron a ocupar la Plaza de Bolívar de Bogotá portando banderas blancas; sus gritos resonaban en los principales centros del poder del Estado colombiano ubicados en las inmediaciones de la plaza: las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), el Congreso de la República y la Casa de Nariño (sede de la Presidencia de la República). La emoción se apoderó progresivamente de los asistentes, que entre gritos y lágrimas celebraron el fin de una guerra que por más de cincuenta años había asolado al país. La paz, después de muchos esfuerzos tanto políticos como jurídicos, había triunfado.

La imagen del 1.º de diciembre del 2016, en donde vencía la paz, impulsada por una aplastante votación en el Congreso, contrastaba con la imagen del 2 de octubre del mismo año. Tan solo dos meses antes de su paso por el Congreso, el

1 Mesa de Conversaciones, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016).

2 Cabe decir que en ambas votaciones se trataba de los opositores al acuerdo de paz con las FARC-EP, es decir, el Partido Conservador y el Partido Centro Democrático, liderado por el expresidente Álvaro Uribe Vélez.

acuerdo de paz de La Habana, que sería modificado después por el acuerdo de paz del Teatro Colón y aprobado por el Órgano Legislativo, había sido derrotado electoralmente por un estrecho margen de cincuenta y tres mil votos en el plebiscito por la paz.

La pérdida del plebiscito no solo puso en crisis el proceso de paz con las FARC-EP, resultado de seis años de negociaciones, sino la gobernabilidad de la segunda Administración de Juan Manuel Santos, reelegido con la bandera de la paz (primer periodo, 2010-2014; segundo, 2014-2018). En ese lapso de desaprobación-aprobación, el Gobierno se ideó y puso en marcha una arriesgada maniobra jurídica para sortear la dificultad del triunfo del no en el plebiscito. El problema por solventar consistía en que los mecanismos diseñados para implementar el acuerdo de paz se podían activar única y exclusivamente si se verificaba la refrendación popular, condición que se cumplía con base en el artículo 5 sobre la vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016^[3], mediante el resultado positivo del plebiscito por la paz.

La estrategia se fundamentó en la indeterminación de la expresión *refrendación popular* y consistió básicamente en argumentar que el plebiscito por la paz no era el único mecanismo que permitía una refrendación popular. El Congreso de la República, al ser la institución democrática y representativa por excelencia, podía cumplir esta tarea⁴. No obstante, por más que las maniobras resultaron exitosas en términos jurídicos, la implementación del acuerdo nunca se pudo desprender del todo de la sombra de la derrota —así fuera por un margen mínimo— del plebiscito por la paz.

A pesar de ello, el cometido dio sus frutos: con la aprobación del acuerdo de paz del Teatro Colón por el Congreso se activaron los mecanismos diseñados para su implementación normativa, entre ellos el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track* e integrado a la Constitución con el Acto Legislativo 1 del 2016. Este mecanismo, que solo podía ser activado por el Gobierno, reducía en un debate la duración del trámite legislativo para aquellos proyectos de ley que desarrollaban normativamente el acuerdo, y en cuatro debates los proyectos de reforma a la Constitución o actos legislativos. No olvidemos que, con base en la Ley 5 de 1992^[5], en Colombia son necesarios cuatro debates para la aprobación de un proyecto de ley y ocho para las reformas

3 Acto Legislativo 1/2016.

4 Esto, además, fue avalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-699/2016, en la cual, por medio de una interpretación amplia de la expresión *refrendación popular*, entendió que esta era un proceso que podía culminar en una institución investida con legitimidad democrática, como el Congreso de la República. C. Const., Sent. C-699, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

5 L. 5/1992.

a la Constitución, conocidos internamente como *actos legislativos de ocho*, lo cual implicaba reducir a la mitad las reformas constitucionales relativas al acuerdo de paz. También impedía que los congresistas reformaran los proyectos si no tenían el aval del Gobierno, e imponía la obligación de que las bancadas de cada partido los votaran en bloque. Este conjunto de reducciones y restricciones agilizaba el trámite legislativo y de reforma constitucional, al tiempo que impedía una amplia deliberación. La agilidad del *fast track* hacía difícil que los congresistas extendieran la discusión sobre asuntos que encontraran problemáticos en las normas que buscaban implementar el acuerdo. La razón de estas limitaciones probablemente era evitar que se renegociara en el Congreso lo que con tanta dificultad se había logrado en La Habana.

Además, como garantía y control al *fast track*, se estableció que la Corte Constitucional controlaría automáticamente, pero después de su sanción, cada una de las normas derivadas de su uso. De forma paralela al *fast track* y persiguiendo el mismo objetivo —implementar el acuerdo—, se facultó al presidente de la República, mediante la figura de las facultades extraordinarias, para que expidiera todas las normas que no necesitaran de la intervención del Congreso. De esta manera, el presidente contó con facultades legislativas transitorias, es decir que podía expedir decretos con fuerza de ley, que también debían ser controlados por la Corte Constitucional.

Con todo esto se configuró una estrategia de implementación del acuerdo en la que participaban todos los poderes públicos, y el Gobierno activaba el *fast track* por medio de su iniciativa exclusiva y la radicación de los proyectos de ley y de actos legislativos. El Congreso los estudiaba, aunque no podía hacerles enmiendas sin el aval del Gobierno, y finalmente los aprobaba en bloque. La Corte Constitucional controlaba de manera automática los excesos que se pudieran presentar en su puesta en práctica.

El *fast track* inició de esta manera su año de funcionamiento con la ley de amnistías⁶, cuyo proyecto fue radicado por el Gobierno el 13 de diciembre del 2016. El trámite legislativo fue tan rápido que para el 30 de diciembre del mismo año la ley estaba sancionada y pasó a control de constitucionalidad por parte de la Corte⁷. Después, el Gobierno radicó seis proyectos de reforma a la Constitución y seis proyectos de ley, entre estos dos de Ley Estatutaria de gran importancia: el

6 L. 1820/2016.

7 Producto de este control, la Corte expidió la Sentencia C-007/2018, en donde declaró constitucional con algunas anotaciones la ley de amnistías. C. Const., Sent. C-007, mar. 1/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

Estatuto de la Oposición y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Mientras el Congreso tramitaba estos proyectos, la Corte Constitucional estudiaba una acción pública de inconstitucionalidad contra el *fast track*, que presentó el entonces senador por el Centro Democrático Iván Duque Márquez, quien sería presidente de la República en el periodo 2018-2022. En ella argumentaba que el Congreso había excedido su poder de reforma de la Constitución al introducir el *fast track* a la Constitución. Duque alegaba que al impedirse una robusta deliberación parlamentaria, la reforma introducida por el Acto Legislativo 1 del 2016 afectaba desproporcionadamente el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, de tal forma que la Constitución después de esta reforma no era equiparable a la Constitución vigente⁸. En este sentido, el Congreso no había reformado, sino *sustituido* la Constitución y, por ende, había excedido su competencia.

La Corte, en un contexto de presión política y desazón democrática producto de la tensión entre los resultados negativos del plebiscito por la paz y la aprobación por parte del Congreso del acuerdo, terminó dándole la razón a Iván Duque y declarando inexecutable en la Sentencia C-332 del 2017⁹ los numerales *b* y *j* del Acto Legislativo 1 del 2016. De esta forma, acogiendo parte del argumento de la separación de poderes, la Corte habilitó a los congresistas para que hicieran enmiendas a los proyectos y abrió la posibilidad de que estos se votaran artículo por artículo y no en bloque. En consecuencia, después del 17 de mayo —fecha de promulgación de la sentencia—, justo en la mitad del año de vigencia del *fast track*, los congresistas adquirieron una herramienta muy importante para ralentizar el proceso de implementación normativa del acuerdo del Teatro Colón, con la salvedad de que los proyectos que ya estaban aprobados por el Congreso no se verían afectados por esta decisión de la Corte¹⁰.

Para aquel momento una parte importante de los proyectos que implementaban el acuerdo aún estaban en el Congreso, por lo que el Gobierno tuvo que desplegar toda su capacidad política para que salieran intactos. Por ende, puso

8 La doctrina de la sustitución de la Constitución es uno de los temas más discutidos dentro del derecho constitucional colombiano. Sin embargo, el debate tiene una escala internacional en donde se plantean dos tipos de constituciones: las que tienen límites explícitos al poder de reforma, tales como las cláusulas pétreas que contiene la Constitución alemana de 1948, y las que tienen límites implícitos, como la colombiana.

9 C. Const., Sent. C-332, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

10 Es decir, el Acto Legislativo 1/2017, que introdujo a la Constitución el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR); el Acto Legislativo 2/2017, que blindó jurídicamente el acuerdo de paz al calificarlo como una política de Estado; la L. 1820/2016, o ley de amnistías, y la L. 1830/2016, que establece una modificación al reglamento del Congreso para fortalecer la participación de las FARC-EP.

en marcha mecanismos transaccionales de negociación que le permitían beneficiar de distintas formas a los congresistas buscando sus votos. Análogamente, por medio de las facultades extraordinarias, el presidente de la República reglamentó una serie de asuntos que permitían el tránsito de los combatientes de las FARC a la vida civil, al tiempo que adecuaban la estructura del Estado para facilitar la implementación del acuerdo. En uso de estas facultades extraordinarias, se expedieron treinta y cinco decretos con contenido material de ley con hondas implicaciones administrativas, que fueron controlados por la Corte Constitucional en una suerte de *tire y afloje* por establecer cuáles eran el límite y la naturaleza de la facultad legislativa extraordinaria que se le había otorgado al Ejecutivo.

Para agosto del 2017, la capacidad del Gobierno para controlar el Congreso se había desgastado en gran medida y las mayorías parlamentarias que habían impulsado la implementación normativa del proceso de paz empezaron a fracturarse, hasta que resultaron insuficientes. El 30 de noviembre del mismo año, ante la mirada incrédula de Guillermo Rivera —ministro del Interior de aquel momento—, se hundía la sexta reforma a la Constitución relacionada con el acuerdo de paz. El objetivo de esta era ampliar la participación de las víctimas del conflicto armado por medio de una reforma a la Cámara de Representantes que establecía curules y circunscripciones de votación para las regiones más afectadas por el conflicto. De ahí que popularmente se conociera esta reforma como las “curules para las víctimas”. El entonces presidente del Congreso, Efraín Cepeda, del Partido Conservador, en un cuestionable conteo de mayorías consideró que dicho proyecto no había alcanzado los votos suficientes y lo archivó sin tener en cuenta que varios senadores (Musa Besaile, Bernardo Elías y Martín Morales) se encontraban detenidos por la Corte Suprema de Justicia¹¹, por esta razón, debían excluirse del número total de miembros del Senado. De esta forma, el número para la aprobación de la reforma disminuía por cuanto no se debían contar tres senadores como miembros de la Cámara.

El archivo por parte del Congreso de las curules especiales para la paz fue el último acto del *fast track*, que estuvo en ejercicio durante un año; su vigencia fue de seis meses renovados por una vez, como estaba estipulado. Los días en los que el Congreso aplaudía los esfuerzos del Gobierno para implementar el acuerdo de paz habían quedado atrás y permaneció la amarga sensación de que

11 Es importante decir que el 21 de mayo del 2021, cinco años después y luego de una acción de tutela interpuesta por Roy Barreras, la Corte Constitucional acogió sus argumentos frente al hecho de que las mayorías que se habían obtenido en el Congreso sí eran suficientes para aprobar las circunscripciones transitorias especiales para la paz. En consecuencia, en las elecciones de Congreso del 2022 se eligió a los miembros de las circunscripciones especiales para la paz para su primer periodo en la Cámara de Representantes.

fueron insuficientes. Los balances inmediatos eran agrisustos: se había aprobado gran parte de las reformas constitucionales, lo que evidenciaba un marco constitucional favorable para una implementación normativa posterior. Sin embargo, los desarrollos legales y reglamentarios eran incipientes frente a la amplitud del acuerdo, aún más frente al punto 1, que implicaba una reforma rural integral. No obstante, el *fast track* produjo una suerte de vértigo normativo que aún no se termina de vislumbrar, reconfiguró el ordenamiento jurídico colombiano y, por ende, el comportamiento de los operadores jurídicos, de los sectores políticos, la academia legal, e incluso de los ciudadanos. De esta manera, también impulsó una serie de transformaciones que afectaron la percepción del Gobierno, del proceso de paz con las FARC-EP y aun del conflicto armado en Colombia.

Consciente de esto, este libro pretende reaccionar ante el fenómeno descrito del *fast track* y desentrañar esta pequeña caja de Pandora. En consecuencia, ofrece una serie de reflexiones que pueden trascender el campo jurídico y que problematizan aspectos como su funcionalidad, su relación con el proceso de paz con las FARC y otros anteriores, su diseño, su impacto en la dinámica legislativa y en la estructura del Estado —particularmente frente al principio de separación de poderes—, y la forma como la Corte Constitucional utilizó su función de control automático para narrar y evocar una determinada visión del conflicto y de sus víctimas.

En este sentido, la alusión a la caja de Pandora no es retórica: el *fast track*, como mecanismo de implementación del acuerdo de paz, se posicionó como un elemento innovador dentro de la historia política colombiana, que permitía restringir la deliberación parlamentaria por cuanto idealmente estaba antecedido de una robusta refrendación popular, que debía darse con el triunfo inequívoco del plebiscito del 2 de octubre del 2016. Sin este último elemento —o al menos sin que fuera robusta desde el punto de vista político, aunque sí jurídico—, pese a que la búsqueda de la paz era totalmente admisible en sentido moral, tenía mediante este mecanismo la potencialidad de convertirse en un ejercicio autoritario¹².

Empezar a indagar sobre el *fast track*, en consecuencia, implica la latente posibilidad de ilustrar que incluso los fines más caros y sensibles, como lo es la

12 Como todo concepto dentro de las ciencias sociales, no se presenta una definición unívoca de autoritarismo; por el contrario, hay un concurso de versiones. En este caso, la alusión a prácticas autoritarias conduce a dos teorías acerca del autoritarismo: por un lado, la idea de Arendt de que este se caracteriza por minimizar la oposición política sin extinguirla, y por otro, una idea O'Donnell (1993), que considera que en Latinoamérica el autoritarismo tiene que ver con una excesiva concentración de poderes en la figura del presidente. Es decir, las prácticas autoritarias en este contexto suponen mitigar los efectos de la oposición democrática mediante el fortalecimiento del presidente.

búsqueda de la paz, pueden entrañar prácticas que minimizan de manera transitoria la democracia. El deseo de investigar —únicamente el impulso de toda curiosidad académica— y enfrentarse a los resultados obtenidos puede descubrir nada más y nada menos que la propia e innegable fragilidad de la figura.

UN *COLLAGE* SOBRE EL *FAST TRACK*

Para adentrarnos en el contenido del libro, en esta sección resumimos brevemente cada uno de sus seis capítulos. En el primero, titulado “Los presupuestos jurisprudenciales del acuerdo de paz: el rol de la Corte Constitucional en la incorporación del proceso de paz con las FARC al ordenamiento jurídico colombiano”, Diana Durán Smela muestra cómo las instituciones del Estado, principalmente la Corte Constitucional, se la jugaron a fondo para conseguir un espacio jurídicamente viable para el acuerdo de paz con las FARC, incluso a pesar de haber ganado el no en el plebiscito del 2 de octubre del 2016. Tres sentencias de la Corte Constitucional son definitivas para mostrar esto: la Sentencia C-379 del 2016^[13], que dice que el plebiscito por la paz es viable y que el manejo del orden público se encuentra exclusivamente en cabeza del presidente; la Sentencia C-699 del 2016^[14], que activó el *fast track* y definió la refrendación popular del acuerdo de paz, interpretada en sentido amplio, lo que impidió tener que repetir el plebiscito; y la Sentencia C-160 del 2017^[15], que reconoció la refrendación del proceso de paz por el Congreso como válida jurídicamente. Ante un escenario electoral adverso, abrir un camino jurídico era un desafío. En este contexto, las posibilidades que ofrece la argumentación constitucional y la apertura del modelo de control de constitucionalidad colombiano permitieron la creatividad jurisprudencial de la Corte Constitucional para consolidar una estrategia jurídica que le dio viabilidad a la implementación y, por ende, al *fast track*. Esta apuesta, como bien muestra Durán Smela, es solo una parte de la tarea: la viabilidad jurídica es importante, pero debe estar acompañada de un consenso político sobre su implementación. En este sentido, el capítulo evidencia una tensión medular en la implementación del acuerdo de paz: la ruta jurídica rema a contramarea de las contradicciones políticas. En este claroscuro no se ve hasta dónde puede llegar la viabilidad jurídica o si, en el camino y antes de llegar a su destino,

13 C. Const., Sent. C-379, jul. 18/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

14 C. Const., Sent. C-699, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle.

15 C. Const., Sent. C-160, mar. 9/2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

naufraque o llegue demasiado tarde y con este, la implementación del acuerdo sea un resultado poco evidente en lo real a pesar de todo el esfuerzo institucional involucrado.

En el capítulo 2, titulado “El *fast track* y las contracciones en el procedimiento legislativo colombiano”, David Fernando Cruz Gutiérrez enfrenta una crítica usual al *fast track*, que lo califica como un procedimiento con un diseño antidemocrático y ajeno al sistema legislativo colombiano. Para enfrentar esto, en el capítulo se reconstruye el procedimiento legislativo ordinario mostrando su orientación deliberativa, así como las diferentes contracciones legislativas admitidas en Colombia identificando su funcionamiento, utilidad y justificación. Por medio de esta reconstrucción, Cruz Gutiérrez empieza a escanear aquellos puntos similares entre las contracciones al procedimiento legislativo ordinario y el *fast track*. Esto le sirve para mostrar que muchas contracciones legislativas son políticamente admisibles, aunque también restringen la deliberación democrática, algunas tan intensamente como el mismo *fast track*. Su admisibilidad está relacionada con el hecho de que antes de la contracción hay una aprobación democrática. A su vez, esta aprobación disminuye la posibilidad que tienen los congresistas de negociar con el Ejecutivo. Este punto resulta clave, pues las críticas que suscita el *fast track*, más que el diseño, se dan porque en su aplicación los congresistas ven disminuida su capacidad de negociación sobre un asunto intensamente conflictivo, como la implementación normativa del acuerdo de paz con las FARC. Ante un profundo disenso, la dificultad que tenían muchos congresistas para concertar con el Gobierno se transformó en una erosión democrática en el proceso de implementación del acuerdo.

En el capítulo 3, titulado “Restricciones inflexibles en tiempos extraordinarios: las limitaciones constitucionales al ejercicio de las facultades extraordinarias para la paz”, Yenny Andrea Celemín Caicedo presenta los límites que le impuso la Corte Constitucional a las transformaciones burocráticas y administrativas relacionadas con el acuerdo de paz. Este capítulo muestra que para implementar el acuerdo, el Estado necesitaba de un reacomodamiento de la arquitectura institucional y burocrática. El Acto Legislativo 1 del 2016, que integró el *fast track* a la Constitución, preveía este reacomodamiento administrativo, por lo que integraba un paquete de facultades extraordinarias para que el presidente pudiera adelantar esta tarea. Ante la pérdida del plebiscito por la paz y la configuración de un panorama político que no apoyaba tan decididamente la implementación del acuerdo, el Gobierno aceleró la producción normativa para reacomodar la arquitectura institucional, pero se encontró con la barrera infranqueable del control automático que la Corte realizó sobre este grupo de normas. Celemín Caicedo

analiza las principales sentencias producto de este control automático y muestra cómo restringieron la capacidad del Estado para materializar la paz, en especial lo que Galtung y Fisass llaman una paz positiva, es decir la capacidad para garantizar los derechos y necesidades básicas de los ciudadanos. A partir de este análisis, Celemín Caicedo identifica la responsabilidad de la Corte en la ralentización del acuerdo de paz y confronta otras interpretaciones que centran su mirada en las responsabilidades del presidente y el Congreso en su lenta implementación.

En el capítulo 4, titulado “Tensiones democráticas en torno a la activación del *fast track*”, David Fernando Cruz Gutiérrez analiza el proceso de activación del *fast track* con base en el binomio de democracia participativa y representativa. Después de reconstruir el diseño original del *fast track* a partir de esta lupa conceptual, el autor muestra las tensiones democráticas que se dieron por la concurrencia de dos decisiones democráticas y opuestas sobre un mismo asunto, pero amparadas por un paradigma distinto: por un lado, la decisión de no aprobar el acuerdo de paz con las FARC y, en consecuencia, no activar el *fast track*, que se evidenció en el plebiscito por la paz, una decisión amparada por el paradigma participativo de la democracia; y por el otro, la decisión de aprobar el acuerdo de paz y activar el *fast track*, tomada por el Congreso de la República el 30 de noviembre y el 1.º de diciembre del 2016 y amparada por el paradigma representativo de la democracia. Cruz Gutiérrez muestra cómo la colisión entre estas dos decisiones no solo minó la legitimidad en la activación del *fast track*, sino que también afectó algunos principios del constitucionalismo, como el de separación de poderes. En esta valoración, el autor repasa la jurisprudencia de la Corte Constitucional para evaluar la calidad de las decisiones en este asunto e interpelar si esta búsqueda de la paz en contra de la decisión del plebiscito por la paz presenta algún rasgo autoritario. En este sentido, el aporte del capítulo es preguntarse sobre las posibles trayectorias autoritarias de la búsqueda de la paz en Colombia.

En el capítulo 5, titulado “La Corte Constitucional colombiana en el teatro de la memoria: narrativas sobre el conflicto armado en tiempos de *fast track*”, Tania Luna Blanco analiza el papel de esta institución como narradora del conflicto armado en tiempos del *fast track*, profundizando en el papel de los tribunales en la administración de la memoria y la verdad durante transiciones políticas. La apuesta del capítulo es describir cuáles son los compromisos de la Corte Constitucional haciendo explícitos los referentes históricos que se encuentran en su jurisprudencia. La identificación de los relatos históricos del conflicto armado que realiza la Corte le permite a la autora penetrar en los compromisos de esta jurisprudencia, que se casan con una determinada visión del conflicto armado,

de la paz, del acuerdo de paz, de la Constitución (el constitucionalismo) y, por supuesto, del *fast track*. A su vez, estos compromisos no son neutrales y muestran un esfuerzo por parte de la Corte Constitucional para presentar el conflicto como una realidad jurídica. Al respecto, la Corte baraja los conceptos de paz, acuerdo de paz y Constitución en una narrativa lineal que permite que se articulen como solución al conflicto. Sin embargo, Luna Blanco también muestra lo que estos compromisos dejan atrás, en particular el compromiso redistributivo del acuerdo de paz. Este claroscuro de la memoria es un fértil espacio de análisis para entender las apuestas judiciales en coyunturas tan particulares como la implementación de un acuerdo de paz en un país como Colombia.

En el capítulo 6, titulado “Constitucionalismo transitorio y justicia transicional: la estabilidad normativa de la paz y la garantía de los derechos de las víctimas en Colombia”, Juan Carlos Ospina presenta la discusión entre disposiciones transitorias y permanentes en la Constitución colombiana para enmarcarla en el desarrollo de las normas relacionadas con el acuerdo de paz con las FARC, especialmente los mecanismos de justicia transicional. Las disposiciones transitorias, a pesar de que tienen una cláusula limitada de duración, comparten la misma jerarquía que las normas permanentes. Esto hace que durante su vigencia tengan la misma potencia en el sistema de fuentes. Lo interesante es que las normas relacionadas con la implementación del acuerdo de paz integran a la Constitución diferentes bloques normativos de derecho internacional y derecho penal internacional, que luego serán reproducidos jurisprudencialmente para conformar nuevos estándares de protección, por ejemplo, para los derechos de las víctimas. El proceso de constitucionalización de estas normas es tan profundo que aun cuando el parámetro constitucional acabe su vigencia, dada su naturaleza transitoria, sus efectos en el tiempo son más duraderos, casi permanentes, y quizás hasta irreversibles. Ospina proyecta este proceso de constitucionalización cuestionando el carácter transitorio de muchos de estos artículos y, a su vez, complejizando el entendimiento del proceso de constitucionalización de normas relacionadas con la implementación de mecanismos de justicia transicional, como la JEP.

Cada uno de estos capítulos, como lo podrán apreciar, puede leerse por separado. No obstante, en su conjunto, son un *collage* ilustrativo e interesante sobre el *fast track*, por lo que su valor está en reunir diferentes aproximaciones de un mismo fenómeno que terminan entrelazándose, hasta presentar una imagen densa y con varios niveles de profundidad que esperamos sean complementarios. Una lectura de todo el texto, en consecuencia, permite una mirada desde diferentes perspectivas que posibilitan ver cómo cambian, según el ángulo de observación,

las formas, los contornos y las consecuencias tanto teóricas como prácticas del *fast track*.

EL LUGAR DE ESTE LIBRO EN EL DIÁLOGO GLOBAL

Los estudios que presenta este libro sobre el *fast track* son relevantes en diferentes campos. En este numeral, utilizando la breve descripción de los contenidos de cada capítulo, se tienden puentes con diferentes bloques de literatura, en particular con (1) la teoría comparada del cambio constitucional, (2) la teoría del Estado, la democracia y el diseño institucional, y (3) la teoría sobre la paz y la justicia transicional. Por supuesto, estos bloques no constituyen campos del conocimiento aislados, más bien están superpuestos y mantienen lazos importantes. En algunos casos, incluso, comparten preocupaciones, pero las abordan desde puntos de vista distintos. El objetivo de este ejercicio es ubicar las contribuciones del libro dentro de la literatura contemporánea y mostrar qué tipo de diálogos proponen. Con esto, los capítulos se insertan en un diálogo global sin olvidar el contexto en el que emergen.

Teoría comparada del cambio constitucional

Desde las primeras constituciones escritas existe una preocupación política por el cambio constitucional. Tal vez los principales antecedentes de estas discusiones se encuentran en los diálogos de dos de los Padres Fundadores de los Estados Unidos, Thomas Jefferson y James Madison, en 1789^[16]. A pesar de la importancia de este tema, los estudios en clave comparada de los fenómenos de cambio constitucional son recientes. En parte, porque el cambio constitucional tradicionalmente se analizaba con una visión “localizada”, centrada en exponer el contexto que lo produce. Sin embargo, destacados académicos han reaccionado a esta tendencia desplegando proyectos que tienen un enfoque diferente en donde el contexto, aunque importante, se contrasta con líneas de análisis y elementos comunes. A este proyecto académico emergente lo llamamos *teoría comparada del cambio constitucional*.

Algunos de los trabajos más importantes en este campo son: *Constitutional amendments: Making, breaking and changing Constitution* de Richard Albert,

16 Thomas Jefferson, “Volume 15: 27 March 1789 to 30 November 1789”, en Thomas Jefferson, *The papers of Thomas Jefferson* vol. 15 (Nueva York: Princeton University Press), 27.

Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma de Yaniv Rozani (recientemente traducido al español por Vicente Benites, Santiago García Jaramillo, Julián González Escallón, Marcelo Lozada Gómez, Luis Felipe Vergara Peña y Ricardo Arenas Ávila) y *Making constitutions: Presidents, parties, and institutional choice in Latin America* de Gabriel L. Negretto. Por supuesto, la selección de estos tres trabajos como una muestra de un campo teórico emergente tiene un grado de discrecionalidad. No obstante, hay algunos elementos que sustentan la selección: sus autores son académicos relativamente jóvenes que están abriendo una senda en la investigación comparada del derecho constitucional; estos tres trabajos comparten el tema de estudio del cambio constitucional, sin embargo, lo abordan desde diferentes perspectivas, por ende, ofrecen respuestas distintas, pero complementarias; y estos trabajos ofrecen sistematizaciones importantes de datos, por lo que tienen sustento empírico.

En su contenido, el trabajo de Albert se centra en proponer una topología intelectual¹⁷ de las reglas de enmienda formal de las constituciones democráticas. Esta topología se sustenta en la multifuncionalidad y los límites que tienen las reglas de enmienda. Albert es consciente de que estas reglas tienen funcionalidades distintas que, aunque interrelacionadas, van más allá de reglamentar el cambio constitucional¹⁸. Un ejemplo de esto es la función expresiva de las reglas de enmienda, por medio de las cuales se establece una jerarquía entre las normas constitucionales al distinguir entre lo que se puede reformar y lo que no por determinada regla de enmienda. Frente a los límites, Albert establece una distinción normativa entre las reglas de enmienda y el fenómeno que llama *desmembramiento constitucional*¹⁹. Las reglas de enmienda tienen un límite frente a su rango de acción: no pueden ir en contra de los compromisos fundacionales de la Constitución. En caso contrario, se configuraría el fenómeno de desmembramiento.

En el fondo de la distinción entre enmienda y desmembramiento están los fundamentos ideológicos de las reglas de enmienda, es decir los compromisos con determinadas visiones de la democracia, como la procedimental o la deliberativa, y la admisibilidad política de estas visiones para alterar la Constitución²⁰. Esta distinción entabla un diálogo directo con algunos capítulos del

17 Richard Albert, *Constitutional amendments: Making, breaking, and changing constitutions* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 30.

18 *Ibid.*, 49.

19 *Ibid.*, 85 y 274.

20 Richard Albert, "The state of the art in constitutional amendment", en *The foundations and traditions of constitutional amendment*, editado por Richard Albert, Xenophon Contiades y Alkemele Fotiadou (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2017), 39-40.

texto, especialmente con el 2, el 4 y el 6. En estos se presentan tensiones relacionadas con el cambio constitucional y el *fast track*, como

- la utilización de las reglas de enmienda ordinarias de la Constitución de 1991 para crear reglas extraordinarias de enmienda constitucional de uso exclusivo para la incorporación del acuerdo de paz;
- los compromisos democráticos que tiene el *fast track* con la democracia participativa y las tensiones que generó cuando su activación se dio mediante el paradigma de la democracia representativa; y
- la inclusión de cambios constitucionales que tienen la doble naturaleza de ser transitorios, es decir, con efectos restringidos en el tiempo, y transicionales, lo que implica que están comprometidos con un modelo de justicia transicional.

Cada tensión abre la puerta a un nuevo catálogo de preguntas que son relevantes para esta agenda de investigación que inició Albert, como ¿qué grado de resistencia al cambio deben ostentar las reglas de enmienda de la Constitución?, ¿cuáles son compromisos democráticos sobre los que se deben diseñar reglas de reforma constitucional en escenarios de transición política? y ¿requieren las reformas constitucionales transitorias y transicionales de reglas exclusivas de reforma para modular sus efectos?

Por otro lado, el trabajo de Yaniv Roznai se centra ya no en las reglas de enmienda, sino en el fenómeno de las reformas constitucionales inconstitucionales. El autor inicia con una distinción importante que guía gran parte de su trabajo: la diferencia entre los límites explícitos e implícitos del poder de enmienda. Las constituciones que expresamente señalan que algunas disposiciones no son susceptibles de cambio mediante el poder de reforma contienen límites explícitos a ese poder²¹. Por el contrario, las que no contemplan este tipo de prohibiciones requieren de un ejercicio de interpretación para establecer cuáles disposiciones tienen una resistencia mayor al cambio, por lo que los límites son implícitos y suponen una mediación. Las doctrinas de las reformas constitucionales inconstitucionales, tales como la estructura básica de la Constitución utilizada por la Corte Suprema india o la sustitución de la Constitución utilizada por la Corte Constitucional colombiana, se encuentran en este segundo grupo. El carácter interpretativo de los límites implícitos da lugar a que las cortes, como mediadoras,

21 Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments* (Londres: Cambridge University Press, 2017), 23 y 24.

amplifiquen su poder en discusiones de cambio constitucional y tengan la posibilidad de calibrar el rango de uso del poder de enmienda.

La distinción entre límites implícitos y explícitos, además, da lugar a pensar las racionalidades que subyacen a estas categorías²². En este punto, la agenda de Roznai dialoga con los capítulos 1 y 5 del libro. Frente al capítulo 1, como lo muestra Durán, la posibilidad de “jugársela a fondo” por el acuerdo está mediada porque la Constitución colombiana de 1991 tiene límites implícitos, de tal forma que la Corte tiene un papel activo en la discusión gracias a la doctrina de sustitución de la Constitución, que le permite en cada caso examinar si una reforma a la Constitución excedió el rango del poder de enmienda. Esta posición privilegiada de la Corte le dio viabilidad a la implementación del acuerdo gracias a la racionalidad interna de la argumentación constitucional, pero también acrecentó las presiones políticas y el problema, ya clásico, de la cuestión contramayoritaria de las decisiones judiciales²³. Frente al capítulo 5, lo que muestra Luna es que la racionalidad de las decisiones judiciales también está en la elección de las fuentes históricas que las sustentan. Son estas fuentes las que determinan las visiones del conflicto, y también la forma como se posicionan en el uso de doctrinas como la sustitución a la Constitución. Estos capítulos abren puertas enormes dentro de esta línea de investigación y dan lugar a interrogantes como ¿cuál es la relación entre los límites implícitos al poder de reforma y las transiciones políticas? Y ¿puede la conciencia histórica de un juez afectar su comprensión y uso de doctrinas como la sustitución a la Constitución?

El tercer trabajo es el de Negretto. Mientras que Albert y Roznai tienen un proyecto global, Negretto tiene un alcance latinoamericano, lo que no merma su potencia. Su trabajo se centra en las decisiones constitucionales que han guiado las transformaciones políticas latinoamericanas desde la independencia de las naciones de esta región. El concepto de decisiones constitucionales es clave dentro del proyecto intelectual de este trabajo y su objetivo es mostrar que detrás del diseño institucional de cada cambio constitucional hay intereses y decisiones de los grupos de poder²⁴. La forma de las constituciones, es decir, su diseño institucional y la distribución del poder público, obedecen a estos intereses pues, por más que se mistifiquen por medio de narrativas que enaltecen su origen y fundación, las constituciones son productos humanos. El aporte de Negretto es mostrar cómo estas decisiones constitucionales se pueden explicar mediante las

22 *Ibid.*, 179.

23 Véase Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch* (New Haven: Yale University Press, 1992).

24 Gabriel L. Negretto, *Making constitutions: Presidents, parties, and institutional choice in Latin America* (Londres: Cambridge University Press, 2013), 3.

correlaciones de fuerza entre presidentes, asambleas legislativas y partidos políticos en el momento en el que se emprenden cambios constitucionales. De tal forma, por ejemplo, si el partido político del presidente tiene la posibilidad de llevar a cabo reformas constitucionales sin conciliar con sus opositores políticos, se presenta una tendencia a permitir la reelección presidencial²⁵. Asimismo, hay una tendencia a que un partido político busque fortalecer los poderes presidenciales en cuestiones, por ejemplo, de políticas públicas si no tiene posibilidades de controlar o participar mayoritariamente en la Asamblea Legislativa²⁶.

La idea de elecciones constitucionales dialoga muy bien con el capítulo 3 del libro. Celemín Caicedo plantea que la Corte Constitucional limitó el rango de acción del presidente en el uso de las facultades especiales para la paz que le permitirían legislar sobre materias urgentes para la implementación del acuerdo, de ahí el título de “restricciones inflexibles”. El diálogo va por dos caminos: por un lado, las cortes constitucionales son un factor que impacta en la forma como se toman decisiones constitucionales y que implica pensar nuevas fórmulas en las correlaciones de poder durante cambios constitucionales. Por ejemplo, si los presidentes creen que las cortes van a ser deferentes frente a ciertas decisiones constitucionales por las razones que sea (influencia en las cortes, presión social y mediática, entre otras), van a apoyar modelos de control constitucional automático frente al ejercicio del poder de enmienda y viceversa. Por otro lado, la autora plantea también la necesidad de evaluar la forma como impactan mecanismos de democracia directa en las decisiones judiciales y en el ejercicio de control automático frente a la modulación de los efectos de reformas constitucionales. Estas pistas que da el trabajo de Celemín Caicedo no solo complementan las propuestas de Negretto, sino que abren nuevas preguntas, como ¿cuál es el impacto de los modelos de control constitucional frente a las decisiones constitucionales? y ¿qué tendencias pueden generar el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales y cómo se relacionan con los partidos políticos, los presidentes y las asambleas legislativas?

La teoría del Estado, la democracia y el diseño institucional

Como dice Samuel Huntington en un breve pero luminoso ensayo: la democracia, cuando se volvió un imperativo global, se convirtió en un eslogan vacío²⁷.

25 *Ibid.*, 226.

26 *Ibid.*, 229.

27 Samuel Huntington, “El sobrio significado de la democracia”, *Revista de Estudios Públicos*, n.º 33 (1989): 5-30, https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183605/rev33_huntington.pdf.

Reconocer la dificultad que existe en llenar de contenido a la democracia es un papel fundamental en el desarrollo de una teoría aplicable e inclusiva ante decisiones políticas que son socialmente relevantes. El esfuerzo para acercar la teoría del Estado, en particular su diseño, y la teoría democrática ha abierto un nuevo horizonte de discusión en donde ideales normativos, como la democracia deliberativa, buscan diferentes formas de materializarse en instituciones concretas. En Latinoamérica el autor más reconocido que ha adoptado un enfoque de esta naturaleza es Roberto Gargarella. Detrás de él hay un grupo importante de autores que han continuado su trabajo con alcances regionales y globales, como Jorge Roa Roa en el caso de la acción pública de inconstitucionalidad y el constitucionalismo transformador en Colombia²⁸.

Uno de los conceptos claves dentro de la obra reciente de Gargarella es la *disonancia democrática*. Este término aparece en varios trabajos anteriores²⁹, incluso en reseñas de Gargarella sobre otros libros³⁰, pero su conceptualización más potente, a nuestro modo de ver, está en su obra más reciente, *El derecho como una conversación entre iguales*. En el capítulo 3, titulado de la misma forma que el concepto al que aludimos (“La disonancia democrática”), Gargarella rastrea los orígenes de una desconfianza democrática en las posiciones de importantes figuras del constitucionalismo americano, particularmente en James Madison, Juan Bautista Alberdi y Andrés Bello³¹. Esta desconfianza es trascendente y redundante en que el diseño institucional en la mayoría de los países de la región sea elitista y poco sensible a decisiones mayoritarias y, peor aún, fundamentado en una sociología política arcaica que dividía la sociedad en grupos cohesionados, así como relativamente fáciles de comprender (deudores y acreedores, propietarios y no propietarios, proletarios y burgueses y a favor o en contra de la paz) y en una filosofía institucional esencialmente excluyente³². En contraste, el discurso público contemporáneo enarbolaba una serie de valores democráticos que

28 Véase Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

29 Por ejemplo, hay una alusión a la disonancia democrática en el texto corto de Gargarella que se titula *La derrota del derecho en América Latina*. También hay un análisis de la disonancia democrática en la obra de Gargarella en David Fernando Cruz Gutiérrez, “Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: Una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina”, *Dikaion* 30, n.º 1 (2021): 160-191, <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.1.6>.

30 Roberto Gargarella, “Review of Tom Ginzburg and Aziz Huq, ‘How to save a constitutional democracy’”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 44 (2019): 397-406. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.15>.

31 Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021).

32 *Ibid.*, 53.

enaltecen la deliberación, la igualdad, la diversidad y la inclusión, que son reproducidos por la mayoría de los actores políticos aun cuando no crean en ellos ni los practiquen³³. La disonancia democrática ocurre en la colisión entre el diseño institucional, que se ha mantenido inmóvil, y el discurso público, que se ha transformado; entre la falta de respuestas institucionales y el florecimiento de nuevas ciudadanías; entre modelos políticos contruidos alrededor del voto, enaltecándolo como máxima expresión democrática, y nuevas formas de deliberación política que suceden por fuera de las urnas.

En alguna medida, todos los capítulos del libro, implícita o explícitamente, dialogan con la disonancia democrática alrededor del acuerdo de paz. Desde el primer capítulo, que examina las posiciones de la Corte (incluyendo la validación jurídica de la refrendación popular del acuerdo, de cara a activar un procedimiento de deliberación legislativa, como el *fast track*, que privilegia la agilidad sobre la deliberación política), hasta el último, que describe los efectos del constitucionalismo transitorio y transicional que se extienden, puede que sin una deliberación democrática profunda, a todo el sistema normativo, dado que impregnan el sistema de fuentes del derecho vía jurisprudencia constitucional. En este diálogo, el caso colombiano tiene un lugar privilegiado en la experiencia comparada por varios motivos: la existencia de una Corte Constitucional poderosa institucionalmente hablando, pero que ha servido de foco para diferentes manifestaciones de deliberación democrática; un proceso de paz mediado por un mecanismo de democracia directa, en los términos de Altman³⁴, cuyos efectos han disminuido la posibilidad real de deliberación política entre sectores opuestos; y una Constitución con una flexibilidad relativa, con cincuenta y cinco reformas en treinta años de vigencia, de las cuales al menos siete están relacionadas con la implementación del acuerdo³⁵. De esta forma, las contribuciones del libro sirven para pensar preguntas como ¿Qué diseños institucionales pueden ayudar a acrecentar la deliberación ciudadana en asuntos tan importantes como la implementación de un acuerdo de paz? ¿Qué papel deben cumplir las cortes en escenarios de profundo disenso democrático? Y ¿cuáles son los límites del modelo electoral para desarrollar deliberaciones profundas sobre decisiones socialmente relevantes?

33 *Ibid.*, 54.

34 Véase David Altman, “Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?”, *Política y Gobierno* 12, n.º 2 (2005): 203-232.

35 Véase Diana Durán Smela y David Fernando Cruz Gutiérrez, “El *fast track*: ¿Un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 48 (2020): 3-29, <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.01>.

La teoría sobre la paz y la justicia transicional

Desde hace años, la justicia transicional ha alcanzado la mayoría de edad y el entusiasmo sobre sus virtudes —como diría Christine Bell— se ha transformado en preguntas existenciales sobre su utilidad³⁶. Esto se debe, en parte, a las modificaciones que este campo ha experimentado en las últimas décadas. Por un lado, desde el surgimiento del Estatuto de Roma la justicia transicional se estabilizó como un aspecto importante del derecho internacional. Esto ha hecho que se convierta en un estándar de alcance global que, no obstante, se aplica a países del Sur global que enfrentan contextos marcados por la inequidad, la pobreza y un modelo de economía extractivista que percibe pocos beneficios a nivel local a pesar de que traslada, eso sí, todos los riesgos. Por otro lado, la justicia transicional se ha configurado también como una parte importante del movimiento de derechos humanos³⁷, lo que, a su vez, la ha convertido esencialmente en un instrumento que busca mitigar la impunidad³⁸.

La estabilización de la justicia transicional y su sincretismo con los derechos humanos y el movimiento contra la impunidad ha impactado en la forma como se negocian las transiciones en el mundo. En Latinoamérica, por ejemplo, las negociaciones de paz durante la segunda mitad del siglo xx, a pesar de que integraron elementos de justicia transicional —especialmente comisiones de la verdad como la argentina, la chilena y la peruana—, eran en general transiciones candado marcadas por leyes de punto final y amnistías, antes que por procesos de atribución de responsabilidad penal e individual. Esto permitió que las transiciones, en alguna medida, fueran más rápidas. En cambio —el caso colombiano es un buen ejemplo de esto—, los acuerdos de paz se han densificado para responder tanto a los estándares internacionales como a las demandas de justicia que se presentan desde el movimiento de derechos humanos. La reacción es que las transiciones también se han vuelto más pesadas sin que esto, necesariamente, contribuya a alcanzar mejores resultados en términos de construcción de paz. Lo que sí ha provocado es que los acuerdos de paz tengan una mayor relevancia y que se busquen diferentes formas para su juridificación. Desde calificarlos como

36 Christine Bell, “Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the ‘field’ or ‘non-field’”, *International Journal on Transitional Justice* 3, n.º 1 (2008): 5-27.

37 Arthur Paige, “Cómo las ‘transiciones’ reconfiguraron los derechos humanos: Una historia conceptual de la justicia transicional”, en *Justicia transicional: Manual para América Latina*, editado por Félix Reátegui (Brasilia: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011), 120.

38 Karen Engle, Zinaida Miller y D. M. Davis, *Anti-impunity and the human rights agenda* (Londres: Cambridge University Press, 2016), 3.

documentos cuasiconstitucionales³⁹, hasta pensar en cambiar el estatus de grupos armados ilegales cuando buscan la paz para que los acuerdos que surjan puedan validarse como tratados dentro del derecho internacional⁴⁰. O, como sucedió con el *fast track*, utilizar mecanismos de incorporación al ordenamiento jurídico.

Los capítulos del texto conectan con esta discusión porque ofrecen diferentes miradas al proceso de incorporación al ordenamiento jurídico de un acuerdo de paz que es considerado estructural y cuya negociación estuvo marcada por el triple objetivo de satisfacer los estándares internacionales, minimizar la impunidad y alcanzar una paz negociada. En este sentido, si sus contribuciones se leen bajo la lupa de la estabilización en el derecho internacional y la instrumentalización de la justicia transicional por parte de la lucha antiimpunidad, pueden suponer alertas reveladoras, en particular sobre algunos efectos imprevistos de estos procesos de densificación jurídica de los acuerdos de paz como, por ejemplo, las dificultades que pueden surgir frente a su deliberación democrática, pues cuanto más complejos sean los acuerdos de esta naturaleza, más difícil puede ser la deliberación democrática. También sobre las dificultades administrativas que supone desplegar reacomodamientos institucionales que respondan a un acuerdo de paz estructural en escenarios de disenso político y con diseños institucionales que pueden bloquearse mutuamente.

Si se añade otro nivel de profundidad, los capítulos también alertan de las dificultades de suponer que hay una forma estabilizada de *hacer la paz*, marcada por la matriz ideológica de la justicia transicional, especialmente en su versión antiimpunidad. Un acuerdo de paz estructural, entendiendo sus virtudes, es también el subproducto de este modelo de hacer la paz que no responde, entre muchas otras cosas, a fórmulas inclusivas que permitan la vinculación de más sectores sociales. Por el contrario, hacer la paz se vuelve el monopolio de élites políticas, jurídicas y económicas. La cuestión es que al hacer la paz también se define la comprensión del conflicto armado y de la transición, tal como se muestra en el capítulo 5, donde “la Corte de la paz” al impregnar sus decisiones con determinada versión de la memoria sobre el conflicto determina también su comprensión. Consideramos que estas alertas nos pueden impulsar a disputar el contenido de la justicia transicional para diversificar, también, las formas de hacer la paz con

39 Hallie Ludsin, “Peace making and constitutional-drafting: A dysfunctional marriage”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, n.º 1 (2011): 239-311.

40 Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Isabel Güiza Gómez, “Pacigerancia: El valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional”, *Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 49-78, <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.03>.

el objetivo de que esta se vuelva el patrimonio de la ciudadanía. Este libro aporta un grano de arena a esta discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- Acto Legislativo 1/2016.
 Acto Legislativo 1/2017.
 Acto Legislativo 2/2017.
 Albert, Richard. *Constitutional amendments: Making, breaking, and changing constitutions*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
 — “The state of the art in constitutional amendment”. En *The Foundations and traditions of constitutional amendment*, editado por Richard Albert, Xenophon Contiades y Alkemele Fotiadou, 39-40. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2017.
 Altman, David. “Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?”. *Política y Gobierno* 12, n.º 2 (2005): 203-232.
 Bell, Christine. “Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the ‘field’ or ‘non-field’”. *International Journal on Transitional Justice* 3, n.º 1 (2008): 5-27.
 Bickel, Alexander M. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1992.
 C. Const., Sent. C-379, jul. 18/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
 — Sent. C-699, dic. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
 — Sent. C-160, mar. 9/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
 — Sent. C-332, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
 — Sent. C-007, mar. 1/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.
 Cruz Gutiérrez, David Fernando. “Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: Una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina”. *Dikaion* 30, n.º 1 (2021): 160-191. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.1.6>.
 Durán Smela, Diana y David Fernando Cruz Gutiérrez. “El fast track: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 48 (2020): 3-29. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.01>.
 Engle, Karen; Zinaida Miller y D. M. Davis. *Anti-impunity and the human rights agenda*. Londres: Cambridge University Press, 2016.

- Gargarella, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021.
- *La derrota del derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.
- “Review of Tom Ginzburg and Aziz Huq, ‘How to save a constitutional democracy’”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 44 (2019): 397-406. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.15>.
- Huntington, Samuel. “El sobrio significado de la democracia”. *Revista de Estudios Públicos*, n.º 33 (1989): 5-30. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183605/rev33_huntington.pdf.
- L. 5/1992.
- L. 1820/2016.
- L. 1830/2016.
- Ludsin, Hallie. “Peace making and constitutional-drafting: A dysfunctional marriage”. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33, n.º 1 (2011): 239-311.
- Mesa de Conversaciones. *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016.
- Negretto, Gabriel L. *Making constitutions: Presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. Londres: Cambridge University Press, 2013.
- O'Donnell, Guillermo. “Estado, democratización y ciudadanía”. *Nueva Sociedad*, n.º 128 (1993): s. p.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Roznai, Yaniv. *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- *Unconstitutional constitutional amendments*. Londres: Cambridge University Press, 2017.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Diana Isabel Güiza Gómez. “Pacigerancia: El valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional”. *Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 49-78. <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.03>.

CAPÍTULO 1

LOS PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DEL ACUERDO DE PAZ: EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA INCORPORACIÓN DEL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*

Diana Durán Smela

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la negociación con las FARC, el presidente Santos afirmó que el resultado del acuerdo debía ser refrendado popularmente para dotarlo de legitimidad política¹. Sin embargo, se suscitó una profunda discusión jurídica sobre el mecanismo idóneo para hacerlo. Las FARC consideraban que el mejor camino para otorgarle legitimidad era acudir al poder constituyente por medio de una asamblea nacional constituyente², de manera que los cambios pactados al orden jurídico se materializaran al mismo tiempo que, mediante el paradigma representativo por el cual se conforma una asamblea³, adquirirían legitimidad popular. Esta propuesta, no obstante, no contó con el apoyo del Gobierno, de la opinión pública y de un sector mayoritario de los actores políticos, quienes leían la activación del poder constituyente como la posibilidad de reevaluar las bases mismas del ordenamiento constitucional vigente, las cuales no debían ser susceptibles de cambio en virtud de la negociación.

La reacción, en consecuencia, fue precisar un mecanismo de participación idóneo, lo que suponía revisar y poner en consideración varias opciones. Incluso se habló de la posibilidad de constituir un “congresito”, pero esta opción se descartó rápidamente, y se prefirió valerse de los mecanismos previstos en

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.706>.

1 Humberto de la Calle, *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana* (Bogotá: Debate, 2019); Juan Manuel Santos, *La batalla por la paz: El largo camino para acabar con el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo* (Bogotá: Planeta, 2019).

2 De la Calle, *Revelaciones al final*.

3 Este punto es especialmente problemático porque el mecanismo de asamblea que estaban pensando las FARC no era igual al utilizado en el proceso constitucional de 1991.

la Constitución. Los mecanismos de consulta que esta contiene en su artículo 103^[4], regulados por las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 del 2015 son el referendo, la consulta popular y el plebiscito. Estos mecanismos presentaban esquemas de actuación diferentes, poseían ventajas y desventajas, y compartían aspectos problemáticos de difícil solución. El Gobierno se dedicó entonces a examinar cada uno de ellos, lo cual no fue una tarea fácil.

El referendo⁵ fue el primer mecanismo que se analizó, ya que ofrecía la posibilidad de reformar directamente la Constitución y le daba valor normativo de jerarquía constitucional a lo que se refrendara de una forma directa e inmediata. Esto llevó al Gobierno a impulsar un proyecto de ley con el objetivo de soslayar una de las principales dificultades de dicho mecanismo consagrada en las leyes estatutarias, la cual impedía que se votara un referendo en el momento de cualquier elección ordinaria. Esto se debía a que, en principio, la expresión del constituyente primario debería ser libre y por lo tanto no sería apropiado que se contaminase con un ejercicio de carácter eminentemente electoral. No obstante, la premura con la que fue radicada esta iniciativa en el Congreso (2013) agitó la negociación que se llevaba a cabo en La Habana, pues las FARC la leyeran como una decisión unilateral del Gobierno, en un momento en el que aún no se concertaba el mecanismo de refrendación⁶ y sus negociadores seguían defendiendo la opción de una asamblea nacional constituyente⁷ como la más legítima.

De todas maneras, el Gobierno insistió en que era necesario sacar adelante esa posibilidad, ya que tenía previsto someter el acuerdo a refrendación al mismo tiempo que se realizaran las siguientes elecciones ordinarias que tuvieran lugar cuando se finalizara la negociación, fuesen las de Congreso o las presidenciales. El Gobierno creía que el efecto de arrastre de cualquiera de esas elecciones podía ayudar a dicho mecanismo. Siguiendo ese derrotero fue que el Congreso aprobó la Ley Estatutaria 1745 del 2014, según la cual los referendos constitucionales para “la implementación del acuerdo final para terminar el conflicto armado

4 Cabe indicar que la Constitución también propone el cabildo abierto, el voto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato como mecanismos de participación ciudadana. En este punto no se toman en cuenta la iniciativa legislativa ni la revocatoria del mandato por cuanto su influencia en la discusión fue limitada debido a la naturaleza de la participación. Tampoco se habla explícitamente del voto porque los mecanismos mencionados lo incluyen. En el caso del cabildo abierto, vale la pena mencionar que una vez se reveló el resultado del plebiscito por la paz, el constitucionalista Eduardo Cifuentes consideró que este podía solventar el *impasse* jurídico de aquel momento.

5 Los referendos son de carácter jurídico y permiten introducir o sacar una norma del ordenamiento.

6 Humberto de la Calle narra este episodio en detalle en las páginas 248 y 250 de su libro *Revelaciones al final de una guerra*, ya citado.

7 Institute for Integrated Transitions (IFIT), *Los debates de La Habana: Una mirada desde adentro* (Bogotá, IFIT, 2018), 112-113.

podrán coincidir con otras elecciones”. Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-784 del 2014^[8].

Cabe aclarar que no ubicamos esta sentencia ni la ley estatutaria antes mencionadas como uno de los presupuestos jurídicos del acuerdo de paz, debido a que en últimas esa posibilidad aprobada jurídicamente resultó inocua. Había otros inconvenientes en el diseño de la figura del referendo, como su umbral de participación y el hecho de que debía votarse pregunta por pregunta, que finalmente llevaron al Gobierno a desestimar esa primera opción. Las actuaciones tanto ejecutivas como legislativas y judiciales antes descritas muestran la voluntad política y jurídica de apoyar el acuerdo de las distintas instituciones, la cual, como iremos viendo, fue la conducta generalizada durante la negociación del acuerdo de paz con las FARC.

La consulta popular de carácter nacional se mostró entonces como otra posible alternativa, ya que tenía una ventaja importante: la materia que se somete a consideración ciudadana mediante este mecanismo se presenta con *una* pregunta que condensa el contenido que previamente ha sido sometido a control judicial. Además, su mandato es de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, presentaba un problema evidente, ya que su éxito dependía de que se superara el umbral de participación, que equivalía a una tercera parte del censo electoral⁹; esta cifra era superior al umbral del referendo, que correspondía a una cuarta parte del censo electoral, o sea más de once millones de votos. Esta cifra era mayor que los votos que habían elegido al presidente Santos tanto en su primer mandato (9 028 943) como en el segundo (7 816 987). No hay que olvidar que además del umbral de participación ya mencionado como requisito previo para validar el proceso, después se debía obtener el umbral de aprobación, que equivalía a la mitad más uno de los votos de los ciudadanos que participasen en la votación. Así, cada vez se hacía más evidente que los altos umbrales de participación requeridos incentivaban una abstención activa¹⁰ por parte de los grupos opositores. Es decir, una de las estrategias en contra del mecanismo consistía en no participar en él para así evitar que se alcanzara el umbral de participación, lo que le quitaba toda la legitimidad al proceso. Esta traba electoral terminó descartando también el uso de la consulta.

8 C. Const., Sent. C-784/2014, oct. 21/2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

9 El censo electoral vigente durante todo el proceso y el que se tuvo en cuenta para el plebiscito del 2 de octubre del 2016 era de 34 899 945 votantes.

10 Se entiende por *abstención activa* la posibilidad de incentivar la no participación y, por lo tanto, votación sobre un tema particular. Esta posición la respalda la Corte Constitucional en las siguientes sentencias: C. Const., Sent C-041/2004, ene. 27/2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y C. Const., Sent. C-150/2015, abr. 15/2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

Solo quedaba la figura del plebiscito, el cual según la Ley Estatutaria 1757 del 2015 requería, paradójicamente, un umbral de participación aún mayor, ya que equivalía a la mitad del censo electoral, o sea, casi dieciocho millones de votos. Aun así, presentaba una ventaja inigualable: a diferencia de otros mecanismos de participación ciudadana, la estructura del plebiscito no estaba claramente determinada en la Constitución, lo que fue una ventaja estratégica, pues utilizando las mayorías parlamentarias con las que contaba en aquel momento el Gobierno¹¹, se abría la posibilidad de diseñar un plebiscito *especial* con unas características particulares para la ocasión, por medio de un proyecto de ley estatutaria que tendría revisión automática y previa por parte de la Corte Constitucional. Esta ley estatutaria fue aprobada en el Congreso y después demandada; su estudio será objeto de la primera parte de este escrito, ya que considero que el pronunciamiento de la Corte en esa sentencia, la C-379 del 2016, fue el impulso inicial y definitivo para la incorporación normativa del acuerdo de paz.

Como sabemos, el 2 de octubre del 2016 se votó el plebiscito por la paz que permitía a la ciudadanía mostrar su apoyo o su rechazo al acuerdo de paz de La Habana celebrado entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC. Las encuestadoras, antes de la jornada electoral, mostraban que la favorabilidad frente al acuerdo era muy superior a su rechazo; sin embargo, dos horas después del cierre de los puestos de votación, en el conteo de votos, se impuso el no con un margen de cincuenta y tres mil votos —correspondientes al 0,43 % del total de la jornada—.

Los análisis ulteriores argumentaron que el sorpresivo resultado se podía explicar teniendo en cuenta varios factores:

- la existencia de un voto oculto o vergonzante que las encuestas no pudieron medir;
- la falta de popularidad del presidente Santos y su incapacidad para transmitir un mensaje de paz a la mayoría de la población;
- un voto en contra del Gobierno, que ya había agotado parte de su capacidad política y de persuasión burocrática;
- el paso de la tormenta Matthew en el litoral Caribe del país, que se había constituido como un bastión electoral de Santos;

11 Para aquel momento el presidente Santos había logrado consolidar una fuerte bancada parlamentaria que apoyaba el proceso de paz, lo que incluía las medidas legislativas necesarias para la implementación del acuerdo.

- el fuerte impacto de las noticias falsas y la información maliciosa en una parte importante del electorado;¹²
- una falta considerable de pedagogía por parte del Gobierno para explicar el contenido sustancial del acuerdo al sector más reactivo de la población; y
- un exceso de seguridad del Gobierno¹³ y de varios sectores promotores del sí que subestimaron los argumentos de la oposición.

El resultado de la contienda fue un golpe muy importante a la legitimidad del proceso de paz. Sin embargo, a pesar de la intensidad de la herida esta no resultó definitiva, especialmente gracias a la Corte Constitucional, que en las providencias que estudiaremos en el presente texto cristalizó una hoja de ruta para que el Gobierno pudiera continuar la negociación y que dichas actuaciones se inscribieran en un concepto amplio de refrendación popular¹⁴, con lo cual le otorgó legitimidad a lo actuado y a su posterior implementación.

El presente artículo pretende mostrar cómo las instituciones del Estado y, principalmente, la Corte Constitucional, se la jugaron a fondo para conseguir un espacio jurídicamente viable para el acuerdo de paz con las FARC, pese a que hubiera ganado el no en el plebiscito del 2 de octubre del 2016. Para demostrarlo, me centraré en las tres sentencias que considero fueron definitivas para darle viabilidad constitucional al acuerdo. Analizaré en la primera parte la Sentencia C-379 del 2016, que es aquella que dice que el plebiscito por la paz es viable y que el manejo del orden público se encuentra en cabeza exclusiva del presidente; como se verá, esta última aclaración es la que abre la posibilidad de una nueva

12 Para profundizar sobre este ítem y su influencia en las votaciones, véase María Fernanda González, “La ‘posverdad’ en el plebiscito por la paz en Colombia”, *Nueva Sociedad*, n.º 269 (mayo-junio del 2017): 117-118, www.nuso.org. También puede revisar la entrevista al director de la campaña del no, Juan Carlos Vélez Uribe, en donde afirma explícitamente que la principal estrategia consistía en que la gente saliera a votar “berraca”, para lo cual acrecentó la desconfianza.

13 Esta excesiva seguridad por parte del Gobierno también se expresó en la ceremonia de firma del acuerdo de La Habana, que se realizó en el Centro Internacional de Convenciones en Cartagena, una semana antes de la fecha del plebiscito. La ceremonia, que contó con importantes invitados nacionales e internacionales, sirvió como un punto de quiebre para la ciudadanía, que esperaba que se realizara después del plebiscito, no antes, por cuanto ponía de presente la confianza excesiva del Gobierno en su aprobación.

14 Esta posibilidad se dio porque no había ninguna conceptualización previa del concepto de refrendación popular, lo que abrió la posibilidad de que la Corte Constitucional lo definiera con cierto grado de discrecionalidad, por cuanto jurisprudencialmente el término solo aparece en dos providencias, en las sentencias C-784/2014, oct. 21/2014 y C-379/2016, jul. 18/2016, en las cuales no se ofrece una descripción profunda. En palabras de la Corte (2016): “Los límites del concepto de refrendación popular vienen determinados por sus márgenes semánticos, su contexto de expedición, los principios constitucionales que aspiran a realizar, sus relaciones con otras previsiones normativas, y las aproximaciones conceptuales relevantes en la jurisprudencia nacional, la teoría constitucional y jurídica en general” (n.º 20).

negociación después de la derrota del plebiscito. En la segunda parte, revisaré la Sentencia C-699 del 2016, que activó el *fast track*¹⁵ y definió la refrendación, interpretada en sentido amplio, lo que posibilitó no tener que repetir el plebiscito. En la tercera, me detendré en la Sentencia C-160 del 2017, que reconoció la refrendación del proceso de paz por el Congreso como válida jurídicamente. Trataré de demostrar así que estas tres sentencias fueron indispensables para abrirle un camino jurídicamente válido al proceso de paz, independientemente del resultado del *fast track* en el Congreso. También haré, en la cuarta parte, un balance de las normas aprobadas mediante el *fast track*. Se verá cómo los magistrados de la Corte y sus pronunciamientos tuvieron un lugar protagónico tanto en la gestación como en el desarrollo de los objetivos de la paz; la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una vez más, tuvo un rol transformador dentro de la sociedad colombiana, a pesar de que muchas de sus sentencias estuvieron envueltas en intensas controversias políticas. Concluiré con una reflexión crítica frente a lo que ha sucedido después del cambio de Gobierno y cómo ha resultado evidente que las prescripciones jurídicas deben estar acompañadas de una amplia legitimidad política para poder instaurarse de manera permanente en el ordenamiento jurídico colombiano.

LA SENTENCIA C-379 DEL 2016 Y EL PLEBISCITO POR LA PAZ, MECANISMO VÁLIDO PARA REFRENDAR EL ACUERDO Y VINCULANTE ÚNICAMENTE PARA EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La iniciativa de impulsar el plebiscito por la paz la asumió el senador Roy Barreiras, quien radicó en diciembre del 2015 un proyecto de ley estatutaria en donde se presentaba una versión especial del plebiscito, diferente a lo estipulado en la Ley 1757 del 2015, el cual se argumentaba era necesario para la coyuntura de transición en la que se encontraba el país. El objetivo era refrendar de una manera

15 El *fast track*, o procedimiento legislativo abreviado (Acto Legislativo 1/2016), fue el mecanismo de aprobación legislativa en el Congreso que se adoptó para introducir mediante leyes o actos legislativos el proceso de paz en el ordenamiento jurídico colombiano. Traía varias modificaciones al procedimiento legislativo ordinario contenido en la L. 5/1992. Era de iniciativa exclusiva del Gobierno, los congresistas no podían hacer enmiendas sin su aval, solo podía votarse en bloque, tenía revisión previa de constitucionalidad, reducía a tres los debates para el trámite de las leyes (comisiones constitucionales correspondientes sesionaban de manera conjunta y después iban a cada una de las plenarias de la Cámara de Representantes y del Senado), reducía a la mitad, es decir a cuatro debates, las reformas constitucionales mediante acto legislativo, las cuales en el procedimiento ordinario tienen ocho debates.

más viable el acuerdo¹⁶. El diseño del plebiscito en su fórmula original presentaba las siguientes características especiales¹⁷:

- Instauraba el voto obligatorio para todos los ciudadanos que formaban parte del censo electoral.
- La duración de las votaciones era de tres días hábiles y un fin de semana.
- Las disposiciones aprobadas por medio del plebiscito por la paz tendrían un carácter interpretativo y vinculante para ramas del poder público diferentes del Ejecutivo.

Aunque esta propuesta se transformó a lo largo del procedimiento legislativo, dos aspectos tuvieron especial resonancia y se convirtieron en pilares del Gobierno, que luego apoyaría de forma vehemente el proyecto¹⁸. El primero fue el nombre, *el plebiscito por la paz*, que se convirtió en la bandera de la campaña política posterior; y el segundo, la idea de que sus resultados fueran vinculantes para las otras ramas del poder público, no únicamente para el Ejecutivo. De esta forma, el artículo 3 del Proyecto de Ley Estatutaria que llegó a la Corte Constitucional establecía lo siguiente:

Artículo 3°. Carácter y consecuencias de la decisión. La decisión aprobada a través del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del acuerdo.

Este artículo quedó tal cual en la Ley Estatutaria 1806 del 2016, “Por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”¹⁹ que fue aprobada por el Congreso. Sin embargo, el voto obligatorio salió del proyecto y en su lugar se suprimió el problemático umbral de participación y se instauró un umbral de aprobación del 13 % del censo electoral, lo que, para el momento, correspondía a un poco más de cuatro millones de votos, es decir, era

16 De la Calle, *Revelaciones al final*, 283; IFIT, *Los debates de La Habana*, 276. El IFIT y De la Calle coinciden en señalar que una vez que el proyecto se radicó, el protagonismo del senador Roy Barreras aumentó, hasta influenciar directamente la mesa de negociación.

17 Para consultar el proyecto original, véase <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2015%20-%202016/PL%20094-15%20PLEBISCITO%20POR%20LA%20PAZ.pdf>

18 IFIT, *Los debates*, 276.

19 L. Estat. 1806/2016.

casi igual al umbral de aprobación requerido para un referendo. Este punto causó una intensa discusión, ya que suprimir los umbrales de participación y bajar considerablemente el de aprobación²⁰ se veía como una jugada tendenciosa por parte del Gobierno para llegar fácilmente a un resultado positivo. Sin embargo, el propósito de suprimir el umbral de participación y bajar el de aprobación era incentivar la participación masiva en el plebiscito. Eso obligaba a votar a todos los ciudadanos, tanto a aquellos que estaban a favor como a aquellos que estaban en contra; su opinión se debería ver reflejada en las urnas y no por fuera de estas²¹. Esta misma exposición se replicó en la audiencia pública que se realizó en la Corte Constitucional con ocasión de la revisión automática del Proyecto de Ley Estatutaria que luego se incorporó en la sentencia. En sede judicial, la Corte recibió una amplia variedad de intervenciones de distintos matices políticos que abanderaban todo tipo de posiciones frente al plebiscito²².

La Ley 1806 del 2016 fue demandada, como era de esperarse, y la Corte Constitucional se pronunció frente a esta mediante la Sentencia C-379 del 2016. Esta presentó un profundo análisis material del proyecto, que después resultó de vital importancia para la viabilidad jurídica del acuerdo de paz.

El análisis de la sentencia inicia con la democracia participativa como un valor, un principio y un derecho de máxima importancia constitucional. En este punto, la Corte destacó que el carácter reglado de las expresiones democráticas y ciudadanas tiene como objetivo primordial garantizar la expresión de la soberanía ciudadana. La Corte utiliza este espacio entre la democracia participativa y su naturaleza reglada para abrir la puerta al análisis específico de los mecanismos de participación ciudadana. Una de las afirmaciones más importantes dentro de este aparte es que si bien el artículo 103 de la Constitución indica unos mecanismos de participación ciudadana, estos no tienen un carácter taxativo; por el contrario, el legislador estatutario está facultado para incidir en su diseño. Esta facultad resulta aún más amplia frente al plebiscito, por cuanto este mecanismo tiene mínima regulación constitucional. En palabras de la Corte:

20 Si se hubiese tratado de un plebiscito ordinario, el umbral de participación hubiese sido del cincuenta por ciento del censo electoral, o sea casi dieciocho millones de votos, y el de aprobación, de más de nueve millones.

21 Rodrigo Uprimny, “Umbral, plebiscito y paz”, *La Silla Vacía*, 7 de diciembre del 2015, <http://lasillavacia.com/historia/umbral-plebiscito-y-paz-52543>.

22 Por ejemplo, Alirio Uribe Muñoz, que para aquel momento era representante a la Cámara por el Polo Democrático Alternativo, un partido que se ubica en el espectro ideológico de izquierda, presentó un escrito ante la Corte en donde consideraba que el plebiscito no era el mecanismo idóneo para garantizar el derecho a la paz.

Dado que el plebiscito tiene mínima regulación constitucional, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para definirlo. Así lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 del 2015, al considerar que el grado de libertad de configuración es inversamente proporcional a la “institucionalización constitucional” del mecanismo de participación.²³

De esta forma, si bien la legislación precedente sobre el plebiscito es útil para entender el concepto de este mecanismo de participación ciudadana, no constituye en sí misma una camisa de fuerza para el legislador estatutario por cuanto no funge como parámetro de constitucionalidad²⁴. Sin embargo, tampoco implica una discrecionalidad absoluta en su diseño. En este sentido, para mantener su identidad el plebiscito debe cumplir con unas características definitivas de su esencia²⁵. En principio, su convocatoria es potestativa por parte del presidente. Las razones para su convocatoria, no obstante, son de arbitrio político y corresponden a un análisis sobre su pertinencia y conveniencia del fuero interno del presidente. Por el contrario, la materia que se somete al plebiscito está limitada a la órbita de las funciones constitucionales del Ejecutivo y no puede expandirse más allá de este límite. De tal forma que el umbral, su naturaleza y porcentaje forman parte de la discrecionalidad del legislador estatutario, siempre y cuando sea razonable y compatible con el principio democrático²⁶; esto hizo que las modificaciones frente a los umbrales de participación y aprobación

23 C. Const., Sent. C-379/2016, abr. 19/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, n.º 9. Esta posición es también una reiteración jurisprudencial de lo que se dijo en la C. Const., Sent. C-150/2015, abr. 15/2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

24 En palabras de la Corte: “Con todo, debe nuevamente reiterarse que las previsiones estatutarias anteriores operan, para efectos del presente análisis de constitucionalidad, como criterios argumentativos para tener en cuenta para el control judicial, pero no como parámetro de validez del articulado objeto de examen, en tanto el PLE tiene la misma jerarquía normativa que dichas disposiciones. Esta comprobación es importante, en especial si se tiene en cuenta la regla fijada por la Sentencia C-150 del 2015, en el sentido de que la definición del umbral es un asunto que corresponde a la definición propia del legislador estatutario, dentro su amplia competencia regulativa sobre la materia”. C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, n.º 63, párr. 3.

25 A esta forma de argumentación se le calificó como esencialista, pues intentaba descifrar el contenido que identifica al mecanismo del plebiscito. Sin embargo, es también ampliamente criticada, en particular porque el término *plebiscito*, al menos en Latinoamérica, es polisémico y su estructura varía radicalmente de un ordenamiento jurídico a otro.

26 La Corte Constitucional expresamente indicó: “La Corte parte de considerar que el umbral de participación del 50 % del censo electoral no tiene raigambre constitucional, como parecen comprenderlo algunos de los intervinientes, sino solo legal estatutario. Por ende, puede ser válidamente reformado por el legislador, a condición de que lo dispuesto sea razonable, proporcional y compatible con el principio democrático. Entonces, el legislador estatutario no tiene un deber constitucional de fijar un umbral de participación o de aprobación para el plebiscito, ni menos que deba tener un guarismo fijo y definido por la Constitución. Antes bien, se reconoce un amplio margen de configuración normativa sobre la materia y el cumplimiento de los criterios antes expuestos”. C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, n.º 69, párr. 2.

fueran considerados viables. En síntesis, el plebiscito “tiene la finalidad de que el presidente de la República conozca la opinión de los ciudadanos respecto de una política pública adelantada por su Gobierno, para dotarla de legitimidad democrática. Al existir un pronunciamiento del Pueblo soberano, la decisión política queda respaldada por la voluntad de los ciudadanos”²⁷.

El respaldo ciudadano, en consecuencia, tiene un valor político y de este no emana una fuerza vinculante para otras ramas del poder público distintas del Ejecutivo. De tal forma que la pretensión del artículo 3 de la Ley 1806 del 2016 que imprimía fuerza vinculante a los resultados del plebiscito a otros órganos del Estado fue cuestionada por la Corte por dos razones fundamentales: (1) porque desnaturalizaba la esencia misma de este mecanismo, y (2) porque, al expandir el mandato, vaciaba la competencia funcional a los otros órganos del Estado y ramas del poder público. Lo anterior, que al principio resultaba inconveniente dentro de la estrategia de implementación del Gobierno, se convirtió en un salvavidas para la refrendación del acuerdo, como se verá. De acuerdo con la Corte:

La decisión del Pueblo, así entendida y en el caso que resulte favorable, entra en el ámbito exclusivo de la justificación política de una futura e hipotética reforma legal o constitucional, adoptada en el marco de la implementación de dicho mandato popular y en razón de la iniciativa del presidente, que es el destinatario exclusivo del mandato del cuerpo electoral convocado en plebiscito. Esto es distinto a considerar que la decisión del pueblo incorpore directa y automáticamente el contenido de la política pública, sometida a su decisión, en el orden jurídico o en la Constitución.²⁸

De esta forma, la consecuencia jurídica del plebiscito, en caso de que el resultado fuera afirmativo, era que el presidente de la República no podía evadir su obligación de implementar el acuerdo. En consecuencia, una facultad discrecional se convertía en un mandato vinculante. En caso contrario, si la votación resultaba negativa, la obligación en cabeza del presidente implicaba que no podría implementar el acuerdo, al menos tal como se había sometido a votación.

Esta configuración conceptual, además, está ligada estrechamente con el principio de separación de poderes²⁹, en especial en el ámbito de separación funcional de las ramas del poder público, con el argumento de que los poderes

27 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, n.º 12.

28 *Ibid.*, n.º 107, párr. 5.

29 De acuerdo con Daniel Bonilla, la separación de poderes se estructura alrededor de cuatro conceptos: división tripartita del poder público, división funcional de las tres ramas del poder público, sistema de frenos y contrapesos y colaboración armónica entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Véase Daniel Eduardo Bonilla-Maldonado, “La arquitectura conceptual del principio

dentro de una democracia constitucional encuentran su límite en la división funcional que les fue asignada y que la voluntad popular que se manifiesta en un plebiscito no autoriza al Ejecutivo a desconocer la Constitución ni a sobrepasar su órbita funcional.

Más adelante, la providencia identifica la paz como principio, valor y como un derecho individual y colectivo dentro de la Constitución. Después de realzar su importancia, establece que la profundidad que tiene la paz en la arquitectura constitucional también se expresa en los ámbitos funcionales de cada una de las ramas del poder público. Frente al Ejecutivo, precisó que, en la órbita del mantenimiento del orden público, tiene la autoridad de buscar la paz y de celebrar los acuerdos que considere convenientes para perseguir este objetivo³⁰. A la Rama Legislativa, por su lado, “le corresponde adoptar las leyes que desarrollen el acuerdo de paz que haya suscrito el jefe de Estado, pues a este último solamente se le confía una función legislativa excepcional para el control del orden público”³¹. De esa forma, el legislador tiene competencia privativa para formular las normas que persigan la superación del conflicto armado y el logro de la reconciliación y la paz, aun cuando surgen en escenarios de transición política, mientras que la rama judicial tiene “la competencia exclusiva de la adjudicación”³², lo que se traduce en la potestad de investigar, juzgar y sancionar las conductas que sucedieron en el conflicto armado bajo el marco legal excepcional que disponga el legislador. La claridad de esta configuración en función de la paz sirvió de hoja de ruta para el Gobierno en el futuro inmediato.

Después de esta rigurosa prueba constitucional, la Corte consideró que el plebiscito por la paz era un mecanismo adecuado para dotar de legitimidad popular el acuerdo antes de transitar el procedimiento legislativo; por lo tanto, se declaró la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1806 del 2016.

La habilitación constitucional abrió aún más las puertas a la disputa política. En otras palabras, el festín estaba servido. Los apetitos más voraces desgarraron el contenido del acuerdo hasta convertir algunos de sus elementos en piezas irreconocibles. El enfoque de género, transversal a todo acuerdo, que se fundamentaba en el reconocimiento de los impactos diferenciales del conflicto en la mujer y en

de separación de poderes”, *Vniversitas* 64, n.º 131 (2015): 231-276, <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n131/n131a07.pdf>.

30 Este también fue un punto importante de discusión, pues algunas posiciones dentro del ámbito jurídico sostenían que el plebiscito ponía a consideración popular una facultad constitucional del presidente. Esta posición, no obstante, fue desestimada por la Corte, por cuanto conceptuó que la materia del plebiscito no era la facultad del presidente, sino la política pública de paz que se había estado gestando en La Habana y que necesitaría un desarrollo normativo posterior.

31 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, n.º 36.

32 *Ibid.*, n.º 37.

la comunidad LGBT, se publicitó como un fuerte impulso hacia la transformación radical de los roles de género tradicionales bajo la conocida égida de la ideología de género³³. De igual forma, la Justicia Especial para la Paz (JEP), el componente diseñado para investigar, juzgar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos, se vendió como un tribunal que abrazaba la impunidad, sin ningún diente para roer los graves crímenes dentro del conflicto. En contraste, los defensores del acuerdo se habían aglutinado dentro del altar de la justicia y la paz, distanciándose de las indecisas masas y su potencial electoral.

El resultado de estas estrategias —y equivocaciones— electorales se evidenció el 2 de octubre del 2016, día en el que se celebró el plebiscito por la paz. Los resultados generaron una especie de incertidumbre colectiva. Mientras los promotores del no se regodeaban en una sorpresiva victoria sin presentar un plan claro de acción, los del sí, lastimados por el sorpresivo golpe de la derrota electoral, empezaron el difícil camino de ponerle la cara. Sin embargo, la senda que debía seguir el presidente ya había sido delineada por el fallo de la Corte. La Sentencia C-379 del 2016 contenía las posibilidades para sacar adelante el acuerdo de todas maneras, pese a la derrota del 2 de octubre.

La Corte había precisado la naturaleza del mandato del plebiscito, argumentando que no era un mecanismo de reforma constitucional ni legal, y en consecuencia su mandato era de índole estrictamente política y no normativa. Por esta naturaleza, el mandato solo vinculaba al presidente, quien, en el marco de sus funciones, debía cumplirlo. En palabras de la Corte:

[...] Este mecanismo refiere, a su vez, a la refrendación popular de una decisión que es de competencia exclusiva del presidente, quien tiene también la prerrogativa de convocarlo. Así mismo, en los términos de la norma constitucional mencionada, la decisión adoptada por el pueblo es vinculante exclusivamente para el gobernante. [...] la refrendación mediante plebiscito, entonces, legitima democráticamente la decisión de política pública del Gobierno, pero no incorpora por sí misma, de manera autónoma y automática, ninguna norma al ordenamiento constitucional o legal. La implementación es un proceso posterior, que aunque obligatorio para el presidente en caso de que el plebiscito sea aprobado, está sujeto a las reglas constitucionales sobre producción normativa y al reconocimiento de las autonomías e independencia de las ramas del poder.³⁴

33 Santos, *La batalla*, 532-533.

34 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, n.º 141.2, párr. 1 y 4.

De esta cita de la sentencia se desprenden dos consideraciones importantes que resultaron definitivas para la coyuntura. Primero, que el tema invocado para el uso del mecanismo debía ser de competencia exclusiva del presidente³⁵; y segundo, que el resultado del plebiscito solo lo obligaba a él.

Eso significaba que el único forzado a seguir los resultados de plebiscito era el presidente Santos y que, de igual manera, debido a sus competencias constitucionales como jefe de Gobierno, tenía la facultad de renegociar los puntos problemáticos del acuerdo tanto con las FARC como con los representantes del no. Este proceso de renegociación dio lugar a un nuevo acuerdo entre el Gobierno y las FARC, firmado el 24 de noviembre del 2016 en el Teatro Colón de Bogotá, en el cual se introdujeron las siguientes modificaciones:

- se definió con mayor precisión el contenido de la expresión *restricción efectiva de la libertad*, delimitando las formas como se debe cumplir la pena;
- se incluyó la obligación para todos los que se presenten a la JEP y estén acusados de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, de presentar información exhaustiva y detallada que sirva para la atribución de responsabilidades;
- la posibilidad de excluir a agentes del Estado en caso de que hubieran cometido delitos en el marco del conflicto armado con ánimo de enriquecimiento;
- se armonizó la noción de control efectivo dentro de la responsabilidad de mando con el artículo 28 del Estatuto de Roma³⁶;
- se integró al acuerdo la responsabilidad de los agentes del Estado cuando hubieran contribuido al diseño de políticas delictivas;
- se especificó que, en el momento de la dejación y entrega de armas, las FARC debían declarar sus bienes;
- se buscó aclarar en qué casos el narcotráfico es un delito conexo a la rebelión y, por ende, susceptible de amnistías³⁷;

35 De acuerdo con el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, “Corresponde al presidente de la República como jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa: Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado”. C. N., 1991, art. 189.

36 Este punto desató bastante controversia en distintos sectores de la opinión pública. Incluso, varios actores que apoyaban el acuerdo manifestaron la necesidad de armonizar el contenido de control efectivo en el marco de la responsabilidad de mando con el Estatuto de Roma. Estas presiones, encabezadas por la ONG Human Rights Watch, se materializaron en este cambio del Teatro Colón.

37 Este es un punto de importancia fundamental en el contexto político. Por un lado, una de las principales críticas al acuerdo de sectores políticos reacios a él era la posibilidad de que el narcotráfico se considerara un delito político, y las consecuencias que esto traería para la sociedad colombiana; por el otro, una parte importante del cuerpo de las FARC tenía distintas relaciones con el tráfico de es-

- se redujo la financiación del partido de las FARC;
- se hicieron modificaciones para asegurar a la opinión pública la exclusión del acuerdo de la llamada ideología de género³⁸; y
- se integró la categoría de víctima por motivos religiosos y se les dio un lugar a los grupos religiosos en la política general de prevención y atención de consumidores de drogas ilícitas.

Como vemos, el primer salvavidas de la Corte Constitucional, aunque no de manera consciente, había funcionado. El presidente de la República era el único obligado por el resultado del plebiscito por la paz que buscaba habilitar el acuerdo de La Habana. Además, en razón de sus funciones constitucionales como garante del orden público en el territorio nacional, tenía facultades para renegociar el acuerdo de paz, es decir, hacer otro, que esta vez se llamó acuerdo del Teatro Colón.

Quedaba el escollo de si debía realizarse otro plebiscito que refrendara el actual acuerdo. Sin embargo, el Gobierno no deseaba arriesgarse nuevamente y tomó la decisión de que el acuerdo del Teatro Colón fuera refrendado ya no por el Constituyente originario, sino por el derivado, es decir, el Congreso.

De todas maneras, era indispensable para el Gobierno que el acuerdo del Teatro Colón fuese refrendado ya que esa era la condición insoslayable impuesta por el Acto Legislativo 1 del 2016 para habilitar el *fast track* y las facultades extraordinarias que debían implementar lo acordado con las FARC.

LA SENTENCIA C-699 DEL 2016 Y LA ACTIVACIÓN DEL *FAST TRACK* COMO RESULTADO DE UNA COMPRENSIÓN EN SENTIDO AMPLIO DE LA REFRENDACIÓN POPULAR

El Acto Legislativo 1 del 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, contenía unos artículos de enorme trascendencia.

tupeficientes, por lo que, para que la negociación avanzara, fue un punto fundamental que entrara dentro del grupo de delitos conexos. La solución, en los cambios integrados, fue aclarar que cuando el móvil es el enriquecimiento personal no es posible considerar el narcotráfico un delito conexo.

38 Uno de los puntos de mayor susceptibilidad en la sociedad colombiana fue la llamada ideología de género. Esta última es una expresión utilizada por grupos cristianos para referirse a iniciativas que atentan contra los principios rectores del credo cristiano y la condición antropológica que se deriva de estos. Cabe aclarar que una parte importante de la votación del no estaba asociada a la idea de que el enfoque de género del acuerdo atentaba contra los principios religiosos.

Además de diseñar un procedimiento legislativo especial y abreviado, conocido popularmente como *fast track*, y de dotar de facultades extraordinarias al presidente con el objetivo de facilitar el tránsito del contenido del acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 5 condicionaba su vigencia a la refrendación popular del acuerdo: “El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

En otras palabras, la activación de los mecanismos de implementación dependía de que el acuerdo fuera refrendado popularmente. Intuitivamente, el mecanismo de refrendación popular y, por ende, de activación era una vez más un plebiscito. Así, los resultados electorales del 2 de octubre del 2016, además del evidente problema político para el Gobierno de Santos —quien se había jugado todo su capital en la contienda electoral³⁹—, presentaban un serio problema jurídico. Un aparente *impasse* para la implementación normativa.

Los días siguientes al 2 de octubre estuvieron marcados por una evidente incertidumbre. Como mecanismo de presión para que el Gobierno y las FARC no se levantaran de la mesa de negociación, así como para evitar que el presidente renunciara⁴⁰, los movimientos sociales convocaron a la movilización ciudadana por medio de la campaña Paz a la Calle⁴¹. La carrera séptima de Bogotá, al igual que las vías de muchas ciudades principales, se inundó de manifestantes. Este fue también un reencuentro entre los que apoyaban el acuerdo, una forma de mostrar que, si bien en las urnas había ganado el no, en las calles todavía retumbaba con fuerza el clamor por la paz. Uno que se esperaba llegara a los oídos del presidente Santos. Al mismo tiempo, era una estrategia para afrontar el problema político, para nivelar el golpe electoral que había sufrido el Gobierno y revitalizado a sus opositores, en especial al uribismo.

39 Yann Basset examina la victoria del no en el plebiscito por la paz desde la cartografía analítica. Su conclusión es que la campaña del sí no pudo seducir a un sector de la población urbana que a pesar de sufrir los efectos colaterales del conflicto no parecía estar incluido en la política de paz. Este además se sintió más identificado con algunas posturas del uribismo, así como de un sector de la política que presentaba reparos al acuerdo, pero sus decisiones eran independientes del uribismo, como “Mejor no”, dirigida por Jaime Castro. Véase Yann Basset, “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”, *Estudios Políticos*, n.º 52 (2018): 241-265, <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>.

40 Duzán y De la Calle narran este episodio. Ambos coinciden en que la primera reacción del presidente Santos cuando supo los resultados del plebiscito fue querer renunciar. Sin embargo, sus allegados le dijeron que, sin él, el proceso de paz estaba perdido y era algo que valía la pena salvar. También cuentan que la manifestación a favor de la paz que entró a la Casa de Nariño el 2 de octubre en la noche le dio fuerzas para continuar en su empeño. María Jimena Duzán, *Santos: Paradojas del poder y la paz* (Bogotá: Penguin y Random House, 2018) y De la Calle, *Revelaciones al final*.

41 Fue una plataforma en donde distintas organizaciones se aglutinaron para la defensa del acuerdo de paz y desde la cual lanzaron una campaña de movilizaciones en apoyo al proceso de paz.

Sin embargo, el problema jurídico persistía. ¿Cómo refrendar el nuevo acuerdo sin acudir otra vez a un mecanismo de participación ciudadana? La solución, paradójicamente, vendría de una acción pública de inconstitucionalidad presentada por el exconstituyente Jesús Pérez González-Rubio⁴² contra los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 1 del 2016 que, consideraba el accionante, no se circunscribían a la competencia que tenía el Congreso para reformar la Constitución y, por ende, eran una clara sustitución de la Constitución. Esta demanda fue examinada por la Corte en la Sentencia C-699 del 13 de diciembre del 2016.

Como relata De la Calle, los opositores al acuerdo estaban tan convencidos de su derrota en el plebiscito que presentaron ante la Corte demandas de inconstitucionalidad contra el mecanismo de tránsito normativo del acuerdo, con la esperanza de que el tribunal constitucional truncara este proceso⁴³. Sin embargo, con los resultados del plebiscito del 2 de octubre sobre la mesa, la demanda de inconstitucionalidad abrió la puerta a que la Corte se pronunciara sobre cuál debía ser la interpretación del concepto de refrendación popular.

Si bien la demanda inicial no planteaba cargos sobre el artículo 5 del Acto Legislativo 1 del 2016, el exministro de Justicia Yesid Reyes y el excongresista Alirio Uribe le pidieron a la Corte que se pronunciara sobre este, por cuanto para ellos dicho artículo compartía una misma identidad teleológica⁴⁴ con los artículos 1 y 2, que sí fueron demandados. Aunque la Corte consideró necesario clarificar parte del contenido normativo, particularmente lo relacionado con la refrendación, desestimó la integración del artículo 5 al juicio y no desplegó sobre este un examen de constitucionalidad, aunque sí profundizó en su significado. La Corte examinó el cuerpo de la Constitución y el marco legal vigente buscando la expresión *refrendación popular*, y evidenció que el constituyente no la utiliza y que el legislador no provee ninguna definición operativa en las leyes que regulan los mecanismos de participación ciudadana (leyes 134 de 1994 y 1757 del 2015). Este mismo problema se encontraba en la jurisprudencia de la Corte. En varias

42 Figura política de origen conservador.

43 En palabras de De la Calle, “Los opositores al acuerdo, pensando en el triunfo del sí, que todos daban por descontado, demandaron el acto legislativo [refiriéndose al Acto Legislativo 1 del 2016], en especial el artículo 5, que condicionaba la vigencia de la norma íntegra en la refrendación popular”. De la Calle, *Revelaciones al final*, 290.

44 La Corte excepcionalmente ha integrado preceptos normativos que no han sido demandados originalmente en las siguientes situaciones: (1) cuando la disposición normativa demandada no tiene un contenido deóntico, claro o unívoco y para entenderla es necesario adicionar otro precepto normativo; (2) cuando la disposición normativa demandada se reproduce en otras normas del ordenamiento; y (3) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra.

sentencias se había utilizado la expresión *refrendación popular*⁴⁵, pero no había ninguna definición operativa. De esta forma, la Corte entendió que

[...] *el término refrendación popular es deliberadamente genérico y comprehensivo, capaz de abarcar distintos métodos de ratificación, sin que estuvieran presentes características necesarias y suficientes que agotaran su significado.* Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que cuando una norma o reforma constitucional contemplan una institución jurídica, pero no la desarrollan expresamente, *hay “un amplio margen de configuración”* para las autoridades llamadas a aplicarlas o configurarlas.⁴⁶ [Énfasis en negrillas en el original]

Esta aclaración fue trascendental, ya que llevó a concluir que la expresión *refrendación popular* debía llenarse de contenido, teniendo en cuenta la particularidad esencial de que estaba ligada, como condición de activación, a los mecanismos de garantía e implementación del acuerdo de paz del Teatro Colón. En este esfuerzo, la Corte presentó los siguientes elementos que constituían la arquitectura conceptual de la expresión:

- Es un proceso, es decir que la refrendación popular se debe entender como una serie de actos y no como un acto único y definitivo en donde se agote por completo su sentido. Además, la noción de proceso aglutina la participación de distintas autoridades que confluyen en el universo de actos que lo constituyen.
- El proceso debe tener participación directa por parte de la ciudadanía, que se puede expresar en los diferentes canales y fórmulas que otorga la Constitución de acuerdo con sus particularidades, pero se señala que estos no son mutuamente excluyentes, lo que implica el despliegue de mecanismos de participación ciudadana y la concurrencia con la intervención de órganos representativos. La intervención ciudadana, además, puede ponerle fin al proceso o ser previa dentro de la cadena de actos que lo constituyen. La consecuencia de la participación ciudadana, no obstante, depende del canal por el que se expresó. Así, si el mecanismo de participación es el plebiscito, su resultado solo sería vinculante para el presidente de la República.

45 Aparece en las siguientes providencias: C. Const., Sent. C-784/2014, oct. 21/2014; y C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016. Sin embargo, era un uso que no demostraba mayor profundidad que delimitara conceptualmente el término.

46 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, n.º 18.

- Los resultados de la intervención ciudadana deben ser interpretados de buena fe en la búsqueda de mayores consensos. La Corte entiende que en los procesos de refrendación popular la intervención ciudadana puede ser previa o final. Cuando es previa, su resultado debe ser interpretado de buena fe, especialmente por parte de los órganos a los que vincula la decisión. Esto significa que se debe respetar el contenido del mandato ciudadano, en particular cuando es negativo, y partir de este se debe avanzar en la búsqueda de consensos.
- El proceso de refrendación puede terminar por la decisión de una autoridad deliberativa con legitimidad democrática. La Corte entiende que un proceso de refrendación encuentra su fin en la expresión libre y deliberativa del órgano que, por excelencia, representa a la ciudadanía, el Congreso. Esta condición se asienta en la idea de que al paradigma representativo característico del Congreso le asiste la autoridad para expresar la voluntad ciudadana.
- Se debe ejercer control constitucional de carácter automático, posterior e integral sobre los actos que integran la refrendación. Este será un espacio en donde la ciudadanía de nuevo se pueda manifestar sobre lo refrendado en el tribunal constitucional.

Dos puntos de este concepto fueron objeto de importantes críticas. La primera, de carácter general, era la amplitud del término *refrendación popular*, especialmente porque se presentaba más amplio que la celebración del plebiscito por la paz y permitía que el Ejecutivo tuviera un margen de maniobra más cómodo para interpretar los resultados de estos comicios electorales. La segunda, de carácter específico, se refería a la capacidad del Congreso de la República para concluir el proceso de refrendación popular del acuerdo, por cuanto esta función no se le había confiado taxativamente en la Constitución⁴⁷. Estos dos argumentos, no obstante, se soslayaron teniendo en cuenta, por un lado, la naturaleza política del mandato que emana del resultado del plebiscito y, por el otro, la cláusula general de competencia del Congreso, generosamente detallada en la jurisprudencia constitucional⁴⁸, lo que permitió que la refrendación del acuerdo del Teatro Colon culminara en el Órgano Legislativo.

47 Los que sostenían esta posición argumentaban que si el Congreso cumplía la tarea de culminar la refrendación, los legisladores, hipotéticamente, incurrían en el delito de prevaricato, por cuanto excedían la órbita de sus funciones.

48 Para profundizar sobre la cláusula general de competencia véanse las sentencias SU-047 de 1999, SU-062 del 2001 y C-1174 del 2004. También puede consultarse el resumen de la discusión que presenta el abogado constitucionalista Rodrigo Uprimny en DeJusticia, “Rodrigo Uprimny apoya

Otro elemento destacable de la providencia fue que los resultados de la intervención ciudadana debían ser interpretados de buena fe. Para la Corte, la participación de la ciudadanía era uno de los actos fundamentales que constituían el proceso de refrendación ciudadana. Dependiendo del mecanismo que se utilizara, su resultado era o no vinculante para las diferentes ramas del poder público. Sin embargo, si la intervención ciudadana era previa y no era el acto que terminaba el proceso de refrendación, el resultado, así fuese negativo, debía ser interpretado de buena fe por los distintos órganos, sin que esto significase que el proceso de refrendación se extinguía. Por el contrario, el resultado exigía que se interpretara de buena fe y que se pusieran en marcha mecanismos para la búsqueda de mayores consensos.

Cuando el mecanismo de refrendación solo es vinculante para el presidente, como es el caso del plebiscito, y la materia que se refrenda es una vía para la terminación del conflicto, se presenta una evidente colisión entre la obligación en cabeza del presidente de asegurar la paz y la manifestación libre de la ciudadanía, propia de un paradigma de democracia participativa. Para la Corte, esta tensión se concilia de la siguiente forma:

El orden jurídico fija un marco de alternativas para cumplir el mandato constitucional de lograr la paz, luego de que la concreción de una determinada política —expresada, por ejemplo, en el acuerdo final para la terminación del conflicto— no ha sido aceptada por el pueblo en un plebiscito. Una de ellas es introducirle cambios al acuerdo final con el objetivo de atender las preocupaciones, expectativas y desacuerdos subyacentes al pronunciamiento popular. En tal caso, el plebiscito se usa precisamente como un mecanismo para “*conocer la opinión de las personas respecto de una determinada actuación del Ejecutivo*” (C-150 del 2015), y obrar de forma coherente con ella (C. P. art. 104). No es necesario, sin embargo, que las modificaciones introducidas al acuerdo sean sometidas a un nuevo mecanismo de participación ciudadana directa, para que ese proceso equivalga a una refrendación popular. Si son fruto de un proceso en el cual se respeten, interpreten y desarrollen de buena fe los resultados de la consulta previa a la ciudadanía, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, puede decirse razonablemente que las modificaciones son un *efecto* de la participación ciudadana (C. P. arts. 1, 2, 22, 40, 83 y 103).⁴⁹ [Énfasis añadido]

fast track y refrendación a través del Congreso: Aquí su ponencia en audiencia pública”. DeJusticia, 12 de diciembre del 2016, <https://www.dejusticia.org/rodrigo-uprimny-apoya-fast-track-y-refrendacion-a-traves-del-congreso-aqui-su-ponencia-en-audencia-publica/>.

49 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, n.º 20.2, párr. 4.

De esta manera, nos encontramos frente al segundo salvavidas: esta jurisprudencia le daba una carta de navegación definitiva al Gobierno para afrontar la turbia marea. El presidente asumió entonces la derrota del plebiscito y llamó a las diversas campañas del no a un ciclo de reuniones en la Casa de Nariño. Este duró tres semanas, en las cuales se admitieron y sistematizaron varios de los reparos de los opositores⁵⁰. En este proceso de recepción se cambiaron apartes de las disposiciones del acuerdo⁵¹, aunque para algunas voces de la oposición estos cambios eran meramente cosméticos⁵² y no evidenciaban los reparos más profundos. El Gobierno adelantó de todas maneras la tarea que específicamente había propuesto la Corte, y presentó así el proceso de renegociación con sectores del no como un espacio de deliberación, con participación de la ciudadanía y respetuoso de su mandato. De esta forma, presentó un acuerdo diferente del que se sometió al plebiscito, conocido como el acuerdo del Teatro Colón, ya mencionado, que fue sometido a consideración de un órgano con legitimidad democrática: el Congreso.

En este punto, el concepto de la división de poderes ayudó una vez más al propósito del Gobierno para sacar adelante el proceso de paz. Desde la Sentencia C-379 del 2016, la Corte había marcado los límites de la competencia de cada una de las ramas del poder público frente a una situación *sui generis* en la historia jurídica del país, como lo era el tránsito al ordenamiento jurídico colombiano de un acuerdo de paz amplio y comprensivo. En este trámite, el Poder Legislativo siempre conservó su competencia, que incluía la facultad de implementar el acuerdo mediante el *fast track* y las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República. Lo que agregó la Sentencia C-699 del 2016 fue comprender para el caso presente la refrendación popular en un sentido amplio, con lo cual consolidó un proceso de interacción entre el constituyente primario y los diferentes poderes constituidos en una matriz de competencias. El resultado electoral del plebiscito, expresión de un mandato del constituyente primario, había dicho no al acuerdo de paz de La Habana. Sin embargo, dicha expresión —como ya lo hemos mencionado— únicamente era vinculante para el presidente y no afectaba sus competencias constitucionales ni las de las otras ramas del poder público; tampoco, según la Corte Constitucional, era un *impasse* absoluto para toda la refrendación. Al contrario, era una oportunidad para que el presidente reevaluara los aspectos problemáticos del acuerdo, actuando de buena fe,

50 IFIT, *Los debates*, 23.

51 Véanse las modificaciones en las pp. 35 y 36.

52 IFIT, *Los debates*, 23.

para que luego un órgano con legitimidad democrática bajo el paradigma de la representación política pudiera examinar si los cambios reflejaban esto y dar por terminado el proceso de refrendación aceptándolo o rechazándolo. En esta matriz de competencias se conciliaban dentro del proceso de refrendación popular dos paradigmas presentes en la Constitución: la participación ciudadana y la representación política. En palabras de la Corte:

[...] en este proceso de refrendación por consulta previa del pueblo los actos subsiguientes a la intervención ciudadana directa están bajo la responsabilidad de autoridades estatales, como el presidente de la República, y que solo pueda concluir en virtud de una decisión libre y deliberativa de un órgano revestido de legitimidad democrática, como el Congreso de la República, refuerza la protección de la democracia pues el mandato popular subyacente a su elección es también relevante en la aceptabilidad constitucional de la política de paz sometida a consulta ciudadana y desarrollada de buena fe.⁵³

Mediante esta poderosa —y para algunos sectores forzada— conciliación realizada por la Corte, que se sostenía en la idea de un concepto amplio de refrendación popular fue que se permitió que el acuerdo del Teatro Colón llegara al Congreso para ser refrendado. El presidente lo presentó y fue votado en ambas cámaras del Legislativo. Mientras que el plebiscito por la paz se había perdido con el voto popular por algo más de cincuenta mil votos, en el Congreso la victoria fue total. En la Cámara de Representantes, donde culminó la refrendación, la votación fue de ciento treinta votos a favor y cero en contra. Los resultados parlamentarios hicieron ver el asunto del plebiscito como una odisea engorrosa y jurídicamente innecesaria, como ya habían advertido distintos actores, entre ellos el fiscal general del momento y Pastor Alape. Los aplausos de los congresistas hacían eco aún del poder de la bancada presidencial en el Congreso y contrastaban paradójicamente con su baja popularidad al final de su segundo mandato. Sin embargo, el objetivo por fin se había cumplido. Los pasos de la refrendación popular, delimitados y explicados por la Corte, eran verificables y por ende los artículos del Acto Legislativo 1 del 2016 tenían vigencia. El Congreso, en consecuencia, estaba habilitado para tramitar el contenido normativo del acuerdo que presentaría el Gobierno mediante el procedimiento legislativo abreviado o *fast track*; el presidente, por su lado, estaba habilitado por las facultades extraordinarias para asegurar la implementación del acuerdo. La Corte, en este esquema,

53 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, n.º 18.

debía verificar que cada uno de los proyectos de ley, decretos con fuerza material de ley y enmiendas a la Constitución que se tramitaran en virtud de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 1 del 2016 cumplieran con los requisitos de forma y de trámite, y que sus contenidos materiales desarrollaran o estuvieran dirigidos al cumplimiento del acuerdo.

La Corte Constitucional y el Congreso de la República habían hecho eco de las necesidades del Gobierno y habían salvado todo el proceso de negociación con las FARC, el cual se había concretado, después de la derrota del plebiscito del 2 de octubre del 2016, en el acuerdo de paz del Teatro Colón, que a su vez fue refrendado por el Congreso. Después la misma Corte verificó los puntos de la refrendación democrática realizada por el Congreso en la Sentencia C-160 del 2017^[54], que analizaré a continuación.

LA SENTENCIA C-160 DEL 2017 Y EL RECONOCIMIENTO DE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA REFRENDACIÓN POR PARTE DEL CONGRESO DEL ACUERDO DE PAZ DEL TEATRO COLÓN

En esta providencia, las modificaciones que se introdujeron al acuerdo en el marco del breve proceso de renegociación y ajuste cumplieron, según la Corte, un papel importante para probar que el Gobierno había interpretado los resultados del plebiscito del 2 de octubre de buena fe y que, gracias a la amplitud del concepto de refrendación popular que utilizó la Corte Constitucional, estos cambios resultaron suficientes para activar el *fast track* en su versión original.

En consecuencia, el Congreso de la República podía tramitar los proyectos de ley o actos legislativos presentados por el Gobierno que desarrollaran normativamente el acuerdo por medio de un procedimiento legislativo abreviado que consistía, en el caso de los actos legislativos, en la reducción a la mitad de los debates necesarios para su aprobación⁵⁵ —que pasaban de ocho a cuatro—, y en el de la legislación, a tres debates, el primero en la comisión conjunta de ambas cámaras —Senado y Cámara de Representantes—, y dos más en pleno de cada una

54 Esta providencia suscita un debate interesante al menos en dos puntos: por un lado, el acervo probatorio que le permite a la Corte afirmar que el proceso de refrendación se cumple resulta, como mínimo, llamativo tomando en cuenta fuentes tan diversas, que van desde manifestaciones públicas hasta los cambios mismos en el acuerdo. Por otro lado, también resulta especial de esta providencia el cumplimiento del punto 3, que establece que para cumplir la refrendación es necesario que los resultados de este proceso sean interpretados y desarrollados de buena fe. Un punto que es por lo menos discutible.

55 Es decir, para leyes dos debates: uno en comisión en una cámara y otro en pleno, en la otra; y para actos legislativos, cuatro debates: dos en comisión y dos en pleno de cada cámara.

de estas. El procedimiento abreviado era de iniciativa exclusiva del Gobierno, impedía a los legisladores presentar enmiendas a los proyectos radicados, salvo previa autorización del Gobierno, e imponía la obligación de votarlos en bloque. Este trámite especial estaba diseñado para una duración de seis meses contados a partir de su entrada en vigencia y podía prorrogarse una sola vez por el mismo periodo. Asimismo, la Corte Constitucional debía revisar automáticamente todas las leyes y actos legislativos que aprobara el Congreso en virtud del *fast track*.

Así, una vez que el Gobierno dio por sentado que el Acto Legislativo 1 del 2016 estaba vigente, desplegó su estrategia de implementación del acuerdo. En el Congreso se radicarón varias reformas constitucionales que cimentaban los pilares de este dentro de la Constitución e integraban las instituciones transicionales y algunos aspectos trascendentales⁵⁶. También se radicó un paquete de medidas legales, entre las cuales se destacaron el proyecto del Estatuto de la Oposición y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Por otro lado, el Gobierno expidió una serie de decretos con fuerza material de ley en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante el Acto Legislativo 1 del 2016. El primero de este grupo de decretos en someterse a un examen por parte de la Corte Constitucional fue el 2204 del 2016, que modificaba la adscripción de la Agencia para la Renovación del Territorio del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. El análisis del Decreto 2204 del 2016 tenía un componente adicional, de medular importancia para la implementación del acuerdo, por cuanto la Corte, además de examinar el contenido material de la medida, debía revisar si el Gobierno efectivamente había cumplido con los componentes de la refrendación popular, detallados en la Sentencia C-699 del 2016. Así lo expresa la Corte:

Se trata de establecer, en consecuencia, si respecto del acuerdo final suscrito el 24 de noviembre del 2016 cabe predicar la *refrendación popular* que exige el artículo 5 del Acto Legislativo 1 del 2016 como requisito para su entrada en vigencia. Ha de realizarse tal examen dentro del marco conceptual de la expresión *refrendación popular*

56 Específicamente se presentaron seis proyectos de acto legislativo, de los cuales se aprobaron cinco: el Acto Legislativo 1 del 2017 que integraba la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD); el Acto Legislativo 2 del 2017, que blindaba el acto legislativo para la paz; el Acto Legislativo 3 del 2017, que regulaba la participación política de las FARC; el Acto Legislativo 4 del 2017, que reformaba el sistema de regalías para la financiación de la política de paz; y el Acto Legislativo 5 del 2017, que aseguraba el monopolio legítimo de las armas por parte del Estado.

contenida en el artículo 5 del Acto Legislativo 1 del 2016, partiendo del alcance normativo otorgado a este concepto en la Sentencia C-699 del 2016.⁵⁷

En consecuencia, el pronunciamiento de la Corte era fundamental para el Gobierno. De este dependía que la estrategia de implementación —con el aliciente de que para la fecha de la sentencia ya sea había iniciado— fuera ajustada a lo dicho previamente por la Corte. La Sentencia C-160 del 9 de marzo del 2017 tenía, entonces, la función de convalidar la refrendación popular realizada por el Congreso y asegurar la vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016.

La estructura argumentativa de dicha providencia empezaba por reconstruir los elementos identificados por la Corte en la Sentencia C-699 del 2016 como partes esenciales de la refrendación popular en un sentido amplio. Después, la Corte realizó una breve narración de la historia y el desarrollo de los acuerdos de paz, destacando dos eventos de especial importancia: (1) que una vez se supieron los resultados del plebiscito que daban por ganador al no, el Gobierno convocó a los líderes de ese sector para recolectar sus objeciones y propuestas de cambio sobre el acuerdo en un *gran diálogo nacional*; y (2) que efectivamente se recogió parte importante de los cambios presentados por los líderes del no para consolidar un “nuevo acuerdo”⁵⁸ que fue presentado al Congreso.

También se resalta la variedad de elementos probatorios que utiliza la Corte para soportar cada una de estas afirmaciones. En el punto de participación ciudadana realizado después del plebiscito por la paz, la Corte incluye desde las declaraciones del presidente Santos inmediatamente después de que la Registraduría Nacional estableció que el ganador del plebiscito era el no —en donde aceptaba los resultados electorales y llamaba al diálogo a líderes de la campaña ganadora de la contienda electoral—, hasta los siete cuadernos de pruebas que adjuntó el Ministerio del Interior al proceso, en donde se incluyeron pruebas de todas las reuniones celebradas entre funcionarios del Gobierno y los líderes de las distintas campañas del no, tanto a nivel nacional como municipal.

En el punto de la consolidación de un nuevo acuerdo, la Corte, a su vez, realizó en un primer momento un examen riguroso del texto del acuerdo de La Habana en comparación con el del Teatro Colón. En este revisó de forma particular cada uno de los puntos que contenía el acuerdo original, a saber: (1) la reforma rural integral, (2) la participación política, (3) el fin del conflicto, (4) las drogas ilícitas, (5) las víctimas y (6) el fin del conflicto o la verificación e implementación.

57 C. Const., Sent. C-160/2017, mar. 9/2017.

58 *Ibid.*, n.º 16.

La Corte también estudió dos temas transversales al cuerpo del acuerdo: el enfoque de género y la ubicación del acuerdo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico en relación con el bloque de constitucionalidad⁵⁹.

En el segundo momento, la Corte examinó los actos políticos a cargo del Congreso que determinaron la refrendación popular. Aquí concluyó que ambas cámaras del Órgano Legislativo revisaron con cuidado los componentes de la refrendación popular en armonía con la Sentencia C-699 del 2016 y de esta manera dieron por terminado el proceso. Incluso, este examen se extendió a la exposición de motivos de la ley de amnistías e indultos que, en el momento de la redacción de la sentencia, estaba en trámite en el Congreso por medio del *fast track*. Con base en este amplio acervo probatorio, la Corte concluyó que el proceso de refrendación popular en los términos propuestos por la sentencia C-699 del 2016 se había cumplido en el Congreso y, por ende, sí entraba en vigor el Acto Legislativo 1 del 2016.

Finalizada esta exposición, que ocupa casi la mitad del cuerpo de la providencia, la Corte se refirió al control material del Decreto 2204 del 2016. Las facultades extraordinarias que otorgaba al presidente el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016 y que, por lo tanto, también se habían habilitado al aceptar la refrendación del acuerdo del Teatro Colón por el Congreso, se sustentaban en que la implementación del acuerdo de paz era una oportunidad única y valiosa para fortalecer el Estado de derecho en nuestro país. Sin embargo, admitida la importancia de alcanzar la paz, la Corte entendió que dicho objetivo no se podía utilizar como fundamento para diluir el esquema de competencias establecido por la Constitución para tales mecanismos. De esta forma, las facultades extraordinarias para la paz no podían exceder el objetivo que las instituía. En palabras de la Corte:

Los decretos extraordinarios de que trata el Acto Legislativo 1 del 2016 no son una atribución genérica o abierta al Gobierno para la producción legislativa. En contrario, es una competencia excepcional, que se explica en la necesidad de expedir una medida para implementar un acuerdo de paz adoptado en el marco propio de la justicia transicional. Además, es una competencia gubernamental que no está precedida de debate democrático alguno para su ejercicio, ni menos de la representatividad

59 Específicamente porque una de las preocupaciones de los opositores era el valor del acuerdo dentro del ordenamiento jurídico. Muchos críticos consideraban que, en el fondo, catalogarlo como un acuerdo especial, en relación con el artículo 2 común de los convenios de Ginebra, que en virtud del artículo 93 de la Constitución lo constituía como parte del sistema de fuentes de forma automática, atentaba contra el orden constitucional vigente.

de la oposición o de otras formas de minorías políticas. De allí que resulte reforzada la pertinencia de un control de constitucionalidad que verifique el cumplimiento de los límites materiales a tal forma excepcional de habilitación legislativa.

Es decir, las medidas que adoptara el presidente de forma material debían contribuir exclusivamente a la implementación del acuerdo de paz, lo cual debía garantizar la Corte. Este mandato equivalía a un test sobre cada uno de los decretos que expidiese el presidente. Dichos decretos, por lo tanto, debían estar destinados a satisfacer los siguientes requisitos materiales: la necesidad estricta y la conexidad objetiva, rigurosa y suficiente del decreto por expedir con el acuerdo. La estructura de este juicio se desarrolló *in extenso* en la providencia. Lo que resulta relevante es que se mantuvo el esquema de la matriz de competencias en el marco de transición, tratado también en las sentencias C-379 del 2016 y C-699 del 2016.

Como vemos, las tres sentencias estudiadas nos dan un marco jurídico sólido para acoger y dotar de legitimidad el acuerdo de paz del Teatro Colón, concretado tras la derrota del plebiscito del 2 de octubre del 2016. Todo parecía perfilarse jurídicamente de la mejor manera, a pesar de que el país seguía profundamente dividido en torno al tema de la paz. Fue así como con esta versión del *fast track* se aprobó la ley de amnistía, lo mismo que el Acto Legislativo 1 del 2017, mediante el cual se creaba la JEP.

Sin embargo, faltaba un tropiezo que traería grandes consecuencias para el desarrollo del *fast track* concebido originalmente. En agosto del 2016, el entonces senador de la República Iván Duque presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 1 del 2016, que regulaba el procedimiento abreviado, argumentando que la puesta en marcha de dicho mecanismo limitaba la capacidad del Congreso para afrontar proyectos de vital importancia para el país, lo que afectaba decididamente la autonomía del Poder Legislativo y, con esto, un eje axial de la Constitución: la separación de poderes y el principio de rigidez constitucional.

La Corte Constitucional, en una apretada decisión que enfrentó a sus magistrados⁶⁰ y utilizando una estrategia argumentativa conocida como juicio de

60 La ponencia la tenía el magistrado Antonio José Lizarazo, quien después de una ardua discusión en sala plena no logró que su posición fuera acogida por sus colegas. Fue derrotada por cinco votos en contra, de los magistrados Luis Guillermo Guerrero, Gloria Ortiz, José Antonio Cepeda, Iván Escruera y, sorpresivamente —por cuanto fue recomendado por Juan Carlos Henao al presidente de la República, quien lo ternó—, el recién posesionado Carlos Bernal. Acompañaron con su voto a Lizarazo los magistrados Alberto Rojas y Alejandro Linares.

sustitución de la Constitución⁶¹ —que evalúa si en un evento específico se ha producido una reforma o sustitución a la Carta Política— resolvió que en escenarios de justicia transicional, a pesar de que es admisible cierta flexibilidad en los estándares de reforma constitucional, no es posible sustituir las funciones mínimas de las ramas del poder público. Esto, en el caso del Congreso de la República, significaba que una reforma constitucional no podía pasar por alto el carácter participativo y deliberativo tanto de la cláusula general de competencia legislativa como de su facultad para reformar la Constitución, sopeso de incurrir en la sustitución de la Carta. Según la Corte (2017):

[...] el carácter preferente y originario de la competencia del Congreso para la producción normativa es su condición de instancia que garantiza la participación. Esta circunstancia lleva necesariamente a considerar que la función legislativa que protege la Constitución no se agota en la simple actividad de aprobación o negación de las iniciativas, sino que, por el contrario, la debida expresión y conformación de la voluntad democrática de las cámaras depende de la comprobación tanto de la deliberación como de la facultad de aprobar o negar las iniciativas que se someten a su consideración.⁶²

Por esta razón, la Corte declaró la inexequibilidad de los literales *b* y *j* del artículo 1 del Acto Legislativo 1 del 2016, lo que habilitó a los legisladores a enmendar los proyectos de ley que presentara el Gobierno y levantaba la prohibición de votar en bloque, lo que permitía el voto y estudio particular de cada legislador. Esta decisión, contenida en la Sentencia C-332 del 17 de mayo del 2017^[63], fue catalogada por un sector del país como un duro golpe para el

61 La Corte Constitucional colombiana ha consolidado una línea jurisprudencial sobre el juicio de sustitución de la Constitución que no debe confundirse con otro tipo de procedimientos —como el juicio de vulneración material a la Constitución—, cuyo principal argumento es que si bien al constituyente derivado, es decir, al Congreso, se le confió la función y la posibilidad de reformar la Constitución, esta función, por su naturaleza limitada, no cobija reformas que puedan sustituir los pilares fundamentales o ejes axiales del Estatuto Superior, por cuanto estaría desbordando su competencia. En consecuencia, el juicio de sustitución únicamente es aplicable para reformas constitucionales —actos legislativos— y consiste en tres pasos: (1) identificar el pilar axial de la Constitución, o premisa mayor; (2) identificar el contenido de la reforma, o premisa menor; y (3) realizar una subsunción entre la premisa mayor y la menor, para identificar si efectivamente la segunda puede reemplazar o sustituir a la primera. Ahora bien, el juicio de sustitución no ha pasado inadvertido para la academia legal; por el contrario, es objeto de múltiples críticas y reflexiones. Al respecto, véase Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (2013): 339-357, <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>.

62 C. Const., Sent. C-160/2017, mar. 9/2017, n.º 8.1, párr. 8.

63 C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

proceso de paz, pues aunque no tenía efectos retroactivos sobre los proyectos y actos legislativos ya aprobados⁶⁴, impactaba considerablemente todo el paquete legislativo que faltaba por tramitar.

RESULTADOS DEL *FAST TRACK*: ¿FUERON SUFICIENTES?

El efecto de la decisión de la Corte Constitucional en el Congreso fue trascendental y estuvo acompañado de una paulatina desintegración de la unidad política que acompañaba al presidente Santos⁶⁵ en la implementación del acuerdo⁶⁶. Tanto así, que en los doce meses que duró el *fast track* el Congreso solo aprobó once normas (cinco actos legislativos y seis leyes), de los treinta proyectos que estaban previstos para desarrollar normativamente los seis puntos del acuerdo de paz. En consecuencia, se archivaron ocho proyectos de ley y se postergó el trámite de un paquete de ocho proyectos que no se presentaron durante la vigencia del *fast track*⁶⁷.

En los cuadros 1.1 y 1.2, de elaboración propia, presentó el resultado de las normas aprobadas mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, o *fast track*. Es importante aclarar que estas representan la fotografía del momento, es decir, son el resultado de las normas aprobadas por el mecanismo del *fast track* a finales del 2017. Ha habido cambios desde entonces, como la reciente aprobación de las circunscripciones transitorias especiales de paz. Aunque este cuadro debería actualizarse, he considerado pertinente mostrar los resultados tal cual se obtuvieron en ese momento.

64 Tomando en consideración que una de las normas fundantes del procedimiento legislativo indica que el trámite que sigue un proyecto de ley o de acto legislativo es aquel vigente a la fecha del radicado.

65 Durante aquel periodo la coalición entre el Partido de la Unidad Nacional, Cambio Radical, el Partido Liberal y una fracción del Partido Conservador empezó a fracturarse. Las consecuencias se evidenciaron en la dificultad para aprobar muchos de los proyectos cruciales para el acuerdo, y la diferencia de votos entre los proyectos presentados.

66 Por otro lado, por vía de facultades presidenciales se expedieron treinta y cinco decretos ley y cuarenta y cinco decretos reglamentarios dirigidos a la implementación del acuerdo y al desarrollo de puntos cruciales en la puesta en marcha de la desmovilización, el desarme y la incorporación a la sociedad civil de los combatientes.

67 Para el punto 1, no se presentó el proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Agraria, ni el proyecto de ley ordinaria para reformar la Ley 160 de 1994; para el punto 2, no se presentó la ley estatutaria para las garantías de las organizaciones y movimientos sociales, para el ejercicio de la protesta social, ni la ley ordinaria de acceso a los medios de comunicación; para el punto 3, no se presentó el proyecto de ley ordinaria para tipificar los tipos penales relacionados con promoción del paramilitarismo; para el punto 5, no se presentó la ley ordinaria para la reforma a la Ley 1448 del 2011, ni tampoco la ley ordinaria que reglamenta la JEP, y para el punto 6 no se presentó la ley del Plan Nacional de Desarrollo para la incorporación de ajustes a dicho plan.

Cuadro 1.1. Normas aprobadas

Puntos del acuerdo de paz	Actos legislativos	Leyes	Revisión constitucional
1. Política de desarrollo agrario integral		Ley 1876/2017: “Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria y se dictan otras disposiciones”.	Sent. C-094/2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.
2. Participación política	Acto Legislativo 3/2017: Reincorporación política de las FARC.	Ley Estatutaria 3/2017: Estatuto de la Oposición.	Sent. C-018/2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
3. Fin del conflicto	Acto Legislativo 5/2017: Para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado.		Sent. C-076/2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.
		Ley 1820 del 30 de diciembre del 2017: Amnistías e indultos para miembros de las FARC y tratamientos penales especiales a la Fuerza Pública.	Sent. C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.
		Ley 1830 del 6 de marzo del 2017: Participación política de voces de paz.	Sent. C-408/2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
4. Solución al problema de las drogas ilícitas	No se presentó nada.	No se presentó nada.	No se presentó nada.
5. Reparación de víctimas y Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición	Acto Legislativo 1/2017: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y normas aplicables a las Fuerzas Militares en la JEP.		Sent. C-674/2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
		Ley Estatutaria Ley 008/17 Senado-016/17: De la Administración de Justicia en la JEP.	Sent. C-080/2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Continúa...

Puntos del acuerdo de paz	Actos legislativos	Leyes	Revisión constitucional
6. Implementación, verificación y referendación	Acto Legislativo 2/2017: Estabilidad y seguridad jurídica del acuerdo de paz.		Sent. C-630/2017, MM.PP. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.
	Acto Legislativo 4/2017: Reforma del sistema de regalías para la financiación de la implementación del acuerdo final.		Sentencia C-020/2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.
		Ley Orgánica 1865/2017: Exceptúa a la UNP del artículo 92 de la Ley 617/2000, para permitir la ampliación de su planta de personal.	Sentencia C-026/2018. MM.PP. José Fernando Cuartas y Alejandro Linares Cantillo.

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro 1.2. Normas archivadas

Puntos	Actos legislativos	Leyes
1. Política de desarrollo agrario integral		Proyecto de ley ordinaria/ Adecuación de tierras.
		Proyecto de ley ordinaria/Sistema Nacional Catastral Multipropósito.
		Proyecto de ley ordinaria/ Adjudicación de baldíos.
2. Participación política	Proyecto de Acto Legislativo/ Reforma político-electoral, circunscripciones especiales para las víctimas.	
		Proyecto de ley ordinaria/Reforma a la Ley 152/1994.
3. Fin del conflicto		Proyecto de ley ordinaria/ Investigación y judicialización de organizaciones criminales y medidas de sujeción a la justicia.

Continúa...

4. Solución al problema de las drogas ilícitas		Proyecto de ley ordinaria/tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores.
5. Reparación de víctimas y Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.	No se archivó ninguno de los proyectos presentados.	
6. Implementación, verificación y refrendación.		Proyecto de ley estatutaria/Reforma a la Ley 996/2005.

Fuente: Elaboración propia.

A pesar de que ninguna de las normas previstas para implementar el proceso de paz fue aprobada, debido al efecto desestructurante de la Sentencia C-332 del 2017, considero que el rol de las sentencias de la Corte Constitucional para generar los presupuestos jurídicos del proceso de paz sí fue fundamental para impulsar su realización, por lo menos desde el punto de vista normativo. Se aprobaron cinco reformas constitucionales, seis leyes, además de treinta y cinco decretos ley resultado de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República. Estas últimas fueron definitivas, y frente a ellas el pronunciamiento de este tribunal ha sido afirmativo casi en su totalidad, en la mayoría de los casos solo ha hecho algunas precisiones formales. La Corte Constitucional allanó claramente el camino para la incorporación del proceso de paz al ordenamiento jurídico colombiano.

CONCLUSIÓN

En su libro de reflexiones sobre el proceso de paz, Humberto de la Calle Lombana, el principal negociador del Gobierno, descubre una infidencia que vale la pena resaltar. Antes del plebiscito por la paz, cuando aún se estaban perfilando los mecanismos para refrendar el acuerdo —o más aún, cuando no había acuerdo que refrendar y se veía lejano el final de las negociaciones—, Pastor Alape le comentó que utilizar un mecanismo de refrendación democrática podía resultar en un resumidero de odios, que acrecentaría las muchas frustraciones nacionales en materia de paz. Las palabras de Alape resultaron premonitorias.

La campaña electoral del plebiscito por la paz se convirtió, como lo vivenciamos todos los colombianos, en una batalla llena de acusaciones y golpes bajos de lado y lado. A quienes apoyaban el sí se les calificó de simpatizantes de la guerrilla o de “enmermelados del Gobierno”⁶⁸ que preferían cubrir los crímenes de las FARC bajo el engañoso manto de la paz, antes que juzgarlos y sancionarlos, mientras que a quienes apoyaban el no se les calificó de guerrillistas, enemigos de la paz o paramilitares. Ninguno de los sectores le reconoció puntos válidos al otro, lo que impidió cualquier tipo de diálogo. El intercambio de acusaciones sirvió además para acrecentar un flujo de información malintencionada. Los incautos creían de forma absoluta en las exageraciones y groseras inexactitudes de sus principales fuentes de información, y por la incapacidad de comunicarse con el otro no tenían forma —ni la voluntad— de contrastar ni convalidar la veracidad de la información que estaban recibiendo. El evidente resultado es que el plebiscito abrió o encontró una herida ya existente en la sociedad colombiana. Las dimensiones del traumatismo podrán aumentar en cada contienda electoral que se celebrará a futuro, tanto a nivel nacional como regional, como si el plebiscito continuase siendo el epicentro de la discordia y aún retumbara en la conciencia colombiana, demostrando que más de cincuenta años de conflicto con tanto arraigo en lo regional y local no son fáciles de superar. Por desgracia, la sociedad colombiana sigue profundamente fracturada.

Esto nos lleva a hacernos una pregunta central frente a qué ha significado la transición jurídica y política en la sociedad colombiana. Evidentemente la transición y la apertura jurídica han sido mucho más claras y factibles en la Corte Constitucional y las demás instituciones del Estado, como el Congreso y el Gobierno. El papel de la justicia transicional se entendió en ese momento como un espacio de flexibilización y de cambios necesarios para obtener un bien mayor como lo es la paz. Se comprendió que no es posible negociar con el otro sin tenderle la mano y ceder cada uno un poco. En particular, el papel de la Corte Constitucional como actor dentro de la transición fue fundamental y las tres sentencias que analicé en este capítulo (C-379 del 2016, C-699 del 2016 y C-160 del 2017) son prueba de ello. Desde mi punto de vista, sin ese apoyo casi que incondicional de la Corte Constitucional, la derrota política del plebiscito del 2 de octubre del 2016 hubiese sido insoslayable.

Pero una cosa ha sido abrirle un espacio jurídico al acuerdo y otra muy distinta ponerlo en obra. Y es aquí donde nos enfrentamos a una realidad que ha revelado este largo trasegar de un intento más, ojalá esta vez exitoso, para

68 Aludiendo a que habían recibido prebendas por parte del Gobierno para apoyar esta posición.

conseguir la paz en Colombia: además de una negociación con la guerrilla de las FARC, se requería un consenso político frente a dichas conversaciones. El blindaje del acuerdo de paz ha debido ser político antes que jurídico o, por lo menos, tanto político como jurídico.

Las sentencias estudiadas nos han demostrado que una construcción jurídicamente legítima y acoplada a la Constitución vigente es posible, pero que dicha estructura no es suficiente para modificar la voluntad política de las personas. Los pronunciamientos judiciales y normativos en este caso no alcanzaron a generar consenso. Hoy muchos actores todavía presentes sienten y proclaman que los engañaron porque, a pesar de que ganó el no, se está implementando el acuerdo de paz derrotado en el plebiscito del 2 de octubre del 2016. El otro sector aboga por pasar rápidamente la página, y argumenta que eso es irrelevante ya que en el fondo “se perdió por poquito” y las instituciones jurídicas, léase Corte Constitucional y Congreso, estuvieron de su lado. Sin embargo, la polarización sigue viva y por eso no se ha podido implementar en realidad el acuerdo; como siempre, los verdaderamente perjudicados son las víctimas y los más desfavorecidos. Un ejemplo claro de esta dificultad de implementación que opone lo jurídico a lo político ha sido el funcionamiento de la JEP, cuyo trabajo ha sido difícil, lleno de tropiezos y malas jugadas; no ha tenido el apoyo político que requiere y, por lo tanto, ha sido permanentemente cuestionada por un manto de duda que recae sobre sus actuaciones. Esto la ha llevado a realizar un trabajo cada vez más ingrato.

Por eso considero que es necesario insistir en encontrar consensos políticos en torno a la realización del acuerdo, puesto que lo que realmente le falta es estabilidad política más que jurídica.

Una de las principales lecciones que me quedan de este escrito y su revisión jurisprudencial y normativa es que sin convergencias políticas no se llegará muy lejos; las prescripciones jurídicas deben estar necesariamente acompañadas de legitimidad política. Es una prueba más de que el derecho y/o el compromiso de los operadores jurídicos por sí solos no bastan para hacer realidad este o cualquier otro acuerdo de paz. Además de un camino jurídico, debe existir una voluntad política lo más amplia posible. Ojalá logremos, por el bien de todos los colombianos, un consenso en cuanto a la necesidad de la paz como única salida.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 1/2016.
Acto Legislativo 1/2017.

- Acto Legislativo 2/2017.
- Acto Legislativo 3/2017.
- Acto Legislativo 4/2017.
- Acto Legislativo 5/2017.
- Basset, Yann. “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”. *Estudios Políticos*, n.º 52 (2018): 241-265. <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>.
- Bernal, Carlos. “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”. *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (2013): 339-357. <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>.
- Bonilla-Maldonado, Daniel Eduardo. “La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes”. *Vniversitas* 64, n.º 131 (2015): 231-276. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n131/n131a07.pdf>.
- C. Const., Sent C-041/2004, ene. 27/2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sent. C-784/2014, oct. 21/2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-150/2015, abr. 15/2015, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sent. C-379/2016, jul. 18/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sent. C-699/2016, dic. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-160/2017, mar. 9/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana*. Bogotá: Debate, 2019.
- DeJusticia. “Rodrigo Uprimny apoya *fast track* y refrendación a través del Congreso: Aquí su ponencia en audiencia pública”. *DeJusticia*, 12 de diciembre del 2016, <https://www.dejusticia.org/rodrigo-uprimny-apoya-fast-track-y-refrendacion-a-traves-del-congreso-aqui-su-ponencia-en-audencia-publica/>.
- Durán Smela, Diana y Cruz Gutiérrez, David. “El *fast track*: ¿Un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?”. *Derecho del Estado*, n.º 48 (2020): 3-29. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.01>.
- Duzán, María Jimena. *Santos: Paradojas del poder y la paz*. Bogotá: Penguin y Random House, 2018.
- González, María Fernanda. “La ‘posverdad’ en el plebiscito por la paz en Colombia”. *Nueva Sociedad*, n.º 269 (mayo-junio del 2017): 114-126. www.nuso.org.
- Institute for Integrated Transitions (IFIT). *Los debates de La Habana: Una mirada desde adentro*. Bogotá, IFIT, 2018.

L. 5/1992.

L. Estat. 134/1994.

L. Estat. 1745/2014.

L. Estat. 1757/2015.

L. Estat. 1806/2016.

Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz: El largo camino para acabar con el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Bogotá: Planeta, 2019.

Uprimny, Rodrigo. “Umbral, plebiscito y paz”. *La Silla Vacía*, 7 de diciembre del 2015. <http://lasillavacia.com/historia/umbral-plebiscito-y-paz-52543>.

CAPÍTULO 2

EL *FAST TRACK* Y LAS CONTRACCIONES EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO COLOMBIANO*

David Fernando Cruz Gutiérrez

INTRODUCCIÓN

El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track*, es una contracción al procedimiento legislativo *sui generis* en Colombia, que reducía el trámite necesario para expedir legislación, así como para reformar la Constitución. Nunca se había utilizado un procedimiento de esta naturaleza, cuya funcionalidad estuvo circunscrita a la implementación normativa del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, el acuerdo de paz o el acuerdo), que es producto de una ardua negociación entre el entonces presidente Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Su novedad tuvo un doble efecto: políticamente, el *fast track* se convirtió en el blanco de ataques provenientes de diferentes sectores que se resistían a su uso por considerarlo una afrenta a la democracia; académicamente, se ha posicionado como un importante objeto de estudio que ocupa una parte de la agenda de investigación del derecho público colombiano, el cual aún no termina por develar las consecuencias de su uso.

La discusión política giró en torno a las limitaciones que imponía el *fast track* al Congreso de la República en un tema tan importante como la implementación normativa del acuerdo de paz. Sus detractores argumentaban que dicho procedimiento, por su diseño, limitaba con tal gravedad al Poder Legislativo que lo convertía en un simple notario del presidente de la República. Según este argumento, el Congreso solo podía improbar o aprobar los proyectos de ley o de acto legislativo que desarrollaban el acuerdo, que a su vez eran presentados únicamente por el Gobierno, lo que desbalanceaba todo el sistema de pesos y contrapesos de la Constitución de 1991. Sus partidarios, por el contrario, consideraban que

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.707>.

el *fast track* era admisible como una garantía a la implementación del acuerdo que se aplicaba en un momento histórico extraordinario, y que debía entenderse como una necesidad sustentada por la importancia del fin que persigue: nada menos que alcanzar la paz.

Este artículo aborda la discusión política en torno al *fast track* por medio de una posición particular: dentro del ordenamiento jurídico colombiano es posible identificar otras contracciones legislativas que tienen efectos similares al *fast track* sobre el procedimiento legislativo y que, a pesar de esto, son pacíficamente aceptadas por la comunidad política. La existencia de estos mecanismos no desvirtúa las objeciones que presentaron sus opositores contra el *fast track*, pero sí complejiza la discusión por cuanto supone que el diseño de este mecanismo, por sí mismo, no es la única causa de la erosión política que se vivió. Esta última, en gran medida, se debe a que el *fast track* limitaba la capacidad de negociación de los legisladores frente a un asunto que suscitaba hondas controversias democráticas: la implementación normativa del acuerdo de paz. En este sentido, el *fast track* debilitaba la fortaleza de los congresistas para negociar con el Poder Ejecutivo; por ende, disminuía la posibilidad de maximizar sus ganancias dentro de esta negociación. Como establece Waldron¹, la existencia de una controversia sobre un asunto público es la que incentiva la negociación entre los legisladores y el Ejecutivo, en la medida en que el disenso es el motor sobre el que se asienta dicho proceso.

En este sentido, el *fast track* contrasta con la aplicación de otras contracciones legislativas precedidas por mecanismos que permiten la configuración de una voluntad democrática mayoritaria anterior a su uso, con lo que se supera el disenso. Por ejemplo, el mensaje de urgencia implica antes de su uso la aceptación por parte de una mayoría parlamentaria. De forma parecida, el trámite especial del Plan Nacional de Desarrollo (PND) está precedido por la contienda democrática en virtud de la cual se elige presidente, y en la cual el programa de Gobierno de quien resulte elegido constituye el insumo primario para la formulación del PND. Este contraste se explica porque el presidente de la República negoció un acuerdo de paz que si se sometía a una profunda revisión parlamentaria daba lugar a una posición de debilidad estructural del Gobierno al momento de impulsar su implementación normativa, por cuanto debía desplegar su poder de negociación para aprobar el paquete de proyectos de implementación, así como para mantener el sentido de cada proyecto a lo largo del trámite legislativo.

1 Jeremy Waldron, *Law and disagreement* (Nueva York: Oxford University Press, 1999).

Para evidenciar lo anterior, este capítulo parte de una descripción del procedimiento legislativo ordinario en la que se inspecciona su objetivo y se describe su funcionamiento en el ordenamiento colombiano. Esta descripción busca mostrar que la apuesta deliberativa del procedimiento legislativo implica también una posición de negociación con relativa fortaleza frente al Poder Ejecutivo. En ella se identifican las diferentes contracciones al procedimiento legislativo que prevé el ordenamiento jurídico, y se explican en el siguiente orden: el mensaje de urgencia, el trámite legislativo del Plan Nacional de Desarrollo y el trámite legislativo de los proyectos aprobatorios de tratados internacionales. Después, se expone el funcionamiento del *fast track* precisando los elementos que toma de otras contracciones legislativas para poner en evidencia sus similitudes. Por medio de este ejercicio descriptivo y comparativo, se sustenta la idea de que las controversias políticas que suscitó el *fast track* no apuntan a elementos particulares de su diseño, sino que estaban dirigidas contra el desbalance en la capacidad de negociación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo sobre la implementación de un acuerdo de paz, lo que originó profundas controversias democráticas.

EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO: LA APUESTA POR LA DELIBERACIÓN

En términos generales, el procedimiento legislativo es una serie de actos, pasos y reglas que se deben superar para que una norma ingrese al ordenamiento jurídico y adquiera la calidad de ley. Su contenido depende del sistema político en que se inscribe el procedimiento, de tal forma que la naturaleza parlamentarista o presidencialista del régimen, así como el diseño orgánico del Poder Legislativo, moldea su forma. A pesar de estas particularidades, todos los procedimientos legislativos que se dan en el seno de una democracia gravitan en torno al principio de mayorías, la deliberación y la participación política. Esencialmente porque “cuando el constituyente escoge la democracia como forma sobre la cual edificará el Estado es consciente de la imposibilidad de hablar de una única voluntad, y de la necesidad de reconocer las diferencias de opiniones, intereses, voluntades, etc.”². De esta forma, se debe adoptar un mecanismo que permita tomar decisiones políticas maximizando en lo posible los valores que enarbola la democracia³.

2 Alfonso Palacios Torres, *Concepto y control del procedimiento legislativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 31.

3 Cabe destacar que si bien hay una importante disputa teórica frente al término *democracia*, acá se toma como marco de referencia la idea de democracia deliberativa que bebe de la teoría de la justicia

Un procedimiento legislativo equilibrado debe permitir la toma de decisiones en virtud del principio de mayorías, así como incentivar, respetar y proteger la deliberación y la participación plural en política en igualdad de condiciones. La importancia de estos valores democráticos y la forma como se condensan dentro del procedimiento legislativo sirven de sustento para legitimar el valor privilegiado de la ley en el ordenamiento jurídico, solo por debajo de la norma fundamental y de los tratados internacionales⁴. A pesar de que estos son los ingredientes, no hay una receta que permita dosificar con justicia la cantidad necesaria de cada principio para obtener resultados óptimos. Por el contrario, el procedimiento legislativo es, muchas veces, el resultado de fuertes tensiones políticas que moldean su forma, la cual después es asimilada por los actores políticos para potenciar sus intereses en el juego democrático.

En este sentido, los procedimientos legislativos encuentran el equilibrio, o intensifican sus contradicciones, en la práctica cotidiana, más que en su diseño formal. En otras palabras, si bien la calidad de las reglas del procedimiento legislativo es un aspecto importante por considerar, el equilibrio de un proceso político, como lo es la actividad de legislar, depende en gran medida de la forma como los diferentes actores inmersos en él entienden y usan las reglas⁵. Esto implica, en buena medida, que el procedimiento legislativo está ligado al comportamiento de los actores, su calidad y presupuestos ideológicos y las distintas formas en que intervienen, se apropian y aceptan las reglas democráticas, así como el grado de tolerancia que tienen frente a sus interlocutores y el consecuente respeto a los mecanismos de contención institucional que permiten la deliberación. Las reglas del procedimiento legislativo, en este sentido, son potenciadas por la posición y los intereses de los legisladores frente a la agenda política.

Por lo anterior, resulta importante establecer que a pesar de la titularidad que tiene el Poder Legislativo, encarnado en congresos, asambleas y parlamentos, sobre el procedimiento de creación y diseño legal, en este también intervienen los demás poderes públicos. De tal forma que es posible identificar dos ámbitos de relacionamiento, con dinámicas distintas pero interdependientes. Por un lado, un ámbito interno en el cual las reglas del procedimiento legislativo son

como equidad de Rawls, y de la teoría de Habermas y la concepción procedimental de la democracia.

4 Humberto Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998) y Han Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2008).

5 Como argumentan Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias* (Barcelona: Ariel, 2018), en este proceso también importa el entendimiento de las llamadas reglas no escritas o no positivadas. En el caso estadounidense, por ejemplo, el respeto por las reglas no escritas en el marco de la función legislativa y su relación con las otras ramas del poder público.

apropiadas por las distintas fuerzas políticas que ostentan titularidad de legisladores para dar tránsito a los disensos sociales⁶ y, por el otro, un ámbito externo, en el cual los otros poderes públicos sirven de complemento y contrapeso a la función legislativa. El Ejecutivo, en esta dimensión, suele presionar para que sus intereses transiten rápidamente en el legislador, mientras que el Poder Judicial —en particular los tribunales constitucionales—, al confiar la guarda de la Constitución, controla los posibles excesos legislativos⁷.

En el ámbito interno, el procedimiento legislativo tiene una relación directa con la composición del Órgano Legislativo. En otras palabras, la naturaleza bicameral o unicameral determina y moldea el trámite legislativo. En Colombia, dado que el Congreso está compuesto por dos cámaras (el Senado y la Cámara de Representantes, que responden a una circunscripción electoral nacional y una territorial, respectivamente) resulta fundamental la distinción entre la cámara de origen y la cámara revisora. La cámara de origen es aquella en donde se radica el proyecto de ley, mientras que la cámara revisora es aquella que conoce la versión del proyecto que aprueba la cámara de origen. En teoría, la estructura bicameral permite que ambas cámaras se controlen mutuamente y se entrecrucen los intereses de las circunscripciones territoriales con la nacional, de tal forma que se balancean mutuamente a lo largo del trámite legislativo⁸. La diferencia en la composición entre las cámaras refleja también una diversidad de posiciones políticas y la necesidad de que negocien mutuamente si muestran intereses y posiciones distintos. Por ende, el tránsito del proyecto de una cámara a la otra también permite que este se someta a la lupa de todos los intereses que componen el espectro de representación democrática y que entre estos intereses exista una reflexividad.

La cámara de origen, en consecuencia, es la receptora inicial de quienes ostentan la capacidad de activar el procedimiento legislativo, es decir, de los titulares de la iniciativa legislativa⁹. Por regla general, el proyecto puede radicarse en

6 Esto es lo que Ronald Dworkin llama el principio de equidad o *principle of fairness*, es decir, la posibilidad de encontrar mecanismos que permitan tomar decisiones políticas a pesar del disenso en cuanto a los significados de justicia.

7 Víctor Ferres Comella, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 356-380; y Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

8 Aroldo Guardiola, “Semblanza histórica del unicameralismo y el bicameralismo en Colombia”, *Prolegómenos. Derechos y Valores* 17, n.º 33 (2014): 97-108, <https://doi.org/10.18359/dere.785>.

9 Manuel Alberto Restrepo Medina, “Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa: Precisiones de la jurisprudencia constitucional”, *Vniversitas* 58, n.º 118 (2009): 229-245, define la iniciativa legislativa como la atribución de presentar el proyecto de ley a consideración del Congreso de-

cualquiera de las cámaras por cuanto ambas tienen las mismas comisiones constitucionales permanentes que coinciden temáticamente, salvo en el caso de los impuestos de carácter nacional, que deben ingresar por la Cámara de Representantes y terminar en el Senado, y los proyectos sobre relaciones internacionales, que deben ingresar por el Senado y terminar en la Cámara de Representantes.

Una vez que se activa el Órgano Legislativo por medio de la presentación del proyecto, la mesa directiva de la Cámara debe clasificarlo de acuerdo con su contenido temático y enviarlo a la comisión constitucional permanente. Si el proyecto es de interés del Gobierno, este es un primer espacio de negociación que tiene el Congreso, pues fija la prioridad que tiene en la agenda legislativa. La mesa directiva de la Comisión después de recibir el proyecto asigna un ponente para su respectiva discusión en primer debate. La ponencia, aún más que el proyecto original, guía el sentido de la discusión que se da en sede de primer debate de la Comisión Constitucional¹⁰. Además, dicha ponencia abre la oportunidad para que los legisladores presenten enmiendas sobre el proyecto de acuerdo con sus intereses¹¹. En este sentido, la asignación de un ponente favorable al proyecto es esencial para que su trámite sea más ágil, lo que supone también un espacio de negociación política.

El debate en sede en comisión, por la misma naturaleza del espacio, tiende a ser mucho más técnico que el debate en plenaria. El reducido número de parlamentarios en las comisiones permite que los debates en esta sede tengan un impacto mayor en la estructura de los proyectos, por lo que son más proclives a enmiendas profundas. Por el contrario, cuando se celebra el debate en la plenaria de cada cámara las dinámicas se transforman. Las discusiones técnicas se repliegan y dan paso a intervenciones con mayor contenido retórico, que no tienen viabilidad política para mejorar los proyectos que se discuten. Esto sucede

terminándolo en forma vinculante para darle trámite, de manera que sea asignado a la comisión constitucional permanente y se surta el procedimiento establecido. En Colombia hay cuatro tipos de iniciativa: (1) la legislativa, que la ejercen los legisladores individualmente o por medio de las bancadas de los partidos políticos; (2) la popular, correspondiente al cinco por ciento del total de los ciudadanos o al treinta por ciento de los diputados o concejales del país; (3) la institucional, relativa a la capacidad que tienen las altas cortes, el Consejo Nacional Electoral, la Procuraduría, la Contraloría, la Fiscalía y la Defensoría, que es de carácter restringido y concerniente a sus funciones; y (4) la iniciativa exclusiva del Gobierno.

10 Palacios Torres, *Concepto y control*.

11 Las enmiendas pueden ser totales o parciales. Son totales cuando alteran el objetivo de todo el proyecto de ley, y parciales cuando, a pesar de que significan un cambio verbal dentro del texto, mantienen el objetivo del proyecto. Además, si el proyecto logra superar el primer debate en sede de comisión, el ponente debe rendir un informe en donde se especifiquen las enmiendas aprobadas e improbadas, con el objetivo de mantener informados a los demás parlamentarios y a la sociedad de los cambios que se dieron, así como de mantener la consecutividad de los temas que se debatieron. Sin que se haya publicado este informe no es posible la realización de la plenaria de la Cámara.

porque la plenaria, al reunir las fuerzas políticas de la Cámara y tener más exposición pública, supone un espacio en donde afloran con mayor fuerza las tensiones políticas y se cercenan las posibilidades de comunicación efectiva entre los legisladores. La retórica se fortalece. La plenaria, a pesar de que es mucho más espectacular que el debate en sede de comisión constitucional, resulta más inane para producir reformas en los proyectos que los debates en comisión. Sin embargo, es también en estos debates donde se definen las mayorías que permiten que el proyecto pase de la cámara de origen a la comisión constitucional permanente de la cámara revisora, y de esta última a sanción presidencial o a control automático por parte de la Corte Constitucional. En este sentido, las intervenciones en las plenarias pueden leerse como espacios de comunicación y disenso ante la posibilidad de que un proyecto sea aprobado. O también, como un espacio para mostrarle al Gobierno las consecuencias de su incapacidad para negociar aspectos de la agenda legislativa.

En el caso de que los textos de los proyectos de ley de cada cámara sean considerablemente diferentes, dado que en Colombia ambas cámaras tienen la misma jerarquía es necesario que se concilien ambas versiones para que la decisión política de una de las cámaras no prevalezca sobre la otra. Para esto se ha hecho uso de la figura de las comisiones accidentales, cuyo ámbito de acción está limitado a la actividad conciliatoria, lo que significa, de acuerdo con la Corte, que

[...] al conciliar textos disímiles bien pueden introducirse las reformas que consideren convenientes o crear nuevos textos en reemplazo de estos artículos, siempre y cuando obtengan la aprobación de las plenarias de las cámaras y no se modifique sustancialmente el proyecto o se cambie su finalidad.

También podría presentarse el caso de que la modificación de un artículo implique el de otros con los cuales guarda íntima relación, asunto que deberá tratarse con sumo cuidado por parte de los miembros del Congreso, y solo en eventos excepcionales podrían proceder a reformar los artículos conexos, siempre y cuando tal decisión se someta a la aprobación mayoritaria de las plenarias de las cámaras.¹²

En estos límites, la plenaria de cada cámara retiene su competencia para la aprobación de los proyectos de ley, mientras que las comisiones accidentales aparecen como espacios accesorios que no tienen un protagonismo esencial en el procedimiento legislativo. El texto conciliado es aquel que sale del Órgano Legislativo a sanción presidencial o a la Corte Constitucional cuando el contenido

12 C. Const., Sent. C-282/1995, jun. 29/1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

del proyecto tenga reserva estatutaria, sea una ley aprobatoria de tratados internacionales o una que convoque a referendo.

Con base en esta descripción, es plausible afirmar que el procedimiento legislativo ordinario sigue una lógica incremental. Es decir, se espera que el proyecto transite por una serie de instancias de cuya superación depende que se convierta en ley. Esta lógica se ve reflejada en algunos de los principios del procedimiento legislativo, como la consecutividad, la unidad en materia y la identidad flexible, que permiten establecer las trayectorias de cada uno de los proyectos dentro de las etapas del procedimiento legislativo, así como las variaciones que sufrieron en cada instancia del proceso. La superación del trámite depende de que el proyecto alcance las mayorías necesarias para su aprobación en los debates que se deben surtir en cada cámara. A su vez, la mayoría es el medio democrático por el cual se identifica que el proyecto alcanzó el consenso necesario entre las fuerzas políticas que integran el Congreso para alcanzar la jerarquía de ley. La lógica incremental también supone que se maximice la deliberación por medio del trámite legislativo, por cuanto en cada etapa se abre la posibilidad de retomar una discusión por vía de la participación política. Maximizar la deliberación implica también fortalecer al congresista en una eventual negociación con el Gobierno. Cuantas más posibilidades tenga un legislador para discutir un proyecto, más espacios de negociación tiene.

Ahora bien, la agilidad del procedimiento legislativo ordinario depende de la forma como se utilicen ciertas figuras propias del trámite, en especial la facultad de enmendar los proyectos, las inhabilidades y el orden del día, que pueden truncar la discusión de un proyecto, así como asegurar su aprobación. Presentar enmiendas es una de facultades principales que ostentan los congresistas dentro del procedimiento legislativo, ya que permite que las diferencias que tengan con el proyecto en discusión no se queden en simples enunciaciones o actos de comunicación, sino que pasen a integrar el contenido del proyecto si son aprobadas en los debates. En gran medida, las enmiendas permiten que las diferencias y los disensos políticos, como argumenta Waldron, se integren en la ley¹³. Sin embargo, su uso desmedido alarga los debates y dificulta que se surtan en una sola sesión, con la consecuente dilación del trámite legislativo.

13 Waldron argumenta que el modelo de Asamblea Legislativa o de Congreso permite que las discusiones o los disensos sobre aspectos políticos y morales de relevancia en la sociedad se reflejen en el producto político del trabajo de estas instituciones, es decir, en la ley. El disenso, en consecuencia, también se refleja como parte esencial del modelo de deliberación democrática. Waldron, *Law and disagreement*.

Las incompatibilidades, por su lado, armonizan la función legislativa cuando los congresistas presentan situaciones que impiden que se representen los intereses del electorado¹⁴. Esto sucede cuando un congresista tiene un interés personal directo e inmediato en el proyecto que está bajo deliberación democrática, el cual riñe con el mandato electoral que encarna la representación democrática, o por lo menos tiene la posibilidad de afectarlo. Sin embargo, dada su regulación, que obliga a que los conflictos de interés se pongan en conocimiento ante la cámara o comisión permanente antes de que se celebre el debate en que se encuentra el proyecto, con frecuencia se utilizan como mecanismos para postergar el debate y la deliberación. Asimismo, cuando las inhabilidades se presentan de forma masiva pueden afectar el quórum y disolver la capacidad decisoria de la instancia en la que se encuentra el procedimiento legislativo, lo que dilata e imposibilita la discusión del proyecto.

Por otro lado, el orden del día, al ser la herramienta que permite organizar la sesión legislativa, establece las prioridades que reflejan los intereses prevalentes dentro de la cámara y la comisión constitucional competente. En este sentido, es también un instrumento para definir cuáles son los temas que prevalecen en la agenda legislativa, por lo que permite cristalizar la correlación de fuerzas políticas que se encuentran en una instancia particular del procedimiento legislativo, así como fijar cuáles de los muchos proyectos de ley que se radican en el Congreso tienen viabilidad política.

En el fondo, el uso desproporcionado de estas figuras jurídicas dentro del procedimiento legislativo demuestra un intenso disenso político. Como comentan Steven Levitsky y Daniel Ziblatt¹⁵, cuando las facultades de contradicción se utilizan para bloquear la respuesta de las instituciones democráticas, particularmente en el Órgano Legislativo, resulta evidente un escalamiento poco saludable de los antagonismos, que puede desembocar en la disminución de la tolerancia mutua entre rivales políticos. Por el contrario, cuando los proyectos de ley transitan muy rápidamente dentro del procedimiento legislativo, puede ser un síntoma de la debilidad del legislador para marcar su propia agenda ante el Poder Ejecutivo.

De esta forma, la velocidad del procedimiento legislativo es inversamente proporcional a una adecuada y reflexiva deliberación. A su vez, la orientación deliberativa del procedimiento legislativo les permite a los congresistas utilizar

14 Cabe recordar que la Constitución en el artículo 113 indica que quienes integran las corporaciones públicas, incluido el Congreso, deben consultar el bien común para orientar sus decisiones.

15 Levitsky y Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*.

diferentes mecanismos para abrir espacios de negociación con el Gobierno. Por el contrario, un trámite muy reducido y rápido cercena la posibilidad de entablar deliberaciones públicas entre las fuerzas políticas que componen el órgano legislador. Esto no implica que en algunos casos resulte necesario que el procedimiento legislativo ordinario sufra contracciones que aceleren algunas de sus instancias. A continuación, se delimita el concepto de contracción al procedimiento legislativo y se describen los casos contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano.

CONTRACCIONES AL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO: LA TENSIÓN ENTRE AGILIDAD Y DELIBERACIÓN

La relación de las ramas del poder público en el marco del procedimiento legislativo se ha constituido mediante dos principios antagónicos, pero complementarios, que hacen parte de la arquitectura contemporánea de la separación de poderes: la separación funcional y la colaboración armónica¹⁶. A pesar de que el titular de la función legislativa es el Congreso de la República, en el trámite legislativo intervienen de forma activa el Poder Ejecutivo, y de forma pasiva el Judicial¹⁷. De esta forma, al Ejecutivo y al Judicial se les ha encasillado dentro de roles precisos que circunscriben sus competencias en el *iter legislativo*, pero también se les ha legado la necesidad de que actúen de forma armónica para permitir un funcionamiento saludable del Estado mediante la expedición de leyes.

La participación de otras ramas del poder público distintas al legislador en el procedimiento legislativo supone una tensión entre los principios de separación funcional y de colaboración armónica que han desencadenado la posibilidad de contraer el procedimiento legislativo¹⁸. Cuando la tensión se presenta entre el

16 Daniel Bonilla, “La economía política del conocimiento jurídico”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito/Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 2, n.º 1 (2015): 26-59.

17 Palacios Torres, *Concepto y control*.

18 Diversos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de suspender excepcionalmente el trámite legislativo para que el Ejecutivo pueda responder ante situaciones que requieren de medidas urgentes. En este sentido, se extrae de la titularidad del legislador la capacidad para expedir normas con contenido material de ley con el objetivo de solventar una situación excepcional o de urgencia, como un estado de sitio, de guerra exterior o de emergencia económica, social y cultural, cuya resolución es más eficiente cuando la impulsa un órgano cuya naturaleza no es deliberativa. En estos casos, el legislador pierde la titularidad sobre parte de las materias que se deben someter en condiciones ordinarias a un procedimiento legislativo, buscando acrecentar la agilidad de la respuesta del Estado. No obstante, dado que el Ejecutivo suplanta al legislador, no se puede predicar en este caso la existencia de un procedimiento legislativo. Además, resulta conveniente plantear una comprensión más profunda del funcionamiento de la excepcionalidad en Latinoamérica, en parte porque muchos de los países del Sur global tienen una experiencia con esta lógica que complejiza

Ejecutivo y el Legislativo, la contracción legislativa se plantea como una solución intermedia o ponderada entre los principios de colaboración armónica y de separación funcional de poderes, que agiliza el procedimiento legislativo, pero retiene las cláusulas de competencia del Poder Legislativo. En estos casos, a pesar de que prima la colaboración armónica entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, no se afecta de forma tan intensa el principio de separación funcional por lo que se mantiene la cláusula de competencia que definió el constituyente para ambas ramas del poder público.

En el ordenamiento jurídico colombiano, las contracciones al procedimiento legislativo se manifiestan de dos formas: mediante una contracción en la longitud, que implica que el procedimiento legislativo se reduce formalmente en alguna de sus etapas, o recurriendo a una restricción en la dinámica deliberativa y de participación política del procedimiento legislativo, lo que implica que se restringe el ejercicio de alguna de las prerrogativas ordinarias con las que cuentan los legisladores para ejercer la participación política, así se agiliza de forma tácita el trámite legislativo. Cuando se presentan ambos tipos de contracciones, resulta mucho más intensa la afectación a la deliberación legislativa; por lo tanto, se presupone que el motivo que justifica dicha afectación ostenta un alto grado de relevancia.

A continuación, se describen las contracciones legislativas que están previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, con énfasis en sus consecuencias para el procedimiento legislativo y en la forma como balancean el principio de separación funcional con la colaboración armónica. También se precisa cómo estas contracciones normalmente son precedidas por un espacio de toma de decisiones democráticas que sustentan su uso.

Mensaje de urgencia

Como se estableció, las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo no necesariamente son armónicas ni siguen los mismos tiempos. La disonancia entre ambos poderes emerge de la diferencia de sus agendas políticas. Mientras que el Ejecutivo en Colombia aglutina a la jefatura de Estado y de Gobierno en la figura del presidente, el Legislativo integra poderes políticos que se encuentran

su entendimiento. Por ejemplo, Jorge González Jácome, *Estado de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)* (Bogotá: Editorial Universidad Javeriana, 2015), muestra cómo los debates jurídicos en torno a la consolidación del liberalismo en la región desembocaron en el uso del estado de excepción como un mecanismo que mostraba la desconfianza ante el legislador y la prevalencia del presidente para expedir legislación enfocada a solventar problemas sociales de gran calado.

en constante tensión. En consecuencia, mientras que en el Ejecutivo se cristaliza de forma mucho más diáfana su agenda política, en el Congreso, al menos idealmente, la agenda legislativa se presenta como una eterna disputa para organizar la coyuntura política de acuerdo con los intereses de los partidos y legisladores. Esto resulta ideal para el mantenimiento del principio de separación de poderes, por cuanto permite que cada rama del poder público desarrolle de forma autónoma las funciones y competencias que estableció el constituyente primario.

Sin embargo, dado que también hay ocasiones en las que la coyuntura política exige una adecuada articulación entre las ramas de poder público para enfrentar diferentes situaciones, el constituyente previó un mecanismo para soslayar la disonancia en la agenda política de los poderes Ejecutivo y Legislativo por medio del mensaje de urgencia. En palabras de la Corte:

[...] el mensaje de urgencia le permite al presidente de la República incidir directamente en la agenda del Congreso, en la medida en que le establece un plazo máximo de treinta días a la respectiva Cámara para decidir sobre un determinado proyecto de ley; incluso, de llegar a insistir, se alterará el orden de día para darle prelación a aquel. Adicionalmente, el mensaje de urgencia puede ir acompañado de una petición de deliberación conjunta de comisiones, caso en el cual el respectivo proyecto de ley surtirá tres debates y no cuatro.¹⁹

La urgencia, en este sentido, consolidaba la necesidad de que primara el principio de colaboración armónica sobre la separación funcional. Esta herramienta está regulada en los artículos 163 y 191 de la Constitución, y prevé la alteración del procedimiento legislativo con base en el reconocimiento de la urgencia por parte de legislador frente a un mensaje del Ejecutivo sobre uno de los proyectos de ley que están en trámite dentro del Congreso. El reconocimiento de la urgencia por parte del legislador mediante la regla de mayorías supone la manifestación de la voluntad parlamentaria sobre la necesidad de recortar la deliberación y acrecentar la agilidad.

Los efectos del mensaje de urgencia están atados a la condición de que el legislador acepte sus efectos por medio de una votación. Sin embargo, el diseño de este instrumento permite que el Ejecutivo lo presente las veces que considere pertinentes y en cualquier instancia del procedimiento legislativo, aun cuando hubiera sido rechazado previamente. Si el legislador acepta la urgencia en primer

19 C. Const., Sent. C-637/2015, oct. 7/2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, n.º 7.

debate en sede de comisión constitucional permanente se producen los siguientes efectos:

- abre la posibilidad de que las comisiones constitucionales permanentes de cada cámara se reúnan de forma conjunta, previa petición del presidente para que deliberen sobre el proyecto. Esto produce una contracción significativa en el procedimiento legislativo por cuanto disminuye de cuatro a tres el número de debates necesarios para expedir una ley;
- afecta la lógica incremental del procedimiento legislativo, pues si el primer debate se realiza de forma conjunta, se diluye la distinción entre la cámara de origen y revisora, característica de un sistema legislativo bicameral, ya que de este primer debate conjunto se pasa a las plenarias de cada cámara sin que se respete la condición de que la cámara revisora adquiere competencia una vez el proyecto supera la revisión de cámara de origen²⁰; y
- se afecta el orden día de las sesiones en las cuales se discute el proyecto calificado como urgente, haciéndolo prioritario frente al resto del trabajo legislativo.

La contracción al procedimiento legislativo resulta significativa en términos de longitud, pero también afecta la dinámica que rige el diseño original del procedimiento legislativo. En longitud, disminuye ostensiblemente la duración del trámite al reducir el número de debates y hacer prevalecer el trabajo de este proyecto sobre los demás que estén en conocimiento de las dos cámaras del Congreso. En cuanto a la dinámica del procedimiento legislativo, esta se ve afectada ya que diluye el carácter bicameral del trabajo legislativo al difuminar la diferencia entre la cámara de origen y la revisora. Esta última consecuencia, usualmente imprevista, oscurece la idea de un Congreso reflexivo, en el cual, dadas las diferencias en la composición y forma de elección de cada una de las cámaras, estas se controlan mutuamente por medio de las fricciones producidas por la diferencia de intereses entre la circunscripción territorial y la nacional. El control entre ambas cámaras se produce siguiendo la lógica incremental del procedimiento legislativo, en el entendido de que es necesario que el proyecto supere el debate en una cámara para que sea tramitado por la otra. Sin esta última condición, la

20 La distinción entre cámara revisora y cámara de origen es propia del diseño bicameral del órgano legislador. Se asienta en la idea de que un diseño adecuado del Poder Legislativo implica la constitución de dos cámaras que permitan un control mutuo. Para profundizar sobre este diseño en el caso colombiano, véase Guardiola, "Semblanza histórica del unicameralismo".

reflexividad de una cámara sobre la otra desaparece y se presenta su concurrencia en la discusión legislativa, lo que impide un control recíproco.

En consecuencia, el mensaje de urgencia es una herramienta que le permite al presidente de la República expandir su agenda política al Congreso y, al ser una facultad ilimitada, supone la posibilidad de cercenar la autonomía del legislador si se utiliza de forma abusiva. Sin embargo, para que tenga plenos efectos, el legislador debe reconocer mediante votación parlamentaria la urgencia que impulsa al Ejecutivo. A continuación, se describe otra de las contracciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Trámite legislativo del Plan Nacional de Desarrollo

El Plan Nacional de Desarrollo (PND) es el instrumento de política pública más importante durante los cuatro años de periodo presidencial. Constituye una hoja de ruta que orienta las decisiones económicas, sociales y políticas de una administración. Su formulación inicia antes de la toma de posesión del presidente de la República y se remonta a la campaña electoral, en la medida en que las promesas electorales que vencieron en la contienda democrática, y que a su vez constituyen el programa de Gobierno, son el insumo primario para la formación del PND ya que soportan la elección del candidato. Con la elección del presidente, es decir, cuando la autoridad electoral determina quién fue el vencedor de la contienda electoral, comienza el proceso de empalme con la Administración precedente. De esta forma, cuando se define la elección todas las dependencias administrativas, en particular las autoridades de planeación, tales como Departamento Nacional de Planeación (DNP), deben contribuir de forma activa a los requerimientos del presidente electo con la información que este considere pertinente para preparar el PND. El impulso democrático del PND radica en la misma elección presidencial, pues se presume que los ciudadanos no solo eligieron a la persona, sino también al programa de Gobierno que el candidato de su preferencia ofreció en la contienda electoral. Por ende, al alcanzar la mayoría suficiente para llegar a la Presidencia, el candidato queda atado a sus propias promesas y debe traducirlas en la hoja de ruta de su Administración, cuyo pináculo es el PND.

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución y los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 152 de 1994, “Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo”, el PND consta de una parte general, en donde el Gobierno entrante plasma la visión política de sus cuatro años de mandato estableciendo los objetivos que pretende alcanzar y los mecanismos necesarios para tales fines, y un plan de inversiones para las entidades públicas en donde especifican las partidas

presupuestales y su distribución. La parte general debe coincidir con las propuestas que se presentaron durante la elección y al mismo tiempo abrir espacios de diálogo que permitan la participación de diferentes sectores del país, mientras que las partidas presupuestales surgen de la información financiera que recolecta durante el proceso de empalme. Esta última parte, además, tiene una condición de intangibilidad relativa que limita la actividad parlamentaria al momento de introducir cambios que impliquen la inclusión de proyectos que generan gasto y que no fueron definidos originalmente por el Ejecutivo. En palabras de la Corte:

Respecto de las modificaciones que pueden introducirse al proyecto presentado por el Gobierno nacional también están previstas algunas reglas. En efecto, (f) durante cualquiera de las etapas y bajo la condición de mantener su equilibrio financiero el Congreso de la República puede introducir modificaciones al Plan de Inversiones Públicas. Si la modificación tiene como resultado la inclusión de nuevos programas o proyectos de inversión será indispensable la autorización por escrito del Gobierno nacional (arts. 341 C. P. y 22 de la Ley 152 de 1994). Ahora bien, (g) este podrá introducir, durante cualquier etapa del trámite legislativo, las modificaciones que estime pertinentes (arts. 341 C. P. y 23 de la Ley 152 de 1994).²¹

En términos procedimentales, la aprobación del PND tiene unas reglas especiales. El primer aspecto es que el Gobierno entrante tiene un término de seis meses para presentar el Proyecto de Ley de PND ante el Congreso de la República, por lo que el presidente debe destinar esfuerzos considerables para lograr su aprobación²².

Al tener una gran envergadura temática, la Corte ha calificado este proyecto de ley como heterogéneo y multitemático²³, en consecuencia, no está sometido

21 C. Const., Sent. C-016/2016, ene. 27/2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, n.º 3.1.3 párr. 2.

22 Tradicionalmente, la aprobación del PND no resultaba problemática para el Poder Ejecutivo, debido a que durante el primer año de administración gozaba de una luna de miel con el Congreso que le permitía aprobar sin mayores contratiempos los pilares de su Gobierno. Sin embargo, las administraciones de Juan Manuel Santos (2014-2018) y de Iván Duque Márquez (2018-2022), dada la institucionalización de la oposición, han encontrado resistencias para la aprobación de la pieza más importante de política pública, el PND.

23 Así aparece en C. Const., Sent. C-016/2016, ene. 27/2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; C. Const., Sent. C-573/2004, jun. 8/2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; C. Const., Sent. C-795/2004, ago. 24/2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; C. Const., Sent. C-377/2008, abr. 23/2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C. Const., Sent. C-714/2008, jul. 16/2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C. Const., Sent. C-801/2008, ago. 20/2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C. Const., Sent. C-077/2012, feb. 15/2012, M.P. Mauricio González Cuervo; C. Const., Sent. C-363/2012, may. 16/2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C. Const., Sent. C-747/2012, sep. 6/2012, M.P. Mauricio González Cuervo; y C. Const., Sent. C-670/2014, sep. 10/2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

a la aplicación ordinaria del principio de unidad en materia. Sin embargo, es la Comisión Tercera Constitucional de ambas cámaras la competente para conocer en primer debate este proyecto, dado su carácter económico²⁴, de manera que sesionan de forma conjunta, y si el proyecto resulta aprobado, pasa a plenaria de ambas cámaras, con lo que se contrae el trámite legislativo en un debate. La competencia se justifica por el importante talante económico que tiene el PND y su respectiva relación con temas tan relevantes como la regulación económica y el crédito público, mientras que la contracción en el procedimiento se justifica por la necesidad de que el Gobierno cuente con el principal instrumento de política pública sin que gaste una parte importante de su periodo en esta tarea. A esto se suma que la agilidad del trámite encuentra asidero democrático en los resultados electorales de la contienda presidencial.

Por lo anterior, la colaboración armónica se presenta como el principio prevalente dentro el trámite especial de aprobación del PND. Sin embargo, la aplicación de este principio es menos intensa frente a la parte general que frente al plan de inversiones. Mientras que en la primera los legisladores pueden introducir los cambios que consideren pertinentes de forma libre, en el segundo, dada la relación que tiene con las partidas presupuestales y su destinación a los objetivos políticos que motivaron la elección del presidente, los legisladores solo pueden introducir enmiendas menores que no generen nuevos gastos, salvo si el Gobierno autoriza previamente estos cambios. Esto transforma una parte de la dinámica del procedimiento legislativo, pues fortalece la posición del Gobierno y debilita las capacidades del legislador.

Además, aun si el Congreso no aprueba el Proyecto de Ley del PND, el Gobierno adquiere competencia para expedir un decreto con el plan de inversiones para las entidades públicas que contenga sus respectivas partidas presupuestales. Si bien esto es altamente improbable porque la formulación del PND está impulsada por el mandato electoral en virtud del cual el presidente fue elegido y porque para su aprobación no se necesita de mayorías calificadas, refleja una importante contracción legislativa en favor del Poder Ejecutivo para la consolidación y normativización de su agenda política, así como para el desarrollo de su Administración. A continuación, se describe otra de las contracciones previstas en el ordenamiento jurídico.

24 La Comisión Tercera Constitucional es competente para conocer los siguientes temas: hacienda y crédito público; impuesto y contribuciones; exenciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores; regulación económica; Planeación Nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro. Por esto se dice que es la comisión económica.

Trámite legislativo de las leyes aprobatorias de tratados internacionales

El presidente de la República, en virtud de su investidura como jefe de Estado y, por ende, director de las relaciones internacionales, tiene plena competencia para entablar negociaciones con otras personas jurídicas relevantes en el plano internacional (art. 189 C. P., n.º 2). A pesar de esto, los acuerdos a los que llega en este campo no tienen fuerza normativa por sí mismos, salvo en el caso de tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario que, en virtud del artículo 93 de la Constitución, adquieren rango constitucional. En consecuencia, a pesar de que el presidente mantiene la capacidad de negociación, debe someter al Congreso de la República los acuerdos que alcanza para que estos adquieran entidad jurídica. La Corte Constitucional, por lo anterior, ha analizado el trámite legislativo de las leyes aprobatorias de tratados internacionales en las sentencias C-344 de 1995, C-710 de 1998, C-363 del 2000, C-962 del 2003, C-533 del 2004, precisando que

Es el presidente de la República, como jefe del Estado, quien tiene a cargo la conducción de la política internacional y el manejo de las relaciones exteriores, por lo cual, de conformidad con el artículo 189, numeral 2, de la Constitución, es de su competencia la función de celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la posterior aprobación del Congreso y a la revisión de constitucionalidad por parte de esta Corte antes de su perfeccionamiento. La atribución constitucional es exclusiva del presidente y también lo son las responsabilidades [que contrae internamente competencias del Congreso de la República] en materia de tratados internacionales, por los derroteros que trace en cuanto a las relaciones de Colombia en el plano externo, así como por los compromisos que en virtud de esa política contraiga. De allí resulta que el presidente de la República deba gozar de plena autonomía para decidir cuándo entrar en negociaciones en torno a determinado tema internacional del interés de Colombia, en qué oportunidad celebrar un tratado o convenio y cuáles habrán de ser los términos del mismo, sin que deba contar con la previa aquiescencia, autorización o mandato de otra rama del Poder Público.²⁵

A su vez, el Congreso colombiano, en virtud de los numerales 14 y 15 del artículo 150 de la Constitución, tiene la función de aprobar o improbar los tratados internacionales que celebre el presidente, lo que restringe la capacidad del

25 C. Const., Sent. C-344/1995, ago. 2/1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, n.º iv.

legislador para introducir enmiendas al proyecto. Esta restricción está reglamentada por el artículo 217 de la Ley 5 de 1992, que establece que el Congreso de la República podrá presentar propuestas de no aprobación, de aplazamiento o reservas a un tratado o convenio, para aquellos que prevean esta posibilidad. La Corte, en repetidas ocasiones, ha precisado aspectos importantes de esta función. Por ejemplo, en la Sentencia C-277 de 1993, en la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 217 de la Ley 5 de 1995, consideró que es admisible constitucionalmente que el Congreso pueda, en tratados que así lo admitan²⁶:

- aprobar o improbar de forma parcial el tratado objeto de estudio haciendo uso de la figura de reserva;
- formular declaraciones interpretativas²⁷ en caso de que encuentre un contenido del tratado que considere necesario aclarar o limitar a una interpretación particular; y
- aplazar la entrada en vigor del tratado internacional, sin que esto suponga una vulneración al principio de separación de poderes públicos. Además, en la Sentencia C-1034 del 2003^[28], la Corte conceptualizó la enmienda como el cambio sobre el objeto o el fin de tratado, asegurando que en materia de tratados internacionales su introducción es competencia privativa del presidente.

La ley aprobatoria de tratados, como todas las demás leyes, debe cumplir con los cuatro debates necesarios para surtir el trámite legislativo y, además, en virtud del numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, está sujeta a una revisión automática por parte de la Corte Constitucional²⁹, que ejerce control tanto

26 En materia de derecho internacional hay algunos tratados internacionales que *expressis verbis* no admiten la formulación de ningún tipo de reserva por parte de las potencias contratantes (Ramelli Arteaga, 2007); por ejemplo, el artículo 120 del Estatuto de Roma que reza “no se admitirán reservas al presente estatuto”.

27 De acuerdo con César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “¿Es constitucional el TLC?”, *Derechos y Economía. Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, n.º 1 (2007), <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/08/Es-constitucional-el-TLC.pdf>: “la declaración interpretativa, mediante la cual el Estado precisa que aceptará una cláusula del tratado siempre y cuando se excluyan ciertos alcances que considera inconstitucionales. La declaración interpretativa es útil cuando la norma controvertida admite varias interpretaciones (una de las cuales sería constitucional), o cuando la norma es parcialmente inconstitucional. La declaración interpretativa, entonces, busca aclarar que el compromiso que adquiere el Estado se limita al sentido o a la porción de la norma que son constitucionales, y excluye aquellos que sean inconstitucionales” (3).

28 C. Const., Sent. C-1034/2003, nov. 5/2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 De acuerdo con Ramelli (2007), la revisión de los tratados internacionales por parte de tribunales constitucionales fue un tema ampliamente discutido. En el ordenamiento jurídico colombiano, desde el 1914 hasta la sentencia del 6 de junio de 1985, la Corte Suprema de Justicia mantuvo la tesis de que tenía competencia para examinar los tratados internacionales desde la promulgación de la ley aprobatoria hasta antes del canje de ratificaciones. Sin embargo, esta tesis varió con ocasión

material como formal³⁰. Esto, con el objetivo de verificar el cumplimiento del trámite dispuesto para la aprobación de un tratado y asegurar su armonización con la Constitución. En dicho control, la Corte “también podrá formular reservas y declaraciones interpretativas respecto de las normas de un tratado, en virtud del principio de conservación del derecho y de la posibilidad de efectuar sentencias modulativas sobre la exequibilidad de una disposición”³¹.

En este caso, la contracción en el trámite legislativo se deriva de la incapacidad de los legisladores para introducir enmiendas, lo que diluye una parte importante de la dinámica del debate parlamentario y reduce el tiempo para la aprobación del proyecto. Esta limitación se justifica, por un lado, en la necesidad de que el Poder Ejecutivo mantenga los acuerdos que alcanza con otras personas jurídicas del derecho internacional y, por el otro, por la misma naturaleza de algunos tratados multilaterales que, una vez negociados entre los representantes de las personas jurídicas internacionales, no son susceptibles de cambios en parte de su cuerpo. En este caso, la facultad de negociar internacionalmente el contenido de acuerdos no suscita controversias democráticas; por el contrario, los actores políticos aceptan pacíficamente esta atribución como parte de la separación funcional que establece el principio de separación de poderes de la Constitución. A continuación, se describe el *fast track* como una contracción jurídica *sui generis* en el ordenamiento jurídico colombiano.

Funcionamiento del *fast track* y controversias en torno a su funcionamiento

El objetivo del procedimiento legislativo abreviado, o *fast track*, era facilitar el camino para que el contenido sustantivo del acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC adquiriera la cualidad de norma jurídica, legal o Constitucional, en un tiempo reducido. Es decir, su diseño tenía como objetivo asegurar que el procedimiento legislativo fuera lo suficientemente ágil para que en un periodo no mayor de un año los principales contenidos del acuerdo de paz ingresaran al ordenamiento jurídico. El paquete que debía transitar esta vía estaba relacionado sustancialmente con los cinco puntos del acuerdo; por ende, implicaba un

del debate sobre la extradición, que tiene una alta relevancia en escenario nacional, por tratarse de una de las herramientas preferidas del Gobierno para luchar contra el fenómeno del narcotráfico.

30 Para precisar sobre esta competencia, véase la Sentencia C-578/ 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

31 Carlos García Orjuela, “Competencias del Congreso de la República en materia de tratados internacionales: Procedimiento y características de la aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Colombia Internacional*, n.º 61 (2005): 154.

esfuerzo institucional considerable cuyo éxito dependía de la aplicación estricta del principio de colaboración armónica.

Por lo anterior, en el diseño del *fast track* convergieron todas las ramas del poder público. El Ejecutivo tenía la potestad exclusiva de presentar los proyectos que serían tramitados mediante el *fast track*, es decir, ostentaba una iniciativa legislativa de carácter exclusivo para activar este procedimiento abreviado. Una vez radicados en el Legislativo por el Poder Ejecutivo, los proyectos de ley solo debían cumplir con tres debates para entrar al ordenamiento jurídico: el primero en sede de comisión constitucional permanente, en el cual, dependiendo del contenido del proyecto, sesionaron de forma conjunta las comisiones competentes de cada cámara, y dos debates en pleno posteriores al debate conjunto en comisión; mientras que para aprobar un proyecto de acto legislativo (o de reforma constitucional) se pasó de ocho a cuatro debates: dos en comisión constitucional permanente y dos en pleno de cada cámara. Además, el diseño original del *fast track* restringía ciertas calidades ordinarias de los legisladores, como la capacidad de enmendar los proyectos si no se contaba con la autorización previa del Ejecutivo, e imponía la obligación de votarlos en bloque³².

Asimismo, todos los proyectos de ley o de acto legislativo debían soportar un análisis de constitucionalidad de carácter automático por parte de la Corte Constitucional. Este control tenía los siguientes aspectos diferenciales:

- incluía un juicio de teleología, en el entendido de que la Corte debía establecer si el contenido material de cada una de las reformas a la Constitución y los proyectos de ley que transitaron por el *fast track* implementaban efectivamente el acuerdo de paz, pues de dicha conexión dependía su validez jurídica; y
- el control difería frente al previsto para las leyes estatutarias o a las leyes aprobatorias de tratados internacionales, pues a pesar de su carácter automático era posterior a la vigencia de la ley o del acto legislativo. En consecuencia, una vez adquirían entidad jurídica la legislación pasaba a competencia de la Corte. De esta forma, el trabajo de control constitucional y el juicio de contraste que realizó la Corte sobre toda la legislación no afectaba la velocidad del *fast track* para que el paquete normativo se integrara al ordenamiento jurídico. Esta regla, no obstante, no aplicaba para las leyes estatutarias, que se sometían a un control automático y previo.

32 Literales b y j del artículo 1 del Acto Legislativo 1/2016.

En el diseño original del *fast track* concurrían los elementos de otras contracciones del procedimiento legislativo. En términos de longitud para expedir legislación, el *fast track* adoptó el modelo del mensaje de urgencia, en el cual las comisiones constitucionales permanentes sesionan de forma conjunta prescindiendo de un debate y alterando la lógica incremental del procedimiento legislativo³³. En términos de afectaciones a la dinámica del procedimiento, el diseño original del *fast track* acogió la condición de intangibilidad que arroja a los proyectos de ley para la aprobación de tratados internacionales, así como a las partidas presupuestales del PND, de tal forma que los legisladores solo podían reformar los proyectos con autorización previa del Gobierno. A esto le sumó la obligación de votar en bloque, o en bancada, cada uno de los proyectos.

La concurrencia de los anteriores elementos dentro del *fast track* resulta original en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque no se aleja en diseño de otros procedimientos legislativos especiales que también sobreponen el principio de colaboración armónica al de separación funcional de poderes. Particularmente, el *fast track* resulta similar al trámite legislativo de las partidas presupuestales del PND, pues en este último caso las comisiones económicas de cada una de las cámaras sesionan de forma conjunta, por lo que el trámite legislativo se contrae en un debate y se mantiene sobre su contenido un presupuesto de intangibilidad que evita que los legisladores introduzcan cambios sin la autorización del Poder Ejecutivo. La diferencia radica en que el PND no tiene un control automático por parte de la Corte Constitucional, y en caso de que el Congreso no lo apruebe, el Ejecutivo adquiere la competencia para dotar de entidad jurídica las partidas presupuestales recurriendo a la facultad reglamentaria, es decir, por decreto.

El parecido en el diseño entre ambos trámites legislativos contrasta con la diferencia en el nivel de controversia política que suscitan. Mientras que el procedimiento por el que se aprueba el PND es aceptado políticamente como un trámite legislativo especial que se utiliza al inicio de cada periodo presidencial, el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, o *fast track*, despertó profundas controversias. No obstante, la semejanza entre el diseño del *fast track* y otras contracciones legislativas despierta dudas sobre el origen de la controversia. En otras palabras, la asunción de que el diseño *fast track* fue la causa de sus críticas omite la existencia de otras contracciones legislativas que son pacíficamente aceptadas,

33 Se habla del diseño original debido a que los literales *b* y *j* del Acto Legislativo 1/2016 después de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Iván Duque Márquez y Álvaro Uribe Vélez se declararon inconstitucionales en la Sentencia C-332/ 2017 porque sustituyen la Constitución y por lo tanto sobrepasaban las facultades de reforma del Congreso (C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

lo que, como mínimo, despierta un margen de desconfianza sobre este supuesto y orienta la discusión, ya no hacia el diseño del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, sino hacia limitaciones a la capacidad de negociación que tenían los legisladores frente al Ejecutivo en un tema como la implementación del acuerdo de paz. En otras palabras, como el acuerdo suscitó hondas controversias políticas, es natural que los representantes democráticos quieran tener una posición favorable para negociar y obtener los réditos más altos posibles.

A continuación, se explora en profundidad el objetivo del *fast track* y cómo las críticas políticas apuntan, más que a elementos de su diseño, hacia las limitaciones a la capacidad de negociación del legislador.

EL FAST TRACK DENTRO DE LA ESTRATEGIA DE IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO

A diferencia de otros procesos de paz, en la experiencia comparada el acuerdo entre el Gobierno y las FARC no despertó una completa renovación constitucional³⁴. Por el contrario, el acuerdo se acomodó a los presupuestos jurídicos de la Constitución de 1991. En parte, porque esta carta tiene una amplia matriz jurídica para la consolidación de la paz³⁵, que permitía que la Corte Constitucional valorara de forma positiva los esfuerzos del presidente Santos para alcanzar la paz, incluidas las reformas constitucionales necesarias para lograr este fin³⁶. En este sentido, la Corte declaró constitucional el *fast track* en un primer momento, por ser una garantía jurídica dentro de la Constitución para la implementación del acuerdo, pero también porque la realidad política del país era reacia a que se

34 Véase, por ejemplo, Drucila Cornell, *Law and revolution in South Africa: Ubuntu, dignity, and the struggle for constitutional transformation* (Nueva York: Frodham University Press, 2014).

35 Como destaca Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo: Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 confluyeron diferentes versiones de la paz que terminaron atemperándose entre sí dentro de la Carta Política. En gran medida, la paz era un anhelo nacional de diversos sectores políticos, a pesar de que no había un acuerdo sobre su significado que permitiera articularlo. En la Asamblea confluyeron tres concepciones ideológicas de la paz: “Desde la izquierda se pugnó por aumentar la justicia social y lograr una efectiva redistribución del ingreso como medios para alcanzar la paz [...]. El presupuesto de la paz liberal era la falta de legitimidad del Estado, por lo que el objetivo de la Asamblea desde esta ideología fue defender la necesidad de estructurar un amplio catálogo de derechos fundamentales y de apoyar el ingreso de la izquierda a la política [...]. La paz conservadora se planteó desde la urgencia por fortalecer el poder y la presencia del Estado mediante el monopolio de las armas y el orden”. García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo*, 46-57.

36 Esta posición se puede verificar en las siguientes sentencias: C. Const., Sent. C-579/2013, ago. 28/2013. M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

activara el poder constituyente en el marco del proceso de paz con las FARC, lo que se tradujo en que el Gobierno evitara que la negociación tomara este cauce³⁷.

En consecuencia, el valor jurídico del acuerdo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano provocó importantes controversias. Una parte del problema surge de la ausencia de regulación por parte del derecho internacional público frente a los acuerdos de paz que firman Estados reconocidos internacionalmente con grupos armados irregulares, ya que tradicionalmente este tema estaba amparado por el halo de soberanía de cada Estado, razón por la cual se considera un asunto interno, lo que merma la posibilidad de que este tipo de acuerdos tengan una vinculatoriedad jurídica por sí mismos³⁸. Para soslayar este problema y asegurar la intangibilidad del contenido del acuerdo, se argumentó que mediante el bloque de constitucionalidad (artículo 93 Superior), en virtud del cual los tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario adquirirían rango constitucional, era posible dotar al acuerdo de entidad jurídica con rango de norma constitucional. En consecuencia, el acuerdo de paz se depositó ante el Consejo Federal Suizo con el propósito de que fuera tratado como un acuerdo humanitario en los términos del artículo 2 común de los tratados de Ginebra e ingresara al ordenamiento jurídico por medio del bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-379 del 2016^[39], rechazó esta idea y estableció que el acuerdo no tenía valor jurídico en sí mismo ni formaba parte del bloque de constitucionalidad, ni siquiera en sentido lato, sino que debía transitar por un canal diferente de incorporación al ordenamiento jurídico. Para esto debía seguir la matriz de competencias que establece la Constitución. En palabras del Tribunal:

Lo primero que debe advertirse es que la noción de acuerdo final concuerda con el de una “decisión de transcendencia nacional”, en los términos del artículo 104 C. P. A su vez, la Sala evidencia que dicho acuerdo corresponde a una política pública

37 Juan Manuel Santos, *La batalla por la paz* (Bogotá: Planeta, 2019); y Humberto de la Calle, *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana* (Bogotá: Debate, 2019).

38 Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Isabel Güiza Gómez, “Pacigerancia: El valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional”, *Latin American Law Review* n.º 3 (2019): 49-78, <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.03>, después de revisar en profundidad las diferentes opciones dentro del derecho internacional público y encontrar que resultan insuficientes para dotar de valor jurídico a los acuerdos de paz entre Estados y grupos armados irregulares, proponen una nueva figura conocida como *pacigerancia*, en virtud de la cual, de forma transitoria, a los grupos armados irregulares que tengan voluntad de paz se les reconozca un estatus internacional transitorio para que los acuerdos tengan valor jurídico.

39 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

que carece de naturaleza normativa en sí misma considerada. Se ha señalado en esta sentencia que, a partir de la información disponible sobre los asuntos debatidos en la etapa de negociación del acuerdo final, estos consisten en una serie de compromisos entre las partes, comprendidos como una agenda política susceptible de implementación posterior. Esto implica que no contiene, ni podrá contener, proyectos específicos de legislación o de enmienda constitucional que se pretendan incluir directamente en el orden jurídico.⁴⁰

En consecuencia, se debía utilizar otro canal para el ingreso del contenido del acuerdo al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. La latente necesidad de que su contenido hiciera tránsito a normas de la más alta jerarquía dentro del sistema de fuentes, es decir a leyes y actos legislativos, posicionó al Poder Legislativo como uno de los principales canales para la implementación. Sin embargo, el procedimiento legislativo ordinario resultaba inadecuado, en cuanto a su agilidad, para que la implementación normativa fuera rápida. Una opción era que se facultara al Ejecutivo de forma extraordinaria con la capacidad de dictar las normas necesarias para la implementación del acuerdo.

No obstante, este tipo de facultades, dado el sistema de pesos y contrapesos de la Constitución, no puede extinguir la competencia del Congreso de la República como depositario del Poder Legislativo. Por esta razón, la legislación calificada, así como las reformas a la Constitución, aun con las facultades extraordinarias de origen constitucional, debían transitar por el Congreso⁴¹. De esta forma, para incluir el paquete de instituciones que conforman el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) —es decir, a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV)—, así como otras garantías necesarias, como el blindaje jurídico del acuerdo y la participación política de las FARC, era necesario acudir al Congreso.

Además, confiar solo en las facultades extraordinarias para la estrategia de implementación suponía no solo un déficit deliberativo, sino una latente debilidad para la estabilidad de la implementación. Principalmente porque el acuerdo precisaba de normas de carácter estatutario, así como de reformas constitucionales sobre las que se acrecentaba la viabilidad jurídica de la implementación.

40 *Ibid.*, n.º 50.1.

41 En este caso, los resultados son inciertos. Si bien se supone que el Ejecutivo es mucho más ágil que el legislador para afrontar ese tipo de tareas, un volumen muy extenso de trabajo también puede truncar al Poder Ejecutivo. En concreto, expedir alrededor de treinta y cinco decretos de considerable extensión que además debían soportar un control de la Corte Constitucional puede resultar difícil incluso para un Estado de las dimensiones del colombiano.

Para solventar este problema, el Gobierno, con participación de la sociedad civil⁴², impulsó la idea de diseñar un procedimiento legislativo especial y abreviado que permitiera adelantar las reformas constitucionales necesarias, así como los estatutos normativos para la implementación del acuerdo. Los elementos de este mecanismo en materia legislativa, como se indica en varios apartes de este capítulo, no son extraños a otras contracciones del procedimiento legislativo. En consecuencia, el elemento jurídico más novedoso no es que se trate de una versión abreviada del procedimiento legislativo, sino la contracción al procedimiento de reforma constitucional, que pasó de ocho a cuatro debates. Por su parte, el elemento político más innovador no es que exista un desbalance entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, sino que soportara una garantía jurídica para la implantación del acuerdo de paz que disminuía en un momento de controversia democrática las capacidades de negociación del Legislativo frente al Ejecutivo.

En materia política, la paz presenta una dificultad medular consistente en las controversias acerca del medio adecuado para lograr tal fin. Si bien todos los actores políticos en el espectro institucional —al menos formalmente— reconocen que la paz es un objetivo de máxima relevancia, también disienten en el camino para alcanzarla. Una amplia participación política en esta discusión por parte del Poder Legislativo cuando ya el Ejecutivo había definido los medios para alcanzar la paz con las FARC suponía la apertura de un nuevo espacio de negociación en donde el Ejecutivo iniciaba con una debilidad estructural consistente en la necesidad de asegurar que los proyectos de ley y reformas a la Constitución que implementaban el acuerdo se mantuvieran intactos durante la deliberación parlamentaria. Esto supondría que el Ejecutivo debía desplegar toda su capacidad de negociación para lograr las coaliciones legislativas necesarias para blindar sus proyectos. Por el contrario, si se limitaban los espacios de participación, también se mitigaba la debilidad estructural del Ejecutivo, con lo que se lograba equilibrar la balanza en la negociación con los legisladores.

La limitación en la participación política supone una reducción en la capacidad de los legisladores para negociar con el Ejecutivo. Si los legisladores pueden proponer enmiendas a un proyecto, tienen un espectro mucho más amplio de negociación con el Ejecutivo porque su poder no se limita a aprobar o improbar lo que este propone, sino que tienen la capacidad de transformarlo y de abrir espacios de negociación en cada etapa del trámite legislativo. El Ejecutivo, en

42 El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) desempeñó un papel importante en la definición de aspectos medulares frente a las discusiones jurídicas en torno al acuerdo, especialmente el destacado constitucionalista Rodrigo Uprimny, a quien, entre muchas otras contribuciones, se le debe el nombre popular, es decir, *fast track*.

consecuencia, debe cuidar la aprobación, es decir, los votos favorables, y al tiempo impedir que se aprueben cambios que van en contra de sus intereses, lo que lo obliga a desplegar un mayor poder de convencimiento. En cambio, cuando la función legislativa se reduce a aprobar o improbar, la capacidad para negociar que tiene el legislador disminuye de forma ostensible, y el Gobierno alivia la carga de negociación. El efecto correlativo es que los legisladores pierden fortaleza en su relación con el Ejecutivo, pues ya no pueden matizar su posición introduciendo enmiendas a un proyecto que apoyan en alguna medida, pero respecto del cual tienen diferencias particulares, sino que deben optar por su aprobación. Esto también se traduce en que el Ejecutivo solo debe desplegar su convencimiento sobre el acto de aprobación y no sobre cada una de las enmiendas que propusieran los legisladores, lo que supone una ventaja estratégica cuando el Gobierno debe impulsar varios proyectos en un término reducido.

La disminución en la capacidad de negociación, además, se vio acompañada de una ausencia de consenso democrático. La comparación entre el *fast track* y las otras contracciones al procedimiento legislativo permite concluir que la disminución en la capacidad de negociación de los legisladores es aceptable políticamente siempre que se pueda verificar la existencia de una decisión tomada por medios democráticos que presume algún grado de consenso sobre la aplicación de dicha contracción. En caso contrario, la controversia política se intensifica sin que el centro de atención sea, en sí mismo, el diseño de la contracción.

CONCLUSIÓN: ¿DELIBERACIÓN Y NEGOCIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO?

En una democracia, el procedimiento legislativo debe integrar la participación política en condiciones de igualdad, la regla de mayorías para tomar decisiones y el ideal de deliberación entre quienes componen el Órgano Legislativo. La forma como se articulan estos elementos permite maximizar o reducir los valores que enarbola la democracia, al tiempo que incrementar o disminuir el poder de negociación que tienen los legisladores frente a los demás poderes públicos, en particular frente al Ejecutivo, que normalmente está interesado de forma activa en la producción legal.

En Colombia, el diseño del procedimiento legislativo ordinario está orientado hacia la deliberación; sin embargo, el mismo ordenamiento permite contracciones en las que el ideal deliberativo es secundado y en su lugar prima la agilidad. El análisis de estas contracciones permite establecer que su aplicación

está precedida de mecanismos que permiten evidenciar una voluntad democrática, como la aplicación de la regla de mayorías para la admisión de la contracción —como sucede en el mensaje de urgencia—. De tal forma que la disminución en la capacidad de negociar, que permite la agilidad del trámite, se sustenta en un acuerdo previo sobre la necesidad de contraer el procedimiento legislativo.

Por lo anterior, en este capítulo desconfío de la idea de que la controversia política en torno al *fast track* estaba impulsada únicamente por su diseño, pues este mecanismo convertía al legislador en un notario de la voluntad del presidente. La sospecha se origina en el hecho de que son pacíficamente aceptadas otras contracciones al procedimiento legislativo, aun cuando su diseño también reduce la capacidad de deliberación del Congreso con miras a fortalecer la colaboración armónica entre el presidente y el legislador. Por ende, no es que políticamente fuera inadmisibile el *fast track*, pues existen otras contracciones con efectos similares que son pacíficamente aceptadas, sino que su aplicación cuando no está precedida por mecanismos que permitan la configuración de una voluntad democrática previa supone una limitación en la capacidad de negociar de los legisladores cuando se mantiene la fuente misma que impulsa una negociación entre el legislador y el Ejecutivo, esto es, el disenso. En este caso, el epicentro de la controversia política tenía una escala gigante: la implementación normativa de un acuerdo de paz. En este sentido, la erosión política que produjo el *fast track* se explica por la disminución en la capacidad legislativa de negociar cuando se mantiene un disenso de semejante escala.

A su vez, la necesidad de disminuir la capacidad de negociación del legislador se explica porque supone un menor esfuerzo en el poder de convencimiento que debe desplegar el Ejecutivo para la aprobación de proyectos de su interés. En este sentido, el *fast track*, al reducir la capacidad de negociación, mitigaba una debilidad estructural del Ejecutivo, que se presentaba al tener que implementar normativamente un acuerdo de paz negociado con anterioridad, buscando no solo que los legisladores lo aprobaran, sino que su contenido se mantuviera a lo largo del trámite.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 1/2016.

Bonilla, Daniel. “La economía política del conocimiento jurídico”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito/Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 2, n.º 1 (2015): 26-59.

- C. Const., Sent. C-277/1993, jul. 22/1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sent. C-282/1995, jun. 29/1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sent. C-344/1995, ago. 2/1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sent. C-710/1998, nov. 25/1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sent. C-363/2000, mar. 29/2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sent. C-578/2002, jul. 30/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sent. C-962/2003, oct. 21/2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sent. C-1034/2003, nov. 5/2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sent. C-533/2004, may. 27/2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sent. C-573/2004, jun. 8/2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Sent. C-795/2004, ago. 24/2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Sent. C-377/2008, abr. 23/2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sent. C-714/2008, jul. 16/2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sent. C-801/2008, ago. 20/2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sent. C-077/2012, feb. 15/2012. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sent. C-363/2012, may. 16/2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sent. C-747/2012, sep. 6/2012. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Sent. C-579/2013, ago. 28/2013. M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sent. C-670/2014, sep. 10/2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-637/2015, oct. 7/2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Sent. C-016/2016, ene. 27/2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Sent. C-379/2016, jul. 18/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sent. C-699/2016, dic. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Cornell, Drucila. *Law and revolution in South Africa: Ubuntu, dignity, and the struggle for constitutional transformation*. Nueva York: Frodham University Press, 2014.
- De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana*. Bogotá: Debate, 2019.
- Ferres Comella, Víctor. “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 356-380. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- García Jaramillo, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- García Orjuela, Carlos. “Competencias del Congreso de la República en materia de tratados internacionales: Procedimiento y características de la

- aprobación de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Colombia Internacional*, n.º 61 (2005): 148-161.
- González Jácome, Jorge. *Estado de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana, 2015.
- Guardiola, Aroldo. “Semblanza histórica del unicameralismo y el bicameralismo en Colombia”. *Prolegómenos. Derechos y Valores* 17, n.º 33 (2014): 97-108. <https://doi.org/10.18359/dere.785>.
- Kelsen, Han. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2008.
- L. 5/1992.
- L. 152/1994.
- L. 5/1995.
- Levitsky, Steven y Daniel Ziblatt. *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel, 2018.
- Palacios Torres, Alfonso. *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Ramelli Arteaga, Alejandro. “Facultad del Congreso de introducir reservas y declaraciones interpretativas al aprobar un tratado internacional”. *Derecho de Estado*, n.º 9 (2007): 81-93.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. “Concepto y titularidad de la iniciativa legislativa: Precisiones de la jurisprudencia constitucional”. *Vniversitas* 58, n.º 118 (2009): 229-245. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14518>.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. “¿Es constitucional el TLC?”. *Derechos y Economía. Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas*, n.º 1 (2007). <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/08/Es-constitucional-el-TLC.pdf>.
- Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz*. Bogotá: Planeta, 2019.
- Sierra Porto, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Diana Isabel Güiza Gómez. “Pacigerancia: El valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional”. *Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 49-78. <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.03>.
- Waldron, Jeremy. *Law and disagreement*. Nueva York: Oxford University Press, 1999.

CAPÍTULO 3

RESTRICCIONES INFLEXIBLES EN TIEMPOS EXTRAORDINARIOS: LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS PARA LA PAZ*

Yenny Andrea Celemín Caicedo

INTRODUCCIÓN

El acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno de Colombia y el grupo alzado en armas FARC en el 2016 incluía la atención de demandas ya reconocidas en nuestro orden constitucional y legal, y también de nuevas reivindicaciones en diversos sectores económicos y sociales. Estas medidas conformaban la base de un acuerdo entre las partes para poner fin al conflicto armado interno que por más de cincuenta años azotó a Colombia. Tal multiplicidad de tareas fue colgada en diversos puntos del acuerdo de paz, con la pretensión de que fueran ejecutadas en la llamada fase de implementación, también conocida como el posacuerdo¹, por una arquitectura institucional acondicionada y diseñada para atender los compromisos de la paz. Sin embargo, la urgencia para dotar de efectos materiales a estos compromisos se vio limitada, en algunos casos, por normas y barreras ordinarias. Restricciones del ordenamiento jurídico previamente creadas para servir de parámetro de contención del gasto público y, por extensión, del crecimiento desmedido de la estructura del Estado se convirtieron en un obstáculo que impidió la pronta concretización de ciertos puntos de la nueva arquitectura institucional ordenada por el acuerdo de paz. Igualmente, la interpretación judicial de la Corte Constitucional tendiente a evitar un uso arbitrario de las facultades legislativas del Ejecutivo autorizadas a raíz del proceso de paz obstaculizó la pronta ejecución de decisiones importantes para la adecuada puesta en marcha de los acuerdos.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.708>.

1 Manuel Bayona, "Fortalecer la institucionalidad: Prerrequisito para construir la paz en el posacuerdo colombiano", *Reflexión Política* 18, n.º 35 (2016): 156.

En este capítulo sostengo que los instrumentos creados por cuenta del Acto Legislativo 1 del 2016 para lograr que las obligaciones del Estado fruto de los acuerdos fueran implementadas prontamente tuvieron que sortear barreras normativas e interpretativas dispuestas en tiempos ordinarios. A partir de la descripción y síntesis de algunas de las decisiones de control constitucional de las facultades extraordinarias para la paz evaluaré la forma como la realización de estos nuevos compromisos estatales se vio ralentizada. Para fundamentar esta evaluación, el artículo está dividido en varias partes. En la primera, se esboza brevemente el nuevo diseño del Estado colombiano a partir de los compromisos asumidos en el proceso de paz. La segunda recoge las fórmulas establecidas desde el punto de vista jurídico para atender las nuevas competencias en cabeza del Estado surgidas como consecuencia de los acuerdos, para centrarse en el uso de una de ellas y la expedición de decretos con fuerza de ley por parte del presidente de la República. En la tercera analizo el uso de esta fórmula y las restricciones impuestas desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional a los mecanismos e instrumentos contemplados en estos decretos para adelantar estos compromisos. Este recorrido culmina con una evaluación de los efectos de estas restricciones impuestas por la jurisprudencia constitucional a la implementación de los compromisos pactados por el Estado colombiano para materializar los acuerdos por medio de una nueva arquitectura institucional para la paz.

LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA PAZ Y SU CONFIGURACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA COLOMBIA DE LA TRANSICIÓN

Colombia atravesó por un largo periodo de violencia como consecuencia de la existencia de un conflicto armado interno que impactó seriamente las posibilidades de desarrollo económico e institucional en el nivel nacional, y, en especial, en los niveles regional y local². Las estrategias adoptadas a lo largo de este periodo por el Estado colombiano para terminar el conflicto no fueron unívocas. Se destacaron por su polifonía entre las soluciones que pretendían enfrentar el problema mediante la confrontación armada y las que planteaban que la mejor solución posible incluía los canales de la negociación política con los grupos

2 Vanessa Suel, “Descentralización, Gobierno y democracia en el posconflicto”, en *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, editado por Gerardo Ruiz Rico, Rafael A. Prieto Sanjuán e Ildikó Szegedy (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2018).

alzados en armas. A pesar de la diversidad de soluciones, en el periodo histórico reciente el Estado colombiano se decantó por la búsqueda de una respuesta negociada al conflicto armado interno. Por este motivo, desde el 2012 y hasta el 2016, se desarrolló una estrategia de negociación que culminó con la celebración de un acuerdo de paz con el grupo guerrillero FARC. Los compromisos y acuerdos a los que se llegó durante este proceso de negociación fueron muchos y tuvieron una naturaleza diversa, pero una característica importante de estos fue su interconexión con la generación de una nueva arquitectura estatal que tendría la tarea de implementar las competencias a las que se había comprometido el Estado en razón del acuerdo de paz.

Esta arquitectura institucional para la paz o *burocracia de la paz*³, en los términos de algunos administrativistas nacionales⁴, se define como el conjunto de órganos o instituciones ya existentes o de nuevos entes, tanto del sector central como del nivel descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, así como de otros órganos y ramas del poder público, con la tarea de diseñar, coordinar y/o ejecutar las competencias producto de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el proceso de paz. Competencias relacionadas con la modernización de las instituciones para atender un desarrollo agrario vinculado con la realización de una reforma rural integral; la reconfiguración de las instituciones garantes de la democracia, especialmente de los órganos electorales; la creación de condiciones para facilitar la reincorporación de los miembros de las FARC a la sociedad y proteger la vida y la seguridad personal de los excombatientes y demás actores sociales; la incorporación de un nuevo sistema de justicia basado en enfoques restaurativos: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJNR); y la determinación de una serie de nuevos órganos, comisiones y sistemas administrativos para asegurar y garantizar la implementación de los acuerdos, se incorporaron en el acuerdo final con la vocación de modificar la arquitectura institucional del Estado colombiano.

Este proceso de variación de la arquitectura institucional del Estado como producto del acuerdo de paz implicaba, correlativamente, una ampliación del tamaño del Estado. En efecto, la estructura estatal iba a requerir de una adaptación para que, desde los puntos de vista administrativo y fiscal, le resultara posible al Estado acercarse a la materialización de los diversos cometidos producto de la

3 La burocracia de la paz ha sido definida en los siguientes términos: “Esta normatividad creó, modificó o inaplicó, de forma temporal, pero con efectos a mediano y largo plazo, la estructura orgánica del Estado y su planta de personal”. Antonio Alejandro Barreto, “Efectos de la implementación del acuerdo de paz en la estructura orgánica de la paz: La burocracia de la paz”, *Precedente*, n.º 10 (2017): 185-224.

4 *Ibid.*

negociación. Pero el ensanchamiento de la arquitectura institucional en contextos de transición no es un asunto particular o especialísimo ocurrido solo en el caso colombiano. Por el contrario, la literatura sobre las transiciones como consecuencias de esta clase de procesos ha sido enfática en señalar, e incluso en recomendar, este tipo de medidas:

La gran conclusión de la literatura, sobre la cual existe evidencia empírica, es que el tamaño del Estado debe aumentar para que un posconflicto sea exitoso. Carmignani y Gauci, por medio de un análisis probit, estiman el efecto de la política fiscal en la probabilidad de mantener la paz en un periodo de posconflicto en algunos países africanos. Sus resultados indican que en este tipo de transiciones el tamaño del Estado se incrementa, especialmente, en lo relativo al gasto de inversión, y no tanto al de funcionamiento, aunque a veces se encuentran aparejados. [...]. Una segunda conclusión consiste en que la interacción entre economía y paz necesita de una buena relación entre economía y política y normas flexibles para afrontar las novedades.⁵

Los diseñadores del acuerdo de paz y de los instrumentos legales que se adoptarían para su concretización estaban conscientes de la ocurrencia de estos fenómenos de crecimiento del tamaño del Estado y de la necesidad de crear normas flexibles para absorberlo. A pesar de la importancia de estos aspectos para permitir la concretización de lo acordado, los asuntos de diseño institucional y del impacto del proceso en la estructura estatal han sido objeto de una atención más bien escasa tanto por el derecho administrativo como por la literatura sobre la transición en Colombia. La identificación de las transformaciones de la arquitectura institucional como consecuencia del proceso de paz del 2016, los análisis sobre el crecimiento del tamaño del Estado a raíz de este proceso y sus impactos fiscales, o las descripciones sobre la flexibilidad normativa requerida y utilizada para la incorporación de las novedades institucionales producto de los acuerdos han sido abordados muy superficialmente. Desde lo jurídico, dos explicaciones pueden servir para justificar esta carencia de preocupación por esta temática. La primera de ellas está ligada a la complejidad de determinar este nuevo mapa institucional. La segunda tiene relación con el papel hiperprotagónico del rediseño del componente de justicia en estos ajustes a la arquitectura del Estado como producto del acuerdo de paz.

5 Eleonora Lozano, “Perspectivas jurídicas para la paz colombiana: Algunas consideraciones económicas”, en *Perspectivas jurídicas para la paz*, editado por Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo Sierra (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016), 45.

La primera explicación conectada con la complejidad de la tarea de desovillar esta arquitectura institucional tiene que ver con la amplitud, la dispersión y la diversidad de las fuentes normativas y jurídicas que han contenido y contienen estos diseños o propuestas de diseño institucional. A pesar de lo anterior, el derecho administrativo ya ha comenzado la tarea de describir dicha arquitectura institucional para la paz con ocasión del acuerdo de paz firmado en el 2016. Dentro de los escasos textos que abordan esta temática resulta de singular relevancia el aporte de Barreto⁶ sobre la materia. Este autor ha realizado su propuesta de mapeo de esta arquitectura institucional y ha destacado sobre la importancia de esta labor que

[...] si bien las competencias asignadas al Congreso y al Ejecutivo para emitir las normas son limitadas en el tiempo, no lo son los efectos de sus reformas, ni tampoco lo será el impacto que ellas puedan tener en temáticas como el diseño institucional, la carga burocrática y el impacto fiscal. Algunas de las entidades creadas implementarán, desarrollarán o evaluarán políticas públicas a mediano y largo plazo, también juzgarán a muchos ciudadanos durante las siguientes décadas, de allí la relevancia de conocerlas y valorar su impacto.⁷

A esta amplitud normativa —que por fortuna ya empieza a ser objeto de sistematización— hay que sumar un componente que explica la dificultad de esta tarea: la dispersión normativa existente sobre la materia. En efecto, las estrategias legales creadas para configurar la arquitectura institucional para la paz han sido diversas y escalonadas en su tiempo. Aunque el proceso de paz fue adelantado en un periodo concreto de la historia de Colombia, este periodo no puede desligarse de los procesos o de las negociaciones de paz previas⁸. Tales experiencias sirvieron de base para alimentar el proceso de paz que culminó en el 2016, pero también nutrieron la arquitectura institucional con algunos órganos e instituciones insertadas con antelación en la estructura orgánica del Estado. Sin embargo, por cuenta de las discontinuidades en estos procesos o negociaciones previas, estos órganos estuvieron disgregados en varios sectores administrativos por mucho tiempo.

6 Barreto, “Efectos de la implementación”.

7 *Ibid.*, 9.

8 La L. 1448/2011, ley de víctimas, puede entenderse como el resultado de los procesos de negociación anteriores que se proyectan sobre el proceso de paz del 2016. Esta norma es un claro ejemplo de una fuente que debe ser tomada en consideración para comprender a cabalidad el mapa de la arquitectura institucional para la paz.

En la actualidad, esta dispersión sigue presente si se analiza con detenimiento el mapa orgánico del Estado. Los entes creados o encargados de desarrollar competencias relacionadas con la terminación del conflicto y la consecución de la paz se encuentran adscritos al denominado sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a algunos ministerios. Las leyes 489 de 1998 y 1444 del 2011, que en la actualidad delimitan el mapa de la estructura administrativa de la Rama Ejecutiva del Estado colombiano son normas anteriores al proceso de paz y no contienen ninguna alusión a un sector administrativo encaminado a cumplir con estas tareas. Por este motivo, estas normas jurídicas no determinan elementos que permitan la incorporación de los órganos e instituciones necesarias para encargarse de los temas de paz en un solo sector administrativo. La Ley 1444 del 2011 únicamente autoriza el uso de facultades extraordinarias para que mediante un decreto ley el Gobierno nacional cree “las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplan las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar”. A partir de esta autorización de la Ley 1444 del 2011, el Gobierno nacional fue creando una estructura administrativa a la que terminó denominando el sector de Inclusión Social y Reconciliación⁹. Aunque fue creado para asumir algunas de estas tareas, tampoco unifica todas las competencias requeridas para el desarrollo y la implementación de la paz. De forma tal que, aunque algunos de estos elementos llevan cierto tiempo integrando el intrincado mapa institucional del Estado, no han sido objeto de demasiada atención por la doctrina administrativa¹⁰.

9 Esta estructura inició con la creación de la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia por el D. L. 4152/2011. Tal agencia fue transformada después, con base en las mismas competencias extraordinarias conferidas al presidente en la L. 1444/2011, en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, mediante el D. L. 4155/2011. Es este decreto el que crea en su primer artículo el denominado sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación.

10 Los textos clásicos de la literatura orgánica en derecho administrativo de Colombia no identifican el sector de Inclusión Social y Reconciliación como uno de los sectores administrativos que conforman la estructura de la Rama Ejecutiva del Estado. Solo hacen una mención al pasar del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social (Jaime Vidal, *Derecho administrativo* [Bogotá: Temis, 1995], 133; Libardo Rodríguez, *Estructura del poder público en Colombia* [Bogotá: Temis, 2015], 96), como un ejemplo de la categoría de departamentos administrativos en la tipología de órganos del nivel central. Sin embargo, algunos artículos son una excepción a estas afirmaciones; entre ellos, se destaca el de Gabriela Recalde, “En lo que está a mi alcance les ayudo: Los funcionarios de base y las víctimas en el proceso de declaración para la inscripción en el Registro Único de Víctimas del Conflicto Armado”, en *Etnografías burocráticas*, editado por Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019), que analiza el papel de la Unidad de Víctimas para la determinación e inclusión de las víctimas del conflicto armado colombiano y enmarca esta entidad dentro de su andamiaje administrativo. Otra excepción se encuentra en el trabajo de William Pachón, que al analizar el devenir histórico de los programas de reincorporación de excombatientes describe la labor de la Agencia Colombiana para la Reintegración: William Pachón, “Inclusión social de actores del conflicto armado colombiano: Retos para la Educación Superior”, *Desafíos* 30, n.º 1 (2018).

En este orden de ideas, la inexistencia de un sector administrativo claramente identificable como el encargado de mantener la pacificación dentro del territorio como consecuencia del acuerdo de paz es un factor que incrementa la complejidad de identificar, reconstruir y mapear una arquitectura institucional para la paz.

Por último, la escasa comprensión de la arquitectura institucional para la paz se puede explicar en el sobredimensionamiento del componente de justicia transicional en los estudios sobre el tema¹¹. Tal y como se ha reconocido en nuestro contexto:

En estos estudios, lo jurídico aparece limitado a cuestiones de justicia transicional y de las reformas constitucionales y legislativas que exige un proceso de paz. [Pero] el derecho no comprende las normas jurídicas de rango constitucional y legal, sino también las de tipo administrativo, contractual y policivo. Estas normas de rango inferior definen y pueden llegar a modificar profundamente el sentido de las normas de rango superior.¹²

Estas razones explican esta desatención, pero al mismo tiempo justifican el continuar avanzando en las indagaciones en relación con la arquitectura institucional para la paz. La complementación y el seguimiento de los mapas institucionales ya existentes¹³; el esclarecimiento de los asuntos en materia fiscal que determinen con claridad de dónde salen los ingresos para financiar las competencias producto del posconflicto y que especifiquen cómo y en que se están invirtiendo tales recursos para financiar estas nuevas tareas estatales¹⁴; el análisis del funcionamiento de los mecanismos adoptados para garantizar un cierto nivel de flexibilidad normativa para permitir el crecimiento del Estado a raíz del acuerdo de paz, y otro número de asuntos importantes de naturaleza orgánica deben ser estudiados por la disciplina jurídica con la misma atención que los temas específicamente ligados a la idea de la justicia transicional. De igual manera, estos estudios ameritan una atención que evite que la complejidad en esta clase de

11 Véase una identificación de textos que en el contexto colombiano se han ocupado de esta temática específica en Liliana Estupiñán (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia* (Bogotá: Unilibre, 2018).

12 Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *Perspectivas jurídicas para la paz* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016), 2.

13 Barreto, "Efectos de la implementación".

14 Roberto Junguito, "Los acuerdos de paz y el gasto público", *Tribuna. Revista de Asuntos Públicos* (s. f.); Eleonora Lozano, "Retos para la financiación del posconflicto en Colombia: El caso del municipio de El Calvario", *Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 135-160.

abordajes se constituya en un obstáculo infranqueable. En este orden de ideas, en lo que sigue este escrito continuará analizando la arquitectura institucional para la paz y las estrategias jurídicas diseñadas para complementar y adicionar el engranaje del Estado colombiano en la arquitectura existente.

UNA ESTRATEGIA PROLONGADA EN EL TIEMPO: LOS DISTINTOS PERIODOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA PAZ

El Estado colombiano acudió a un repertorio amplio de mecanismos jurídicos para atender los cambios requeridos en la arquitectura institucional y así incorporar lo planteado en el proceso de negociación y firma del acuerdo de paz. Estas transformaciones se materializaron por medio de una estrategia multinivel, en la que normas de distinto rango permitirían el reacomodamiento del diseño estatal para concretizar la paz. Sin embargo, esta estrategia multinivel no fue adelantada en un momento único; por el contrario, la reacomodación de la arquitectura institucional que se encargaría de afrontar una nueva realidad social gracias a un desescalamiento del conflicto se adelantó en varios periodos. En estas etapas se promulgaron diversos hitos normativos diferenciables entre sí, pero también fuertemente interconectados.

El primer periodo, de acondicionamiento, se adelantó entre el 2011 y el 2015. Como hitos normativos de este periodo se destacan la promulgación de la ley de víctimas, Ley 1448 del 2011^[15]; la expedición de la Ley 1444 del 2011, que otorgó facultades extraordinarias a partir de las cuales el presidente de la República reconfiguró ciertas entidades y creó el sector de Inclusión Social y Reconciliación (decretos ley 4152 del 2011^[16], 4155 del 2011^[17], 4156 del 2011^[18], 4157 del 2011^[19] y 4158 del 2011); y la promulgación de la Ley 1753 del 2015 (Plan de Desarrollo 2014-2018, Todos por un Nuevo País), en la que nuevamente se le otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República

15 Esta ley creó el Centro Nacional de Memoria Histórica (art. 144) y la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (art. 166) y las adscribió al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (arts. 146 y 166, respectivamente).

16 Por el cual se crea la Agencia Presidencial para la Cooperación Internacional.

17 Por el cual se crea el sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación y se cambia la naturaleza de la Agencia Presidencial para la Acción Social en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

18 Por el cual se adscribe el ICBF al sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación.

19 Por el cual se cambia la adscripción de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.

para acondicionar esta estructura. A partir de la ley del PND, se dotó al Ejecutivo para crear varios órganos descentralizados con propósitos tales como promover el desarrollo rural, acercar la presencia institucional para la transformación del campo²⁰ y fortalecer la política de acceso y seguridad jurídica de tierras²¹. Estas facultades extraordinarias fueron ejercidas con la expedición del Decreto Ley 2363 del 2015, que creó la Agencia Nacional de Tierras, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y mediante el Decreto Ley 2366 del 2015, que creó la Agencia de Renovación del Territorio y la Agencia de Desarrollo Rural, también adscritas a este ministerio.

El segundo periodo, denominado de acuerdos políticos y adopción, inició con la suscripción del acuerdo de paz, en Cartagena, el 26 de junio del 2016 y terminó con la refrendación por parte del Congreso de la República del acuerdo de paz final, el 26 de noviembre del 2016. Aunque durante este segundo periodo no se incrementó el tamaño del Estado, ni se cambiaron cuestiones de diseño institucional para la incorporación de una arquitectura institucional para la paz, aquí fue fundamental la decisión de permitir que esos cambios ocurrieran por una vía rápida. Por este motivo, mientras las partes del proceso de negociación finalizaban la redacción de los acuerdos, en el Congreso de la República se tramitaba el Acto Legislativo 1 del 2016, entre el 15 de septiembre del 2015 y el 7 de julio del 2016. Este acto legislativo permitió un posterior acortamiento de los términos para la producción de normas de diversa naturaleza y rango con el propósito de acelerar la etapa de implementación. Sobre este acto legislativo se ha señalado:

El acto legislativo otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que este pueda decretar medias legislativas necesarias para la puesta en marcha de los acuerdos. En tercer lugar, el proyecto creó un procedimiento legislativo especial para la paz que se caracteriza por ser más rápido y comprimido que el procedimiento legislativo ordinario. Este procedimiento especial modifica el procedimiento legislativo ordinario en aspectos relacionados con (i) iniciativa legislativa; (ii) poderes de enmienda de los legisladores (iii); número de debates para la aprobación de los proyectos de ley y de actos legislativos; (iv) determinación de las condiciones de validez de los debates para el trámite de actos legislativos; y (v) formas de votación de los proyectos de ley y de actos legislativos.²²

20 L. 1753/2015, art. 107, literal b.

21 *Ibid.*, literal a.

22 Yenny Andrea Celemín, “¿Qué tan especial es el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz?”, *Acciones legislativas: Una aproximación multivalente del papel del Legislativo a los desafíos de Colombia*, (Bogotá: Senado de la República de Colombia, s. f.), 44.

Sin embargo, la puesta en marcha de estos mecanismos de vía rápida dependía de la validación popular de los aspectos negociados e incorporados en los acuerdos entre el Gobierno de Colombia y las FARC. En otras palabras, la vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016 estaba ligada a la refrendación popular del acuerdo de paz. La vía escogida para esta validación fue la de realizar un plebiscito autorizado por la Ley 1806 del 24 de agosto del 2016. Esta ley señalaba que “La decisión aprobada a través del plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del acuerdo”. Finalmente, el 2 de octubre del 2016 se llevó a cabo el plebiscito que definiría la suerte del acuerdo. El resultado del plebiscito otorgó la victoria a quienes se oponían a la aprobación del acuerdo por un estrecho margen del 0,43 %, de conformidad con las cifras reportadas por las autoridades electorales de Colombia²³.

En este contexto de incertidumbre, los distintos poderes del Estado empezaron a efectuar diversas movidas para evitar que se frustrara el proceso de paz con el grupo insurgente. Mientras el Ejecutivo modificaba el texto derrotado en las urnas para incorporar algunos cambios y atender de alguna manera al resultado electoral²⁴, el Legislativo discutía la forma de continuar con las fases subsiguientes del proceso de paz. Por otro lado, la Rama Judicial colombiana comenzó a intervenir activamente para aclarar el camino de incertidumbre que se cernía sobre lo que iba a ocurrir tras los resultados del plebiscito²⁵. Finalmente, las dudas surgidas frente a la posibilidad de implementar los acuerdos mediante el voto de los representantes del Congreso de la República, en lugar de por los mecanismos de participación directa, fueron disipadas y se procedió a la firma de un nuevo acuerdo de paz. Sobre este particular se ha comentado:

Tras la derrota el día 2 de octubre de 2016 del plebiscito convocado para dar este aval, el Congreso de Colombia realizó la refrendación de los acuerdos en representación del pueblo de Colombia. Esta refrendación se aprobó con setenta y cinco votos a favor en la plenaria del Senado y con ciento treinta votos en la plenaria de la Cámara.

23 CNE, Res. 14/2016.

24 Sobre este particular, se ha señalado: “El 12 de noviembre del 2016, los delegados del Gobierno nacional y las FARC-EP, luego de realizar cambios, ajustes y precisiones conforme con las proposiciones, alcanzaron un nuevo acuerdo de paz, en el cual fueron acogidas en su gran mayoría las propuestas presentadas por los voceros del no y así, finalmente, el 24 de noviembre se firmó el nuevo acuerdo final en Bogotá”. C. Const., Sent. C-160/2017, mar. 9/2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

25 C. Const., Sent. C-699/2016, sep. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

Para esta finalidad se acudió a la aprobación de una proposición con base en lo preceptuado en el artículo 248 de la Ley 5 de 1992, en la que se regula lo relacionado con la función de control político del Congreso.²⁶

El tercer momento, de implementación por la vía del *fast track*, inició con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016, el 30 de noviembre del mismo año. Esta etapa terminó con la expiración del término de vigencia del mencionado acto legislativo, el 1.º de diciembre del 2017^[27]. Durante esta tercera etapa se promulgaron en total cuarenta y seis normas jurídicas: cinco actos legislativos²⁸, seis leyes de diversa naturaleza, incluidas leyes orgánicas y estatutarias²⁹, y treinta y cinco decretos con fuerza de ley.

Los treinta y cinco decretos con fuerza de ley expedidos estaban dirigidos a cumplir con diversos propósitos. Algunos buscaban la reconfiguración de la arquitectura institucional para facilitar la implementación de los acuerdos. Otros estaban dirigidos a crear y soportar las fuentes e instrumentos de financiación

26 Celemin, “¿Qué tan especial es...?”, 43.

27 Una sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 27 de noviembre del 2017 sirvió para disipar las dudas jurídicas en relación con la expiración de este término. Este alto tribunal determinó que la vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016 se extendía hasta el 1.º de diciembre del 2017. Esta incluyó dos periodos. El primero se extendió por seis meses, hasta el 30 de mayo, día en que vencieron las facultades extraordinarias para la paz. Pero frente a las competencias para tramitar leyes formales se solicitó una prórroga para continuar utilizando el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. Según la decisión del Consejo de Estado, la vigencia del acto legislativo debía contabilizarse desde el 30 de noviembre del 2016. Por ello, el primer término vencía el 30 de mayo del 2017 y su prórroga el 30 de noviembre de esta anualidad, motivo por el cual este procedimiento únicamente podía usarse hasta el 1.º de diciembre del 2017 a la medianoche. El Consejo de Estado determinó que para contabilizar este segundo término de seis meses no era posible incluir el periodo de receso de la legislatura que había iniciado el 20 de junio y culminado el 20 de julio del 2017. C. E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Sent. nov. 27/2017, r. (2360), M.P. Oscar Darío Amaya.

28 Estos son: (1) Acto Legislativo 1/2017, “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”; (2) Acto Legislativo 2/2017, “Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”; (3) Acto Legislativo 3/2017, “Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”; (4) Acto Legislativo 4/2017, “Por el cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución Política”; y (5) Acto Legislativo 5/2017, “Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado”.

29 Estas son: (1) la Ley 1820/2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”; (2) la Ley 1830/2017, “Por medio de la cual se adiciona un artículo transitorio a la Ley 5 de 1992”; (3) la Ley 1865/2017, “Por medio de la cual se exceptúa la Unidad Nacional de Protección de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617/2000”; (4) la Ley 1876/2017, “Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Innovación Agropecuaria”; (5) la Ley 1909/2018, “Por medio de la cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”; (6) la Ley 1957/2019, “estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

de los compromisos pactados³⁰; otros más se encaminaban a regular y facilitar el control constitucional de todo el andamiaje normativo creado a raíz de los acuerdos de paz³¹. Por último, estas facultades presidenciales para la paz se usaron para facilitar procesos y aspectos frente a puntos específicos del acuerdo, como la implementación de amnistías³², la desvinculación de los menores de los grupos ilegales y su certificación por parte de la Oficina del Comisionado de Paz³³, la creación de la visa de residente especial para la paz con el fin de facilitar la reincorporación de los miembros extranjeros de las FARC que se acogieran al proceso de paz³⁴, y la creación de los programas de desarrollo con enfoque territorial³⁵, entre otros muchos.

En relación con el primer punto, es decir, acerca de la nueva arquitectura institucional a partir del proceso de paz, el periodo de implementación impactó distintos sectores administrativos y órganos del Estado. Con la expedición de varios decretos con fuerza de ley, el Gobierno inició la etapa del posacuerdo mediante:

- la creación de comisiones intersectoriales, como la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad³⁶ y del Consejo Nacional de Paz³⁷;
- la configuración y organización de entidades creadas a partir del Acto Legislativo 1 del 2017, tales como la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas³⁸ y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad; y
- la reestructuración de otros órganos o entidades por fuera de la Rama Ejecutiva, como la Unidad Delegada para el Posconflicto de la Contraloría General³⁹ y la Unidad Especial de Investigación para el

30 Una medida importante creada mediante las facultades presidenciales para la paz en este sentido se ejerció con la expedición del D. 691/2017, “Por el cual se sustituye el Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural y Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto por el Fondo Colombia en Paz y se reglamenta su funcionamiento”. Mediante este decreto se reguló el instrumento presupuestal para administrar y ejecutar los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación, los sistemas de regalías y participaciones y fondos privados y de cooperación internacional dirigidos a atender los compromisos pactados. El instrumento creado fue el Fondo Colombia en Paz.

31 D. 121/2017, ene. 26/2017 y D. 889/2017, may. 27/2017.

32 D. 277/2017, feb. 17/2017.

33 D. 891/2017, may. 28/2017.

34 D. 831/2017, may. 18/2017.

35 D. 893/2017, may. 28/2017.

36 D. 154/2017, feb. 3/2017.

37 D. 885/2017, may. 26/2017, “Por medio del cual se modifica la Ley 434 de 1998 y se crea el Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia”.

38 D. 598/2017, abr. 5/2017, “Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”.

39 D. 888/2017, 27 may. 27/2017.

desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o que pongan en riesgo a las personas que participen en la construcción de paz, de la Fiscalía General de la Nación⁴⁰; y

- la modificación de la nomenclatura y estructura de la Agencia Colombiana para la Reintegración, denominada a partir de este periodo de implementación Agencia Colombiana para la Reincorporación y la Normalización⁴¹, la adecuación de la planta de personal de la Unidad Nacional de Protección⁴², o el cambio de adscripción de la recién creada Agencia de Renovación del Territorio, que se incorporó a la arquitectura institucional durante el primer periodo, es decir, el de adaptación.⁴³

La última etapa, de regularización, inició con la culminación de los términos constitucionales en los que se habilitaba el uso del *fast track* a fin de producir legislación formal y material para implementar el acuerdo de paz y se está desarrollando hasta este momento. Por razones de extensión, este trabajo se va a centrar en lo que ocurrió en el tercer periodo, no sin antes advertir sobre la importancia de continuar indagando en lo que ha venido sucediendo en este periodo de regularización. Sin embargo, los balances que hasta el momento se han efectuado sobre lo ocurrido en este último periodo no son muy halagüeños. De acuerdo con ellos, para agosto del 2019 “el 57 % de las normas requeridas para la implementación del acuerdo aún están pendientes de trámite en el Congreso de la República”⁴⁴. En el cuadro 3.1 se hace una breve caracterización de los cuatro periodos que definieron la estrategia multinivel para incorporar la arquitectura institucional para la paz.

40 D. 898/2017, may. 29/2017.

41 D. 897/2017, may. 29/2017.

42 D. 298/2017, declarado inexecutable.

43 D. 2204/2016, dic. 30/2016, declarado inexecutable.

44 “Gobierno y oposición evalúan desarrollo del acuerdo de paz”, *El Tiempo*, 9 de agosto del 2019, <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/balance-de-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz-en-el-ano-de-duque-398620>.

Cuadro 3.1. Distintos periodos en la configuración de la arquitectura institucional para la paz

Nombre de la etapa	Periodo de desarrollo	Impacto en la arquitectura institucional
Acondicionamiento de la infraestructura institucional	2011-2015	• Creación del sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación. • Restructuración del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. • Creación de la Agencia Nacional de Tierras, la Agencia de Renovación del Territorio y la Agencia de Desarrollo Rural.
Acuerdos políticos y adopción	Del 15 de septiembre del 2015 al 26 de noviembre del 2016	• Aprobación de mecanismos de vía rápida para modificar la arquitectura institucional para la paz.
Implementación por la vía del <i>fast track</i>	Del 30 de noviembre del 2017 al 30 de noviembre del 2018	• Creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (Acto Legislativo 1/2017). • Organización de la JEP. • Creación de la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad. • Creación de la Comisión Nacional de Paz. • Creación y organización de la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. • Creación y organización de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad. • Ampliación de la planta de personal para la vigencia 2019 de la Unidad Nacional de Protección^a. • Restructuración de la Contraloría General de la República para la creación de la Unidad Delegada para el Posconflicto. • Creación de la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o que pongan en riesgo a las personas que participen en la construcción de paz. • Modificación de la nomenclatura y la estructura de la Agencia Colombiana para la Reincorporación y Normalización. • Cambio de adscripción de la Agencia de Renovación del Territorio^b.

Continúa...

Regularización		• Un análisis de este periodo requiere de un esfuerzo de investigación que no es materia de este capítulo, puesto que para esta empresa se requiere de un proceso investigativo autónomo, que verifique los cambios desarrollados de forma reglamentaria a estos y otros órganos del Estado en el sector central y en el sector descentralizado a partir del proceso de paz, así como la manera en que estos cambios se han materializado en la práctica. Fuentes que han hecho seguimiento al proceso de paz no dan cuenta de estos aspectos de arquitectura institucional en sus informes. Sobre estos temas se ha señalado: “Los análisis del Instituto Kroc durante el último año muestran que el acuerdo se encuentra atravesando una transición, donde es necesario avanzar en las acciones de mediano y largo plazo. Para la sostenibilidad del proceso es importante que lo acordado se implemente de manera efectiva y participativa en los territorios y lo que se ha iniciado siga por este camino. Es precisamente esta implementación a nivel territorial, con participación plena de la ciudadanía, la que permitirá construir y fortalecer relaciones de confianza entre el Estado y las comunidades, especialmente aquellas más afectadas por el conflicto”^c.
----------------	--	--

a Declarada inexecutable en C. Const., Sent. C-331/2017.

b Declarada inexecutable en C. Const., Sent. C-160/2017.

c <http://peaceaccords.nd.edu/wp-content/uploads/2020/06/Cuarto-Informe-Final-with-Annex-Link.pdf>.

Fuente: Elaboración propia.

LA ESTRATEGIA MULTINIVEL DURANTE EL PERIODO DE IMPLEMENTACIÓN

Durante el periodo de implementación, la táctica para materializar el producto de lo acordado, en especial lo relacionado con las transformaciones al diseño institucional derivadas del acuerdo, reposó en una estrategia multinivel prevista en el Acto Legislativo 1 del 2016. Según esta estrategia, los órganos con capacidad

de introducir y proferir normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano iban a contar con la competencia para proferir normas de naturaleza jurídica diversa y en unos tiempos mucho más cortos de los que de ordinario emplearían los poderes del Estado para efectuar esta clase de cambios. En su momento, esta estrategia multinivel se consideró la fórmula más efectiva para evitar dilaciones en la puesta en marcha de las transformaciones que afectarían el desarrollo exitoso del proceso⁴⁵. Por consiguiente, el Acto Legislativo 1 del 2016 habilitó distintos canales para la producción de las normas contentivas de la arquitectura institucional para la paz de una manera más rápida y más flexible.

El primer canal dispuesto fue el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, o *fast track*. Este serviría para proferir leyes, preferiblemente las de carácter orgánico y estatutario, las cuales, al igual que las leyes ordinarias, iban a ser expedidas en unos tiempos mucho más expeditos a los regularmente utilizados para proferir legislación. La reducción del número de debates y la preeminencia de estas normas en la agenda legislativa garantizaban esta aceleración en el proceso de expedición. Este mismo canal autorizó las modificaciones a la Constitución, al permitir la expedición de actos legislativos en términos similares. Sin embargo, el Acto Legislativo 1 del 2016 incluyó una fórmula aún más ágil para la producción de legislación tendiente a materializar la arquitectura institucional para la paz. En este orden de ideas, dicho acto legislativo consagró una habilitación general y *sui generis* para que el presidente de la República expidiera decretos con fuerza de ley para la implementación de los acuerdos. La decisión del Congreso en su papel de poder constituyente derivado se decantó por una fórmula de inmediatez en la que los aspectos de mayor urgencia debían ser prontamente atendidos por el presidente de la República por la vía de los decretos con fuerza de ley, mientras que otros aspectos debían concretizarse por medio de un procedimiento legislativo especial, específicamente, la creación de leyes de diversa naturaleza y también de actos legislativos. Sobre este particular se señaló en las sesiones de creación y trámite de este acto legislativo:

45 La importancia de acelerar el proceso de implementación del proceso fue un aspecto que se debatió ampliamente en las diversas ramas del poder público colombiano. Sobre el particular, se puede leer en un extracto de la jurisprudencia de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado que según los antecedentes parlamentarios, el procedimiento especial se justificaría en el marco de negociaciones de paz por cuanto otras experiencias comparadas han demostrado la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado. Desde la ponencia para primer debate en el Senado se menciona, por ejemplo, el caso de Angola, donde hubo dos procesos de paz: “el primero fracasó debido a que los acuerdos no se implementaron de manera efectiva; en el primer año solo se logró implementar el 1,85 % de lo acordado y para el quinto año solo se había avanzado en el 53,7 %. Sin embargo, en el segundo proceso de paz, que por el contrario sí fue exitoso, durante el primer año se logró implementar el 68,42 % de los acuerdos”. C. E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Sent. r. (2360), nov. 27/2017, M.P. Óscar Darío Amaya.

A partir de la refrendación, las normas para la implementación de los acuerdos tomarán dos caminos: las leyes ordinarias necesarias exclusivamente para la estabilización de corto plazo de los acuerdos irán por facultades presidenciales, aquellas derivadas de reformas a largo plazo irán por el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. Ambos caminos son legítimos y garantistas, pues el primero busca que sea al presidente, quien ha presidido este proceso de paz y recibido el aval del pueblo a través de la refrendación, el encargado de expedir las normas de corto plazo. El segundo busca que sea el Congreso, el órgano competente desde su creación, el encargado de aprobar leyes y reformas constitucionales.⁴⁶

Así, el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016 incluyó una habilitación para la expedición de estos decretos con un lapso de tiempo determinado, y con un control constitucional automático y posterior por parte de la Corte Constitucional. De igual manera, esta norma determinó, en relación con su contenido, que aquel tendría: “por objeto facilitar y asegurar la implantación y desarrollo normativo del acuerdo”⁴⁷. En este orden de ideas, la cláusula de habilitación otorgada por el constituyente derivado en este acto legislativo es bastante amplia y peculiar; no se corresponde con exactitud con las habilitaciones “precisas” a las que hace referencia el artículo 150 numeral 10 de la Constitución, cuando esta norma confiere al presidente de la República la facultad extraordinaria de expedir decretos ley⁴⁸. Sin embargo, en lo que sí siguió este artículo del Acto Legislativo 1 del 2016 la norma constitucional sobre facultades extraordinarias fue en la prohibición de conferir esta clase de facultades para expedir “códigos, leyes estatutarias, orgánicas ni leyes que decreten impuestos”.

Ahora bien, es necesario explicar con cierto cuidado los adjetivos *particular* o *sui generis* que aquí se están utilizando. Y es que en el ordenamiento jurídico colombiano existen antecedentes constitucionales relevantes para explicar que la habilitación para el otorgamiento de las facultades extraordinarias no la haga el Congreso por medio de una ley, tal y como lo ordena el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, sino directamente la Carta, como lo autorizó el

46 *Gaceta del Congreso*, n.º 158, 19 de abril del 2016, 5.

47 Acto Legislativo 1/2016.

48 A pesar de la diferencia semántica entre los términos *decreto ley* y *decreto con fuerza de ley* en la Sentencia 080/1994 la Corte Constitucional determinó la plausibilidad de asimilar ambos términos, por lo menos para efectos de su control constitucional. En aquella oportunidad el alto tribunal dijo sobre el particular: “La Corte Constitucional es competente para conocer de la acción de la referencia [acción pública de inconstitucionalidad], de conformidad con las atribuciones que le confiere el artículo 241 de la Constitución Política, por pertenecer la preceptiva acusada a un decreto con fuerza de ley expedido durante el régimen de la Constitución de 1886 y ser equiparable al régimen de legislación delegada establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Carta de 1991”.

Acto Legislativo 1 del 2016. Por ejemplo, tras la expedición de la Constitución de 1991, mediante las llamadas disposiciones transitorias, los constituyentes habilitaron directamente al presidente de la República en los artículos transitorios 5, 39, 49 y 51 para expedir decretos con fuerza de ley con el fin de realizar tareas urgentes y precisas para el desarrollo del nuevo texto constitucional. A partir de esta habilitación directa de la Constitución no se requirió, en su momento, de una ley habilitante para conferir facultades extraordinarias, precisas y temporales al presidente de la República para proferir esa legislación en sentido material. Sin embargo, la habilitación de estas disposiciones transitorias dada en la Constitución de 1991 en estas normas transitorias fue mucho más exacta en sus términos que la habilitación general dada por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016. Por este motivo, y gracias a este alto nivel de generalidad, la Corte Constitucional tendría, a partir de su jurisprudencia, un papel fundamental para reinterpretar este diseño multinivel. Enseguida se analizará el impacto de esta jurisprudencia en la configuración de la arquitectura institucional para la paz.

BARRERAS INFRANQUEABLES EN LA ESTRATEGIA MULTINIVEL: EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY EXPEDIDOS A PARTIR DE LAS FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ

Organizar y rearmar una arquitectura institucional para la paz durante el periodo de implementación requería de la pronta promulgación de las normas jurídicas para cumplir con la mayor rapidez posible lo pactado. La desaprobación de los acuerdos por parte de una porción significativa de los ciudadanos colombianos, sumada a la reconfiguración de las fuerzas políticas por cuenta de procesos electorales que se avecinaban para el 2018, se constituían en un factor adicional para acelerar la marcha de esta nueva arquitectura. Por ese motivo, el Gobierno nacional dispuso la expedición de múltiples decretos con fuerza de ley para acometer esta finalidad. Pero la estrategia para reconfigurar la arquitectura institucional para la paz por la vía más rápida, es decir, mediante los decretos con fuerza de ley, en lugar de por conducto de la actividad del Congreso, se encontró con una barrera infranqueable: el control constitucional automático efectuado por la Corte Constitucional. Este control automático se convirtió en una fuente de ralentización del periodo de implementación de la nueva arquitectura institucional para la paz.

La Corte decidió en algunos de sus fallos que ciertas restricciones de nuestro ordenamiento relacionadas con la jerarquía de las normas en el sistema jurídico colombiano o exigencias sobre sus motivaciones no podían ser objeto de una flexibilización tan grande como para facilitar la atención de los numerosos y extraordinarios compromisos asumidos por el Gobierno en los acuerdos de paz. La paz positiva, aquella que solo podría materializarse y concretizarse con la apropiación de partidas económicas conducentes a reforzar la arquitectura institucional del Estado para contar con la capacidad de asumir nuevas tareas, se afectó por algunas decisiones de control proferidas por el guardián constitucional, que estableció unas restricciones insalvables a la reacomodación orgánica del Estado para que mediante una nueva arquitectura fuera posible concretar la paz en su sentido positivo. Dos decisiones fueron trascendentales para imponer estas barreras: la Sentencia C-331 del 2017 y la Sentencia C-169 del 2017. Enseguida presento una síntesis de estas decisiones judiciales y analizo su impacto en la ralentización del periodo de implementación de la nueva arquitectura institucional para la paz.

Sentencia C-331 del 2017

Uno de los mecanismos con los que el Gobierno nacional estrenó la estrategia multinivel diseñada para reconfigurar la arquitectura institucional para la paz en el periodo de implementación fue la expedición del Decreto 298 del 2017. Mediante este decreto se propendía por la protección de los integrantes del nuevo partido o movimiento político creado para facilitar la participación política de los integrantes de las FARC y para garantizar la seguridad física y laboral de los excombatientes de la agrupación que se habían reincorporado a la vida social. El decreto también contemplaba la finalidad de proteger los núcleos familiares de los excombatientes. Para el cumplimiento de estos objetivos, la norma justificó la necesidad de modificar la estructura de la Unidad Nacional de Protección y ampliar su planta de personal mediante la creación de una subdirección en la que se iban a incorporar, por lo menos, cuatrocientos nuevos cargos a la entidad de forma inmediata⁴⁹. Con el propósito de implementar esta medida, el Decreto 298 del 2017 ordenó en un único artículo exceptuar a la Unidad Nacional de

49 De conformidad con la intervención de la Unidad Nacional de Protección ante la Corte Constitucional se tenía prevista la vinculación de hasta mil doscientos servidores para atender los compromisos establecidos en el acuerdo, razón por la cual el D. 298/2017 era una medida urgente para permitir una disponibilidad jurídica que le facilitara al órgano estatal cumplir lo pactado. Intervención Unidad Nacional de Protección, C. Const., Sent. C-331/2017, may. 17/2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Protección de la aplicación de las restricciones impuestas en el artículo 92 de la Ley 617 del 2000, para evitar el crecimiento del tamaño y por contera del gasto público. En efecto, esta ley, que estuvo vigente hasta su derogación expresa por la Ley 1955 del 2019, ordenaba que a partir del sexto año de su promulgación, es decir, del 2006, el crecimiento de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales no podía exceder la inflación de cada anualidad. En este sentido, la decisión del presidente de la República como legislador extraordinario con el Decreto 298 del 2017 fue flanquear el obstáculo impuesto desde hace muchos años por esta ley de carácter orgánico. Este decreto, ni más ni menos, era la primera manifestación de la urgente necesidad de expandir la arquitectura institucional para la paz a fin de contar con las capacidades para atender de forma expedita y urgente los compromisos adquiridos en el acuerdo de paz. Para el caso concreto, el compromiso de no permitir que la paz se diluyera por cuenta de un espiral de nueva violencia en contra de los excombatientes y de los integrantes de sus familias⁵⁰.

En una decisión de alto rigor técnico y formal, la Corte Constitucional decidió declarar la inexequibilidad del Decreto 298 del 2017. El fundamento para esta decisión se encuentra en que el presidente no estaba facultado para expedir medidas con fuerza material de ley que condujeran a reformar normas de rango orgánico. En este orden de ideas, el alto tribunal consideró que la inaplicación de una norma de rango orgánico se encuadraba en la prohibición contenida en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016 en la cual se impedía que los decretos con fuerza de ley para la paz fueran usados para expedir “actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos”. En el sentir de la Corte, la inaplicación de una norma debe entenderse como una modificación a la norma que pretende ser exceptuada en su aplicación. Por este motivo, el presidente actuó por fuera de los parámetros establecidos en el acto legislativo mencionado.

50 Informes de distintos órganos sobre el recrudecimiento de la violencia contra los excombatientes han prendido las alarmas por los incrementos constantes en el número de víctimas dentro de este grupo poblacional. En el 2017 la cifra fue de 31 personas, en el 2018 se reportaron 65 casos y en el 2019, la ONU determinó la muerte de 77 excombatientes. “2019, el año más letal contra excombatientes de FARC en Colombia, según ONU”, *Semana*, 31 de diciembre del 2019, <https://www.semana.com/nacion/articulo/2019-el-ano-mas-letal-contr-excombatientes-de-farc-en-colombia-segun-onu/646736>. Para el 2020, esta cifra, de acuerdo con los medios de comunicación al reportar información de la Comisión de la Verdad, se había incrementado en 194 casos. “¿Qué hay detrás de los asesinatos de los excombatientes de la Farc?”, *Semana*, 4 de abril del 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/que-hay-detras-de-los-asesinatos-de-los-excombatientes-de-las-farc/662409>.

El razonamiento de la Corte para declarar la inexecutable de la medida adoptada por el Gobierno para reconfigurar la arquitectura institucional para la paz parte de dos argumentos centrales. El primero, que una norma que ordena la inaplicación de otra se constituye en una alteración o reforma de esta. Por ende, la norma de inaplicación debe poseer la misma jerarquía de aquella que pretende inaplicar, so pena de ser considerada inválida. Al respecto, señaló el alto tribunal:

En este caso existe una violación al artículo 92 de la Ley 617 del 2000, que es una norma constitutiva. Este tipo de normas no tienen los mismos elementos que las regulativas, básicamente imponen límites y otorgan facultades a las entidades. Por lo tanto, cualquier alteración en el límite y en la facultad, claramente ya sería una reforma, pues cambia las condiciones impuestas para producir efectos institucionales. Bajo estas circunstancias, la exclusión de una entidad para que no se aplique un límite establecido por el legislador para sí mismo, evidentemente altera las facultades que el Congreso atribuyó inicialmente.⁵¹

Además, la Corte utilizó un argumento relacionado con la jerarquía de las normas jurídicas para fundamentar su decisión. En esta sentencia, aceptó el papel preponderante que tienen las normas orgánicas dentro del sistema de fuentes jurídicas. En la decisión, la Corte calificó esta clase de normas de “autorreferenciales”, “constitutivas”, “supraordinarias”, o también “normas para sujetar el ejercicio de la autoridad legislativa”. Por ello sostuvo que el único mecanismo válido para modificar o reformar una norma orgánica es la expedición de normas aprobadas por el órgano competente, es decir, el Congreso, con las mayorías absolutas requeridas para la expedición de esta clase de normas. En otros términos, de acuerdo con lo expresado por la Corte, ninguna otra autoridad, ni el propio Congreso por medio de procedimientos ordinarios, cuenta con la posibilidad de expedir/inaplicar reglas orgánicas. Según el razonamiento de la Corte:

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, la reserva de ley orgánica es aún más compleja, habilita únicamente al Congreso para que legisle sobre ciertas materias, a través de un procedimiento que requiere de mayorías especiales, con el fin de brindar estabilidad a esas normas y con la consecuencia de que las mismas ocupan un lugar especial en el sistema de fuentes. *Por lo tanto, ningún otro ente o individuo puede expedir ese tipo de normas porque serían incorrectas/inconstitucionales.* Incluso, si el ente competente las expidiera sin seguir el procedimiento adecuado, la consecuencia sería

51 C. Const., Sent. C-331/2017, may. 17/2017.

la misma. Con base en estos elementos es claro que el legislador extraordinario, por definición, no podría cumplir con el procedimiento establecido.⁵² [Énfasis añadido]

La consecuencia de la decisión de la Corte al declarar la inexecutable de la medida intentada por el Ejecutivo en el Decreto 298 del 2017 para permitir un incremento rápido del tamaño del Estado, en especial de las entidades y órganos que como la Unidad Nacional de Protección se veían más cercana y urgentemente compelidos a facilitar la implementación del acuerdo de paz, era evidente. El Gobierno nacional debía, a partir de esta declaratoria de inconstitucionalidad, abstenerse de incrementar las plantas de personal de estas entidades por encima de la inflación causada y atender los compromisos de la paz con el mismo personal y en condiciones similares a aquellas a las que se venían ajustando las entidades públicas del Estado desde el 2000, o bien, acudir al Congreso para sortear la restricción impuesta por el artículo 92 de la Ley 617 del 2000.

Para el caso de la Unidad Nacional de Protección, es posible señalar que el Ejecutivo optó por el segundo camino. Por este motivo, quince días después de la decisión de la Corte, es decir, el 2 de junio del 2017, radicó el Proyecto de Ley Orgánica 7 del 2017 S, culminó su trámite el día 30 de agosto del mismo año, con la expedición de Ley Orgánica 1865 del 2017, “Por medio de la cual se exceptúa a la Unidad Nacional de Protección de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 del 2000”. Esta norma vendría a reproducir en su integridad el contenido del Decreto 298 del 2017. La Corte Constitucional realizó el control automático de esta ley mediante la Sentencia C-026 del 2018 y, por supuesto, avaló su constitucionalidad.

En septiembre del 2017, el Gobierno nuevamente se vio limitado por esta misma norma y tuvo que buscar una solución para posibilitar la atención de las funciones derivadas del componente de justicia transicional del acuerdo, en cabeza de la JEP. Por este motivo, el Gobierno le preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado lo siguiente:

En caso de que la restricción en el artículo 92 de la Ley 617 del 2000 aplique a los gastos administrativos para la puesta en marcha de la JEP [...] ¿es necesario que se expida una ley orgánica para que la JEP pueda adoptar la planta de personal que le permita comenzar a funcionar o, dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 transitorio de la Constitución, es viable que la Secretaría Ejecutiva de la JEP

52 *Ibid.*

mediante el uso de las facultades previstas en el Acto Legislativo 1 del 2017 adopte su planta de personal?⁵³

En esta decisión, a pesar de que el Consejo de Estado citó el precedente establecido en la Sentencia C-331 del 2017, el tribunal realizó un argumento de disanalogía para establecer las razones por las cuales el caso concreto no podía incluirse bajo la sombra de decisión de la sentencia mencionada. De conformidad con la Sala de Consulta, aunque la JEP forma parte del concepto de entidad pública nacional al que hace referencia el artículo 92 de la Ley 617 del 2000, la prohibición establecida en esta norma no cobijaría a un órgano creado en la vigencia fiscal para asumir funciones nuevas. Según este tribunal:

[...] las entidades, organismos u órganos que se creen en determinada vigencia fiscal, ya sea por disposición política o por la ley, salvo que los nuevos entes se constituyan para cumplir total o parcialmente las mismas funciones públicas o prestar los mismos servicios públicos de entidades u organismos preexistentes.⁵⁴

En suma, esta discusión jurídica entre los poderes públicos colombianos ralentizó la realización de la tarea urgente de recomponer la estructura administrativa de la Unidad Nacional de Protección por más de siete meses. Lo anterior, en la medida en que el decreto con fuerza de ley apareció en el ordenamiento jurídico en febrero de ese año. Sin embargo, no se puede descartar que esta disputa haya impactado el crecimiento de las plantas en otros órganos del Estado pertenecientes a la arquitectura institucional para la paz a las que, por cuenta de esta decisión, les iba a corresponder cumplir el acuerdo de paz con el personal disponible para los tiempos ordinarios, sin que por la vía rápida del decreto con fuerza de ley se pudiera remover el obstáculo de la ley orgánica del presupuesto.

Los argumentos de la Corte para tomar la decisión adoptada en la Sentencia C-331 del 2017 son sólidos. Aun así, se extraña en este caso la preferencia por argumentos técnicos y formalistas, en lugar de escudriñar argumentos finalistas encaminados a hallar una solución al problema de competencia que planteaba el decreto. Una respuesta que permitiera sortear el obstáculo impuesto por una ley diseñada para tiempos ordinarios y que, precisamente por este motivo, afectaba la posibilidad de materializar los compromisos adquiridos en tiempos extraordinarios. El argumento de acelerar el posacuerdo que sirvió de comodín en el

53 C. E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Sent. r (2353), sep. 19/2017, M.P. Álvaro Namén Vargas.

54 *Ibid.*

periodo de adopción de decisiones, y al que la Corte acudió en diversas oportunidades para justificar la alteración del orden constitucional por cuenta del proceso de paz⁵⁵, desaparece de repente durante este periodo de implementación en una decisión como la aquí analizada. En esta, la Corte también habría podido acudir al uso de técnicas para modular en el tiempo el efecto de su fallo, mientras se producía la norma orgánica que permitiera el crecimiento de la planta de personal de esta entidad y, así, facilitar el acomodamiento de esta nueva arquitectura institucional para la paz, especialmente por la trascendencia que cualquier retardo en el cumplimiento de los compromisos en materia de seguridad podría llegar a tener frente al acuerdo. La sensibilidad del tema sustantivo detrás de la importante discusión sobre la competencia del Ejecutivo para inaplicar por medio de un decreto con fuerza de ley una norma orgánica hacía fundamental esta evaluación. Este tema sustantivo estaba ligado a la protección del derecho fundamental a la vida y la seguridad de quienes confiaron en el Estado para terminar con el conflicto. Esto ameritaba la búsqueda de alternativas flexibles para circundar los topes predeterminados para evitar el crecimiento del gasto. Y es que asuntos mucho más complejos en relación con la validez de actos normativos y políticos que se dieron durante el periodo de adopción de decisiones para la incorporación de los acuerdos de paz fueron despachados por el alto tribunal con mucha más flexibilidad y menos rigor técnico, en procura de evitar el fin del proceso. Sin embargo, la Corte optó por una postura rígida y estricta a la hora dar su juicio de constitucionalidad en este importante asunto conectado con la configuración de la arquitectura institucional para la paz y también con la materialización de la paz en un sentido que fuera más allá del mero silencio de las armas.

55 En la Sentencia C-699/2016 se lee lo siguiente sobre esta necesidad de acelerar la implementación de los acuerdos: “El caso de India demuestra algo similar; aunque durante el primer año después de la firma del acuerdo con las fuerzas separatistas de Bodoland se logró implementar el 23,52 % de lo acordado, 10 años después la implementación seguía en el mismo porcentaje. Esto llevó a que no fuera posible desescalar la violencia en los 10 [sic] e implementar las demás reformas necesarias para cumplir con los acuerdos. Por el contrario, la efectiva implementación de los acuerdos y su relación con el éxito de un proceso de paz se evidencia en los casos de Bosnia, El Salvador e Irlanda del Norte. En Bosnia, durante el primer año se realizaron todas las reformas legales logrando así la implementación del 72 % de lo acordado, para el quinto año se implementó el 84,7 % de la totalidad del acuerdo y para el décimo año el 93 %. Una particularidad de este caso es que para el segundo año del proceso de implementación se realizaron todas las reformas constitucionales necesarias para garantizar la sostenibilidad en el tiempo. En el caso de El Salvador, durante el primer año se implementó el 56 % de la totalidad de los acuerdos y se realizaron la mitad de las reformas constitucionales requeridas. Durante el segundo año se realizaron las reformas constitucionales restantes, en el quinto año ya se había implementado un 88 % de los acuerdos y para el décimo año el 95 % de los acuerdos estaban ya implementados. Irlanda del Norte, por su parte, se caracteriza por ser uno de los países que más rápido avanzó en el proceso de implementación. Durante el primer año se realizaron la totalidad de las reformas constitucionales que permitieron sentar las bases para el desarrollo legislativo posterior. Esto fue gracias al mecanismo de *fast track* que se diseñó dentro del Congreso”. C. Const., Sent. C-699/2016, sep. 13/2016.

Sentencia C-160 del 2017

En esta decisión, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto 2204 del 2016, mediante el cual el Ejecutivo pretendía cambiar la adscripción de la Agencia de Renovación de Tierras. El cambio propuesto por el Gobierno buscaba trasladar esta agencia del sector administrativo de agricultura, al que había pertenecido desde su creación en el 2015, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Sin embargo, este cambio no pudo materializarse debido a que la Corte decidió declarar su inexequibilidad, por considerar que las motivaciones presentadas por el Gobierno para efectuar ese cambio en la arquitectura institucional para la paz no eran suficientes. Según el alto tribunal, estos defectos en la motivación de la legislación material expedida por el Gobierno provocaban que el decreto no se ajustase a la autorización dada por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 1 del 2016 para ejercer las facultades legislativas extraordinarias para la paz.

Ahora bien, como el Decreto 2204 del 2016 fue el primero expedido por el Ejecutivo en razón de la habilitación recibida por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016, la decisión de la Corte en la sentencia que aquí se está analizando está dividida en dos partes. En otros términos, la Sentencia C-160 del 2017 es una decisión judicial dirigida a dos audiencias diferenciadas. La primera es la que para la fecha de entrada en funcionamiento de las competencias otorgadas a los diversos poderes del Estado por el Acto Legislativo 1 del 2016 aún cuestionaba la validez jurídica de esta decisión, como consecuencia de la derrota del plebiscito del 2 de octubre del 2016 al que se encontraba ligada la vigencia de la reforma constitucional. Por este motivo, más de la mitad de la estructura de la sentencia está dirigida a extender las consideraciones de la Sentencia C-699 del 2016, a fin de reforzar y complementar la postura de la Corte frente a la vigencia del acto legislativo, a pesar de los resultados adversos obtenidos en el plebiscito por el que se denominó en la sentencia el *primer acuerdo de paz*⁵⁶. La Corte, entonces, distingue entre el *primer acuerdo de paz* y el *nuevo acuerdo de paz* y realiza una síntesis de los pasos y etapas cumplidas por el *último* para declarar su legitimidad desde lo político y, por ende, su capacidad de dotar de validez a los instrumentos jurídicos que de él se derivan. La Corte señala en esta sentencia que “la Sala Plena encuentra cumplidos los requisitos fijados por esta misma corporación para la refrendación popular y la vigencia del Acto Legislativo 1 del 2016”⁵⁷.

56 C. Const., Sent. C-160/2017, mar. 9/2017.

57 *Ibid.*

De acuerdo con la síntesis de este proceso efectuada por el alto tribunal en esta decisión, la refrendación del nuevo acuerdo de paz es una circunstancia aceptada y con capacidad de dotar de validez y vigencia al Acto Legislativo 1 del 2016 por cuanto

- La refrendación se desarrolló en un proceso complejo que incluyó diversos actores y en el que actuaron los órganos del poder público ejerciendo los pesos y contrapesos establecidos por la Constitución.
- Ella se desarrolló con amplia participación ciudadana. Esta participación incluyó actores sociales y gubernamentales de diversa naturaleza que se unieron para respaldar el proceso y solicitar un nuevo acuerdo de paz.
- Para llegar a esta conclusión, la Corte enuncia la existencia y revisión de los cuadernos de pruebas números 4, 5 y 6 dentro del expediente, a partir de los cuales fundamenta que hubo tal participación ciudadana. Dicha fundamentación reposa en la revisión de los registros fotográficos de tres marchas sociales desarrolladas los días 5, 12 y 20 de octubre del 2016 en las que diversos colectivos pedían un nuevo acuerdo de paz. La Corte también revisó las actas de diecisiete asambleas de los treinta y dos departamentos que conforman el Estado Colombiano y de dieciséis de los mil cincuenta concejos municipales existentes en el país. En estas actas, los miembros de estos entes administrativos respaldan el acuerdo final del 24 de noviembre del 2016. Por último, la Corte referencia la revisión de cincuenta y tres solicitudes dirigidas a la sala plena por organizaciones como la Mesa Nacional de Participación Efectiva de Víctimas, las mesas departamentales de siete departamentos, y las mesas de treinta y siete municipios y de ocho líderes comunitarios para respaldar el nuevo acuerdo final, y de cartas de otros actores que se manifestaban sobre el proceso.
- En la refrendación se respetó la participación ciudadana, que fue interpretada en un marco de buena fe y en un escenario de “búsqueda de consensos”. En este escenario las voces de quienes actuaron en representación del no tuvieron un espacio de deliberación que fue vertido en el nuevo acuerdo de paz⁵⁸. Para llegar a esta conclusión, la Corte revisó

58 Autores como Rodríguez Raga han caracterizado estos actores en los siguientes términos: “La campaña por el no estaba liderada por el Partido Centro Democrático encabezado por el expresidente y hoy senador Álvaro Uribe. Desde el inicio de la fase pública de conversaciones entre el Gobierno y las FARC, Uribe y sus seguidores se habían convertido en los principales detractores del diálogo con esta guerrilla a la que siempre consideraron como un simple grupo terrorista al que no habría que hacerle ninguna concesión, con el que no se debería negociar y al que habría que someter

el cuaderno de pruebas en el que se reseñan diferentes actividades del Ministerio del Interior y la cronología y los registros (físicos, digitales y fotográficos) de los diálogos adelantados entre el Gobierno nacional y los promotores del no al acuerdo final en el periodo comprendido entre el 3 de octubre y el 22 de noviembre del 2016, y contrastó la inclusión de diversas propuestas de estos actores sociales en el nuevo acuerdo de paz.

- Por último, de conformidad con la conclusión de la Corte, la refrendación popular culminó con la decisión de la “autoridad legítimamente revestida de legitimidad democrática”, es decir, el Congreso de la República.

En la segunda parte de la sentencia, la Corte procede a efectuar el control automático del Decreto 2204 del 2016, después de reiterar que el Gobierno nacional tiene competencia para promulgar decretos con fuerza de ley a partir de los mandatos contenidos en el Acto Legislativo 1 del 2016. La audiencia de la decisión en esta parte es el Gobierno nacional. A esta rama del poder público, la Corte le envía un mensaje sobre la importancia de imponer límites a la producción de legislación material como resultado de los acuerdos. Es por ello que, en virtud del análisis de constitucionalidad efectuado, la Corte decide retirar del ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 2204 del 2016. Para fundamentar su decisión, la Corporación hace una extraña imbricación de la doctrina constitucional construida sobre la legislación material en los estados de excepción, y la toma prestada para efectuar el análisis de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos a raíz de la habilitación del Acto Legislativo 1 del 2016.

La Corte embrolla los conceptos de legislador extraordinario con los de legislador excepcional para hacer una serie de exigencias al Gobierno cuando este asuma la competencia de usar las facultades extraordinarias para la paz. Ahora bien, la confusión en la sentencia no es de tipo conceptual. En la decisión, la Corte distingue con claridad los decretos legislativos proferidos por el legislador excepcional de los decretos ley proferidos por el legislador extraordinario y de los decretos con fuerza de ley expedidos en virtud de los mandatos expresos del Acto

militarmente para lograr su rendición. A este grupo se sumaron eventualmente otras figuras y agrupaciones que constituyeron el bloque del no en el plebiscito. Por una parte, el expresidente Andrés Pastrana, quien durante su Gobierno (1998-2002) había adelantado el último intento de negociación con las FARC cuyo fracaso explica en gran parte la elección en el 2002 de Uribe con una bandera de mano dura con la guerrilla, se unió a Uribe en sus críticas al Gobierno de Santos. Junto con Martha Lucía Ramírez, excandidata presidencial, encabezó una disidencia del Partido Conservador en contra del acuerdo y los mecanismos para su implementación. En la campaña por el no también fue importante Alejandro Ordóñez, ex procurador General de la Nación”. Juan Carlos Rodríguez, “Colombia: País del año 2016”, *Revista de Ciencia Política* 37, n.º 2 (2017): 341.

Legislativo 1 del 2016. Esta confusión es más una herramienta o una “pauta interpretativa” —en las propias palabras del tribunal— que la Corte utiliza para evitar que el papel del Ejecutivo como legislador extraordinario termine por deformar la estructura constitucional y democrática del Estado colombiano y deje desprovistas a las demás ramas de las armas necesarias para contener los excesos del Ejecutivo.

En otras palabras, la Corte toma prestado el control constitucional sobre los decretos legislativos y lo vierte sobre el control de los decretos extraordinarios para la paz como una herramienta para advertir al Ejecutivo que existen límites a su competencia para legislar materialmente sobre los asuntos de la paz. Esta herramienta es usada por la Corte debido a la textura abierta de los enunciados normativos contenidos en el Acto Legislativo 1 del 2016 mediante los que la Constitución autoriza la producción de decretos con fuerza de ley “cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final”. Sobre este particular dice el alto tribunal en la decisión comentada:

En este caso, el constituyente derivado ha diseñado una alteración institucional temporal para lograr un objetivo específico. Aunque no se trata del derecho constitucional de excepción consagrado en la Carta, sí representa un cambio institucional importante y por tanto susceptible de un control que lo mantenga en los límites que la Constitución exige. En efecto, este tipo de poderes no son, ni pueden ser un Estado *de facto*. La Carta le confiere al Presidente de la República poderes extraordinarios, pero estos no revisten un grado absoluto, encuentran limitaciones en diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de Derecho.⁵⁹

A partir de la pauta interpretativa tomada prestada por la Corte Constitucional, esta exige como parámetro de adecuación en el cumplimiento de esta competencia un deber para el Ejecutivo de expedir estos decretos siguiendo requisitos de “necesidad estricta, y conexidad objetiva, estricta y suficiente”⁶⁰. Dichos criterios, de acuerdo con esta doctrina de la Corte, servirían para atar la discrecionalidad del Ejecutivo en el ejercicio de las facultades extraordinarias para la paz. Es por ello que, al cotejar estas exigencias con el decreto analizado, la Corte considera en su decisión que el Ejecutivo no cumplió con el requisito de conexidad suficiente al proferir el Decreto 2204 del 2016. Según el análisis planteado por la Corte:

59 C. Const., Sent. C-160/2017, mar. 9/2017.

60 *Ibid.*

En estos términos, la justificación de la norma señala que la ART cumple un papel en la implementación del enfoque territorial del acuerdo final y que la conexión directa entre sus funciones y el liderazgo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República motivan el cambio de adscripción. Ahora bien, aunque el Gobierno no cumple con la carga argumentativa de demostrar cuál es el punto específico que esta entidad implementa en el acuerdo final y hace referencia a aspectos genéricos y transversales del mismo como el enfoque territorial, como se vio sí es posible ligar a la agencia y a sus funciones, al menos, los puntos 1 y 4 del acuerdo final. No obstante, no se presentan argumentos que expliquen, al margen de liderazgo del DAPR en la implementación del pacto de paz, las razones que justifiquen que este cambio es determinante para su desarrollo.⁶¹

La Corte hace otras consideraciones para justificar la ausencia de conexidad suficiente y también de necesidad estricta del decreto comentado. Para el tribunal, no hay suficiencia en la motivación del decreto en la medida en que el Ministerio de Agricultura, al que se encuentra adscrita la Agencia de Renovación de Tierras, también pertenece al nivel central de la Rama Ejecutiva; por este motivo, el presidente ejerce los controles jerárquicos respecto de ambas entidades, por lo que la preferencia por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como superior jerárquico de la agencia no resulta comprensible. En palabras de la Corte:

Así pues, no se entiende por qué la medida adoptada por este decreto es necesaria si el presidente es el superior jerárquico de las dos entidades y la autotutela le corresponde. El hecho de que la coordinación sea más fácil en manos del Departamento Administrativo significaría que todos los ministerios deberían depender de este departamento en tanto que es lógico entender que todos ellos tendrán responsabilidades en la implementación del acuerdo de paz, no parece razonable. Por consiguiente, la adscripción autorizada en el decreto no se explica desde la conexidad estricta y suficiente para exponer que dicho cambio es indispensable para desarrollar e implementar el acuerdo final. Así pues, se trata de una motivación de conveniencia para el Gobierno, pero la falta de motivación no da luces acerca del fundamento que amerite el uso de facultades extraordinarias para este objetivo.⁶²

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

La decisión suscitó una división en el alto tribunal. En el salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas, este manifiesta que “no es constitucionalmente admisible que los decretos ley que se expidan para implementar y desarrollar el acuerdo final sean objeto del mismo control que se ejerce sobre los decretos extraordinarios”. El magistrado Alejandro Linares también salvó el voto en esta decisión, al igual que lo hizo en la Sentencia C-331 del 2017, ya analizada. No obstante, estos salvamentos de voto no se encuentran disponibles para su análisis en la relatoría de la Corte Constitucional ni en otros motores de búsqueda de jurisprudencia, tres años después de haber sido adoptada la decisión por parte del alto tribunal. Por este motivo, estos documentos no son objeto de análisis en el presente escrito.

Esta decisión merece un análisis cuidadoso, por motivos relacionados con sus efectos. En este orden de ideas, la Sentencia C-160 del 2017 ralentizó el posacuerdo por lo menos en dos sentidos. El primero y más cercano al contenido del fallo, al impedir y obstruir una reacomodación que el Gobierno nacional consideraba necesaria para acelerar la implementación de aspectos cardinales dentro del acuerdo, tales como la implementación de los programas de desarrollo con enfoque territorial. En efecto, en las intervenciones del Gobierno nacional durante el proceso de constitucionalidad, el Ejecutivo señaló que el cambio de adscripción de la Agencia de Renovación del Territorio tenía un propósito fundamental de cara al cumplimiento de los acuerdos. La directora de la Agencia de Renovación del Territorio señaló en su intervención ante la Corte que

El cambio de adscripción es de especial importancia puesto que es necesario definir el sector administrativo desde el cual se debe implementar la política pública que se desprenderá de la implementación del acuerdo final, coordinando la intervención de las entidades nacionales y territoriales en las zonas rurales afectadas por el conflicto que sean priorizadas por el Gobierno. [L]a ART tiene entre sus funciones las relacionadas con “la ejecución de las políticas del Gobierno nacional para la intervención de las zonas rurales de conflicto priorizadas”. Igualmente, afirma que esta entidad “debe tener en cuenta dentro de los planes y programas a desarrollar en las zonas rurales de conflicto priorizadas, un enfoque territorial, diferencial y de género”. Este enfoque debe evidenciarse en “el desarrollo y materialización de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)”, cuyo objetivo se encuentra ligado a la Reforma Rural Integral, contemplada en el acuerdo final”. [...] Concluye que el cambio de adscripción es necesario para lograr la materialización los compromisos adquiridos y se justifica en la medida en que “existe una relación directa entre los

objetivos y las funciones asignadas a la ART [...] y las acciones previstas para implementar el componente territorial del acuerdo final [...], lideradas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”.⁶³

Establecer hasta qué punto la decisión de la Corte afectó el cumplimiento de este compromiso específico del acuerdo de paz merece una comprobación empírica. No obstante, desde el punto de vista meramente normativo, es innegable la mejor posición del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para coordinar a todos los ministerios y entidades del sector central de la Rama Ejecutiva para el desarrollo y la implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial. En últimas, resulta difícil sostener que la Corte está mejor situada que el mismo Ejecutivo para decidir lo relacionado con su estructura, si esta decisión se hace en el marco establecido por la Constitución. Precisamente, este argumento permite explicar por qué ninguno de los intervinientes en el proceso judicial, incluida la Procuraduría General de la Nación, encontró argumentos para reprochar la constitucionalidad del Decreto 2204 del 2016.

Además, resulta difícil justificar la existencia de un control estricto en un asunto que tradicionalmente ha sido ejercido en Colombia por el Gobierno nacional mediante decretos ley. En este orden de ideas, la definición de la estructura de la Administración nacional es una competencia conferida por el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República; por lo tanto, este asunto tiene una reserva de ley. Sin embargo, en nuestro contexto y por razones técnicas, es usual que el legislador se desprenda de la parte relacionada con los detalles para el ejercicio de esta competencia y que transfiera hacia el Ejecutivo la potestad de realizar cambios menores y ajustes técnicos a esta estructura. De todas formas, tal desprendimiento no implica una autorización en blanco al Ejecutivo para que, de forma autónoma y sin previa autorización legal, cree, suprima o fusione órganos del nivel central o del nivel descentralizado por servicios. La creación de la Agencia Nacional de Tierras mediante el Decreto Ley 2366 del 2015 sirve precisamente como ejemplo para destacar este punto. En efecto, el legislador autorizó mediante la Ley 1753 del 2015 la creación de una entidad, que después fue configurada por el legislador extraordinario en tal decreto ley. Por esa misma medida, esta herramienta, es decir, un decreto ley, o en este caso, uno con fuerza de ley, habría sido suficiente para

63 *Ibid.*

reorganizar dicha agencia en el mapa de la estructura orgánica del Estado colombiano. Lo que el Gobierno nacional pretendía con el Decreto 2204 del 2016 era precisamente eso: un poco más de atención a la forma como la Constitución autoriza el ejercicio de estas competencias habría sido útil a la hora de efectuar el juicio de constitucionalidad realizado por el alto tribunal en esta decisión. A pesar de que la doctrina constitucional no tenga un *quantum* exacto de la frecuencia y regularidad con la que en el derecho público colombiano el legislador ordinario reviste al presidente de potestades extraordinarias para estas materias, es posible afirmar que es frecuente en temas propios de la configuración del Estado colombiano el ejercicio compartido y distribuido entre el Ejecutivo y el Legislativo de estas labores. Por este motivo, la exigencia de unos estándares de motivación tan altos como los requeridos por esta decisión para esta clase de legislación material no es del todo entendible y se puede calificar como excesiva.

En segundo término, otro efecto importante de esta decisión fue la ralentización en el ejercicio de las facultades extraordinarias para la paz en cabeza del Ejecutivo. Sin duda, la imposición de criterios estrictos en el control de constitucionalidad para evitar el uso abusivo de poderes excepcionales no resulta tan fácil de acomodar en el ejercicio de poderes extraordinarios como los establecidos en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2016. La razón está en el límite temporal que dicha norma había fijado para el uso de estas facultades extraordinarias. En este orden de ideas, si se observan con detenimiento los treinta y cinco decretos con fuerza de ley que el Gobierno nacional expidió en la etapa del posacuerdo se puede observar que estos, en especial los expedidos hacia el plazo de finalización de las facultades extraordinarias, son normas extremadamente complejas. En ellas, la parte motiva se dedica a realizar un test de suficiente y estricta necesidad. La urgencia imperiosa de implementar los acuerdos a la mayor velocidad posible y por esta vía materializar la paz positiva terminó cediendo ante la necesidad creada por la Corte de satisfacer unos estándares de motivación que no fueron ni diseñados, ni exigidos por el texto expreso de la reforma constitucional establecida en el Acto Legislativo 1 del 2016 para el control de los actos normativos requeridos para la implementación de la paz. A partir de estos estándares altos de motivación estricta y suficiente, la reforma que justificó una alteración altísima del orden constitucional vigente con el objetivo de permitir la pronta implementación del acuerdo, como factor de éxito para el proceso de paz, terminó diluida en la maraña de las motivaciones de los decretos con fuerza de ley de las facultades extraordinarias para la paz.

COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

Los temas de diseño institucional tienen importancia ya que implican que las normas se cumplan, no simplemente de forma simbólica. La imposición de restricciones inflexibles en tiempos extraordinarios como las que se dieron en Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para controlar las facultades extraordinarias para la paz se convirtieron en un factor que contribuyó, junto con otros, a difuminar el cumplimiento del Estado colombiano frente a lo pactado en el acuerdo de paz. Este capítulo difiere de lo señalado por algunas voces de la academia nacional que han exculpado a la Corte Constitucional por ralentizar la implementación de los acuerdos. Según estas voces:

En el 2017, las tres ramas del poder promovieron, debatieron y decidieron reformas relacionadas con el ADP. Sin embargo, cuando estaba por agotarse el término para hacer uso del *fast track* (noviembre del 2017), la mayoría de las reformas previstas por el ADP que implicaban cambios sustanciales, de carácter político o económico, no habían sido aprobadas y otras ni siquiera habían sido presentadas. Al comenzar el 2018, era claro que tanto la oposición abierta a las reformas relacionadas con la paz como su falta de impulso por parte de sus supuestos partidarios en el Ejecutivo y el Legislativo no solo no generaban costos, sino que podían ser beneficiosas políticamente. Con las elecciones para Congreso y presidente en ciernes, los congresistas dejaron de poner atención al tema, lo que hizo que muchas reformas se hundieran o no alcanzaran a ser aprobadas antes de la renovación del Congreso.⁶⁴

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad en el fracaso de la paz debe endilgársele al Congreso de la República y al Ejecutivo. Al primero de estos órganos, por no contar con los incentivos suficientes en el plano electoral para tramitar estas reformas. Al segundo, por no impulsar decididamente la realización de los actos necesarios para adelantar estas reformas. Una mirada más detallada de lo que ocurrió durante este periodo histórico permite mostrar que las restricciones ordinarias establecidas por la Corte Constitucional durante este periodo extraordinario de la historia de Colombia también afectaron en cierta medida la ejecución de lo acordado. Estas restricciones y limitaciones específicamente ralentizaron la posibilidad de reacomodar la arquitectura institucional para la paz a fin de facilitar la atención de los diversos puntos que implicaban que las

64 María Paula Saffon y Diana Güiza, “Colombia en 2018: Entre el fracaso de la paz y el inicio de la política programática”, *Revista de Ciencia Política* 39, n.º 2 (2019): 218.

funciones estatales se adaptaran a los compromisos derivados del acuerdo. El crecimiento de las plantas de personal y la reorganización de ciertas estructuras requeridas para materializar los puntos del acuerdo en temas como seguridad y empleabilidad de los reinsertados o en aspectos relacionados con el desarrollo rural según lo pactado no se dio en los tiempos previstos por los órganos con poder político del Estado colombiano.

Ahora bien, esta reflexión final podría criticarse al señalar que, tratándose de argumentos legales, consideraciones de esta naturaleza son menos importantes pues las autoridades jurisdiccionales toman sus decisiones desde lo prescrito por los materiales jurídicos, sin tener en cuenta otra clase de argumentos. Sin embargo, como se mostró a lo largo de este escrito, los argumentos jurídicos adoptados por el tribunal constitucional en las decisiones que ralentizaron la reconfiguración de la arquitectura institucional para la paz no son inatacables. En efecto, la Corte Constitucional decidió recurrir a una doctrina de control estricto para declarar la inexequibilidad de asuntos del resorte del Ejecutivo más allá de lo establecido por el Acto Legislativo 1 del 2016 y desatendiendo la forma como desde lo administrativo se configura el mapa institucional del Estado colombiano. En esta jurisprudencia, la Corte también falló usando criterios de validez absolutos e irrestrictos, sin buscar argumentos para sortear las restricciones construidas para atender el Estado en tiempos ordinarios claramente inconducentes para asumir la transición que se requería en este momento histórico. La falta de sensibilidad de la Corte respecto de las consecuencias de sus fallos para la implementación de la paz positiva contrasta con la libertad y la creatividad interpretativa desplegada por este alto tribunal para dotar de validez el Acto Legislativo 1 de 2016, aun a pesar de la derrota en las urnas del primer acuerdo de paz. En suma, los tres poderes públicos del Estado colombiano tienen una cuota de responsabilidad en los retrasos y dificultades que caracterizaron el posacuerdo, específicamente en lo relacionado con la arquitectura institucional requerida para materializar la paz positiva; esa paz a la que se obligó el Estado colombiano tras la suscripción del acuerdo y que requería que estos compromisos salieran del papel y de las formas, para hacer una real transición hacia el camino de la paz.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 1/2014.
 Acto Legislativo 1/2016.
 Acto Legislativo 1/2017.

- Acto Legislativo 2/2017.
- Acto Legislativo 3/2017.
- Acto Legislativo 4/2017.
- Acto Legislativo 5/2017.
- Alviar García, Helena e Isabel Cristina Jaramillo Sierra. *Perspectivas jurídicas para la paz*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016.
- Barreto, Antonio Alejandro. “Efectos de la implementación del acuerdo de paz en la estructura orgánica de la paz: La burocracia de la paz”. *Precedente*, n.º 10 (2017): 185-224.
- Bayona, Manuel. “Fortalecer la institucionalidad: Prerrequisito para construir la paz en el posacuerdo colombiano”. *Reflexión Política* 18, n.º 35 (2016): 144-157.
- Celemín, Yenny Andrea. “¿Qué tan especial es el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz?”. En *Acciones legislativas: Una aproximación multivalente del papel del Legislativo a los desafíos de Colombia*, 37-60. Bogotá: Senado de la República de Colombia, s. f.
- C. Const., Sent. C-080/1994, feb. 28/1994. M.P. Fabio Morón.
- Sent. C-699/2016, sep. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa
- Sent. C-160/2017, mar. 9/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sent. C-331/2017, may. 17/2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sent. C-026/2019, abr. 11/2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- C. E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Sent. r. (2360), nov. 27/2017. M.P. Óscar Darío Amaya.
- Sent. r. (2353), sep. 19/2017. M.P. Álvaro Namén Vargas.
- D. 2363/2015.
- D. 2366/2015.
- D. 2204/2016.
- D. 121/2017.
- D. 154/2017.
- D. 277/2017.
- D. 298/2017.
- D. 598/2017.
- D. 691/2017.
- D. 831/2017.
- D. 885/2017.
- D. 888/2017.
- D. 889/2017.
- D. 891/2017.

D. 893/2017.

D. 897/2017.

D. 898/2017.

D. L. 4152/2011.

D. L. 4155/2011.

D. L. 4156/2011.

D. L. 4157/2011.

D. L. 4158/2011.

D. L. 2366/2015.

“2019, el año más letal contra excombatientes de FARC en Colombia, según ONU”. *Semana*, 31 de diciembre del 2019. <https://www.semana.com/nacion/articulo/2019-el-ano-mas-letal-contr-excombatientes-de-farc-en-colombia-segun-onu/646736>.

Estupiñán, Liliana (ed.). *Constitucionalismo transicional en Colombia*. Bogotá: Unilibre, 2018.

Gaceta del Congreso. N.º 158, 19 de abril del 2016.

“Gobierno y oposición evalúan desarrollo del acuerdo de paz”. *El Tiempo*, 9 de agosto del 2019. <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/balance-de-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz-en-el-ano-de-duque-398620>.

Junguito, Roberto. “Los acuerdos de paz y el gasto público”. *Tribuna. Revista de Asuntos Públicos*, s. f.

L. 489/1998.

L. 617/2000.

L. 1444/2011.

L. 1448/2011.

L. 1753/2015.

L. 1806/2016.

L. 1820/2016.

L. 1830/2017.

L. 1876/2017.

L. 1909/2018.

L. 1955/2019.

L. 1957/2019.

L. O. 1865/2017.

Lozano, Eleonora. “Perspectivas jurídicas para la paz colombiana: Algunas consideraciones económicas”. En *Perspectivas jurídicas para la paz*, editado por

- Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, 41-69. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016.
- “Retos para la financiación del posconflicto en Colombia: El caso del municipio de El Calvario”. *Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 135-160.
- Pachón, William. “Inclusión social de actores del conflicto armado colombiano: Retos para la Educación Superior”. *Desafíos* 30, n.º 1 (2018): 279-308.
- “¿Qué hay detrás de los asesinatos de los excombatientes de las Farc?”. *Semana*, 4 de abril del 2020. <https://www.semana.com/nacion/articulo/que-hay-detras-de-los-asesinatos-de-los-excombatientes-de-las-farc/662409>.
- Recalde, Gabriela. “En lo que está a mi alcance les ayudo: Los funcionarios de base y las víctimas en el proceso de declaración para la inscripción en el Registro Único de Víctimas del Conflicto Armado”. En *Etnografías burocráticas*, editado por Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely, 173. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019.
- Res. 14/2016. CNE.
- Rodríguez, Juan Carlos. “Colombia: País del año 2016”. *Revista de Ciencia Política* 37, n.º 2 (2017): 335-367.
- Rodríguez, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis, 2015.
- Saffon, María Paula y Diana Güiza. “Colombia en 2018: Entre el fracaso de la paz y el inicio de la política programática”. *Revista de Ciencia Política* 39, n.º 2 (2019): 217-237.
- Suelt, Vanessa. “Descentralización, gobierno y democracia en el posconflicto”. En *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, editado por Gerardo Ruiz Rico, Rafael A. Prieto Sanjuán e Ildikó Szegedy, 227-250. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2018.
- Vidal, Jaime. *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 2015.

CAPÍTULO 4

TENSIONES DEMOCRÁTICAS EN TORNO A LA ACTIVACIÓN DEL *FAST TRACK**

David Fernando Cruz Gutiérrez

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 armoniza dos paradigmas sobre la democracia: el representativo y el participativo. El paradigma representativo se expresa en las votaciones periódicas a las diferentes corporaciones públicas, así como en los cargos ejecutivos a nivel nacional y territorial; los votos, en este caso, expresan el mandato popular de cumplir las funciones de los cargos públicos en defensa de los intereses de los electores, así como en el cumplimiento de las propuestas por las que el funcionario público resultó elegido. Este mandato es particularmente fuerte en el Congreso, que es la corporación pública que encarna en su totalidad el Poder Legislativo en Colombia. El paradigma participativo, por su lado, se expresa en la capacidad que tiene la ciudadanía de incidir en asuntos públicos de forma directa, acudiendo a los diferentes medios como se expresa la voluntad popular, lo que implica una variedad de mecanismos, como plebiscitos, referendos y consultas populares¹. En este caso, el voto no delega una representación, sino que implica una decisión concreta de la ciudadanía sobre un asunto que se somete a su revisión. Los efectos jurídicos de la decisión que toma la ciudadanía dependen del medio que se utiliza para expresar su voluntad².

Durante el proceso de implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, el acuerdo o el acuerdo de paz) celebrado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) colisionaron los

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.709>.

1 David Altman, "Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?", *Política y Gobierno* 12, n.º 2 (2005): 203-232.

2 En Latinoamérica, el estudio sobre los mecanismos de democracia directa y participativa tiene una especial relevancia. En muchos casos, estos, particularmente los plebiscitos y referendos, son utilizados por gobiernos para justificar medidas autoritarias. De esta forma, es necesario extender un halo de sospecha sobre su uso. Altman, "Democracia directa".

paradigmas de la democracia representativa y participativa. El motivo del choque fue el mecanismo de activación del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track*. La idea original, plasmada en el Acto Legislativo 1 del 2016 —por medio del cual se introdujeron a la Constitución los instrumentos jurídicos necesarios para facilitar la implementación del acuerdo—, era que el *fast track* se activaba gracias a la refrendación popular del acuerdo de paz. La expresión *popular* estaba ligada a varias declaraciones del expresidente Juan Manuel Santos en las que afirmaba que la última palabra sobre el acuerdo descansaba en el voto de todos los colombianos³. La legitimidad política del *fast track* por su naturaleza participativa restringía el ejercicio pleno de la representación política en el Congreso frente a la implementación normativa del acuerdo.

De esta forma, el mecanismo de activación del *fast track* parecía estar ligado al paradigma de la democracia participativa. En teoría, si la voluntad popular soportaba la implementación del acuerdo de paz era posible limitar el ejercicio de la democracia representativa sobre su implementación, imponiendo restricciones a la función legislativa. El plebiscito por la paz, como el mecanismo que encarnaría la voluntad popular, limitaba al legislador al evidenciar que la voluntad popular estaba a favor del acuerdo. Sin embargo, si el resultado era adverso, no era claro si por medio de un órgano investido con legitimidad democrática, así fuera mediante el paradigma representativo, se podía surtir una refrendación de carácter popular. En este último escenario, que fue el que efectivamente ocurrió, los poderes de la democracia representativa parecían limitarse por su propia voluntad al momento de activar el *fast track*. Pero el déficit de voluntad popular en la ecuación evidenció un desbalance en el principio de separación de poderes: el Legislativo no se pliega a la voluntad popular, sino que la actividad legislativa desarrollada por los representantes democráticos se ve restringida por acciones empujadas por el Ejecutivo.

Este capítulo explora las tensiones democráticas en torno al proceso de activación del *fast track* a partir de la dicotomía democracia representativa/democracia participativa. La descripción de cómo se balanceaban ambos paradigmas en el mecanismo original de activación del *fast track* y la expectativa sobre su funcionamiento se presenta en un primer momento y sirve como punto de apoyo para evidenciar cómo los resultados adversos del *plebiscito por la paz* causaron una tensión democrática que afectó aspectos medulares del constitucionalismo colombiano, lo que acrecentó el déficit democrático en la implementación del

3 Juan Manuel Santos, *La batalla por la paz* (Bogotá: Planeta, 2019), 531.

acuerdo. Enseguida, se presentan individualmente las afectaciones constitucionales al principio de separación de poderes, a la deliberación parlamentaria y, en últimas, al principio de soberanía popular, al concurrir dos decisiones opuestas amparadas por paradigmas democráticos distintos sobre la refrendación del acuerdo. Analizar estas tensiones de forma particular nos permite identificar si la búsqueda de la paz en Colombia está marcada por una trayectoria autoritaria.

PARADIGMAS DEMOCRÁTICOS EN DISPUTA: LAS TENSIONES DERIVADAS DEL RESULTADO ADVERSO EN EL PLEBISCITO POR LA PAZ

El artículo 5 del Acto Legislativo 1 del 2016 estableció que su contenido entraba en vigencia una vez se refrendara popularmente el acuerdo de paz. Esto implica que el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, o *fast track*, las facultades presidenciales especiales y el plan de inversiones para la paz, que constituían el grueso de las herramientas jurídicas que facilitaban la implementación del acuerdo, solo se podían utilizar después de que este fuera sometido a un mecanismo de refrendación de naturaleza democrática. La expresión *popular* acercaba este mecanismo al paradigma de la democracia participativa, cuyo objetivo era trasladar al electorado la función de aprobar el acuerdo. Sin embargo, el mecanismo jurídico que se eligió para cristalizar la voluntad popular, es decir, el plebiscito, tiene la particularidad de que sus resultados solo son vinculantes para el Poder Ejecutivo, no para las otras ramas del poder público.

Si bien el mandato del plebiscito no vinculaba jurídicamente al Legislativo, se esperaba políticamente que el emanar de la voluntad popular se trasladara sin mayor resistencia a las otras ramas del poder público. En otras palabras, a pesar de no estar obligados jurídicamente, se esperaba que los legisladores se acogieran a la decisión democrática, precisamente por su talante popular. También se esperaba que la Corte Constitucional, ante las posibles demandas de inconstitucionalidad al Acto legislativo 1 del 2016, defendiera su constitucionalidad teniendo en cuenta el contexto político de apoyo popular al acuerdo. De esta forma, las restricciones originales que establecía el *fast track* relativas a la prohibición de enmendar los proyectos que implementaban el acuerdo y a la obligación de votarlos en bloque⁴ —que debilitaban claramente el paradigma representativo de la democracia— se sustentaban en un ejercicio de democracia participativa. La lógica,

⁴ Acto Legislativo 1/2016, art. 1, lit. *b* y *j*.

en consecuencia, era que la manifestación directa de la ciudadanía relevaba de algunas de sus funciones en este contexto a los representantes democráticos.

La prevalencia de un mecanismo de democracia directa sobre la representación política no es novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano. En términos generales, todos los mecanismos de democracia directa que establece la Constitución se presentan como espacios que superan la representación política con el objetivo de empoderar al ciudadano⁵. Las tensiones se presentan cuando por medio de estos mecanismos se restringen las funciones ordinarias de las ramas del poder público. A pesar de que esta tensión no solo se expresa en el mecanismo de activación del *fast track*, sino que también se presenta en el caso de las consultas populares de alcance local que involucran concesiones para la explotación de recursos no renovables del subsuelo que expide el Gobierno nacional⁶, su particularidad reside en la intensidad de las restricciones frente al Poder Legislativo. La rama del poder público que se veía restringida en el proceso de implementación del acuerdo era el Congreso de la República, la institución más importante del paradigma representativo de la democracia, ya que se veía relegada a la función de votar afirmativa o negativamente lo que el Ejecutivo presentara en el *fast track*. Con esto también se cercenaba la capacidad institucional que tenían los opositores al proceso de paz para revisar la implementación normativa del acuerdo, por cuanto ostentaban en aquel momento un espacio de poder político dentro del Congreso⁷.

Desde la posición del Gobierno, el paradigma de la democracia representativa, aunque necesario, resultaba inconveniente si operaba en condiciones ordinarias para implementar normativamente el acuerdo. En parte, porque les permitía a los opositores de este ampliar su poder mediante propuestas de modificaciones de aquellos asuntos que consideraban inconvenientes. Esto normalmente se presenta por el abuso de las reglas ordinarias del procedimiento legislativo, como el poder de enmienda de los proyectos de ley, lo que generaba el riesgo de dilatar

5 Acá cabe pensar si la acción pública de institucionalidad que forma parte de los derechos políticos que otorga la Constitución política a los ciudadanos es una herramienta de democracia participativa. En este texto, no obstante, no se aborda esta discusión. Para profundizar sobre el modelo de acción pública constitucional en Colombia, véase Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

6 Véase Constitución Nacional (C. N.), 1991, art. 332.

7 Para aquel momento, el Partido Centro Democrático, que históricamente se ha opuesto al acuerdo de paz, tenía veinte curules en el Senado de la República y diecinueve en la Cámara de Representantes, por lo que tenía un poder político institucional considerable.

el proceso de normativización del acuerdo⁸. Por el contrario, el paradigma de la democracia participativa presentaba la importante ventaja de establecer la legitimidad popular de todo el acuerdo en un solo acto. Esto se acrecentaba en la figura del plebiscito, que canaliza el apoyo popular a una política pública que desarrollaba el presidente por medio de una sola pregunta de respuesta afirmativa o negativa⁹.

Las victorias electorales del expresidente Juan Manuel Santos sobre sus opositores políticos, particularmente la elección presidencial del 2014, sumadas al control del aparato del Estado, lo alentaban a someter el acuerdo de paz a una contienda electoral¹⁰. El mecanismo de refrendación popular, no obstante, era un punto de controversia dentro de las negociaciones desarrolladas en La Habana. Las partes acogieron el mecanismo que determinara la Corte Constitucional para la refrendación, que se pronunció sobre este punto en el proceso de control constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria 156 del 2015 Cámara/94 del 2015 Senado, que regulaba un plebiscito especial por la paz. La palabra *especial* tiene relevancia por cuanto el proyecto que llegó a la Corte para su control automático tenía dos características particulares: (1) para este plebiscito se utilizaron umbrales diferentes a los establecidos en la Ley Estatutaria 1757 del 2015, y (2) el proyecto establecía que los resultados del plebiscito ampliaban la vinculatoriedad de la decisión electoral a los poderes Legislativo y Judicial, de tal forma que era un plebiscito que vinculaba al Congreso y a las cortes.

El 18 de julio del 2016, la Corte declaró exequible el proyecto del plebiscito por la paz por medio de la Sentencia C-379 del 2016. Sin embargo, estableció que sus resultados solo eran vinculantes para el Poder Ejecutivo y no se extendían al Congreso, ni a las cortes. Esto, que un principio significaba una derrota para el Gobierno, se convirtió en su carta a favor. El mismo día, el presidente Santos expresó lo siguiente en alocución nacional:

La Corte Constitucional dio su aprobación para que los ciudadanos podamos decidir en las urnas sobre el futuro de la paz. Esta fue mi promesa desde el inicio del proceso. Ese fue un compromiso solemne con mis compatriotas: me comprometí con ustedes

8 Esto sucedió después de la Sentencia C-332/ 2017, por cuanto la Corte habilitó la posibilidad de enmendar los proyectos que estaban excusados por el *fast track*. C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

9 Para profundizar en la naturaleza jurídica del plebiscito por la paz puede consultar la Sentencia C-379/2016, jul. 18/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en donde se especifica su naturaleza y las consecuencias jurídicas que tenían sus resultados. Es de particular importancia que la Corte estableció que los resultados solo vinculaban al presidente de la República.

10 Santos, *La batalla por la paz* y Humberto de la Calle, *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana* (Bogotá: Debate, 2019).

a hacerlo porque la paz es un propósito y un objetivo nacional, de todos los colombianos sin excepción. No es simplemente una responsabilidad y un deber del presidente o del Gobierno nacional. La paz se construye entre todos y para todos [...].

Con el visto bueno que dio la Corte Constitucional, lo que nos falta es terminar de discutir y acordar, a la mayor brevedad, los temas que están pendientes, y entonces —solo entonces— podremos afirmar que todo está acordado. Así lo dijimos desde un comienzo: nada está acordado hasta que todo esté acordado. Y cuando todo esté acordado, convocaré al plebiscito en los términos señalados por la ley y se publicará el texto completo del acuerdo final. Y se hará una gran pedagogía para que todos y cada uno de los ciudadanos estén enterados de lo que se acordó, para que decidan libremente —a conciencia y bien informados— si lo apoyan.¹¹

En aquel momento, Santos no se imaginaba que apostar por el paradigma participativo de la democracia significaría crear un déficit democrático en torno a la activación del *fast track* y, por ende, poner en riesgo la implementación del acuerdo. Unos años después de la alocución presidencial, con un talante mucho más reflexivo, el expresidente escribió:

Me embarqué, y embarqué al país, en el tema de la refrendación porque estaba convencido de que esto le daría más fuerza a lo acordado, y nos ayudaría a unirnos para implementar el acuerdo y comenzar a construir la paz. Y además me había comprometido. Era una promesa que tenía que honrar. Como lo dije muchas veces: “la última palabra la tendrán los colombianos”. Pero no imagine, no preví, que las mentiras y medias verdades de la oposición pudieran hacer tanta mella, y que una nación que había sufrido tanto por la guerra fuera capaz de poner en peligro su terminación.

Fue un error, como lo demostraron los hechos. Si pudiera volver el reloj atrás, no jugaría la carta de la refrendación. Sin embargo, como dice otro refrán, “Dios escribe derecho en renglones torcidos”. Y la situación que parecía mala terminó por convertirse en una oportunidad.¹²

El 2 de octubre del 2016 se votó el plebiscito por la paz que permitía a la ciudadanía mostrar su apoyo o su rechazo a los acuerdos de paz entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC. Antes de la votación las encuestadoras, incluso las más pesimistas, daban por sentado el triunfo del sí por un holgado margen.

11 Oficina del Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, *Biblioteca del proceso de paz*. Tomo 6 (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, 2018), 429.

12 Santos, *La batalla*, 531.

Había una especie de encanto colectivo autoinducido frente al triunfo del sí, que no permitía vislumbrar las deficiencias de una campaña marcada por la corrección política y el arribismo moral en defensa del acuerdo. Esto tampoco permitió comprender la eficiencia de una campaña por el no al acuerdo que apelaba a instintos primarios, como la rabia, para ganar al elector.

Por un margen de cincuenta y tres mil votos, correspondientes al 0,43 % del total de la jornada, triunfó el no. Los análisis posteriores establecieron que los sorprendentes resultados del plebiscito por la paz se podían explicar atendiendo a los siguientes factores:

- la existencia de un voto oculto o vergonzante que las encuestas no pudieron medir, en parte por la forma como se adelantaron los procedimientos de acopio de información, que gravitaban en torno a si apoyaba la paz o la guerra;
- la falta de popularidad del presidente Santos y su incapacidad para transmitir un mensaje de paz a la mayoría de la población;
- un voto en contra del Gobierno, que ya había agotado parte de su capacidad democrática y de persuasión clientelista;
- el paso de la tormenta Matthew, que en las horas de la mañana del 2 de octubre del 2016 afectó el litoral Caribe del país, desincentivando la votación de un bastión electoral a favor del sí;
- el fuerte impacto de las noticias falsas y la información maliciosa en una parte importante del electorado¹³, particularmente frente a temas como el enfoque de género, que carecieron de una pedagogía efectiva para explicar su contenido dentro del acuerdo al sector más reactivo de la población¹⁴; y
- una actitud arrogante del Gobierno¹⁵ y de varios sectores promotores del sí, que subestimaron los argumentos de la oposición y, por el contrario, se posicionaron como alfiles de la moral.

13 Para profundizar sobre este ítem y su influencia en las votaciones, véase Yann Basset, “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”, *Estudios Políticos*, n.º 52 (2018): 241-265, <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>. También puede revisar la entrevista al director de la campaña del no, Juan Carlos Vélez Uribe, en donde afirma explícitamente que la principal estrategia consistió en que la gente saliera a votar “berraca”, para lo cual, en muchas partes del país se difundió información falsa sobre puntos que acrecentaban la desconfianza popular.

14 Yann Basset, “Claves del rechazo”.

15 Esta arrogancia por parte del Gobierno también se expresó en la ceremonia de firma del acuerdo de La Habana, que se realizó en el Centro Internacional de Convenciones de Cartagena, una semana antes de la fecha del plebiscito. La ceremonia, que contó con importantes invitados nacionales e internacionales, sirvió como un punto de quiebre para la ciudadanía, que esperaba que se realizara

Las consecuencias políticas eran difusas. Los resultados electorales alentaron a la oposición empoderándola frente a cualquier diálogo o concertación con el Gobierno, al tiempo que se convirtieron en un potente argumento para deslegitimar el proceso de paz. Una vez que se supieron los resultados electorales, la oposición al acuerdo asumió la vocería del no, empoderada por la decisión popular y empezó una campaña que terminaría por afectar la integridad de la implementación del acuerdo¹⁶. Este grupo político, liderado por el expresidente Álvaro Uribe Vélez, esperaba que la potencia de la decisión popular impidiera que el paradigma representativo se convirtiera en un escenario paralelo en donde se pudiera surtir la refrendación popular. La oposición al acuerdo, utilizando la misma lógica de relevo del poder representativo que había propuesto el Gobierno, argumentaba que si el pueblo se había manifestado sobre un asunto, los representantes democráticos no podían contradecirlo, por lo que el proceso debía desembocar en una amplia renegociación sobre los puntos centrales del acuerdo o, en el peor de los casos, en un *impasse* definitivo.

Las consecuencias jurídicas de la contienda electoral tampoco eran claras. El paradigma de la democracia participativa por medio del cual se fundamentaba la activación del *fast track* se había convertido después del 2 de octubre del 2016 en su principal obstáculo. La transferencia de la voluntad popular a los congresistas para reforzar la implementación normativa del acuerdo, que fundamentaba parte importante de las restricciones al paradigma de la democracia representativa, ya no parecía viable. La Corte Constitucional acogió esta idea en dos sentencias: C-699 del 2016^[17] y C-332 del 2017^[18], que tuvieron su origen en acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos que se oponían al acuerdo y que daban por perdida la contienda electoral¹⁹. En estas providencias, la Corte estableció la posibilidad de que el Congreso de la República, como máximo órgano de la representación democrática, retuviera la capacidad para culminar un proceso amplio de refrendación popular del acuerdo. Después, en la segunda decisión, declaró inconstitucionales los literales *b* y *j* del Acto Legislativo 1 del 2016, con lo que restauró la capacidad de los congresistas para proponer

después del plebiscito, no con antelación, por cuanto ponía de presente la confianza excesiva del presidente en su aprobación.

16 Juan Fernando Cristo y Guillermo Rivera, *Disparos a la paz* (Bogotá: Ediciones B, 2019).

17 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

18 C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

19 En el caso de la Sentencia C-699/2016 en una acción pública de inconstitucionalidad presentada por Jesús Pérez González-Rubio (C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa); y en el caso de la Sentencia C-332/2017 en una acción pública de inconstitucionalidad presentada por Iván Duque Márquez y Álvaro Uribe Vélez (C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

enmiendas a los proyectos que implementaban el acuerdo y desmontó la obligación de votar en bloque el paquete de proyectos excusados por el *fast track*. La Corte, en consecuencia, clarificó los efectos jurídicos de los resultados electorales y restauró el paradigma de la democracia representativa ante las dificultades de refrendar popularmente el acuerdo por medio de la participación democrática directa.

En la Sentencia C-699 del 2016, la Corte Constitucional centró sus esfuerzos argumentativos en afirmar que la refrendación popular no se componía de un solo acto, sino que en ella confluían mecanismos de democracia participativa que podían culminar en un escenario representativo, como el Congreso. No obstante, para alcanzar este escenario, era preciso sustentar que el Poder Ejecutivo había interpretado de buena fe el resultado del plebiscito, para lo cual el contenido del acuerdo debía variar en atención a las objeciones de los líderes del no. En consecuencia, el Gobierno optó por renegociar rápidamente varios puntos del acuerdo²⁰ para restablecer el espacio representativo como el medio para culminar la refrendación. Esta estrategia para enfrentar la contingencia electoral produjo un nuevo acuerdo, firmado el 12 de noviembre del 2016 y conocido como el acuerdo del Teatro Colón por el teatro ubicado en el corazón de Bogotá en donde, por segunda vez, se firmó la paz.

Con el nuevo texto, el Gobierno acudió al Congreso para culminar el proceso de refrendación popular. En uso de la función de control político, el legislador refrendó el acuerdo a inicios de diciembre del 2016 sin un solo voto en contra, pues la oposición abandonó el recinto en el momento de la votación. Con este hecho, culminaba la refrendación del acuerdo y se activaba el *fast track*. Sin embargo, el déficit de voluntad popular desató importantes tensiones constitucionales y democráticas. La más inmediata fue la transgresión al principio de separación de poderes, en gran medida porque el déficit de voluntad popular para impulsar

20 Los cambios fueron los siguientes: (1) se definió con mayor precisión el contenido de la expresión *restricción efectiva de la libertad*, delimitando las formas como se debe cumplir la pena; (2) se incluyó la obligación para todos los que se presenten a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y estén acusados de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, de presentar información exhaustiva y detallada que sirva para la atribución de responsabilidades; (3) la posibilidad de excluir a agentes del Estado en caso de que hubieran cometido delitos en el marco del conflicto armado con ánimo de enriquecimiento; (4) se armonizó la noción de control efectivo dentro la responsabilidad de mando, con el artículo 28 del Estatuto de Roma; (5) se integró al acuerdo la responsabilidad de los agentes del Estado cuando contribuyeran al diseño de políticas delictivas; (6) se especificó que, cuando dejen y entregaran las armas, las FARC debían declarar sus bienes; (7) se buscó aclarar en qué casos el narcotráfico es un delito conexo a la rebelión y, por ende, susceptible de amnistías; (8) se redujo la financiación del partido de las FARC; (9) se realizaron modificaciones para asegurar a la opinión pública la exclusión del acuerdo de la llamada ideología de género; y (10) se integró la categoría de víctima por motivos religiosos y se les dio un lugar a los grupos religiosos en la política general de prevención y atención de consumidores de drogas ilícitas.

la implementación del acuerdo tensionaba la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, inclinando la balanza hacia el presidente y debilitando ostensiblemente al Congreso. Si tradicionalmente se ha criticado el poder de incidencia del presidente sobre el Congreso²¹, con la activación del *fast track* resultaba aún más intenso el dominio del Ejecutivo sobre la agenda del Legislativo.

El déficit de voluntad popular para restringir el paradigma representativo de la democracia llevó a la Corte Constitucional a restaurar una parte de las potestades parlamentarias que suspendía el Acto Legislativo 1 del 2016. De esta forma, en la Sentencia C-332 del 2017 la Corte declaró que los literales *b* y *j* del Acto Legislativo 1 del 2016 comportaban una sustitución a la Constitución, por cuanto transgredían gravemente el eje de la Constitución relativo a la separación de poderes. El legislador, en este sentido, se veía fuertemente debilitado ante el Poder Ejecutivo sin que mediara entre ambos un sustento popular que soportara la transitoria inequidad entre ambas ramas del poder público. Por ende, resultaba necesario que el paradigma representativo de la democracia, si iba a servir de camino para la implementación del acuerdo en contravía de la voluntad popular, ejerciera las herramientas por medio de las cuales se manifiesta su autonomía en el marco del paradigma representativo.

De forma un poco más tardía se presentaron otros dos problemas: la dificultad de establecer un estándar de deliberación en el marco de un procedimiento legislativo abreviado como el *fast track* y la dificultad para conciliar dos decisiones de talante democrático, pero de diferente naturaleza (una participativa y una representativa) frente a un mismo aspecto. A continuación, se explora cada uno de estos tres problemas ahondando en sus dificultades teóricas y prácticas, así como en las consecuencias que tuvieron para la implementación del acuerdo.

Las afectaciones al principio de separación de poderes

La articulación del poder político en la estructura y las funciones del Estado es un problema latente a lo largo de la historia política²². El pensamiento liberal decimonónico consideró que la mejor forma de mitigar el riesgo de que el Estado se convirtiera en un peligro para sus ciudadanos era limitar todos los poderes que aspiraban a ser absolutos, incluido el poder popular. La fórmula para esto fue establecer la cláusula de separación de poderes dentro del diseño institucional de

21 Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo*.

22 Enrique Díaz Bravo, "Desarrollo histórico del principio de separación de poderes", *Revista de Derecho*, n.º 38 (2012): 240-270.

los Estados, lo que fragmenta la potencia del Estado y genera un sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público para que —como diría Montesquieu— el poder controle al poder. El principio de separación de poderes es una cláusula fundante del constitucionalismo y sus variaciones demuestran el esfuerzo que realiza cada Constitución y comunidad política por calibrar de forma adecuada su sistema político.

Como argumenta Bonilla²³, el principio de separación de poderes contemporáneo está compuesto por cuatro pilares:

- separación tripartita del poder público entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial;
- separación funcional entre los poderes públicos con órbitas de competencia definidas;
- un sistema de pesos y contrapesos; y
- el principio de colaboración armónica.

La aparente contradicción entre la separación funcional, el sistema de pesos y contrapesos y la colaboración armónica ha obligado a un entendimiento más profundo del principio de separación de poderes por medio de la idea de autonomía, que no atiende ya a una separación radical entre las funciones de cada una de las ramas del poder público, sino a la capacidad que estas deben tener para obrar bajo su propio criterio frente a las funciones que se le confían.

En el caso del Poder Legislativo, encarnado en congresos, asambleas y parlamentos, la autonomía tiende a ser un concepto difícil de precisar, principalmente porque la autonomía de un órgano colegiado y representativo, antes que a la capacidad efectiva de decidir sin coerción —como puede predicarse de la autonomía judicial—, obedece a la teleología de la deliberación. Es decir, busca asegurar el intercambio de posiciones entre los legisladores, del cual depende el ejercicio de la oposición política, así como la defensa del pluripartidismo democrático²⁴. La comunicación entre los legisladores, en consecuencia, no puede

23 Daniel Bonilla, “La economía política del conocimiento jurídico”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito/Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 2, n.º 1 (2015): 26-59.

24 De acuerdo con Jorge Vannosi, “El significado constitucional de los Congresos y Parlamentos”, en *El Poder Legislativo: Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, compilado por Jorge Horacio Gentile (Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2008), que a su vez cita a Kriele, es probable que los parlamentos hayan tomado la idea del debate del funcionamiento de la justicia, “Posiblemente hayan sido en el orden histórico primero la justicia y después el Parlamento, que tomó esta metodología y la adaptó a las necesidades legiferantes, no porque fuera la más fácil o la más cómoda, sino porque era la más justa y la que mejor permitía contemplar todos los intereses en juego y producir el veredicto con mayor sentido de la equidad. En una

estar mediada por presiones externas que cercenen su calidad, sino que pugna por cristalizar una posición política derivada de los intereses del elector. En otras palabras, es admisible la presión externa al legislador si proviene del electorado y está orientada a la defensa de sus intereses, mas no si proviene del Ejecutivo y busca cercenar la autonomía legislativa, pues es en razón de la prevalencia de los diversos intereses públicos que concurren en el órgano legislador que se presenta la potencia epistémica de la deliberación²⁵.

En consecuencia, las discusiones que se surten dentro de la órbita del Poder Legislativo deben estar por fuera del ámbito de dominio del Poder Ejecutivo o del Judicial, aun a pesar de que el producto, es decir la ley, después sea controlado por un tribunal constitucional. En este sentido, como señalan Rodríguez y Pineda²⁶, la práctica de la deliberación sirve como una barrera contra el autoritarismo, por cuanto es un factor de discernimiento entre un proceso legislativo democrático y un trámite que se reduce *al visto bueno* de la legislación por parte de un cuerpo colegiado, lo que a su vez desenmascara si el principio de separación de poderes es artificial o auténtico.

Para Habermas, estas reinterpretaciones de los principios fundantes del Estado moderno son la base misma del constitucionalismo democrático, en el entendido de que no se trata ya de tirar por la borda los avances del constitucionalismo clásico, sino de actualizarlos de acuerdo con las necesidades democráticas y las contingencias sociales. El nexo entre democracia y Constitución es, entonces, una relación que oscila entre la identificación de las condiciones básicas de un régimen político para el surgimiento de la democracia y su respectiva protección; pero también es la reinterpretación perpetua de estos postulados en orden de potenciarlos. Es en este punto donde se presenta la tensión medular frente al principio de separación de poderes y la activación del *fast track*.

La Corte Constitucional entendió el Acto Legislativo 1 del 2016, particularmente el *fast track*, como una herramienta de carácter transitorio para alcanzar un bien constitucional mayor: la paz. Desde la Sentencia C-579 del 2013^[27] estableció que las reformas constitucionales destinadas a asegurar el tránsito de un escenario de conflicto armado hacia la paz estaban cobijadas por el poderoso fin

palabra, [sic] quizás esa metodología era la que más podía ayudar a evitar la discrecionalidad o la arbitrariedad" (*Ibid.*, 112).

25 La deliberación es potente epistémicamente porque es capaz de reevaluar las posiciones públicas y establecer cuál es la más indicada mediante el contraste entre las posiciones, que logra identificar sus virtudes y defectos.

26 Luis Carlos Rodríguez y Nicolás Pineda, "Proceso legislativo y deliberación: Una mirada a las legislaturas locales", *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública* 1, n.º 2 (2008): 195-224.

27 C. Const., Sent. C-579/2013, ago. 28/2013, M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que persiguen: alcanzar el final de conflicto. Este fin encarna el cumplimiento de la gran promesa incumplida de la Constitución de 1991, consistente en asegurar la convivencia pacífica por medio de su fuerza²⁸. En consecuencia, a la luz de este propósito eran aceptables reformas constitucionales de naturaleza transitoria sobre el diseño orgánico del Estado, aun cuando generaran desbalances al principio de separación de poderes, por cuanto se obtenía la recompensa de asegurar y potenciar la fuerza normativa de la Constitución.

La ponderación constitucional oscilaba, entonces, entre asegurar que la Constitución alcanzara su fuerza normativa mitigando los efectos de un factor de riesgo como lo es el conflicto armado, aun si con esto afectaba de forma transitoria la adecuada calibración del principio de separación de poderes. La principal afectación se presentaba en la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo, al generar un control transitorio del primero sobre la agenda política del segundo. Este control, como ya se estableció, aparecía matizado por la idea de una legitimación popular; sin embargo, la ausencia de esta afectaba intensamente la órbita de autonomía del Poder Legislativo. El Congreso perdía la capacidad de definir su propia agenda política al darle prevalencia a los proyectos que radicara el Ejecutivo destinados a implementar normativamente el acuerdo. Esta prevalencia estaba acompañada de la imposibilidad de introducir enmiendas a estos proyectos, así como la obligación de votarlos en bloque. Por esta razón, el sistema de pesos y contrapesos resultaba fuertemente afectado como pilar del principio de separación de poderes; en contraste, se favoreció el pilar de la colaboración armónica entre los poderes públicos.

Algo similar ocurrió en la Corte Constitucional, dado que a este tribunal se le confió la revisión automática de todas las leyes, reformas a la Constitución y decretos expedidos en virtud del *fast track* y de las facultades extraordinarias para la paz; se estableció que debía priorizar el control de constitucionalidad sobre este grupo de normas y desplazar la agenda de trabajo previa²⁹. Cabe precisar que la agenda de la Corte Constitucional en materia de control constitucional de la ley se define por los intereses de la ciudadanía que, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, define los pleitos que ingresan a la Corte³⁰. En consecuencia, de forma indirecta, el Ejecutivo también reemplazó transitoriamente

28 Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 2009); Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo: Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015).

29 Para profundizar en el tema, véanse el D. 121/2017 y la Sentencia C-174/2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

30 Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo*.

al ciudadano por cuanto se convirtió en el principal agente de interlocución con la Corte Constitucional durante el tiempo de vigencia del *fast track*.

La prevalencia del pilar de colaboración armónica sobre los demás erosionó de forma significativa la adecuada calibración del principio de separación de poderes, y con esto acrecentó el déficit democrático. Con el objetivo de aumentar la eficacia normativa de la Constitución, que es una aspiración presente desde su génesis, y superar la escisión entre la realidad —marcada por el conflicto armado, la débil presencia del Estado en su territorio y la transgresión sistemática de derechos humanos— y la Constitución, que establece el monopolio de armas en cabeza del Estado, la cláusula del Estado social de derecho y un robusto catálogo de derechos³¹, se cercenó la autonomía del Poder Legislativo frente al Ejecutivo. Esto configuraba un déficit democrático de naturaleza institucional, pues el poder del presidente invadía la órbita de autonomía de los demás poderes públicos para alcanzar la implementación del acuerdo de paz.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-332 del 2017, en razón de las dificultades derivadas de la prevalencia del principio de colaboración armónica, recalibró el principio de separación de poderes acrecentando la separación funcional entre el Congreso y el presidente por medio de la restauración de la facultad de enmendar los proyectos sin el aval del Gobierno y del desmonte de la obligación de votarlos en bloque. La sentencia fue hondamente discutida en la opinión pública, acusada de no entender el contexto transicional en el que se encontraba Colombia y de afectar gravemente la agilidad del *fast track*. También suscitó una controversia interna en la Corte por tratarse de la primera gran decisión que se tramitaba después de variar su composición interna —particularmente por la inclusión del magistrado Carlos Bernal Pulido entre los nueve magistrados titulares que componen la corporación—, por lo que reflejó, también, una reconfiguración de las mayorías dentro del tribunal.

Las críticas, no obstante, reflejan un análisis coyuntural de la sentencia y oscurecen el intento de la Corte Constitucional por recalibrar el principio de separación de poderes ante la pérdida del plebiscito por la paz. Una lectura reposada sugiere que la Corte restauró parte de la fortaleza del paradigma representativo de la democracia por medio de una ponderación entre el principio de separación de poderes y el valor de la paz, identificando los límites de este último para soportar reformas institucionales en un escenario de transición política.

La Corte, en su jurisprudencia, entendió los mecanismos que integró el Acto Legislativo 1 del 2016 a la Constitución como herramientas para facilitar una

31 García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo*.

transición política de un conflicto armado a la paz. Dado que perseguían este último fin de tan alta importancia constitucional, resultaba viable que afectaran de forma transitoria el diseño de algunas instituciones democráticas, lo que implica calibrar de otra manera el principio de separación de poderes adaptándolo a las necesidades de la implementación del acuerdo. Sin embargo, una parte de la fortaleza de este argumento residía en el apoyo popular al acuerdo; al faltar este, las reformas constitucionales adelantadas para servir de garantía a la implementación del acuerdo seguían resultando admisibles, en gran medida por la potencia constitucional que tiene el valor de la paz, pero no podían afectar con tal intensidad el principio de separación de poderes. Era necesario, en consecuencia, restaurar algunas de las restricciones a la democracia representativa en las cuales se evidencia la fortaleza el principio de separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Un estándar deliberativo en el *fast track*

De acuerdo con Schmitt, la democracia liberal tiene como fundamento la discusión (*government by discussion*). Este ejercicio de intercambio de opiniones, “de convencer al adversario de lo verdadero o lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto”³², es el fundamento espiritual de este modelo democrático³³ y también la semilla que orienta la configuración deliberativa de la democracia. Sin embargo, el concepto de democracia deliberativa como un herebero del modelo liberal y republicano es relativamente reciente. De acuerdo con James Bohman y William Rehg³⁴, la expresión *democracia deliberativa* fue acuñada por Joseph M. Bessette, profesor y constitucionalista estadounidense, con el objetivo de construir una base teórica para afrontar algunas interpretaciones restrictivas de la Constitución de los Estados Unidos. En este sentido, la democracia deliberativa no surge como un concepto que busca sustituir el principio representativo de la democracia, sino que es una forma de (re)interpretarlo.

32 Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo* (Madrid: Tecnos, 1990), 9.

33 Cabe aclarar que Schmitt plantea una crítica al parlamentarismo al develar la contradicción existente en el principio de representación democrática, tal y como se conoce en las democracias liberales, entre dos voluntades: la real o del pueblo, por un lado, y la reflexiva y ponderada de la Nación, por el otro. En tal sentido, el autor considera que el resultado de esta contradicción, conocida como el principio de representación, encierra un valor antidemocrático, pues “el parlamento como una representación de la unidad política se encuentra en contraposición a la democracia”. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 2016. Sin embargo, a pesar de que Schmitt se presenta como contrario al parlamentarismo, sus habilidades descriptivas son profundas, por lo que es referente importante, más allá de su posición ideológica.

34 James Bohman y William Rehg, *Deliberative democracy: Essays on reason and politics* (Boston: MIT Press, 1997).

Como señala Cohen³⁵, la legitimidad de un sistema deliberativo reside en que las instituciones básicas de la vida en sociedad, especialmente aquellas que ocupan los espacios más importantes de discusión, garanticen el diálogo público y libre. De esta forma, un elemento esencial para la deliberación es la construcción de un espacio público —entendiendo *espacio* en un sentido amplio— en donde se desarrolla la política. La adopción de un modelo deliberativo no implica que se deben alcanzar consensos perfectos para la toma de decisiones, ni tampoco que el consenso es el principal *locus* de legitimidad de la democracia deliberativa. Por el contrario, la deliberación no es un concepto ingenuo que pasa por alto la imposibilidad de lograr consensos en sociedades diversas y en discusiones álgidas, por cuanto comprende que las decisiones colectivas surgen de preferencias individuales que tienden a ser incompatibles entre sí, y por ende lo que propone no es construir ciclos interminables de discusiones, sino poner en el centro del proceso democrático el principio de argumentación. Es decir, que los mecanismos por los cuales tradicionalmente se toman decisiones colectivas, como la votación y el principio de mayorías, deben subordinarse a la deliberación, o al menos incentivarla³⁶. Esto significa que la legitimidad de las decisiones políticas no reside esencialmente en su contenido, sino en el procedimiento y orden que les da origen.

En general, cuando se habla de deliberación hay dos marcos conceptuales desde donde se aborda la discusión. Por un lado, se habla de deliberación como aspiración racional para tomar decisiones políticas por medio de la comunicación entre los integrantes de una comunidad política³⁷, esto es, como un ideal normativo; por el otro, se habla de deliberación en un sentido pragmático³⁸, cuyo objeto de estudio son los espacios potencialmente valiosos para alcanzar el ideal deliberativo, es decir, como una dimensión procedimental de la deliberación.

La base de la deliberación es la comunicación. Esta última se presume como un acto racional que posibilita que dos o más personas generen procesos cognitivos que les permiten entender la posición de su interlocutor. Se trata de una decisión que se toma a partir de actos de comunicación; en consecuencia, tiene un valor epistémico mayor que una decisión individual y unipersonal, en la medida en que por medio del contraste de los argumentos se evidencian sus virtudes, así

35 Joshua Cohen, *Deliberación y legitimidad democrática* (Boston: MIT Press, 1997).

36 García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo*.

37 John Rawls, *Political liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1996); Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. 1: *Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid: Taurus, 1987); y Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 2003).

38 Rodríguez y Pineda, "Proceso legislativo y deliberación".

como sus defectos. De esta forma, la deliberación se presenta como un procedimiento más fiable para la toma de decisiones.

Por otro lado, en el campo de la dimensión procedimental, más que soportar el valor epistémico de una decisión deliberativa, se encarga de identificar los mecanismos por los cuales esta se alcanza. En este esfuerzo se ha identificado una serie de “criterios de calidad [...] que garantizan que la adopción de una decisión sea motivada solo por la fuerza del argumento”³⁹. Estos criterios de calidad se han configurado como principios orientadores de la deliberación, que inciden en el diseño de procedimientos legislativos.

Dentro de la literatura sobre el tema se han identificado tres criterios de calidad que deben coincidir para que un procedimiento legislativo adquiera carácter deliberativo. El primero es la *razonabilidad*, entendida como la posibilidad de valoración política y crítica del contenido del proyecto objeto de discusión por parte de los legisladores, cuya dimensión procedimental se expresa en la necesidad de intercambiar posiciones, al tiempo que este intercambio tenga efectos en la materia que se discute. Así, la deliberación implica que el acto de comunicación tenga resultados demostrables. Por ende, si existe un consenso perfecto sobre el proyecto —lo que es inusual—, este debería pasar a convertirse integralmente en una ley; de lo contrario, en caso de que exista un disenso absoluto, el proyecto debería ser desechado. Lo interesante, entonces, sucede cuando existen posiciones intermedias, en donde los proyectos materia de discusión motivan posiciones variopintas que coinciden en que debe ser tramitado, pero objetan y buscan reformar algunos de sus aspectos. En estos casos, la comunicación de estas objeciones debe tener consecuencias sobre el cuerpo del proyecto, reestructurando los aspectos problemáticos o, como argumenta Waldron⁴⁰, integrando estas diferencias en las decisiones legislativas.

El segundo criterio de calidad es la *publicidad*. Jeremy Waldron⁴¹ argumenta que un proceso legislativo que se precia de tener un carácter deliberativo debe ventilar abiertamente la discusión parlamentaria. Esta es una cláusula importante e inamovible para el funcionamiento de las democracias, dado que establece las condiciones por las cuales los congresistas conocen cuáles asuntos son objeto de deliberación, al tiempo que le permite a la ciudadanía acceder al proceso de decisión política. En este sentido, la publicidad se puede graduar en débil y fuerte, dependiendo del rigor de los actos de comunicación sobre los participantes e

39 Ricardo García Alonso, “Why deliberation?: Challenges for an epistemic model of democratic legitimacy”, *Papel Político* 18, n.º 1 (2013): 18.

40 Jeremy Waldron, *Law and disagreement* (Nueva York: Oxford University Press, 1999).

41 *Ibid.*

interesados en un proceso de decisión política. Es débil cuando la publicidad se enfoca en hacer accesible a los legisladores —e interesados— la información que orienta la decisión política; y fuerte, cuando establece como imperativo el conocimiento de los motivos de la decisión política. En general, el funcionamiento parlamentario desarrolla ambos sentidos, aunque el primero resulta obligatorio y verificable, mediante la publicación de los proyectos, ponencias e intervenciones por parte del órgano encargado dentro del parlamento; mientras que el segundo, a pesar de que se consolidan espacios para que la información publicada sea estudiada por los parlamentarios (como tiempos prudentes entre la publicación de la información y el debate) resulta ser un imperativo moral antes que legal.

Además, la publicidad sobre las decisiones políticas entraña una relación profunda con el desarrollo de una ciudadanía activa, por cuanto la relación entre los parlamentarios como representantes democráticos y su electorado no se agota en el acto de votación, sino que subsiste mientras persista la representación política. Esta relación funciona por medio de la interlocución entre el parlamentario y la ciudadanía, que necesita para su subsistencia de un flujo constante de información sobre la actividad parlamentaria, que debe ser clara y accesible por medio de canales institucionales de difusión.

El tercer criterio de calidad es la *igualdad política*. En general, esta es un valor constitutivo de la democracia ya que se trata de un elemento consustancial sin el cual es imposible concebir un sistema democrático. De tal forma que la igualdad política está en el armazón institucional y se consolida como un sistema de garantías para proteger la órbita individual y sus derechos civiles y políticos, tanto para participar en las decisiones públicas de interés del ciudadano como para proteger su proyecto de vida. En el ámbito parlamentario, a su vez, la igualdad política se manifiesta en el respeto de los espacios necesarios para garantizar el ejercicio de comunicación entre las distintas bancadas que integran los órganos legislativos, lo que incluye una protección importante a las minorías parlamentarias, que en muchos casos son invisibilizadas por el poder de los partidos mayoritarios.

Los espacios en donde se manifiesta la igualdad política incluyen las plenarios, pero no se reducen a ellas, pues la dinámica de estos espacios, caracterizada por una rigidez en el uso del tiempo, incentiva el de elementos retóricos en la comunicación encaminados a derrotar a los otros parlamentarios, antes que a razonar con ellos y convencerlos, o a mostrar al electorado la fuerza de sus argumentos. Por ende, si bien es importante que en las plenarias, por su carácter de espacio decisorio en el proceso legislativo, se respeten los tiempos y el derecho de réplica que protege el ejercicio parlamentario, también resulta imperativo que la

igualdad política se manifieste en otros espacios en donde los elementos retóricos pierden protagonismo, como ponencias técnicas, diligencias a puerta cerrada y espacios informales de intercambio de ideas.

Estos tres criterios de calidad constituyen el núcleo de un procedimiento legislativo deliberativo, y en consecuencia son el estándar mínimo de admisibilidad de un procedimiento de esta naturaleza dentro de una democracia constitucional. Este estándar puede resumirse así: el procedimiento legislativo, incluso si es abreviado, debe garantizar un espacio racional de comunicación que permita que los legisladores expresen su criterio frente al proyecto, y al mismo tiempo que este criterio tenga efectos. Para consolidar un criterio informado, los legisladores deben tener acceso a información de calidad dentro de plazos razonables, que permitan forjar conocimiento sobre el cual se decide políticamente, al tiempo que sus actuaciones deben ser comunicadas a la opinión pública, para fortalecer la relación entre el legislador y su electorado. Igualmente, todos los pertenecientes al Órgano Legislativo deben tener la oportunidad de participar en las distintas instancias de comunicación racional, desde debates en pleno hasta discusiones a puerta cerrada.

De esta forma, el ideal deliberativo se expresa operativamente en la siguiente regla: se debe deliberar una decisión colectiva siempre que se pueda. El sustento de esta regla concentra, además, un imperativo epistemológico en la toma de decisión, por cuanto

La deliberación permite acceder a un nivel más alto de conocimiento sobre el asunto tratado, permite la modificación de las creencias o preferencias con las que los participantes ingresaron a la deliberación e incluso es posible suponer que haya quienes abandonen algunas de sus posiciones a favor de otras como resultado de una deliberación en las condiciones que detallamos más arriba.⁴²

Este imperativo es el que mejor expone el núcleo del ideal deliberativo, que no es simplemente aplicar la regla de las mayorías para la toma de decisiones colectivas: su aplicación debe estar precedida por un ejercicio deliberativo que se presume racional y que cualifica el procedimiento como democrático⁴³. Este es el que le confiere legitimidad.

42 Nicolás E. Alles, "Legitimidad deliberativa: Sobre las relaciones entre democracia, deliberación y conocimiento" (tesis de doctorado, Universidad Nacional de La Plata, 2017), <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1363/te.1363.pdf>, 47.

43 Guillermo Otálora Lozano, "El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo", *Pensamiento Jurídico*, n.º 38 (2013): 65-108.

El procedimiento legislativo, en esta línea de pensamiento, no tiene como fin alcanzar el ideal imposible de consenso racional entre todos los legisladores, sino que se limita a consolidar los espacios necesarios en donde se delibera y se ponen en evidencia, con argumentos, las diferencias entre los participantes. Precisamente, la legitimidad dentro de la democracia deliberativa reside en mostrar estas diferencias por medio de razones, no solo recurriendo a los mecanismos tradicionales de decisión —como el principio de mayorías—, pues dicho acto resulta en una profundización del ejercicio dialógico en la toma de decisiones políticas, y es también el que permite que las razones que motivan los disensos se integren y evidencien en las decisiones de órganos legislativos.

De esta forma, si nos asentamos en esta propuesta conceptual, para que el procedimiento legislativo tenga legitimidad, antes que buscar consensos, debe consolidar procedimientos y espacios para la deliberación. Esto se traduce en respetar y promover momentos de discusión y disenso, como debates en comisiones y en pleno, mociones de cambio, enmiendas, o espacios de preparación de los legisladores previos al momento de decisión política, aun cuando en dicho momento tengan lugar mecanismos tradicionales de toma de decisión que permitan cristalizar las posiciones dominantes.

A todas luces, esta armazón teórica que posiciona el componente de legitimidad dentro de la democracia deliberativa en un orden que antepone necesariamente la deliberación a la decisión supera las críticas que tradicionalmente se le han presentado a este modelo teórico, en particular frente a un argumento muy difundido, que sostiene que las decisiones legislativas, antes que en un consenso racional y motivado, se toman mediante la construcción de coaliciones⁴⁴, y que es deseable que así sea, por cuanto las coaliciones reflejan también estrategias de las fuerzas políticas para superar sus diferencias y construir alianzas que beneficien sus intereses, lo que en el fondo también legitima las decisiones⁴⁵. Esta crítica pierde fuerza, por cuanto la decisión, en este modelo deliberativo, puede transitar ambas vías de legitimación sin resultar contradictoria; más bien, constituye una virtud democrática que la decisión política sea producto tanto de los intereses de sectores importantes de la sociedad como de un esfuerzo comunicativo y argumentativo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional acogió parte del modelo deliberativo de la democracia para entender el sentido y los objetivos del procedimiento

44 Entendemos por *construcción de coaliciones* la capacidad que tienen los actores políticos para consolidar alianzas con distintos sectores para promover proyectos de su interés, o del de sus electores.

45 Waldron, *Law and disagreement*.

legislativo⁴⁶. Para la Corte, las reglas del procedimiento legislativo tienen como objetivo proveer a los legisladores de la oportunidad de deliberar, por lo que deben salvaguardar los elementos por medio de los cuales se expresa la deliberación. Es decir, sirven de canales para fortalecer la comunicación y la discusión de aquellos asuntos públicos que se ventilan en el Congreso. Para utilizar la expresión de un salvamento de voto de Rodrigo Uprimny, el Congreso es un foro de interés público, lo que implica que los procedimientos que se desarrollan en su interior deben promover la deliberación⁴⁷.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que si bien la deliberación dentro del procedimiento legislativo es un ideal democrático, reforzado por el modelo que adoptó la Constitución de 1991, no se puede traducir en un imperativo para que los legisladores deliberen. En palabras de Otálora Lozano:

Según la principal línea jurisprudencial sobre la deliberación legislativa, la Corte Constitucional debe proteger la deliberación, pero no obligando a los parlamentarios a deliberar, sino creando las condiciones procedimentales para que puedan hacerlo a su discreción. En consecuencia, la deliberación es en la mayoría de los casos un derecho, pero no un deber jurídicamente exigible de los miembros del Congreso.⁴⁸

En este sentido, el procedimiento legislativo debe alentar la deliberación, pero no obligarla. Por lo que es potestativo de cada legislador utilizar las herramientas que le permiten ejercerla.

En consecuencia, el déficit democrático se presenta cuando los elementos que permiten la deliberación se suprimen o se reducen de tal forma que dificultan o desnaturalizan el Congreso como un foro público y lo reducen a un espacio en donde se manifiestan las mayorías políticas por medio del voto, sin que exista oportunidad para que las fuerzas políticas presenten las razones —o los argumentos— que las llevan a adoptar una posición. De esta forma, si es imposible o muy difícil la comunicación entre los diferentes sectores que integran un órgano legislativo, ya sea porque el procedimiento legislativo es cerrado e impide la comunicación o porque presenta dificultades en la publicidad de sus actuaciones,

46 Yenny Andrea Celemín Caicedo, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el proceso legislativo en Colombia”, *Precedente*, n.º 11 (2017): 53-82; Otálora Lozano, “El deber de deliberación”.

47 Para consultar el salvamento de voto, véase Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes (30.08.2004), fundamentos jurídicos n.ºs 136 y 137. C. Const., Sent. C-816/2004, MM.PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

48 Otálora Lozano, “El deber de deliberación”, 94.

se incurre en un elevado riesgo de afectar la igualdad política, principio básico del sistema democrático y de la deliberación.

Un procedimiento legislativo que se precia de ser deliberativo no reduce la igualdad política a la práctica del voto de la que son titulares los legisladores, sino que está inscrito dentro de un ejercicio más amplio, en donde el voto es un acto final de comunicación, al que se arriba después de un espacio de interlocución. De acuerdo con esta idea, la igualdad política también implica la recepción de los argumentos del contrario, así como la posibilidad de controvertirlos. El sentido mismo de la deliberación está enraizado en la idea de que la igualdad política implica que todos los actores dentro del procedimiento legislativo pueden promover sus intereses por medio de proyectos de ley o de reformas a la Constitución, al tiempo que son interlocutores válidos para recibir los argumentos que motivan tales proyectos y después acogerlos, controvertirlos o enmendarlos. El voto representa un mecanismo de decisión en virtud de la deliberación, por lo que, en ausencia de esta, pierde una parte esencial de su fundamento democrático.

En el marco del *fast track*, su diseño como mecanismo de implementación del acuerdo no atendía a la agilidad antes que a la deliberación. En gran medida porque la deliberación sobre el contenido debía preceder a su activación y no se expresaba por medio del procedimiento legislativo, sino en canales que excedían al Congreso. La deliberación sobre el acuerdo de paz estaba pensada como un diálogo social anterior a la celebración del plebiscito, no como un diálogo legislativo. El voto, en este caso, se pensaba como un mecanismo para cristalizar la voluntad popular previa exposición del contenido del acuerdo y sus reparos por parte de las diferentes posturas políticas. De esta forma, si la voluntad popular se manifestaba a favor del acuerdo, ya había un proceso deliberativo que desembocaba en el voto popular, lo que permitía que la deliberación dentro del procedimiento legislativo se limitara.

En caso de que la voluntad popular se manifestara en contra del acuerdo, el Congreso no perdía la potestad para conocer sobre su contenido si alcanzaba la forma de proyectos de ley o de reformas a la Constitución. En este sentido, la manifestación popular no vaciaba de contenido las funciones del legislador. Sin embargo, el déficit democrático se presenta por cuanto la activación del *fast track* sin el favor de la voluntad popular, si bien no vaciaba la competencia del legislador, limitaba sus posibilidades de deliberación. Esto también supone una afectación a la igualdad política entre las fuerzas que componían el Congreso, que, desproporcionada, limitaba el ejercicio de la oposición política.

La Corte Constitucional identificó esta desproporción en la Sentencia C-332 del 2017 haciendo evidente la relación entre la deliberación y la voluntad democrática en el marco del procedimiento legislativo. En sus palabras:

La conformación de la voluntad democrática de las cámaras, según se ha explicado, pasa necesariamente por la comprobación acerca de la existencia de posibilidades de deliberación y la eficacia material del voto de los congresistas, por medio del cual expresan su voluntad, amparada por la legitimidad democrática que se deriva de la representación popular. En el caso analizado, la exigencia del aval lleva a que, dentro de la práctica parlamentaria, la inclusión de modificaciones a la iniciativa dependa exclusivamente de la voluntad del Gobierno. Inclusive, esta circunstancia también incide profundamente en la capacidad de deliberación, pues ante la exigencia del aval, las mesas directivas optarán por centrar el debate respecto de aquellas proposiciones que cuenten con el apoyo gubernamental, puesto que en, relación con las demás, la discusión sería inane, habida cuenta de que no incidirían en la definición del texto del proyecto respectivo.⁴⁹

La identificación de este déficit democrático se convirtió en un argumento para declarar la inconstitucionalidad de los literales *b* y *j* del Acto Legislativo 1 del 2016, que limitaban la facultad de los legisladores de introducir enmiendas a los proyectos excusados como parte de la implementación normativa del acuerdo, y obligaban a que este grupo de proyectos se votaran en bloque, lo que le restó agilidad al *fast track*. Para la Corte, estos numerales sustituían un eje axial y definitivo de la Constitución, concerniente a la separación funcional de las ramas del poder público. Una lectura atenta de esta sentencia permite establecer que lo que sustituían dichos numerales eran las posibilidades de deliberar dentro del trámite legislativo, una competencia definitiva del Congreso. En este sentido, dichos numerales no alcanzaban un estándar deliberativo si no estaban soportados por una manifestación favorable de la voluntad popular.

La concurrencia de decisiones opuestas y democráticas

La soberanía popular fue una de las concesiones democráticas más importantes del constitucionalismo original a los ideales democráticos. El consecuente problema consistía en definir el medio por el cual se expresa la soberanía dentro de un ordenamiento jurídico. Cuando el soberano es el Parlamento, como ocurre

49 C. Const., Sent. C-332/2017, may. 17/2017, n.º 9, párr. 15.

en algunos países, la representación política es una muestra clara del ejercicio soberano⁵⁰, y las decisiones de los representantes no distan de aquellas de los representados, sino que se presentan de forma unitaria⁵¹. En cambio, cuando el soberano es distinto de las instituciones democráticas, se presenta una escisión entre la representación política y quien es representado. La representación en este último modelo no trae consigo el traslado de la soberanía, sino que el elector la retiene aun cuando delegue sus intereses políticos.

La retención sobre la soberanía encarna la idea democrática básica de que el pueblo es superior a sus instituciones y estas deben actuar en cumplimiento de la voluntad popular. Como argumentan Andreas Kalyvas⁵² y otros autores, la soberanía popular tiene una raigambre eminentemente democrática en la medida en que pone en el centro del poder político a un sujeto colectivo, como lo es el pueblo. En palabras de Kalyvas:

La inauguración moderna de la democracia en cuanto soberanía popular equivale a un traspaso de condición de mando de un titular a otro, mediante el cual el Gobierno personal se transforma en Gobierno colectivo. En este traspaso, la soberanía democrática invierte el paradigma monárquico: el pueblo se apropia del poder del rey, lo que pone de cabeza las fuentes de autoridad política. La democracia se presenta como posmonárquica, en la medida en que la abolición de la realeza no necesariamente elimina el discurso absolutista de la soberanía como mando, sino que reemplaza a un comandante supremo con otro. La soberanía cambia de manos, pero en esencia sigue siendo la misma. De esta manera, el discurso de mando no solo trata las normas constitucionales como restricciones externas, sino que además tiende a reducir la democracia moderna a la forma estatal. La doctrina del Estado nación es también una historia de la democratización gradual del absolutismo de la soberanía monárquica.⁵³ [Traducción propia]

50 Los sistemas del Commonwealth británico muestran esta visión de un parlamento soberano, particularmente Nueva Zelanda. En este caso el Parlamento, al ser soberano, es el titular de la soberanía y no tiene un límite constitucional preciso.

51 Joel Colón Ríos, *La constitución de la democracia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013). Esta idea está emparentada con la visión asambleísta de la democracia que tenía Rousseau.

52 Andreas Kalyvas, "Constituent power", *Political concepts: A critical lexicon*, 2005, <https://www.politicalconcepts.org/constituentpower/>.

53 *Ibid.*, 2. Dado que la traducción es propia, transcribo el pasaje en su idioma original para aménorar los posibles errores de la traducción: "The modern inauguration of democracy *qua* popular sovereignty amounts to a passage of command from one holder to another, whereby personal rule is transformed into collective rule. In this passage, democratic sovereignty inverts the monarchical paradigm: the people appropriate the king's power, turning the sources of political authority upside-down. Democracy is portrayed as post-monarchical, insofar as the abolition of kingship does not necessarily eliminate the absolutist discourse of sovereignty as command but replaces one supreme commander with another. Sovereignty changes hands, but essentially it remains the

Al constituirse como un poder de mando sobre las instituciones, la soberanía popular tiene la capacidad de reemplazar con su voluntad las decisiones de las instituciones o de orientar su rumbo cuando las considera inadecuadas. En este sentido, la voluntad del pueblo se convierte en la suprema autoridad del Estado⁵⁴. Sin embargo, cuando reside en un sujeto indeterminado y plural se presenta la dificultad de identificar sus manifestaciones; en estos casos —para utilizar la imagen de Richard Turk⁵⁵—, el soberano pasa la mayor parte del tiempo dormido, mientras sus representantes siguen activos. Desde esta óptica, si bien el pueblo retiene el poder soberano, son las instituciones democráticas quienes desarrollan la política cotidiana.

La escisión entre el poder soberano y las instituciones cotidianas acrecentaba la idea de que la soberanía popular estaba ligada a momentos excepcionales. La manifestación soberana tenía la potencialidad de afectar la continuidad y estabilidad de las instituciones ordinarias, por lo que su ejercicio constante no resultaba adecuado para mantener la estabilidad estatal o era sinónimo de tiempos de crisis. Esta visión planteaba que la soberanía popular usualmente se manifestaba de forma violenta, como una aclamación, y que no podía expresarse por medio de poderes institucionales sin afectar su integridad. En otras palabras, la manifestación de la soberanía popular era homóloga a un ejercicio del poder constituyente, en los términos en que Schmitt lo propone, como un poder político sin límite jurídico.

No obstante, esta situación limitaba la potencialidad democrática de la titularidad del poder soberano en el pueblo, ya que, si este solo se expresaba en momentos excepcionales, cuanta mayor estabilidad tuvieran las instituciones de representación democrática, más difícil e innecesaria resultaba su expresión. La consecuencia era que la potencia democrática de la soberanía popular resultaba cercenada en la práctica cotidiana. Para solventar esto, se consolidaron distinciones conceptuales entre la soberanía popular y el ejercicio del poder constituyente, y se empezaron a tender puentes entre la soberanía popular y la política cotidiana. Las manifestaciones populares, en este sentido, no se presentaban como un espacio de ruptura con espacios institucionales de toma de decisión, sino que ambas

same. In this manner, the discourse of command not only treats constitutional norms as external constraints, but it also tends to reduce modern democracy to the state form. The doctrine of the Nation-State is also a story about the gradual democratization of the absolutism of monarchical sovereignty". Kalyvas, *Constituent power*, 2.

54 Paulina Ochoa Espejo, *The time of popular sovereignty: Process and the democratic State* (Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2011).

55 Turk Richard, "Democratic sovereignty and democratic government: The sleeping sovereign", en *Popular sovereignty in historical perspective*, editado por Richard Bourke y Quentin Skinner (Londres: Cambridge University Press, 2016).

manifestaciones de democracia podían concurrir. Sin embargo, como argumenta Ricardo Romero⁵⁶, la democracia participativa es aún un sueño en construcción, que se tambalea alrededor la figura del ciudadano y su agencia política.

En este sentido, el ciudadano, al delegar su representación en un tercero, retenía la soberanía como una garantía frente a sus representantes. En consecuencia, para la armonización de la soberanía popular con la política cotidiana es necesario consolidar mecanismos que permitan la expresión popular más allá del voto por quienes eventualmente ejercen la representación popular. Uno de los más importantes es el reconocimiento de la protesta como un derecho ciudadano, por medio del cual se expresan “el disenso y la crítica al poder, se exigen derechos, se hacen reclamos, se manifiestan inconformidades y simpatías, y se defienden diversas posiciones políticas, filosóficas e ideológicas”⁵⁷. En gran medida, la protesta canaliza el descontento ante las dificultades de la representación democrática; sin embargo, tiene la dificultad de que el ejercicio de este derecho no tiene una consecuencia jurídica clara para quienes ostentan representación política, sino que se despliega como una práctica de presión política ante quienes detentan algún grado de poder político institucionalizado.

La protesta, por lo tanto, se presenta como el ejercicio de un derecho que permite la presión política hacia el poder institucionalizado. Aun así, por sus falencias en términos de consecuencias jurídicas claras, se ha desarrollado en las democracias constitucionales otro tipo de mecanismos de participación directa que cuentan con efectos mucho más precisos que la protesta, y que sirven como un espacio de empoderamiento del ciudadano sobre las instituciones representativas. En otras palabras, sirven como un espacio de ejercicio práctico del principio de soberanía popular. La idea sobre la que se articula este tipo de mecanismos es que el ejercicio de la soberanía popular no se limita a la doble dimensión de representar y ser representado, sino que implica una relación activa con los asuntos de su interés, que supera los márgenes de la representación y se expresa por medio de la participación política directa.

En Colombia, la representación democrática se presenta en el Congreso, las asambleas departamentales y los consejos municipales, mientras que la participación directa se expresa por medio del referendo, el plebiscito y la consulta popular. En la práctica, la dimensión representativa y la participativa se articulan en la forma como están diseñados cada uno de estos mecanismos. En el caso del

56 Ricardo Romero, *Democracia participativa: Una utopía en marcha; reflexiones, experiencias y análisis del caso porteño* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2004).

57 Sebastián Lalinde Ordóñez, “Elogio a la bulla: Protesta y democracia en Colombia”, *Documentos*, n.º 49 (2019): 23.

referendo, al ser un procedimiento de cambio constitucional, puede originarse tanto en el presidente de la República como en la ciudadanía, pero su viabilidad política y jurídica depende de la aprobación del Congreso y de la revisión automática de Corte Constitucional⁵⁸; el plebiscito, por su lado, ya que tiene como objetivo darle soporte democrático a una política pública que esté desarrollando el presidente, únicamente tiene origen en el Poder Ejecutivo, pero su convocatoria depende del Congreso, que debe aprobarlo previamente; por último, las consultas populares pueden originarse en el presidente y en la ciudadanía, pero requieren del Congreso para su evaluación política y su resultado es de obligatorio cumplimiento para las instituciones de carácter representativo.

La articulación entre ambas dimensiones de la democracia presupone que el legislador, al aprobar cada uno estos mecanismos, entiende que los ciudadanos van a ejercer su soberanía al decidir de forma directa sobre un asunto. En otras palabras, la fortaleza de los mecanismos de participación directa también radica en que el legislador tiene un rol fundamental en su trámite y aprobación. No obstante, en el caso del plebiscito, subsiste la posibilidad de que el Congreso se pronuncie de forma posterior a la ciudadanía sobre un mismo asunto y con resultados distintos. Esta posibilidad proviene de la naturaleza misma del mecanismo que busca arropar con la participación democrática una política que surge del presidente. Esto se refuerza por cuanto los resultados del plebiscito solo vinculan a él, por lo que el Congreso podría pronunciarse sobre la política que se sometió a voto popular después y en sentido distinto que la ciudadanía.

Esta situación se presentó en el caso del plebiscito por la paz y la posterior reafirmación del acuerdo de paz por parte del Congreso: el 2 de octubre del 2016 la ciudadanía votó de forma negativa frente a la política de paz que desarrollaba el Gobierno de Juan Manuel Santos, encarnada en el acuerdo de paz de La Habana. Dos meses después, el 1.º de diciembre del 2016, el Congreso aprobó el acuerdo de paz que se firmó en el Teatro Colón, que seguía la misma estructura del acuerdo precedente, pero incluía cambios importantes producto de una renegociación con los líderes del no. La concurrencia de dos decisiones opuestas —la primera, producto de la participación directa de la ciudadanía y la segunda en razón del paradigma representativo— produjo un déficit democrático en la activación del *fast track* ya que fue percibida como una flexibilización del principio de soberanía

58 En este caso, el plebiscito solo puede reformar la Constitución, no sustituirla. De esta forma, la Corte Constitucional también revisa materialmente el contenido de la ley que convoca a referendo para identificar si se ajusta a los parámetros que limitan la reforma.

popular que cobija las decisiones directas de la ciudadanía, en beneficio del paradigma representativo.

En otras palabras, a pesar de que era admisible jurídicamente que el Congreso aprobara el acuerdo de paz del Teatro Colón con miras a activar el *fast track*, esto suponía desatender una decisión ciudadana cobijada por la soberanía popular. Los costos políticos de esta decisión están soportados por la búsqueda de la paz y la necesidad de encontrar salidas jurídicas ante el resultado desfavorable del plebiscito del 2 de octubre del 2018^[59]. Sin embargo, es evidente que la posibilidad jurídica no se traduce en legitimidad. En este sentido, lo legal y lo jurídico pueden enmascarar decisiones autoritarias, según lo han indicado autores como David Landau⁶⁰ y Mark Tushnet⁶¹, en especial en el caso de reformas constitucionales que siguen las formas jurídicas, pero que disminuyen progresivamente la potencia democrática. Por el contrario, la concurrencia y diferencia entre la decisión de la ciudadanía y la del Congreso frente a la refrendación popular del acuerdo profundizó la desconfianza social hacia los mecanismos de participación directa, aumentó la suspicacia frente al Congreso y se percibió como una jugada sucia ante una decisión popular. En parte, por la dificultad de contener la potencia de una decisión soberana por medio de los esquemas de la representación política.

Como señala Altman⁶², en Latinoamérica es usual que los presidentes de la región utilicen mecanismos de democracia directa para fortalecer gobiernos autoritarios y desmontar instituciones democráticas. En estos casos, el principio de soberanía popular que se expresa por medio de participación directa es utilizado para legitimar reformas antidemocráticas o políticas que restringen la participación política. En el caso colombiano, el déficit democrático en torno a la activación del *fast track* no sigue la tendencia regional, sino que se presenta por las razones contrarias: una decisión que estaba amparada por la soberanía popular es desentendida por el Congreso, lo que mina la legitimidad democrática de las instituciones representativas y las proyecta como órganos autoritarios. En este sentido, la soberanía popular no es el impulso hacia el régimen autoritario, sino que su flexibilización acrecienta las dudas sobre las calidades democráticas del sistema.

59 Santos, *La batalla y De la Calle, Revelaciones al final*.

60 David Landau, "Abusive constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, n.º 47 (2013): 189-260.

61 Mark Tushnet, "Authoritarian constitutionalism", *Cornell Law Review* 100, n.º 2 (2015): 391-462, <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>.

62 Altman, "Democracia directa".

CONCLUSIÓN: ¿UNA BÚSQUEDA AUTORITARIA DE LA PAZ?

Roberto Gargarella⁶³ afirma que durante los últimos años hubo un crecimiento exponencial en la literatura especializada que analiza el fenómeno de la “erosión democrática” presente en varios países del mundo. Un aparente consenso en las obras más significativas de esta nueva literatura es que el colapso democrático por el uso de poderes de emergencia y el ascenso de cúpulas militares es un fenómeno poco común en la actualidad. La democracia en nuestros tiempos se ve amenazada por procesos incrementales que afectan los elementos estructurales de la democracia, como las elecciones competitivas, los catálogos de derechos de corte liberal —particularmente el derecho a la asociación y la libertad de expresión— y el Estado de derecho⁶⁴.

A pesar de que el proceso de erosión democrática es incremental, sus consecuencias no son menos contundentes que las otras formas de colapso democrático. Por el contrario, el desmonte gradual de las instituciones democráticas tiende a provocar menor resistencia por parte de la sociedad y a estar acompañado de una desilusión social sobre la capacidad de las instituciones democráticas para satisfacer las necesidades políticas de una comunidad. El origen de esta desilusión no radica en los problemas medulares que intenta solventar el constitucionalismo —como la forma adecuada de calibrar el Poder Ejecutivo dentro del principio de separación de poderes—, sino en la distancia que se presenta entre las limitaciones del poder del ciudadano común y su aspiración a participar significativamente en las decisiones políticas⁶⁵. De esta forma, los debates en torno a cómo se deben articular los paradigmas de la democracia representativa y participativa en una democracia constitucional están en el centro del debate para enfrentar los procesos de erosión democrática.

En este sentido, es relevante pensar las tensiones democráticas de la activación del *fast track* en clave de democracia representativa y participativa. El anclaje conceptual mediante este binomio está presente a lo largo del capítulo y muestra cómo se conectaban originalmente en el mecanismo de activación del *fast track*. Los déficits democráticos, en consecuencia, están relacionados ampliamente con el tránsito entre la democracia participativa y la representativa como *locus* de activación del

63 Roberto Gargarella, “Review of Tom Ginsburg and Aziz Huq, ‘How to save a constitutional democracy’”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 44 (2019): 397, <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.15>.

64 Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *How democracies die* (Nueva York: Crow, 2018); Tom Ginsburg y Aziz Huq, *How to save a constitutional democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 2018); Cass Sunstein, *Can it happen here?: Authoritarianism in America* (Nueva York: Dey Street Books, 2018).

65 Gargarella, “Review of Tom Ginsburg”.

fast track. Si bien este es el origen y el epicentro de la disputa política, por cuanto se desplazó el resultado de la participación directa por la representación política, la erosión democrática se acrecienta por los problemas constitucionales que se derivan de este tránsito y que se identificaron en el texto, es decir, por el desbalance en el principio de separación de poderes, la dificultad de deliberar dentro del *fast track* y la concurrencia de dos decisiones de distinto origen democrático que terminan por flexibilizar aquella que está amparada por la soberanía popular.

Estos déficits democráticos dibujan también la trayectoria autoritaria de la búsqueda de la paz. Al contrario de la tendencia latinoamericana, lo autoritario no surge del uso de mecanismos de participación ciudadana para legitimar popularmente un gobierno que amenaza la estabilidad democrática, sino, por el contrario, de la dificultad de soslayar una decisión popular por medio de los canales de la representación política y de encubrir esa decisión con el mandato de la legalidad y de las competencias. En este escenario, el paradigma de la representación democrática aumenta la distancia entre el papel del ciudadano y la efectividad de sus decisiones, por lo que constituye un desencadenante importante en el largo proceso de erosión de la democracia colombiana. Sin embargo, la búsqueda de la paz, así sea autoritaria, está atravesada por discusiones éticas relevantes que dificultan la adopción de un esquema de actuación claro ante las dificultades democráticas en torno a la activación del *fast track*. Por el contrario, la encrucijada política y su resolución tienen un alto componente ético que matiza su tendencia autoritaria. En otras palabras, una paz autoritaria resulta mucho más virtuosa que una guerra amparada por la fuerza de la mayoría.

BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 1/2016.

Alles, Nicolás E. “Legitimidad deliberativa: Sobre las relaciones entre democracia, deliberación y conocimiento”. Tesis de doctorado, Universidad Nacional de La Plata, 2017. <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1363/te.1363.pdf>.

Altman, David. “Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?”. *Política y Gobierno* 12, n.º 2 (2005): 203-232.

Basset, Yann. “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”. *Estudios Políticos*, n.º 52 (2018): 241-265. <http://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>.

- Bohman, James y William Rehg. *Deliberative democracy: Essays on reason and politics*. Boston: MIT Press, 1997.
- Bonilla, Daniel. “La economía política del conocimiento jurídico”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito/Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 2, n.º 1 (2015): 26-59.
- C. Const., Sent. C-816/2004, ag. 30/2004. MM.PP. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes [fundamentos jurídicos n.ºs 136 y 137].
- Sent. C-579/2013, ago. 28/2013. M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sent. C-379/2016, jul. 18/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sent. C-699/2016, dic. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-174/2017, mar. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-332/2017, may. 17/2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Celemín Caicedo, Yenny Andrea. “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el proceso legislativo en Colombia”. *Precedente*, n.º 11 (2017): 53-82.
- Cohen, Joshua. *Deliberación y legitimidad democrática*. Boston: MIT Press, 1997.
- Colón Ríos, Joel. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Constitución Nacional (C. N.), 1991.
- Cristo, Juan Fernando y Guillermo Rivera. *Disparos a la paz*. Bogotá: Ediciones B, 2019.
- D. 121/2017.
- De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de una guerra: Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana*. Bogotá: Debate, 2019.
- Díaz Bravo, Enrique. “Desarrollo histórico del principio de separación de poderes”. *Revista de Derecho*, n.º 38 (2012): 240-270.
- García Alonso, Ricardo. “Why deliberation?: Challenges for an epistemic model of democratic legitimacy”. *Papel Político* 18, n.º 1 (2013): 185-203.
- García Jaramillo, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Gargarella, Roberto. “Review of Tom Ginsburg and Aziz Huq, ‘How to save a constitutional democracy’”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 44 (2019): 397-406. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.15>.
- Ginsburg, Tom y Aziz Huq. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018.

- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Volumen 1: *Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987.
- Kalyvas, Andreas. “Constituent power”. *Political concepts: A critical lexicon*, 2005. <https://www.politicalconcepts.org/constituentpower/>.
- L. Estat. 1757/2015.
- Lalinde Ordóñez, Sebastián. “Elogio a la bulla: Protesta y democracia en Colombia”. *Documentos*, n.º 49 (2019).
- Landau, David. “Abusive constitutionalism”. *University of California Davis Law Review*, n.º 47 (2013): 189-260.
- Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 2009.
- Levitsky, Steven y Daniel Ziblatt. *How democracies die*. Nueva York: Crow, 2018.
- Nino, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Ochoa Espejo, Paulina. *The time of popular sovereignty: Process and the democratic State*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2011.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República. *Biblioteca del proceso de paz*. Tomo 6. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, 2018.
- Otálora Lozano, Guillermo. “El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo”. *Pensamiento Jurídico*, n.º 38 (2013): 65-108.
- Rawls, John. *Political liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1996.
- Richard, Turk. “Democratic sovereignty and democratic government: The sleeping sovereign”. En *Popular sovereignty in historical perspective*, editado por Richard Bourke y Quentin Skinner, 115-141. Londres: Cambridge University Press, 2016.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de constitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Rodríguez, Luis Carlos y Nicolás Pineda. “Proceso legislativo y deliberación: Una mirada a las legislaturas locales”. *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública* 1, n.º 2 (2008): 195-224.
- Romero, Ricardo. *Democracia participativa: Una utopía en marcha; reflexiones, experiencias y análisis del caso porteño*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz*. Bogotá: Planeta, 2019.
- Schmitt, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1990.
- *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

- Sunstein, Cass. *Can it happen here?: Authoritarianism in America*. Nueva York: Dey Street Books, 2018.
- Tushnet, Mark. "Authoritarian constitutionalism". *Cornell Law Review* 100, n.º 2 (2015): 391-462. <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>.
- Vannosi, Jorge. "El significado constitucional de los congresos y parlamentos". En *El Poder Legislativo: Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, compilado por Jorge Horacio Gentile. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2008.
- Waldron, Jeremy. *Law and disagreement*. Nueva York: Oxford University Press, 1999.

CAPÍTULO 5

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN EL TEATRO DE LA MEMORIA: NARRATIVAS SOBRE EL CONFLICTO ARMADO EN TIEMPOS DE *FAST TRACK**

Tania Luna Blanco

*Tanto la promesa como la dificultad de la historia surgen de
su vinculación con la memoria. La promesa es la convalidación
memoriosa de la objetividad del pasado.*

Joyce Appleby, Lynn Hunt y
Margaret Jacob, “Verdad y objetividad”

*{...} la Asamblea Constituyente quiso que Constitución y
paz fueran sinónimos.*

Magistrados Luis Guillermo Guerrero y
Antonio José Lizarazo Ocampo

INTRODUCCIÓN

Colombia ha construido a lo largo del tiempo numerosos espacios para la comprensión del pasado, que revisten las formas de *comisiones de historia, memoria y verdad*. En el teatro de la memoria¹ del conflicto armado y la paz, estos espacios

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.710>.

1 Tomo el término *teatros de la memoria* del autor Raphael Samuel, historiador británico. Entiendo la memoria como un lugar imaginado dentro de la cartografía mental de una comunidad política, que, lejos de ser un receptáculo pasivo o un banco de imágenes del pasado, es una fuerza activa y dinámica que vive una importante relación dialéctica con la historia. Mientras la historia integra y sintetiza lo divergente, la memoria desafía la jerarquización del conocimiento histórico aun cuando está condicionada históricamente, cambia según las necesidades del momento, los sujetos que intentan recuperarla, las posiciones de enunciación que tienen, sus condiciones discursivas de posibilidad y las pasiones que los envuelven en su tiempo. Raphael Samuel, *Teatros de la memoria: Pasado y presente en la cultura contemporánea* (Londres: Verso Books, 2012). Alimentan de igual forma mi visión sobre la memoria y la historia Michel Foucault, *Nietzsche, la genealogía, la historia* (Valencia: Pre-Textos, 1988); Santiago Castro Gómez, *Historia de la gubernamentalidad I: Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, vol. 2 (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015); Paul Ricoeur, *La memoria, la historia y el olvido* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004); y Enzo Traverso, *De la memoria y su uso crítico* (Cataluña: Generalitat de Catalunya, 2008), 6-21.

se han comprometido con una visión del mundo y de la naturaleza de las cosas, que ha dado cuenta de la inenarrable atrocidad legada por la guerra en Colombia. En este capítulo, exploro las formas en las que la Corte Constitucional colombiana ha participado en la construcción de este tipo de narrativas en tiempos de *fast track*. El texto desafía una visión separatista de la verdad, como elemento que las transiciones administran exclusivamente en comisiones de memoria o verdad y tribunales de enjuiciamiento de la atrocidad. En contraste, resalta el papel de la Corte Constitucional como narradora del pasado y réferi de memorias del conflicto armado, con autoridad judicial para definir la verdad². Visibilizar el tipo de historias con las que esta corporación se compromete resulta central para entender el importante lugar que ocupa como actor político, agente histórico, lugar de memoria en la recuperación del *pasado presente*, así como las tensiones que enfrenta en su quehacer.

Defiendo como idea central que los tribunales constitucionales son actores políticos que desempeñan un rol en el teatro de la memoria (o en la recuperación del pasado presente por parte de diferentes tipos de actores individuales e institucionales), como agentes que contribuyen a construir cierto tipo de narrativas históricas que, aun cuando se narran como una suerte de contexto (telón de fondo o interpretación histórica), tienen vocación para sustentar transformaciones institucionales futuras, sobre todo en tiempos de transición hacia la paz.

Con esta visión en mente, invito a explorar las principales decisiones emanadas del *fast track* en Colombia³, buscando demostrar que, a propósito de la revisión de las normas derivadas del más reciente proceso de paz en nuestro país con las FARC, la Corte Constitucional colombiana se comprometió con unas narrativas del pasado que ahora reposan en decisiones judiciales y que, a su vez, sustentarán nuevas decisiones y transformaciones institucionales, con lo cual darán por probados ciertos contextos, procesos y sujetos, y alimentarán, de igual forma, nuestros archivos oficiales de memoria. El lugar de presente de la Corte colombiana hizo posible resignificar la historia constitucional del país alrededor del derecho a la paz, para hacer viable la etapa de juridificación del acuerdo de paz. Así las cosas, la memoria y la historia no son tan solo el escenario donde

2 “Esto llevó a la Corte a buscar decisiones moderadas y balanceadas, actuando como un catalizador que mitigó las posturas políticas radicales, utilizando la Constitución para ejercer una labor de árbitro”. En Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones de implementación del acuerdo final de paz* (Bogotá: Corte Constitucional, 2019), 5.

3 La revisión constitucional de las normas jurídicas derivadas del acuerdo de paz con las FARC dejó un importante balance de producción: “46 normas, así: 5 actos legislativos, 6 leyes y 35 decretos-ley, para un total de 774 disposiciones normativas. La importante labor encomendada a la Corte Constitucional nos enfrentó a dos tipos de retos: jurídicos y políticos”. En Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones*, 5.

tienen lugar las decisiones judiciales, sino también, uno más de los espacios en contienda que enfrenta el juez constitucional en tiempos de transicionalidad y definición de la verdad.

Buscando cumplir este objetivo, el artículo se organiza en tres apartados principales. En el primero, defiende que los tribunales constitucionales (junto a otras instituciones), en contextos de transición hacia la paz y procesamiento de la atrocidad, no son solo sedes judiciales, sino actores en el teatro de la memoria que participan de la recuperación del recuerdo y que enfrentan tensiones en dicho proceso que pasan, por lo general, inadvertidas (*historia, memoria y verdad judicial*). En el segundo, explico de qué manera la Corte Constitucional ha participado en la narración del conflicto armado colombiano empleando la historia constitucional para hacer posible la labor de los legisladores ordinario y extraordinario en tiempos de *fast track*, desde una particular interpretación del derecho a la paz, que parece dejar atrás una historia asociada a su conflictividad. La labor de la Corte ha sido vital para contribuir a la visibilización del conflicto armado en rechazo del negacionismo, pero suscita interesantes preguntas sobre la fuerza de las narrativas históricas constitucionales en contextos transicionales. En el tercero, presento al lector algunos elementos de análisis para cuestionar el quehacer historiográfico irreflexivo del tribunal constitucional y su potencialidad para cristalizar los pasados de paces y violencias, siendo portador y silenciador de la verdad en tiempos de transición hacia la paz.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EN EL TEATRO DE LA MEMORIA: EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO NARRADORA EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

La justicia transicional y la búsqueda de la verdad

Hablar de justicia transicional⁴ es hacer alusión a un concepto designado para explicar el fenómeno producido en numerosos contextos y momentos históricos⁵,

4 Una versión previa y ampliada de este acápite, en la cual el análisis se centra en las comisiones latinoamericanas de memoria y verdad, puede encontrarse en Tania Luna Blanco, “Las comisiones de memoria y verdad ante el reto de narrar la atrocidad masiva: Una forma de reconstruir el pasado de violencia, paz y reconciliación de América Latina”, en *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, editado por Manuel Alberto Restrepo Medina (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020), 415-452.

5 Para Teitel, los orígenes de la justicia transicional en sentido moderno, que asocia con la primera fase de esta en su genealogía, se remontan a la Primera Guerra Mundial. Ruti G. Teitel, “Genealo-

consistente en transitar de dictaduras, estados autocráticos o de guerra, a regímenes estables o democráticos, por medio del restablecimiento del Estado de derecho y la legalidad. La justicia transicional se asocia entonces a procesos de profunda transformación política motivados por un cambio de Gobierno o el derrocamiento del existente, y el conjunto de medidas legislativas, administrativas y judiciales que se adoptan para apoyar dicha transición⁶.

La justicia transicional surge como un discurso construido para atender a nuestro desgarrador tiempo presente⁷, ayudándolo a saldar sus cuentas con el pasado. En este campo discursivo, la triada *verdad, justicia y reparación* aparece hoy como pilar jurídico infranqueable, que deja poco lugar a la negociación política⁸, o a otras formas no jurídicas de representación de la atrocidad⁹.

De esta manera, la justicia transicional ofrece, principalmente por la vía del derecho¹⁰, una serie de alternativas normativas que se muestran novedosas, neutrales e idóneas para atender a la reconstrucción de los países del mundo y apostarles a los derechos de las víctimas y a la construcción de paz (*peace building*) en un posible escenario de posconflicto¹¹, aun cuando los debates que estructuran

gía de la justicia transicional”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 16 (2003): 69-94. Véase también *Transitional justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

- 6 Para Elster y Teitel, la justicia transicional desde sus componentes básicos implica: (1) una respuesta a situaciones de extrema violencia o de regímenes represores anteriores, desde el derecho y la legalidad; (2) un conjunto de decisiones sustantivas y procedimentales, que varían de acuerdo con cada contexto y situación política; (3) una motivación de transformación radical de la sociedad, por medio de las distintas decisiones políticas que se adopten; (4) el uso de mecanismos judiciales y extrajudiciales, para determinar qué se considera un crimen o una violación, si los mismos pueden ser eximidos de persecución o, por el contrario, deben ser judicializados; qué tipo de retribución se exige de los perpetradores, qué tipo de medidas se adoptan en su contra y cómo se definen las víctimas de las violaciones, así como el restablecimiento a su estado anterior o reparación del daño sufrido. Teitel, “Genealogía de la justicia” y Jon Elster, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 152.
- 7 Para efectos del presente texto las palabras *modernidad, contemporaneidad y tiempo presente* se emplearán en el mismo sentido siguiendo la propuesta metodológica de Hugo Fazio, *La historia del tiempo presente* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010).
- 8 Farid Benavides, “El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC-EP”, en *Perspectivas jurídicas para la paz*, coordinado por Helena Alviar García e Isabel Jaramillo Sierra (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016), 371-398.
- 9 Esteban Restrepo, “Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: Algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva”, en *Derechos humanos: Posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, coordinado por Marisa Iglesias (Buenos Aires: Librería Ediciones, 2014), 336-352.
- 10 Sobre el papel del derecho en las historias que se cuentan en los procesos de transición hacia la paz, véase Tania Luna Blanco, “Historia legal y conflicto armado en Colombia: Entre el derecho fallido y la violencia coonestada”, en *Retos del postconflicto desde un enfoque interdisciplinario* (Barranquilla: Sello Editorial Coruniamericana, 2019), 12-35.
- 11 La construcción de paz se mueve también dentro de la lógica de un mercado que va en busca de tierra fértil para producir y ofrecer alternativas para transitar hacia la paz. Véase Craig Zelizer y Valerie Oliphant, “Introduction to integrated peacebuilding”, en *Integrated peacebuilding: Innovating approaches to transforming conflict*, compilado por Craig Zelizer (Washington: Georgetown University y Westview Press, 2013), 3-30. También Alejandro Castillejo Cuéllar, *La ilusión de la justicia transicional: Perspectivas críticas desde el Sur global* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017).

este escenario de construcción académica están lejos de ser pacíficos. La literatura especializada ha abierto un interesante territorio de discusión para pensar los puntos de encuentro entre la construcción de paz, el humanitarismo y la justicia transicional; desafiar los principales componentes del proyecto de justicia transicional desde sus componentes ideológicos liberalizadores y homogeneizadores que, la mayoría de las veces, se instalan en desconocimiento de los contextos y dinámicas locales, con una invitación permanente a politizar sus orígenes para develar las agendas y los intereses que los impulsan y que se movilizan en pro de mantener sus componentes¹².

Los principales elementos de la transición hacia la paz gravitan alrededor de la *verdad*, la *justicia*, la *reparación* y la *no repetición* entendidas como derechos de las víctimas frente al mandato internacional de que no haya impunidad¹³. Así, las cortes o tribunales *ad hoc*, las comisiones de la verdad y las agencias administrativas de reparación e implementación de los programas de paz y reconciliación se abren paso como instrumentos idóneos para la construcción de paz.

En la historia de las transiciones hacia la paz han gozado de mayor protagonismo los mecanismos de *justicia y verdad*, por algunas razones de vital importancia. Los primeros, por cuanto desafían una larga historia de amnistías y perdones amnésicos, pero también por cuanto los usos políticos de la punición y el castigo al victimario favorecen a los gobiernos que los impulsan en contextos determinados y con banderas ideológicas diversas¹⁴. Los segundos, por canalizar los reclamos de memoria colectiva de las atrocidades padecidas, coadyuvando a los mecanismos de justicia a producir verdades judiciales que se transforman, al mismo tiempo, en narraciones sobre el tipo de conflicto vivido, las víctimas que lo sufrieron y los victimarios que lo perpetraron, que sirven de base para rediseños institucionales diversos y políticas públicas dirigidas a poner fin en algún momento a la transición.

En este espacio, las *comisiones de la verdad* se entienden como uno de los principales elementos de las transiciones hacia la paz, y se articulan como un reclamo

12 Félix Eduardo Torres Penagos, “Estudio preliminar: Justicia transicional en perspectiva; posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post)conflicto”, en *Justicia transicional y postconflicto* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2019), 15-96.

13 Sobre este punto y para una reconstrucción de los principios de Joinet, véase Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones* (Bogotá: Opciones Gráficas, 2007), 31-497.

14 Helena García y Karen Engle, “The distributive politics of impunity and anti-impunity: Lessons from four decades of Colombian peace negotiations”, en *Anti-impunity and the human rights agenda*, editado por Karen Engle, Zinaida Miller y D. M. Davis (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 216-254.

de rechazo determinante al olvido¹⁵. Aun cuando su quehacer es contextual, estas comisiones se caracterizan principalmente por

- centrarse en el pasado;
- estudiar patrones de acontecimientos de violencia o represión acaecidos de manera recurrente durante un periodo, a consecuencia de regímenes autoritarios de derecho o escenarios de conflicto armado;
- nacer con una vocación temporal, que por lo general concluye con la emisión de un informe público en respuesta a las tareas encomendadas, en el cual se describen las causas y consecuencias de las violaciones sufridas; y
- ser oficialmente autorizadas o, por lo menos, reconocidas por el Estado, aun cuando deben actuar con independencia de este.¹⁶

La relación de estos espacios creados como escenarios de la verdad con cortes y tribunales es estrecha. Aunque su fin último no sea fijar o establecer condenas o sentencias judiciales, con excepción del caso sudafricano y la concesión de amnistías¹⁷, la verdad reconstruida hace eco en el poder judicial y en los órganos de justicia creados con un reto distinto: procesar la atrocidad, fijando sanciones que desafían el paradigma de la proporcionalidad y la justicia retributiva¹⁸.

Sin embargo, y pese a hacer referencia cada vez y con mayor ahínco a la justicia transicional explorando de cerca sus instrumentos, son muchas las instituciones de la normalidad que entran en relación con las de la transicionalidad para explicar el pasado de violencias y conflictos. De esta manera, el proyecto de la transición no opera dentro del marco de un prístino paréntesis puesto a la normalidad, sino en un contexto prefigurado por la memoria colectiva y las memorias oficiales y subalternas¹⁹ que presionan el presente desde donde se está produciendo el recuerdo. Así las cosas, la Comisión de la Verdad y la Justicia Especial para la Paz no son los únicos espacios en los que se define el pasado del conflicto armado colombiano, y quienes trabajen alrededor de la transición vivirán de frente los retos asociados a la memoria²⁰ y al olvido²¹.

15 Priscilla Hayner, "Fifteen truth commissions, 1974-1994: A comparative study", *Human Rights Quarterly* 16, n.º 4 (1994): 22. <https://doi.org/10.2307/762562>.

16 *Ibid.*, 11.

17 Richard A. Wilson, *The politics of truth and reconciliation in South Africa: Legitimizing the post-apartheid State* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

18 Hayner, "Fifteen truth commissions", 11.

19 Traverso, *De la memoria*.

20 Astrid Erll, *Memoria colectiva y culturas del recuerdo: Estudio introductorio* (Bogotá: Ediciones Unian-des, 2012).

21 Friedrich Nietzsche, *Sobre la utilidad y los perjuicios de la historia para la vida* (Madrid: EDAF, 2000).

Memoria, historia y verdad judicial

La memoria y la historia trabajan en el pasado al igual que la imaginación, pero su apuesta no es la ficción, sino la realidad. El lugar de trabajo de la historia es la memoria colectiva²². Esta memoria no es única y constituye un reto para quien desea historiar un pasado vivo. Un desafío que parece representar un abanico de lugares y significados posibles para la interpretación de hechos históricos, pero que no puede considerarse la historia misma que debe ser escrita. En este sentido, las memorias viven pugnas políticas por permanecer en el imaginario social y, en ocasiones, los instrumentos legales las inmortalizan o definen su veracidad²³, lo que impone un reto a quien se juega en su oficio la posibilidad de acercarse a la verdad histórica o de abrir paso a memorias disidentes sobre olvidos deliberados²⁴.

Las instituciones jurídicas trabajan en escenarios memorializados²⁵, que llevan a los archivos oficiales imágenes congeladas del tiempo. Por ello, quien historiza²⁶ se ve amenazado por un presente invasivo que demarca y limita su actuar, al verse presionado a inmortalizar, por medio de las narrativas de la historia, las memorias que la mayoría, o por lo menos los vencedores, defiende como verdaderas. Desde esta perspectiva, lo que se esconde detrás de las narrativas históricas es el *poder*, y no develar su existencia en los archivos oficiales contribuye a

22 Ricoeur, *La memoria, la historia*.

23 Algunos historiadores han señalado el riesgo que representa en su oficio el derecho mismo y su tendencia a calificar en algún sentido los hechos históricos. En este escenario, expresiones como *crímenes de lesa humanidad, criminales de guerra, atrocidad masiva y sistemática* se ven como una amenaza del presente para congelar el pasado en un solo sentido, lo cual deja sin lugar a la historia misma y al oficio del historiador. Sobre este punto, véase Luisa Corradini, “No hay que confundir memoria con historia” [Entrevista a Pierre Nora], *La Nación*, 15 de marzo del 2006, <https://www.lanacion.com.ar/cultura/no-hay-que-confundir-memoria-con-historia-dijo-pierre-nora-nid788817/>.

24 “[...] el cierre de la caja de Pandora de la memoria fue la ratificación de una constitución autoritaria en 1980”. En Steve Stern, “El tortuoso camino chileno a la memorialización”, en *No hay mañana sin ayer: Batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Peter Winn, Steve J. Stern, Federico Lorenz y Aldo Marchesi (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014), 208-209.

25 La memoria ocupa espacios sociales contruidos a manera de archivos que contienen lo que debemos recordar. Sobre los lugares de memoria, Nora señala: “[...] Museos, archivos, cementerios y colecciones, fiestas, aniversarios, tratados, actas, monumentos, santuarios, asociaciones, son los cerros testigo de otra época, de las ilusiones de eternidad. De allí viene el aspecto nostálgico de esas empresas de veneración, patéticas y glaciales. Son los rituales de una sociedad sin rituales; sacralidades pasajeras en una sociedad que desacraliza; fidelidades particulares en una sociedad que lima los particularismos; diferenciaciones de hecho en una sociedad que nivela por principio; signos de reconocimiento y de pertenencia de grupo en una sociedad que tiende a no reconocer más que a individuos iguales e idénticos. Los lugares de memoria nacen y viven del sentimiento de que no hay memoria espontánea, de que hay que crear archivos, mantener aniversarios, organizar celebraciones, pronunciar elogios fúnebres, labrar actas, porque esas operaciones no son naturales”. En Corradini, “No hay que confundir”, 24.

26 En la misma línea que Samuel, no entiendo al historiador como el profesional de una disciplina, sino como aquel que ejerce un oficio de recuperación del pasado, viendo en la historia una forma social de conocimiento. Samuel, *Teatros de la memoria*.

promover la ingenuidad, en palabras de Trouillot, el mejor refugio para aquellos que aspiran a su *invisibilidad*²⁷.

El pasado, gobernado por las memorias, es un terreno oscuro y boscoso, un país extraño²⁸:

La historia es la reconstrucción siempre problemática e incompleta de lo que ya no es. La memoria es un fenómeno siempre actual, un lazo vivido con el presente eterno; la historia, una representación del pasado. Por ser afectiva y mágica, la memoria solo se ajusta a detalles que la reafirman; se nutre de recuerdos borrosos, empalmados, globales o flotantes, particulares o simbólicos; es sensible a todas las transferencias, pantallas, censuras o proyecciones. La historia, por ser una operación intelectual y laicizante, requiere análisis y discurso crítico.²⁹

Como nos alerta la fenomenología del recuerdo, las memorias pueden ser impedidas, manipuladas, dirigidas abusivamente, tentadas por la búsqueda de la identidad y las batallas ideológicas que culminan con relatos de vencedores y vencidos³⁰, finales felices que añoramos aun cuando sabemos que son imposibles³¹. De esta manera, las narraciones deben observarse con cuidado y evaluarse a la luz de sus finalidades; el riesgo más grande surge de la tendencia a encapsular el pasado en el presente, dando a unas memorias la calidad de ganadoras en la contienda del recuerdo, máxime cuando la definición proviene de un portavoz con autoridad. ¿Se debe hablar de conflicto armado, o de terrorismo? ¿de gobiernos militares, o de dictaduras? ¿de masacres, o de homicidios colectivos? ¿de violencia política, violencia económica o de violencias en plural?³²

La verdad judicial trabaja también en lugares de la memoria³³, comparte con la historia su búsqueda de certezas y, como ella, se apoya en pruebas. Sin embargo, el historiador puede continuar ahí donde cesa la labor de la justicia:

27 Michel-Rolf Trouillot, "The power in the story", en *Silencing the past: Power and the production of History* (Boston: Beacon Press, 1995), prefacio, xix.

28 David Lowenthal, *El pasado es un país extraño* (Madrid: AKAL, 1985).

29 Corradini, "No hay que confundir".

30 "Estas múltiples formas del abuso hacen resaltar la vulnerabilidad fundamental de la memoria, la cual resulta de la relación entre la ausencia de la cosa recordada y su presencia según el modo de representación. Todos los abusos de la memoria ponen al descubierto esencialmente el carácter enormemente problemático de esta relación representativa con el pasado". Ricoeur, *La memoria, la historia*, 111.

31 Stanislaw Zuleta, "Elogio de la dificultad", *Praxis Pedagógica* 4, n.º 5 (2004): 87-91.

32 Stern, "El tortuoso camino chileno".

33 "Los lugares de memoria son, ante todo, restos. La forma extrema bajo la cual subsiste una conciencia conmemorativa en una historia que la solicita, porque la ignora. Es la desritualización de nuestro mundo la que hace aparecer la noción. Aquello que segrega, erige, establece, construye, decreta, mantiene mediante el artificio o la voluntad una colectividad fundamentalmente entrenada en su

Un historiador tiene derecho a distinguir un problema allí donde un juez decidiría un “no ha lugar”. Es una divergencia importante que, sin embargo, presupone un elemento común a historiadores y jueces: el uso de la prueba [...] y entonces surgirán las implicaciones y los límites de la sugestiva analogía sugerida por Luigi Ferrajoli: “El proceso es, por así decirlo, el único caso de experimento historiográfico: en él las fuentes actúan en vivo, no solo porque son asumidas directamente, sino también porque son confrontadas entre sí, sometidas a exámenes cruzados, y se les solicita que reproduzcan, como en un psicodrama, el acontecimiento que se juzga”.³⁴

La memoria está constituida por numerosos lugares memorializados que buscan ser cuestionados por la verdad judicial y la historia. La verdad judicial dirige su actuar a la búsqueda de certezas, y renuncia si no puede encontrarlas; la historia, en cambio, aun alentada por esta pretensión de verdad, es incapaz de renunciar a su búsqueda aun cuando deba moverse en el terreno de la probabilidad³⁵.

En el caso colombiano y con un conflicto que supera décadas de existencia, las voces autorizadas para la recuperación del recuerdo de la transición hacia la paz en las diferentes transiciones vividas han correspondido a los violentólogos, comisionados históricos, historiadores y estudiosos de la memoria³⁶. Nuestro país encuentra importantes antecedentes de estas figuras en la Comisión Investigadora de las Causas de la Violencia creada por el Frente Nacional en 1958; la Comisión de Expertos de 1987 y el Grupo de Memoria Histórica, que adelantó su mandato entre el 2007 y el 2011, la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (2014), producto también de los acuerdos de La Habana (2014); el actual Centro Nacional de Memoria Histórica, creado desde el 2011³⁷ y la recientemente conformada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, con un mandato de seis meses de preparación y tres años de funcionamiento (2018-2021) para la producción de un informe final³⁸.

transformación y renovación, valorizando por naturaleza lo nuevo frente a lo antiguo, lo joven frente a lo viejo, el futuro frente al pasado. Nora, en Corradini, “No hay que confundir”, 24.

34 Carlo Ginzburg, *El juez y el historiador: Consideraciones al margen del proceso Sofri* (Madrid: Editorial Anaya y Mario Muchnik, 1993).

35 “[...] los espacios judiciales son lugares de memoria, pues en ellos se ejerce un poder ritualizado que le permite a la sociedad reconocerse”. Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), *Justicia y paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?* (Bogotá: CNMH, 2012).

36 En Colombia han existido por lo menos doce comisiones sobre la violencia, “concebidas como herramientas para contribuir a la superación de la violencia crónica que ha soportado el país”. Jefferson Jaramillo, *Pasados y presentes de la Violencia en Colombia: Estudio sobre las comisiones de investigación (1958-2011)* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2014), 34.

37 CNMH, *La memoria nos abre camino: Balance metodológico del CNMH para el esclarecimiento histórico* (Bogotá: CNMH, 2018), 30.

38 Integran la Comisión Francisco José de Roux (presidente), Alejandra Miller, Alejandro Valencia Villa, Alejandro Castillejo (en reemplazo de Alfredo Molano, q. e. p. d.), Marta Ruiz, Carlos Martin

Sin embargo, hay otras instituciones jurídicas que producen imágenes y narrativas del conflicto armado con autoridad judicial, razón por la cual, la interacción entre *memoria*, *historia* y *verdad judicial* que se explora se vuelve vital para avanzar hacia un proyecto crítico de estudio de la transición colombiana. Desde esta perspectiva, la memoria colectiva del conflicto armado se visibiliza como una gran puesta en escena, en la que están interactuando diversos sujetos institucionales y no institucionales, bajo dinámicas de poder diferenciado (teatro de la memoria del conflicto armado), buscando conquistar el poder que otorga el derecho en el contexto de la transición hacia la paz.

Ver de cerca el papel que desempeña la Corte Constitucional en tiempos del constitucionalismo de transición implica avanzar en este propósito, aportando elementos que nos permitan entender mejor las narrativas dominantes sobre el conflicto armado colombiano en el tribunal constitucional y problematizarlas, al tiempo que evaluamos las transformaciones que está sufriendo el derecho constitucional colombiano y, en general, nuestro orden social e institucional³⁹, desde la recuperación del pasado de atrocidad sobre el que se construye la transición.

NARRATIVAS CONSTITUCIONALES EN TIEMPOS DE *FAST TRACK*: LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO NARRADORA DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Plebiscito, *fast track* y “urgencia” de paz

El 2 de octubre del 2016 los principales diarios de Colombia y el mundo cubrían el fracaso del plebiscito para refrendar los diálogos de paz con las FARC, condensados en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (24 de agosto del 2016). Con un estrecho margen de diferencia (50,2 % frente al 49,7 %) el no se abrió paso y con él un sinnúmero de preguntas suscitadas en intensos debates de la opinión pública: “¿Cómo es posible que un país rechace un acuerdo que le pondría fin a un conflicto armado que lleva más de medio siglo y costó la vida de más de doscientas mil personas, un pacto que fue negociado arduamente durante cuatro años?”⁴⁰.

Beristain, Lucía González, Carlos Guillermo Ospina, Patricia Tobón Yagarí, Saúl Franco y Leyner Palacios (en reemplazo de Ángela Salazar, q. e. p. d.).

39 Antonio Alejandro Barreto, “Efectos de la implementación del acuerdo de paz en la estructura orgánica de la paz: La burocracia de la paz”, *Precedente*, n.º 10 (2017): 185-224.

40 Boris Miranda, “Las razones por las que el ‘no’ se impuso en el plebiscito en Colombia”, *BBC Mundo*, 3 de octubre del 2016, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537629>.

Anunciando que la paz no tendría reversa, el entonces presidente Juan Manuel Santos movilizó una estrategia de diálogo con los promotores de la campaña por el no a la refrendación del acuerdo de paz. Después de expresar que resultaba inviable dejar de lado el esfuerzo de la mesa de negociación que había tomado cuatro años⁴¹, orientó sus esfuerzos a producir un nuevo acuerdo, que tuviera en cuenta las voces disidentes que habían rechazado el plebiscito por la paz.

Diez puntos de cambios y ajustes protagonizaron el gran acuerdo político nacional: (1) compromiso de entrega de bienes; (2) inexistencia de la ideología de género; (3) reforma rural integral con agroindustria y turismo; (4) garantía del derecho a la propiedad privada; (5) inclusión en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNR) de organizaciones de víctimas que hayan votado no; (6) establecimiento de responsabilidades de narcotráfico; (7) erradicación forzosa y fumigación de cultivos ilícitos; (8) conexidad del delito político con el narcotráfico definida caso a caso; (9) FARC sin candidatos a las curules especiales de paz; y (10) reducción de financiación del partido político que surgiera de las FARC⁴².

Pese a la falta de consensos con los sectores del no, la paz con las FARC se firmó finalmente el 24 de noviembre del 2016 en el Teatro Colón. Así se abrió camino un nuevo compromiso de refrendación en el Congreso de la República:

El Congreso es quien, en nuestras instituciones democráticas —en toda democracia—, representa al pueblo para que, a nombre de los ciudadanos, legisle y apruebe todas las normas que nos rigen, las reformas constitucionales, los tratados internacionales y las leyes. El Congreso, por su naturaleza misma, cuenta no solo con la legitimidad del voto popular, sino que representa a todos y cada uno de los departamentos y regiones del país. Dado que la paz se consolidará desde los territorios, este elemento es muy importante.⁴³

Con una producción jurídica viabilizada en un restringido tiempo, sin precedentes en el pasado de las transiciones hacia la paz en Colombia⁴⁴, el país abrió paso a la etapa de juridificación del acuerdo de paz con la expedición de cuarenta y seis normas: seis actos legislativos, seis leyes y treinta y cinco decretos ley, para un total de setecientas setenta y cuatro disposiciones normativas producidas por

41 “Renegociar el acuerdo de paz: ¿Es posible?”, *Semana*, 3 de octubre del 2016, <https://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-para-la-paz-sera-o-no-posible-renegociar-los-acuerdos/496759/>.

42 Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, *Biblioteca del proceso de paz*, tomo 8 (Bogotá: Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, 2018), 207.

43 *Ibid.*, 309.

44 Sobre el papel del derecho en las historias que se cuentan en los procesos de transición hacia la paz, véase Luna Blanco, “Historia legal y conflicto”, 12-35.

el Congreso y por el presidente de la República, en el marco de las facultades legislativas ordinarias y extraordinarias para la paz⁴⁵, sin contar el número de actos administrativos dirigidos a materializar dicha apuesta⁴⁶.

Las preguntas que permanecían en el ambiente político se orientaban a cuestionar la legitimidad del Congreso de la República —constituyente derivado—, para actuar en contra del mandato del constituyente primario que se pronunció en el plebiscito; autorizar al presidente de la República como legislador especial para la paz⁴⁷ y modificar el trámite legislativo, acortando tiempos y requisitos de deliberación (*fast track*), con la garantía de que la Corte Constitucional guardaría la Constitución Política mediante una revisión las normas producidas, bajo un parámetro de control constitucional *automático* y *único* para las reformas constitucionales⁴⁸. La urgencia se justificó argumentando la proximidad de nuevos estallidos de violencia:

Y quiero reiterar la urgencia de avanzar rápido. Hemos visto cómo en diferentes zonas del país los grupos armados ilegales están queriendo llenar los espacios que las FARC han venido dejando en su movilización hacia los puntos donde se están concentrando. Nosotros tenemos que actuar con rapidez y con contundencia, y por eso es tan importante tomar decisiones lo más rápidamente posible. Como lo hemos dicho tantas veces, el cese al fuego es frágil. El país conoce el incidente de hace algunos días donde murieron dos miembros de las FARC. Por eso, el sentido de urgencia es importante.⁴⁹

Seis reformas constitucionales pusieron a la Corte Constitucional en el escenario de revisar formal y materialmente —desde la teoría de la sustitución— las cláusulas que consolidaban la constitucionalización del acuerdo de paz (véase el cuadro 5.1).

45 Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones*, 5.

46 Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, *Biblioteca del proceso de paz*, tomo 9 (Bogotá: Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República).

47 “Las claves de los decretos para acelerar la paz: El presidente Santos emitió 20 de estas normas durante el fin de semana”, *El Tiempo*, 30 de mayo del 2017, <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/analisis-de-los-decretos-firmados-por-el-presidente-juan-manuel-santos-93676>.

48 “(ii) Es *automático*, toda vez que no requiere para su inicio de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad. Es suficiente, para que opere el control, que se promulgue la norma y que entre en vigor, a partir de lo cual la Corte queda habilitada constitucionalmente para ejercer, aun de oficio, la revisión. [...] (iv) Es *único*, porque busca que la decisión por adoptar sea definitiva y haga tránsito a cosa juzgada absoluta. En el caso de las normas expedidas al amparo del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, el control único de constitucionalidad encuentra justificación en el propósito de dar certeza y seguridad jurídica a las normas de implementación y desarrollo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito el 24 de noviembre del 2016, entre el Gobierno y las FARC-EP”: C. Const., Sent. C-630/2017, oct. 11/2017. [Énfasis en negritas en el original]

49 Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, *Biblioteca del proceso*, tomo VIII, “De la referendación al acuerdo del Colón”, 205-206.

Cuadro 5.1. Reformas de la paz y control constitucional

Acto Legislativo	Temática	Revisión Corte Constitucional
1/2016	Procedimiento Legislativo Especial para la Paz	Sent. C-669/16, M.P. María Victoria Calle Sent. C-332/17, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo
1/2017	Creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNRR)	Sent. C-674/17, M.P. Luis Guillermo Guerrero
2/2017	Blindaje jurídico de la paz	Sent. C-630/17, MM.PP. Luis Guillermo Guerrero y Antonio José Lizarazo Ocampo
3/2017	Reincorporación política	Sent. C-027/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas
4/2017	Financiación de la paz	Sent. C-020/18, M.P. Carlos Bernal Pulido
5/2017	Prohibición del paramilitarismo	Sent. C-076/18, M.P. Alberto Rojas Ríos

Fuente: Elaboración propia.

En estas decisiones, la Corte Constitucional construyó una premisa para cimentar el constitucionalismo de la transición en tiempos de tiempos de *fast-track*: “[...] la paz como eje y objetivo de primer orden dentro del paradigma de Constitución Política adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991”⁵⁰. Una cláusula jurídica multidimensional producto del constitucionalismo por el que la Constituyente apostó en la historia de producción de la Constitución Política de 1991:

La paz, como acaba de verse, fue la protagonista de la historia que empezó a escribirse con la Constitución Política de 1991. Para los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente no existió duda acerca de la paz como finalidad del nuevo orden constitucional y como principio, valor, derecho y deber. Una noción multidimensional con fuerza jurídica que emanaba del origen democrático de la Asamblea, la diversidad ideológica de sus integrantes, el pacto de paz que la misma Constitución representaba y el deseo de contribuir a través de un constitucionalismo prospectivo a transformar una realidad histórica marcada por la violencia.⁵¹

50 C. Const., Sent. C-630/2017, oct. 11/2017. MM.PP. Luis Guillermo Guerrero y Antonio José Lizarazo Ocampo.

51 C. Const., Sent. C-080/2018, ago. 15/2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Esta labor de fundamentación puede rastrearse desde la sentencia C-379 del 2016, en la que la Corte Constitucional revisó la convocatoria al plebiscito para refrendar el acuerdo. En esta decisión, la Corte adoptó una *visión de paz* funcional a los diálogos con las FARC (*paz por medio del derecho*) y mediante ella construyó una narrativa que entiende al constitucionalismo colombiano como una sucesión de constituciones instauradas con el objetivo de poner fin al conflicto armado:

La historia constitucional colombiana está profundamente ligada a los sucesivos intentos de utilizar las Constituciones como formas de finalización del conflicto armado, generalmente de origen partidista. El siglo XIX demuestra que luego de logrado un armisticio o simplemente la derrota militar de un bando por el otro, la estabilidad política, al menos temporal, era lograda a través de una nueva Constitución, la cual servía tanto como manifiesto político de un nuevo orden impuesto por la guerra, como pre-tensión de remplazar el ejercicio de la fuerza por la civilidad contenida en el derecho.⁵²

La Corte Constitucional cita a Hernando Valencia Villa y su icónica obra *Cartas de batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano* como sustrato de tal comprensión. Llama la atención que en esa obra el autor desafíe ese tipo de narrativa que ve el constitucionalismo como una búsqueda de la continuidad política y la estabilidad institucional, entendiendo el derecho como un hilo ordenador (*derecho como contrato social*). En su lugar, el autor propone una idea del *derecho como gramática de la guerra* que desafía la visión de la Corte alrededor del derecho constitucional colombiano y su lucha por alcanzar la paz por medio de los textos y las reformas constitucionales:

En cualquier caso, la historia y el derecho de la Constitución en Colombia se piensan y escriben en un estilo conformista y simplista, como si la evolución del país hubiera sido una marcha triunfal del caos al orden y al progreso a través de una complaciente superproducción normativa, y como si la situación actual de la nación fuera de incontenible avance hacia el desarrollo y la democracia gracias a las bendiciones del obstinado reformismo constitucional.⁵³

Desde la comprensión de la paz que propone la Corte Constitucional, “la apuesta del derecho, y en particular del derecho constitucional, [ha sido] suplir

52 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

53 Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Panamericana, 2011), 31.

el conflicto basado en la vía violenta, por mecanismos pacíficos e institucionales de resolución de las controversias”⁵⁴. Así las cosas, y trayendo como eje central la sentencia C-048 del 2001^[55], este tribunal destaca que la Carta de 1991 se concibió como una “Constitución para la paz”:

En efecto, el Constituyente otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter, pues la consideró un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo); la concibe como un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y que, como principio, debe dirigir la acción de las autoridades públicas (art. 2). Y, también la entiende como un derecho constitucional (art. 22), que si bien es cierto no es de aplicación inmediata, no es menos cierto que el mandato debe dirigir la acción de los particulares y las autoridades.⁵⁶

Al abrir paso al *fast track*, la Corte invocó el *derecho a la paz* desde esa visión, señalando que, aun cuando la resistencia al cambio de las normas constitucionales debe ser mayor que el de las leyes (principio de rigidez constitucional), el “grado de superioridad” es “susceptible de adaptación transicional”, redimensionando incluso la comprensión de la democracia:

[...] precisamente como una forma de garantizar la integridad de la parte dogmática de la Carta, y en particular el derecho a la paz y los demás derechos y principios que dependen de ella (C. P. arts. 22 y concordantes). Pues bien, en este caso eso quiere decir que en ejercicio del poder de reforma se podían adaptar para la transición, dentro de los límites de competencia indicados al enunciar la premisa mayor, las exigencias procedimentales para el cambio constitucional con el fin de garantizar una transición apropiada hacia el fin del conflicto, y en última instancia la paz.⁵⁷

La Corte invoca los tiempos del constitucionalismo de transición como un elemento redefinitorio de los marcos clásicos de comprensión del derecho constitucional colombiano. Para hacerlo, fundamenta su decisión en las sentencias que abren paso a la paz como elemento priorizado por la justicia transicional

54 C. Const., Sent. C-379/2016, jul. 18/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

55 La sentencia estudió la exequibilidad de la norma de la Ley 418 de 1997 que confiere al presidente la competencia para negociar acuerdos de paz frente a organizaciones armadas al margen de la ley. C. Const., Sent. C-048/2001, ene. 24/2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

56 *Ibid.*

57 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

en Colombia⁵⁸. Desde estos nuevos marcos interpretativos, el derecho a la paz se convirtió en protagonista de la transición que se abría paso y fue adquiriendo cada vez mayor fuerza hermenéutica, al verse la paz como fin imperioso del ordenamiento jurídico colombiano⁵⁹, valor, principio y derecho fundamental⁶⁰.

El proceso involucró de manera permanente la definición de la identidad de la Constitución y su precisión exigió en numerosas ocasiones acudir al “pasado institucional” para darle sentido⁶¹, al punto de concluir que la Asamblea Nacional Constituyente quiso que *Constitución* y *paz* fueran sinónimos⁶², una idea que sostiene las decisiones tomadas por la Corte durante el *fast track* en Colombia. Esta narrativa recuerda las historias nacionales construidas alrededor de la búsqueda de identidad y del progreso como ideales⁶³, según la cual todos los colombianos hemos apostado por la paz a lo largo de la historia constitucional durante el viacrucis de la violencia: una *paz sin disenso*⁶⁴ con una historia *lineal, evolutiva y pacífica*, que encontró un punto de consolidación final en la jurisprudencia constitucional derivada del acuerdo de paz en el país.

En la figura 5.1 se explica la fuerza que la Corte le dio a la Sentencia C-048 del 2001 para entender a la Constitución de 1991 como una Constitución para la paz y a la Sentencia C-370 del 2006 como aquella que abrió paso al constitucionalismo de la transición y al fundamento constitucional de la justicia transicional en Colombia. Asimismo, la forma recurrente en la que acudió a la historia constitucional para poner a la paz como protagonista de los diferentes debates que se adelantaron en el contexto del *fast track*.

58 La Corte Constitucional emplea como eje central de su decisión las sentencias C-370/2006, may. 18/2006, MM.PP. Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Vargas, que examinó la ley de justicia y paz, y C-579/2013, ago. 28/2013, M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual la Corte examinó el Acto Legislativo 1/2012: “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

59 C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

60 C. Const., Sent. C-630/2017, oct. 11/2017, MM.PP. Luis Guillermo Guerrero y Antonio José Lizarazo Ocampo.

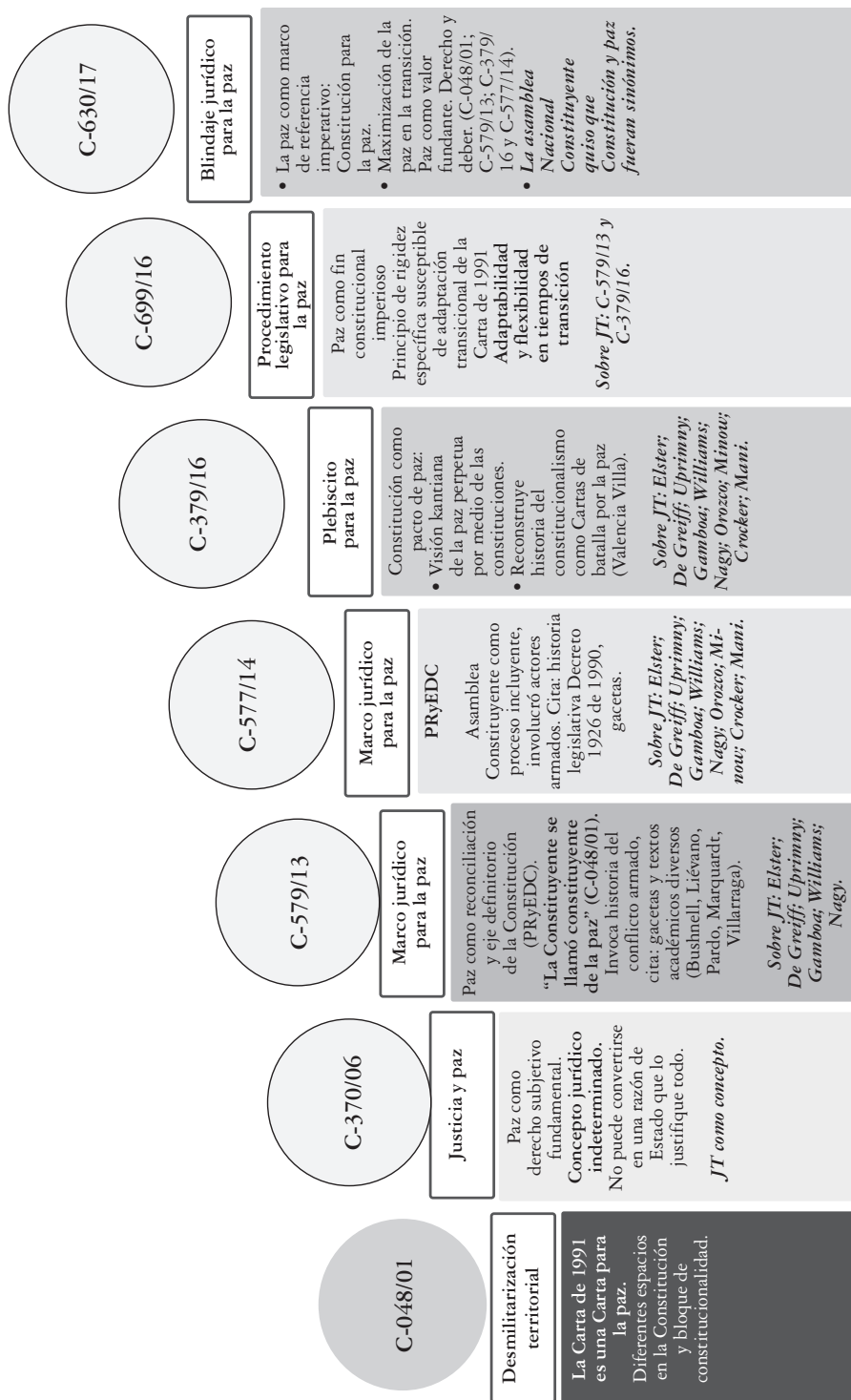
61 La Corte hace referencia a la historia constitucional del establecimiento (interpretación teleológica objetiva y subjetiva), como forma de determinar la voluntad del constituyente primario en aras de establecer la identidad de la Constitución. C. Const., Sent. C-699/2016, dic. 13/2016, n.º 37.2.

62 C. Const., Sent. C-630/2017, oct. 11/2017.

63 John Tosh, *The pursuit of History: Aims, methods and new directions in the study of modern History*, 5.ª ed. (Nueva York: Pearson Education, 2006), 58.

64 Julieta Lemaitre reconstruye una historia sobre la paz en la Asamblea Nacional Constituyente mostrando cómo su consagración como derecho fue polémica. Según su planteamiento, la paz se hizo presente desde múltiples visiones: paz retórica, paz política, paz con el narcotráfico. La paz retórica, o paz desde los discursos, deja ver las múltiples visiones encontradas: paz como justicia distributiva, como vigencia de los derechos humanos, como ausencia de conflicto armado, o como orden social y respeto de la ley. Véase Julieta Lemaitre Ripoll, *La paz en cuestión: La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011).

Figura 5.1. Paz y fast track



Fuente: Elaboración propia.

Hacia una narrativa constitucional romantizada: la paz sin disenso

La paz sin disenso se transformó en el mar en el que navegó la jurisprudencia de la transición en Colombia. Una paz retórica que se presenta sin enemigos, “una idea que a todos seduce porque cada cual imagina en ella sus propias utopías”⁶⁵. Un discurso que abraza una visión idealizada de la paz que hemos venido reproduciendo en las instituciones jurídicas, evadiendo un debate en el tiempo: la lucha por la paz en nuestro país, aun por medio del derecho, no ha sido pacífica. Después de todo, las luchas de memorias en contextos de transiciones no lo son, ya que nos enfrentan a la desgarradora tarea de crear un “nuevo sentido común”⁶⁶.

Obviar el disenso en la construcción del derecho a la paz en Colombia equivale a negar el conflicto, inherente a las relaciones humanas⁶⁷. La historia del derecho a la paz no empieza con la Sentencia C-048 del 2001, tampoco existió total acuerdo en la Asamblea Nacional Constituyente sobre *Constitución y paz* como sinónimos⁶⁸, de hecho, fue el derecho incómodo de la Constituyente, que suscitó numerosos debates entre sus integrantes sobre la pertinencia de incluir una disposición jurídica que estaría trazada por su ineficacia⁶⁹. La Corte de los primeros años rescató esa historia viendo a la paz como un anhelo, un derecho colectivo de tercera generación o solidaridad, para el cual resultaba improcedente la acción de tutela⁷⁰, un derecho trascendental mas no fundamental⁷¹, aunque con importantes momentos de disenso en aclaraciones y salvamentos a lo largo de sus decisiones⁷².

El derecho a la paz encontró una nueva narrativa en el contexto de la justicia transicional en Colombia, que le permitió a la Corte redimensionarlo desde los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, defendiendo su naturaleza como derecho subjetivo, aun cuando explicó las diferentes formas de

65 *Ibid.*, 31.

66 Stern, “El tortuoso camino chileno”, 206.

67 Zuleta, “Elogio de la dificultad”, 245.

68 Lemaitre Ripoll, *La paz en cuestión*.

69 “Señor presidente, de manera muy breve yo sugiero que ese artículo de la paz se elimine; lo cierto es que ya dentro de los principios se estableció, claramente, uno relacionado con la paz y con el hecho de que se trata de un compromiso del Estado y de la sociedad. De manera que me parece que esto no agrega nada”. En “Actas de la Asamblea Nacional Constituyente”, Comisión Primera, sesión del 16 de abril. Bogotá: Presidencia de la República, Centro de Información y Sistemas para la Preparación de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991, <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/239/rec/12>. [Énfasis añadido]

70 Véanse C. Const., Sent. T-008/1992, ene. 31/1992, MM.PP. Simón Rodríguez y Jaime Sanín y C. Const., Sent. T-282/2002, abr. 18/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

71 Véase C. Const., Sent. C-055/1995, feb. 16/1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

72 Véase, por ejemplo, la aclaración de voto de los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Ciro Angarita Barón a C. Const., Sent. C-031/1991, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

comprensión que ha tenido en la jurisprudencia constitucional colombiana⁷³, haciendo referencia a sus variaciones como “tendencias”:

Sentencia T-439 del 2002, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Esta concepción de la paz como derecho fundamental no constituye una postura jurisprudencial invariable de la Corte. Solo una tendencia en tal sentido. En efecto, en algunas sentencias, como en la T-008 de 1992, arriba citada, o en la C-055 de 1995, la Corte estimó que la paz no era un derecho fundamental. En esta última, por tal razón, sostuvo que su regulación no tenía reserva de ley estatutaria. En la Sentencia T- 226 de 1995 se trató de conciliar estas posiciones, explicando que jurídicamente es diferente el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, al derecho a la tranquilidad de una persona que es una prerrogativa subjetiva.⁷⁴

Estas tendencias dejan de ser señaladas como tensiones en la jurisprudencia emanada del *fast track*. La sentencia C-370 del 2006 se cita de manera recurrente como aquella que da apertura a la justicia transicional en Colombia, replicando su mención a la sentencia C-048 del 2001. Aun cuando la paz se presenta como una cláusula multidimensional y se refuerza la idea de que el constituyente abogó por ella al incluirla en diferentes apartados del texto constitucional, se extraña el debate durante su construcción, el reconocimiento de sus múltiples visiones, con un riesgo de confundir paz, acuerdo de paz y Constitución, tratándolos indistintamente.

La historia que narra la Corte invisibiliza el conflicto en la paz. Abraza una narrativa constitucional que romantiza el momento fundacional que dio origen a la Constitución de 1991, evadiendo los diálogos y contradialogos que han forjado su contenido a lo largo de la historia constitucional colombiana. De igual forma, narra las constituciones como textos dirigidos a superar el conflicto armado, dejando en el silencio procesos históricos que señalan el importante papel del derecho, entendido también como productor y reproductor de la violencia⁷⁵.

Este tipo de historias lineales y evolutivas parece mostrarnos un panorama de alcance gradual de la paz por medio del derecho, que avanza en la medida en que lo hace el derecho civilizatorio, dejando de lado las múltiples visiones a las que

73 La Corte cita la sentencia T-008/1992, ene. 31/1992, destacando la comprensión que el derecho a la paz, entendido como derecho colectivo, tuvo desde el inicio de los diálogos del tribunal constitucional.

74 Véase la nota al pie n.º 29 de la C. Const., Sent. C-370/2006, may. 18/2006.

75 Óscar Guardiola Rivera y Diego López Medina, “El derecho como continuación del conflicto y como lenguaje de la paz”, en *La otra guerra: El derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz* (Bogotá: Ediciones Uniandes y Universidad Javeriana, 1999), 11-61.

se apela cuando se habla de paz: paz retórica, paz política, paz como distribución, paz como vigencia de los derechos humanos, paz como ausencia de conflicto, paz como orden social y respeto a la legalidad⁷⁶, paz económica, paz social, paz negativa, paz positiva⁷⁷, entre otras. ¿Con qué tipo de paz se está comprometiendo el tribunal constitucional en Colombia?

Ubicar la paz en abstracto parece evadir la discusión sobre el tipo de paz que se está construyendo en ese momento histórico de producción jurisprudencial de la transición ya que, aunque el juez constitucional intente huir al refugio de la neutralidad que parece ofrecerle el derecho por medio de las sentencias que produce, no puede evadir a la historia cuando narra el pasado, porque “no hay historia sin memoria, ni memoria sin narración”⁷⁸.

El pasado judicial de las violencias y las paces: una oportunidad para reflexionar sobre la recuperación del pasado presente por parte del juez constitucional

El juez constitucional de la transición está narrando el conflicto armado. Su papel ha sido vital para movilizar la paz en el escenario colombiano, y la memoria y la historia no han sido el telón de fondo de las decisiones judiciales que ha adoptado, sino, por el contrario, escenarios en disputa que lo confrontan en la tarea de producir un tipo de verdad judicial colectiva en el contexto de la transición hacia la paz.

Las decisiones de la Corte Constitucional durante el *fast track* son un ejemplo. Sus sentencias han contribuido a visibilizar el conflicto armado colombiano, definiéndolo como una realidad jurídica consolidada⁷⁹, una tarea que no es menor en tiempos en los cuales se abre paso el negacionismo⁸⁰, de la mano de iniciativas reformistas de una paz que apenas empezamos a entender⁸¹. Sin embargo,

76 Sobre estas visiones en contienda durante los debates en la Asamblea Nacional Constituyente, véase Lemaitre Ripoll, *La paz en cuestión*.

77 *Ibid.*

78 Ricoeur, citado en María Teresa Uribe de Hincapié y Liliana López, “Las palabras de la guerra: El mapa retórico de la construcción nacional; Colombia, siglo XIX”, *Araucaria* 5, n.º 9 (2003): 116.

79 C. Const., Sent. C-577/2014, ago. 6/2014, M.P. Martha Victoria Sánchez.

80 El Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) vivió una crisis motivada por el cambio de su primer director, Gonzalo Sánchez, a Darío Acevedo. El cuestionamiento se produjo porque Acevedo había sido conocido como uno de los defensores de la tesis negacionista del conflicto armado. Véase “Darío Acevedo fue nombrado director del Centro de Memoria Histórica”, *El Espectador*, 19 de febrero del 2019; “Nos sorprende que usted haya aceptado el cargo: Carta a Darío Acevedo”, *El Tiempo*, 28 de febrero del 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/carta-de-los-profesores-de-historia-de-la-universidad-nacional-a-dario-acevedo-332410>.

81 Isabella Morales, “¿Qué posibilidades tiene el referendo para derogar la JEP?”, *El Tiempo*, 13 de octubre del 2020, <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/como-es-el-referendo-para-derogar-la-jep-propuesto-por-uribe-542961>.

vale la pena visibilizar su papel como narradora, analizándola como uno de los actores vitales del teatro de la memoria del conflicto armado y la paz en nuestro país. Aun cuando la Corte Constitucional haya defendido que la definición de la verdad y, en sus palabras, de la “justicia histórica”, tendrá lugar en la Comisión de la Verdad⁸², sus decisiones están definiendo, de igual manera, contiendas de memorias por medio de decisiones oficiales que alimentarán nuestros archivos del pasado y los modelos que adoptemos para atender la transición y enfrentar la construcción del futuro.

La Corte no solo está narrando el conflicto armado desde el derecho a la paz. El texto que se presentó abre una agenda investigativa para evaluar la forma en la que ha narrado la violencia de nuestro país, entendiéndola principalmente como violencia política⁸³, lo que deja de lado los pasados de paces y resistencias⁸⁴. Frente a ella, la violencia económica estructural palidece, mientras se prioriza una paz jurídica que aboga principalmente por el silencio de los fusiles (paz negativa), pero que omite comprometerse con las violencias estructurales.

De igual forma, la Corte Constitucional ha intervenido reconstruyendo nuestras violencias pasadas, proponiendo narrativas no problematizadas sobre amnistías o pasados de perdones amnésicos⁸⁵; comisiones de la verdad como narradoras exclusivas del conflicto armado en tiempos de transición⁸⁶, o tratamientos penales diferenciados que se interpretan por medio de las luchas históricas de la Fuerza Pública, mientras omiten un análisis de la responsabilidad del Estado colombiano en la configuración del conflicto que vivimos⁸⁷.

La apelación, cada vez más frecuente, a la historia, parece recurrente en tiempos de transición hacia la paz, en los cuales la definición del pasado es vital para justificar la transición y el rediseño del esperado futuro:

Un conflicto armado interno como el padecido en Colombia por seis décadas —uno de los más largos de la historia y el más antiguo de América— no puede ser estudiado sin atender las condiciones históricas de orden social, político, económico,

82 C. Const., Sent. C-579/2013, ago. 28/2013 y C. Const., Sent. C-017/2018, mar. 21/2018, M.P. Diana Fajardo.

83 Por ejemplo: “El período de la violencia partidista contiene el germen de formación de la guerrilla de las FARC-EP, a partir de una división entre liberales y comunistas; su finalización, a través de los pactos de Sitges y Benidorm, dan inicio a un período de alternancia en el poder entre los partidos tradicionales, conocido como Frente Nacional”. C. Const., Sent. C-007/2018, mar. 1/2018, M.P. Diana Fajardo.

84 Robert Karl, *Forgotten peace: Reform, violence, and the making of contemporary Colombia* (California: University of California Press, 2017).

85 C. Const., Sent. C-007/2018, mar. 1/2018. M.P. Diana Fajardo.

86 C. Const., Sent. C-017/ 2018, mar. 21/2018. M.P. Diana Fajardo.

87 *Ibid.*

cultural e ideológico, por lo que el análisis constitucional no puede reducirse a un ejercicio conceptual, ahistórico y no diferenciado.⁸⁸

Estas narrativas no son naturales, son construidas, e insertan a la Corte, a su vez, en la historia que está narrando. Desde esta perspectiva, abrazo la idea de que “las palabras no son meras figuras literarias, adornos estilísticos o ficciones jurídicas más o menos aleatorias; [sino] en lo fundamental, estructuras penetrantes que modifican sensiblemente los contextos en los cuales se enuncian y que producen mutaciones culturales y políticas de mucha significación”⁸⁹. No hacer visible el papel del tribunal constitucional alrededor de las tensiones propias de la recuperación del pasado implica inadvertir el peligro de asumirlo como objetivo, cristalizándolo desde una única forma de comprensión en las sentencias judiciales. Los rediseños institucionales y las transformaciones normativas parten de las narrativas construidas, aceptadas y muy pocas veces cuestionadas desde escenarios académicos. Por ello, veo en este análisis una oportunidad para preguntarnos por el tipo de transición que se impulsa en un momento histórico determinado y por el destino que asumen nuestras iniciativas sociales en términos de distribución de recursos, y dejar de verlas como el fruto de necesidades sociales que se atienden para entenderlas, en su lugar, como el producto de profundos debates ideológicos⁹⁰. En esta iniciativa nos puede acompañar de manera decisiva el análisis histórico crítico del derecho⁹¹, evaluando el poder de las palabras en el contexto del derecho y su fuerza para tomar partido en la definición del recuerdo.

Rodrigo Londoño Echeverri señaló en su discurso pronunciado con ocasión de la firma del nuevo acuerdo final que, por el bien del país “la palabra [debería ser] la única arma que nos permitamos usar los colombianos”⁹². En el teatro de la memoria del conflicto armado y la paz, las palabras libran sofisticadas batallas para conquistar el presente desde el pasado, no solo en tiempos de conflicto, sino también en escenarios de transición hacia la paz.

88 C. Const., Sent. C-027/2018, abr. 18/2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

89 Uribe de Hincapié y López, “Las palabras”, 117.

90 Helena Alviar García, *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: Propuesta para un análisis distributivo* (Bogotá: Temis/Ediciones Uniandes, 2008); Helena Alviar García, “¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado Social de Derecho?”, *Revista de Derecho Público*, n.º 22 (2009): 3-17.

91 Jorge González Jácome, “Estudio preliminar: Los debates sobre la historia del derecho; De las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico”, en *Historias críticas del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2017), 11-72.

92 Rodrigo Londoño Echeverri. Discurso en la firma del nuevo acuerdo final. Teatro Colón, 24 de noviembre del 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- “Actas de la Asamblea Nacional Constituyente”. Comisión Primera, sesión del 16 de abril. Bogotá: Presidencia de la República, Centro de Información y Sistemas para la Preparación de la Asamblea Nacional Constituyente, 1991. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/239/rec/12>.
- Acto Legislativo 1/2012.
- Acto Legislativo 1/2016.
- Acto Legislativo 1/2017.
- Acto Legislativo 2/2017.
- Acto Legislativo 3/2017.
- Acto Legislativo 4/2017.
- Acto Legislativo 5/2017.
- Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República. *Biblioteca del proceso de paz*. Bogotá: Alto Comisionado para la Paz y Presidencia de la República, 2018.
- Alviar García, Helena. *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: Propuesta para un análisis distributivo*. Bogotá: Temis/Ediciones Uniandes, 2008.
- “¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado social de derecho?”. *Revista de Derecho Público*, n.º 22 (2009): 3-17.
- Appleby, Joyce, Lynn Hunt y Margaret Jacob. “Verdad y objetividad”. En *La verdad sobre la historia*, 225-253. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1998.
- Barreto, Antonio Alejandro. “Efectos de la implementación del acuerdo de paz en la estructura orgánica de la paz: La burocracia de la paz”. *Precedente*, n.º 10 (2017): 185-224.
- Benavides, Farid. “El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC-EP”, en *Perspectivas jurídicas para la paz*, coordinado por Helena Alviar García e Isabel Jaramillo Sierra, 371-398. Bogotá: Ediciones Unian-des, 2016.
- C. Const., Sent. C-031/1991. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sent. C-055/1995, feb. 16/1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sent. C-048/2001, ene. 24/2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sent. C-370/2006, may. 18/2006. M.P. Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Vargas.
- Sent. C-579/2013, ago. 28/2013. M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sent. C-577/2014, ago. 6/2014. M.P. Martha Victoria Sánchez.

- Sent. C-379/2016, jul. 18/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sent. C-699/2016, dic. 13/2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sent. C-630/2017, oct. 11/2017. MM.PP. Luis Guillermo Guerrero y Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Sent. C-007/2018, mar. 1/2018. M.P. Diana Fajardo.
- Sent. C-017/ 2018, mar. 21/2018. M.P. Diana Fajardo.
- Sent. C-027/2018, abr. 18/2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sent. C-076/2018, jul. 24/2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Sent. C-080/2018, ago. 15/2018. M.P. Antonio José Lizarazo.
- Sent. T-008/1992, ene. 31/1992. MM.PP. Simón Rodríguez y Jaime Sanín.
- Sent. T-282/2002, abr. 18/2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Castillejo Cuéllar, Alejandro. *La ilusión de la justicia transicional: Perspectivas críticas desde el Sur global*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.
- Castro Gómez, Santiago. *Historia de la gubernamentalidad 1: Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, vol. 2. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). *Justicia y paz: ¿Verdad judicial o verdad histórica?* Bogotá: CNMH, 2012.
- *La memoria nos abre camino: Balance metodológico del CNMH para el esclarecimiento histórico*. Bogotá: CNMH, 2018.
- “Las claves de los decretos para acelerar la paz: El presidente Santos emitió 20 de estas normas durante el fin de semana”. *El Tiempo*, 30 de mayo del 2017, <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/analisis-de-los-decretos-firmados-por-el-presidente-juan-manuel-santos-93676>.
- Comisión Colombiana de Juristas. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas, 2007.
- Corradini, Luisa. “No hay que confundir memoria con historia”. *La Nación*, 15 de marzo del 2006, <https://www.lanacion.com.ar/cultura/no-hay-que-confundir-memoria-con-historia-dijo-pierre-nora-nid788817/>.
- Corte Constitucional. *Resumen de las decisiones de implementación del acuerdo final de paz*. Bogotá: Corte Constitucional, 2019.
- “Darío Acevedo fue nombrado director del Centro de Memoria histórica”. *El Espectador*, 19 de febrero del 2019.
- Elster, Jon. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Erll, Astrid. *Memoria colectiva y culturas del recuerdo: Estudio introductorio*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012.
- Fazio Hugo. *La historia del tiempo presente*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010.

- Foucault, Michel. *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Valencia: Pre-Textos, 1988.
- García, Helena y Karen Engle. "The distributive politics of impunity and anti-impunity: Lessons from four decades of Colombian peace negotiations". En *Anti-impunity and the human rights agenda*, editado por Karen Engle, Zinaida Miller y D. M. Davis, 216-254. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Ginzburg, Carlo. *El juez y el historiador: Consideraciones al margen del proceso Sofri*. Madrid: Editorial Anaya/Mario Muchnik, 1993.
- González Jácome, Jorge. "Estudio preliminar: Los debates sobre la historia del derecho; de las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico". En *Historias críticas del derecho*, 11-72. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 2017.
- Guardiola Rivera, Óscar y Diego López Medina. "El derecho como continuación del conflicto y como lenguaje de la paz". En *La otra guerra: El derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*, 11-61. Bogotá: Ediciones Uniandes/Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- Hayner, Priscilla. "Fifteen truth commissions, 1974-1994: A comparative study". *Human Rights Quarterly* 16, n.º 4 (1994): 597-655. <https://doi.org/10.2307/762562>.
- Jaramillo, Jefferson. *Pasados y presentes de la Violencia en Colombia: Estudio sobre las comisiones de investigación (1958-2011)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2014.
- Karl, Robert. *Forgotten peace: Reform, violence, and the making of contemporary Colombia*. California: University of California Press, 2017.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. *La paz en cuestión: La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Lowenthal, David. *El pasado es un país extraño*. Madrid: AKAL, 1985.
- Luna Blanco, Tania. "Las comisiones de memoria y verdad ante el reto de narrar la atrocidad masiva: Una forma de reconstruir el pasado de violencia, paz y reconciliación de América Latina". En *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, editado por Manuel Alberto Restrepo Medina, 415-452. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.
- "Historia legal y conflicto armado en Colombia: Entre el derecho fallido y la violencia cohonestada". En *Retos del postconflicto desde un enfoque interdisciplinar*, 12-35. Barranquilla: Sello Editorial Coruniamericana, 2019.
- Miranda, Boris. "Las razones por las que el 'no' se impuso en el plebiscito en Colombia". *BBC Mundo*, 3 de octubre del 2016. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37537629>.

- Morales, Isabella. “¿Qué posibilidades tiene el referendo para derogar la JEP?”. *El Tiempo*, 13 de octubre del 2020. <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/como-es-el-referendo-para-derogar-la-jep-propuesto-por-uribe-542961>.
- Nietzsche, Friedrich. *Sobre la utilidad y los perjuicios de la historia para la vida*. Madrid: EDAF, 2000.
- “Nos sorprende que usted haya aceptado el cargo: carta a Darío Acevedo”. *El Tiempo*, 28 de febrero del 2019. <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/carta-de-los-profesores-de-historia-de-la-universidad-nacional-a-dario-acevedo-332410>.
- “Renegociar el acuerdo de paz: ¿Es posible?”. *Semana*, 3 de octubre del 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/plebiscito-para-la-paz-sera-o-no-posible-renegociar-los-acuerdos/496759/>.
- Restrepo, Esteban. “Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: Algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva”. En *Derechos humanos: Posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, coordinado por Marisa Iglesias, 336-352. Buenos Aires: Librería Ediciones, 2014.
- Ricoeur, Paul. *La memoria, la historia y el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Samuel, Raphael. *Teatros de la memoria: Pasado y presente en la cultura contemporánea*. Londres: Verso Books, 2012.
- Stern, Steve. “El tortuoso camino chileno a la memorialización”. En *No hay mañana sin ayer: Batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Peter Winn, Steve J. Stern, Federico Lorenz y Aldo Marchesi, 205-326. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014.
- Teitel, Ruti G. “Genealogía de la justicia transicional”. *Harvard Human Rights Journal*, n.º 16 (2003): 69-94.
- *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Torres Penagos, Félix Eduardo. “Estudio preliminar: Justicia transicional en perspectiva; posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post) conflicto”. En *Justicia transicional y postconflicto*, 15-96. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2019.
- Tosh, John. *The pursuit of History: Aims, methods and new directions in the study of modern History*, 5.^a ed. Nueva York: Pearson Education, 2006.
- Traverso, Enzo. *De la memoria y su uso crítico*. Catalunya: Generalitat de Catalunya, 2008.

- Trouillot, Michel-Rolf. "The power in the story". En *Silencing the past: Power and the production of History*, 1-30. Boston: Beacon Press, 1995.
- Uribe de Hincapié, María Teresa y Liliana López. "Las palabras de la guerra: El mapa retórico de la construcción nacional; Colombia, siglo XIX". *Araucaria* 5, n.º 9 (2003): 116-137.
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana, 2011.
- Wilson, Richard A. *The politics of truth and reconciliation in South Africa: Legitimizing the post-apartheid State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Zelizer, Craig y Valerie Oliphant. "Introduction to integrated peacebuilding". En *Integrated peacebuilding: Innovating approaches to transforming conflict*, compilado por Craig Zelizer, 3-30. Washington: Georgetown University y Westview Press, 2013.
- Zuleta, Estanislao. "Elogio de la dificultad". *Praxis Pedagógica* 4, n.º5 (2004): 87-91.

CAPÍTULO 6

CONSTITUCIONALISMO TRANSITORIO Y JUSTICIA TRANSICIONAL: LA ESTABILIDAD NORMATIVA DE LA PAZ Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN COLOMBIA *

Juan Carlos Ospina

INTRODUCCIÓN

Luego de un largo y doloroso conflicto armado, el Estado colombiano suscribió un acuerdo de paz con la guerrilla más antigua del continente. Este paso histórico requirió la incorporación a la Constitución de aquellos aspectos que viabilizan el cumplimiento del acuerdo, en términos de seguridad y estabilidad jurídica, y de otros que buscan dotarlo de prevalencia, así como de condiciones de permanencia.

En el 2017, por medio de un procedimiento legislativo especial denominado *fast track*, se incorporaron a la Constitución treinta y dos artículos transitorios, así como cuatro párrafos transitorios, y se modificaron otras disposiciones ordinarias, que contienen elementos para la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado y para dotar de estabilidad los elementos esenciales del acuerdo, que sugieren la existencia de una Constitución para la transición.

En este capítulo se presentan los elementos jurídicos que soportan la propuesta constitucional para el posacuerdo, en especial por el uso de normas constitucionales transitorias, así como los contenidos que, siendo transitorios, influenciarán permanentemente el ordenamiento jurídico, como lo son la ampliación de garantías para satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado y el novedoso sistema de fuentes de derecho vinculado al funcionamiento de la justicia transicional para luchar contra la impunidad.

Para tal efecto, en la primera parte presentaré algunos antecedentes y características de las normas transitorias de la Constitución. Luego, señalaré los elementos de las disposiciones constitucionales transitorias de la justicia transicional

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.711>.

derivados de las reformas de la Constitución efectuadas entre el 2012 y el 2017. Después, plantearé algunas consideraciones respecto de la constitucionalización transitoria que se deriva de las reformas mencionadas, dudando sobre todo de su carácter temporal, con un énfasis en las garantías de los derechos de las víctimas del conflicto armado y en las fuentes de derecho internacional para luchar contra la impunidad. Finalmente, incluyo algunas conclusiones del análisis realizado y de futuros estudios sobre reformas transitorias de la Constitución.

LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS

La literatura sobre la estructura de la Constitución¹ plantea que esta tiene habitualmente² dos partes: una dogmática y otra orgánica. La primera incluye los enunciados que resultan de los principios, valores, fines y garantías constitucionales, incluidos sus mecanismos de protección³. La segunda incorpora las disposiciones sobre la distribución y el funcionamiento del poder público dentro del Estado.

No obstante, para efectos de este capítulo plantearé que la Constitución Política de Colombia tiene dos partes distintas. La primera está integrada por disposiciones que podrían denominarse ordinarias, es decir, aquellas que gozan de una identidad permanente, sin límites temporales específicos, sin perjuicio de sus propias restricciones⁴ fundamentales, es decir, que aplican para todo momento y circunstancia. La segunda parte contiene disposiciones establecidas para facilitar la composición y recomposición de la estructura del Estado, así como de las garantías concurrentes de funcionamiento, para facilitar la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional.

- 1 Siguiendo la línea fijada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, “una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992); José Da Silva y Nuria González Marín, *Aplicabilidad de las normas constitucionales* (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003); Manuel García-Pelayo, *Obras completas* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009); y Manuel Quinche, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).
- 2 Existen otras clasificaciones en atención a la naturaleza, función o finalidad de las normas constitucionales. Al respecto, véase: Da Silva y González Marín, *Aplicabilidad de las normas*.
- 3 De acuerdo con Quinche, *Derecho constitucional*, la parte dogmática está conformada por el preámbulo, los principios enunciados en los artículos 1 al 82, los derechos incluidos en el título II, los mecanismos de defensa constitucional de los artículos 83 a 93 y los deberes constitucionales del artículo 95.
- 4 Es posible encontrar restricciones al ejercicio de ciertos derechos o límites temporales de ciertas facultades, por ejemplo, los estados de excepción pueden durar hasta noventa días en el año.

Así las cosas, la razón de ser de una disposición transitoria es permitir el tránsito normativo y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales⁵, lo que plantea escenarios iniciales de debate mientras se edifica la nueva estructura constitucional del Estado. Dichas discusiones habitualmente no se retoman, pues la transición de una Constitución vieja a una nueva se da una sola vez, aunque el proceso de constitucionalización sea permanente.

Ahora bien, en Colombia existen dos clases de normas constitucionales transitorias: las que tienen origen en el texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente para efectos de ordenar la transición del funcionamiento del Estado frente al nuevo texto constitucional, denominadas *disposiciones transitorias*, que incluyen sesenta artículos⁶, y las derivadas de los procesos de reforma de la Constitución que contienen algunos asuntos orgánicos temporales y, especialmente, de justicia transicional.

El primer conjunto de disposiciones de la Constitución transitoria perdió su vigencia dentro de los meses siguientes a la expedición de la nueva carta fundamental, pues la mayoría de estas fijaba su vigencia en límites de plazo o condición, aunque algunos artículos sigan siendo objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional, como ocurre con los artículos transitorios (art. tr.) 55 y 56 sobre los territorios de las comunidades afrocolombianas e indígenas.

Los debates judiciales iniciales sobre dichas disposiciones⁷ se concentraron en la ausencia de cumplimiento de las facultades reglamentarias o de aprobación de reglamentos, por ejemplo la no expedición del plan de seguridad social de emergencia (art. tr. 47) y de la reforma al conocimiento de las autoridades de policía de hechos punibles sancionables con penas de arresto (art. tr. 28), con anterioridad a la declaración del estado de conmoción interior de 1995^[8]; y en la pérdida de vigencia de dichas disposiciones⁹.

5 C. Const., Sent. C-544/1992, oct. 1/1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 La Constitución Política publicada en la *Gaceta Constitucional* 116 del 20 de julio de 1991 incorpora cincuenta y nueve artículos transitorios numerados y uno sin numeración. C.N., 1991. Las versiones siguientes de la Constitución han incluido el artículo no numerado, relacionado con la comisión especial conocida como “congresito”, con posterioridad al artículo transitorio 60 adicionado por el Acto Legislativo 12/1993. La razón es que el mencionado acto legislativo hizo referencia específica a la inclusión de un artículo 60 transitorio.

7 Especialmente el dado en la C. Const., Sent. C-466/1995, oct. 18/1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que declaró inexecutable el estado de conmoción interior declarado mediante el D. 1370/1995.

8 Dijo la Corte: “La circunstancia de que el Constituyente del 91 hubiera limitado la vigencia temporal del estado de conmoción interna es claramente indicativa de una voluntad dirigida a que nuestros males endémicos no fueran justificativos de un eterno régimen de libertades menguadas”. C. Const., Sent. C-466/1995, oct. 18/1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

9 El magistrado Jorge Arango Mejía en el salvamento de voto planteó que las normas transitorias no estaban vigentes por estar derogadas de forma tácita por su decaimiento luego de cuatro años de vigencia de la Constitución.

Igualmente, la Corte Constitucional tuvo que encargarse del control de los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno nacional con ocasión de facultades¹⁰ constitucionales precisas, directas y temporales incluidas en dichas normas transitorias para, por ejemplo, organizar la Fiscalía General de la Nación y expedir las normas de procedimiento penal, reglamentar la acción de tutela, poner en funcionamiento la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, expedir el presupuesto general de la Nación para la vigencia de 1992, descongestionar los despachos judiciales, entre otros, los cuales debían pasar antes por la Comisión Especial Legislativa denominada informalmente el “congresito”.

En la revisión de algunos de los decretos¹¹ que reglamentaron directamente la Constitución¹², la Corte señaló que

[...] cuando el artículo 10 transitorio de la Constitución reconoce a la Corte la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las “facultades [extraordinarias] otorgadas en los anteriores artículos”, se debe entender que hace referencia a todos los artículos transitorios. Ello, por cuanto el orden de los mismos fue decidido por el compilador final y no por la Asamblea Nacional Constituyente. Por lo tanto, su numeración concreta y su ubicación dentro del título de las disposiciones transitorias tienen un valor meramente indicativo, no vinculante, puesto que no fueron sometidas a votación.¹³

De acuerdo con esto, la competencia de la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional, conforme a las facultades que le otorgaron los artículos transitorios de la Constitución,

10 De acuerdo con el art. tr. 5 de la Constitución, el presidente quedó revestido de facultades extraordinarias hasta el 27 de octubre de 1991 (art. tr. 11). Igualmente, el art. tr. 6 creó la Comisión Especial Legislativa, que debía conocer los proyectos de decreto preparados por el Gobierno nacional en uso de las facultades mencionadas.

11 Por ejemplo, el D. 2067/1991, “por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, derivado del art. tr. 22; o el D. 1088/1993, “por el cual se regula la creación de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas”, surgido del art. tr. 56.

12 Son evidencia de este debate sobre la competencia de la Corte principalmente las sentencias C-513/1992, sep. 10/1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C. Const., Sent. C-003/1993, ene. 14/1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C. Const., Sent. C-105/1993, mar. 11/1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C. Const., Sent. C-113/1993, mar. 25/1993, M.P. Jorge Arango Mejía; y C. Const., Sent. C-131/1993, abr. 1/1993, M.S. Alejandro Martínez Caballero. La competencia además fue sintetizada en las sentencias C-534/2000, may. 10/2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C. Const., Sent. C-323/2006, abr. 24/2006, M.P. Jaime Araújo Rentería; C. Const., Sent. C-1191/2008, dic. 3/2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y C. Const., Sent. C-524/2013, ago. 14/2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13 C. Const., Sent. C-1191/2008, dic. 3/2008.

se definió con un criterio formal, en atención al listado de temas incluidos en el art. tr. 5 y aquellos aprobados por el congresito, y uno material, considerando su expedición producto de las facultades incluidas en los artículos transitorios que regulan asuntos con fuerza material de ley¹⁴.

La mencionada Corte también debió resolver debates sobre las contradicciones formales y materiales entre las normas permanentes¹⁵ y transitorias de la Constitución. Al respecto, señaló que en caso de incompatibilidad entre el régimen de transición de disposiciones transitorias y el régimen permanente de disposiciones ordinarias, el intérprete en principio debe aplicar preferentemente las primeras¹⁶, y que no existe una diferencia entre las normas constitucionales permanentes y las transitorias que implique una subordinación de estas frente a aquellas¹⁷.

Así las cosas, los artículos transitorios originados en la labor de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fueron útiles para guiar el camino del legislador ordinario y extraordinario en aspectos de regulación para el corto y mediano plazo, así como para facilitar temporalmente el funcionamiento del Estado y la garantía de derechos mientras se implementaba el texto constitucional.

El segundo grupo de disposiciones transitorias es más disperso. Inició en 1993, con la inclusión de un artículo transitorio que aclaraba las referencias al Plan Nacional de Desarrollo para los años 1993 y 1994 (Acto Legislativo 2 de 1993), y luego se retomó en el 2002 para unificar el periodo de alcaldes y gobernadores (Acto Legislativo 2 del 2002) y para activar el sistema penal acusatorio (Acto Legislativo 3 del 2002), en el 2009 para reducir los desequilibrios de ciertas regiones del territorio nacional (Acto Legislativo 1 del 2009) y en el 2011 para regular funciones temporales de la Comisión Nacional de Televisión, antes de la distribución de competencias frente a los servicios de televisión (Acto Legislativo 2 del 2011). A partir del 2012, la inclusión de disposiciones constitucionales transitorias se concentró¹⁸ en la justicia transicional, como se verá en el siguiente apartado.

14 C. Const., Sent. C-524/2013, ago. 14/2013.

15 La Corte Constitucional Colombiana ha utilizado este concepto para distinguir los contenidos del texto constitucional. Al respecto, véase Auto 001A/1993 y C. Const., Sent. C-1191/2008, dic. 3/2008.

16 C. Const., Sent. C-059/1993, feb. 23/1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Reiterada en C. Const., Sent. C-370/2000, mar. 29/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

17 C. Const., Sent. C-534/2000, may. 10/2000.

18 La única excepción fue el Acto Legislativo 2/2011, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por vulnerar la carrera administrativa como eje definitorio de la Constitución.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL CONSTITUCIONALIZADA

La paz, como eje definitorio de la Constitución¹⁹, tiene varias dimensiones: como valor esencial de la sociedad y fundamento del Estado y las instituciones públicas, como fin esencial que debe direccionar las actuaciones de las autoridades públicas e irradiar todo el ordenamiento jurídico, y como derecho fundamental²⁰. No obstante, la paz no es un valor absoluto pues debe ponderarse junto a otros valores constitucionales, como los derechos de las víctimas del conflicto armado a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición²¹. Así, luego de un conflicto armado de más de seis décadas, que ha dejado más de 9,2 millones de víctimas desde 1985^[22], alcanzar la paz²³ se convierte en un deseo permanente y una utopía.

La justicia transicional ha sido la respuesta ante los desafíos que presenta el tránsito de un régimen de violencia, derivado de una dictadura o de un conflicto armado, a otro de paz, democracia y derechos humanos. Dicho tránsito requiere valorar si las normas ordinarias, entre ellas las constitucionales, son suficientes para cruzar el puente de la transición y utilizarlas, o, en caso contrario, construir marcos jurídicos que permitan satisfacer los propósitos de construcción de paz y los derechos de las víctimas²⁴.

A partir del 2012, con el propósito de ambientar las condiciones para la negociación de un acuerdo²⁵ de terminación del conflicto armado con las FARC, el Congreso de la República aprobó un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno nacional, para construir un marco jurídico para la paz. Dicho marco, constituido por dos artículos, se incorporó a las disposiciones transitorias de la Constitución como respuesta al amplio margen de discrecionalidad de las autoridades para diseñar mecanismos de solución de conflictos²⁶.

19 La Corte Constitucional, en su Sentencia 579/2013, ago. 28/2013, M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub declaró que la búsqueda, construcción y mantenimiento de la paz es un eje definitorio de la identidad de la Carta Política.

20 C. Const., Sent. C-048/2001, ene. 24/2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 C. Const., Sent. C-007/2018, mar. 1/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

22 Unidad para la Atención y Reparación Integral para las Víctimas, *Víctimas conflicto armado*, julio del 2021, <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.

23 La búsqueda de la paz es un propósito incluido en la Constitución y en diferentes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

24 La tensión entre alcanzar la paz y satisfacer los derechos de las víctimas no es pacífica y ha tenido un desarrollo histórico interesante. Al respecto, véase Juan Carlos Ospina y Cielo Linares, *La participación de las víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición* (Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2017).

25 El artículo 8 de la L. 418/1997, siguiendo lo ordenado en el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución, estableció en cabeza del Gobierno nacional la capacidad de definir los contenidos de los acuerdos con lo necesario para “adelantar el proceso de paz y su cumplimiento”.

26 C. Const., Sent. C-048/2001, ene. 24/2001.

Después, entre el 2012 y el 2016, se surtió un proceso de negociación para la terminación del conflicto armado que concluyó con un acuerdo ambicioso y complejo que requirió de una reforma constitucional para incorporar instrumentos jurídicos que aseguraran su fase de implementación. Entre estos se estableció el procedimiento legislativo especial denominado *fast track*, la autorización de facultades legislativas extraordinarias para el presidente de la República, la determinación de un plan de inversiones para la paz y la definición de alcance de la naturaleza jurídica del texto acordado²⁷, que fueron incluidos en cuatro disposiciones constitucionales transitorias.

Así, dado el tamaño robusto del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (acuerdo final), surgió la necesidad de diseñar figuras que permitieran agilizar su implementación. El propósito era aumentar la confianza entre las partes negociantes, lo que es difícil de producir incluso con un acuerdo de por medio, y crear condiciones que impidieran el retorno de las partes al conflicto armado. Por eso, la finalidad del Acto Legislativo 1 del 2016 fue establecer instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo de paz con las siguientes características:

- *Transitoriedad*. Las medidas adoptadas no tenían una vocación de permanencia constitucional, sino delimitaciones materiales y temporales con ocasión de las necesidades de implementación. No obstante, como lo señalo más adelante, la transitoriedad es una característica que puede estar materialmente en discusión frente a la aplicación y los efectos de algunas disposiciones, en especial con relación a los derechos de las víctimas y las fuentes de derecho internacional para luchar contra la impunidad.
- *Inalterabilidad de disposiciones ordinarias*. Los instrumentos no modificaron artículos de la parte ordinaria de la Constitución ni alteraron elementos esenciales de la formación de las leyes o de las reformas constitucionales sin un consecuente aumento de control, como el control integral, automático y único ejercido por la Corte Constitucional. El aumento de control es entonces explicativo de la relevancia de la reforma constitucional en un escenario transicional.

27 Esta norma fue derogada más adelante mediante el Acto Legislativo 2/2017 como respuesta al rechazo social originado en la inclusión del acuerdo de terminación del conflicto al bloque de constitucionalidad.

- *Interrelación.* Los mecanismos e instrumentos definidos respondieron a necesidades específicas para la implementación y el desarrollo del acuerdo final relacionadas entre sí. Por ejemplo, las facultades legislativas estaban vinculadas con las de planeación de las inversiones para la paz y requerían la expedición posterior de otras normas de implementación normativa.
- *Celeridad.* Permitieron agilizar el procedimiento de implementación y desarrollo del acuerdo final, lo que redujo la incertidumbre derivada del fin de la confrontación, en una calma extraña a las dinámicas del conflicto, y aumentó la confianza en el cumplimiento de lo acordado.
- *Efecto directo limitado.* Los instrumentos se autolimitaron para asegurar que no pudieran ser utilizados con propósitos distintos a los requeridos para la implementación del acuerdo final. En esa medida, dado que la finalidad de las disposiciones era construir el marco normativo necesario para hacer realidad los compromisos a los que llegaron las partes, el acuerdo final fue a su vez una base, un límite y un parámetro de interpretación y validez de las modificaciones de la Constitución.

En el 2017 se aprobó la reforma constitucional más grande desde 1991 y se incluyeron treinta y dos nuevos artículos en la parte transitoria y cuatro párrafos transitorios sobre disposiciones constitucionales ordinarias. El impacto de esta reforma está aún por verse, dado el proceso de implementación normativa y el funcionamiento de las instituciones creadas, pero es previsible que el proceso de irradiación sobre el ordenamiento jurídico conlleve comprensiones distintas del texto constitucional, sobre todo en materia de derechos humanos, en escenarios doctrinales, jurisprudenciales y legales.

Con las reformas mencionadas en esta sección, se creó en Colombia una justicia transicional constitucionalizada, sobre todo por medio de disposiciones transitorias que tienen límites materiales y temporales normalmente identificables, pero quizás incontenibles en su irradiación mediante el proceso de constitucionalización, como lo planteo en el siguiente apartado. Así, en el cuadro 6.1 se relacionan los límites materiales y temporales de las disposiciones transitorias incorporadas a la Constitución mediante el Acto Legislativo 1 del 2012.

Cuadro 6.1. Disposiciones constitucionales transitorias de la justicia transicional

Medio de reforma	Disposición constitucional transitoria	Límite material	Límite temporal
Acto Legislativo 1/2012	Art. 1: Marco justicia transicional ^a	No, aunque requiere la expedición de una ley estatutaria.	No
	Art. 2: Instrumentos para centrar y renunciar a la persecución penal	No, aunque requiere la expedición de una ley estatutaria con los criterios de priorización y selección en materia penal.	No ^b
	Art. 3: Conexidad de delitos políticos. Participación en política	Derogado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1/2017	
Acto Legislativo 1/2016	Art. 1: Procedimiento Legislativo Especial para la Paz <i>fast track</i>	Acuerdo final (implementación)	Doce meses
	Art. 2: Facultades legislativas extraordinarias al presidente de la República	Acuerdo final (implementación)	Ciento ochenta días
	Art. 3: Plan de inversiones para la paz	Componente específico de paz (garantía de derechos)	Veinte años
	Art. 4: Ingreso al bloque de constitucionalidad del acuerdo final	Derogado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2/2017	
Acto Legislativo 1/2017	Art. 1. Incorpora un título transitorio a la Constitución con 28 artículos transitorios (véase el cuadro 6.2)	Acuerdo final (implementación)	No, excepto la existencia de la JEP: veinte años ^c
	Art. 3. Modifica el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 1/12	No	No
	Art. 4. Deroga el artículo 3 del Acto Legislativo 1/ 2012	No aplica por ser una norma derogatoria.	
Acto Legislativo 2/2017	Art. tr. 1: Seguridad y estabilidad jurídica del acuerdo final	Acuerdo final (implementación)	2030 ^d

Continúa...

Medio de reforma	Disposición constitucional transitoria	Límite material	Límite temporal
Acto Legislativo 3/2017	Art. tr. 1: Reconocimiento del partido político de las FARC, Apertura Democrática FARC	Inscripción ante el Consejo Nacional Electoral. Normas de funcionamiento de partidos políticos.	19 de julio del 2026
	Art. tr. 2: Curules Senado- Apertura Democrática FARC	Normas generales y especiales de funcionamiento de partidos políticos y elección de candidatos.	19 de julio del 2026
	Art. tr. 3: Curules en Cámara de Representantes- Apertura Democrática FARC	Normas generales y especiales de funcionamiento de partidos políticos y elección de candidatos.	19 de julio del 2026
Acto Legislativo 4/2017	Parágrafo transitorio 7. (Art. perm. 361)	Recursos (Sistema General de Regalías) para la implementación del acuerdo final	Veinte años
	Parágrafo transitorio 8. (Art. perm. 361)	Disposición de los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación	2017
	Parágrafo transitorio 9. (Art. perm. 361)	Concordancia de la ejecución de recursos para la implementación del acuerdo final	No
	Parágrafo transitorio 10. (Art. perm. 361)	Apropiación bienal de inversiones para la paz	Veinte años

a El inciso 4 de este artículo transitorio fue modificado mediante el Acto Legislativo 1/2012.

b Esta norma incluye un límite de cuatro años para que el Congreso de la República expida las leyes correspondientes. No obstante, la facultad legislativa del Congreso es ilimitada temporalmente en esta materia.

c El plazo inicial de diez años puede tener uno adicional de cinco años, que a su vez puede ser prorrogado.

d Rige por tres periodos presidenciales completos con posterioridad a la firma del acuerdo de paz; el primero de estos inició el 7 de agosto del 2018.

Fuente: Elaboración propia.

Considerando que el marco constitucional de los acuerdos de paz en etapas de implementación y verificación es novedoso, la consolidación de las reformas

mencionadas parece sugerir que el concepto de constitucionalismo transicional guarda algún sentido en este ejercicio, aunque el trasplante desde experiencias de cambios de regímenes autoritarios a democráticos sea complejo para el caso colombiano en la medida que no es el contexto del cual se derivan los acuerdos.

La pregunta por el papel de la Constitución en la transición es esencial a los desafíos de la implementación del acuerdo final. El constitucionalismo transicional, que ha permitido explicar en parte los cambios y tránsitos democráticos de países de África y Europa oriental, se ha planteado como una alternativa de análisis sobre lo que ha ocurrido en Colombia²⁸. Este concepto, que no ha estado alejado de críticas²⁹, ha servido para explicar las respuestas de la Constitución, y en especial de los jueces constitucionales, a los desafíos derivados del tránsito hacia la paz, la democracia y los derechos humanos³⁰.

El dilema habitual de la reforma constitucional, frente a la rigidez constitucional, la posible sustitución de pilares esenciales y la necesidad de viabilizar la transición, se ha manifestado en diversos ámbitos del quehacer constitucional. El dilema planteado por Bernal³¹, según el cual si la transición tiene éxito se reemplaza la Constitución permanente y si esta se mantiene la transición se vuelve imposible, plantea una dicotomía que genera dificultades para explicar los desafíos de la reforma constitucional en contextos de transición pues, como se observa en el análisis del constitucionalismo transitorio que presento, las apuestas intermedias a partir de disposiciones transitorias son una salida no binaria razonable sujeta a las complejidades propias de la continuidad constitucional y los compromisos de reforma.

Frente al planteamiento de Bernal, vale la pena presentar al menos tres objeciones desde el enfoque del constitucionalismo transitorio. Primero, la reforma transitoria de la Constitución no puede ser contraria a disposiciones permanentes, en la medida en que el cuerpo constitucional es uno solo, de acuerdo con sus ejes esenciales, y no existe una relación de jerarquía, aunque sí de dependencia, entre las disposiciones permanentes y las transitorias. Segundo, la aplicación de la reforma transitoria, especialmente con la creación de las instituciones

28 Liliana Estupiñán, *Constitucionalismo transicional en Colombia* (Bogotá: Unilibre, 2018).

29 Wojciech Sudarski, "Transitional constitutionalism: Simplistic and fancy theories", en *Rethinking the rule of law after communism* (Budapest/Nueva York: CEU Press, 2005).

30 Ruti Teitel, *Transitional justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Jason Allen, "What is transitional constitutionalism and how do we study it?", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3, n.º 4 (2014): 1098-1112; R. Dixon y Theunis Roux, "Marking constitutional transitions: The law and politics of constitutional implementation in South Africa", *UNSW Law Research Series* 18, n.º 64 (2018): 1-19.

31 Carlos Bernal, "Transitional justice within the framework of a permanent Constitution: The case study of the legal framework for peace in Colombia", *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (2013): 1136-1163.

de justicia transicional, se da bajo competencias que limitan formal, material y temporalmente los destinatarios, de forma que no se produce una contradicción, sino un doble carril de atención de los derechos de las víctimas. Tercero, sin la interdependencia de las disposiciones permanentes y transitorias de la Constitución estaríamos frente a la necesidad de una nueva carta fundamental.

La expresión constitucional de la justicia transicional en Colombia se dio, en palabras de la Corte Constitucional, bajo la consideración de que “[...] las reformas constitucionales que desarrollan modelos de justicia transicional en contextos de paz, no obstante implantar mecanismos extraordinarios, no aplicables en periodos ordinarios de institucionalidad, y la introducción de excepciones a mandatos constitucionales específicos, no comportan en sí mismos una sustitución de la Constitución”³². De acuerdo con esto, la justicia transicional constitucionalizada en vez de afectar la Constitución, siempre que respete su identidad esencial, puede maximizar y efectivizar los valores, principios, fines y garantías establecidos en esta.

Por esta razón, el propósito de transformación de la Constitución hacia la producción de cambios sociales significativos, como lo es un proceso de justicia transicional para la paz, y la labor de las autoridades en su realización, es la sustancia de la efectividad de la Constitución frente a los derechos y expectativas de las víctimas. En el cuadro 6.2 se muestran en detalle las disposiciones transitorias incluidas en el título transitorio de la Constitución incorporado mediante el Acto Legislativo 1 del 2017 en relación con la atención de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

En el marco de la justicia transicional constitucionalizada, resulta importante considerar el constitucionalismo transformador como proyecto de esperanza constitucional, originalmente planteado por Klare³³, en el que se analizan las posibilidades de la Constitución de transformar las instituciones públicas y sociales de un país, así como las relaciones de poder, la democracia y la igualdad. En este proyecto, los jueces desempeñan un rol determinante pues están encargados de la interpretación y el cumplimiento material de la Constitución para la transformación social³⁴.

32 C. Const., Sent. 630/2017, oct. 11/2017. MM.PP. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

33 Karl Klare, “Legal culture and transformative constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.

34 Roberto Gargarella, Theunis Roux y Pilar Domingo, *Courts and social transformation in new democracies* (Londres/Nueva York: Routledge, 2006); y Armin von Bogdandy, *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020).

Cuadro 6.2. Detalle del título transitorio de la Constitución (Acto Legislativo 1/2017)

Disposición constitucional transitoria	Tema	Límite temporal ^a
Art. tr. 1	Crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNR).	No
Art. tr. 2	Crea la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV)	No ^b
Art. tr. 3	Crea la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD).	No ^c
Art. tr. 4	Incorpora una excepción al deber de denuncia para funcionarios de la CEV y la UBPD por su carácter extrajudicial.	No
Art. tr. 5	Régimen jurídico y funcional de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 6	Prevalencia de la JEP sobre conductas del conflicto armado.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 7	Conformación de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 8	Acciones de tutela contra la JEP.	No
Art. tr. 9	Competencia de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 10	Revisión de decisiones por la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 11	Sustitución de sanción penal.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 12	Procedimiento y reglamento de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 13	Sanciones de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 14	Régimen de los magistrados de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 15	Funcionamiento de la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 16	Competencia de la JEP sobre terceros.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 17	Tratamiento diferenciado para agentes del Estado ante la JEP.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 18	Reparación integral en el SIVJNR.	No
Art. tr. 19	Extradición.	Veinte años (JEP)
Art. tr. 20	Participación en política de sancionados por la JEP.	No
Art. tr. 21	Tratamiento diferenciado para la Fuerza Pública.	Veinte años
Art. tr. 22	Calificación jurídica de las conductas por la JEP.	Veinte años
Art. tr. 23	Competencia de la JEP frente a la Fuerza Pública.	Veinte años
Art. tr. 24	Responsabilidad del mando frente a la Fuerza Pública.	Veinte años
Art. tr. 25	Sanciones ante la JEP frente a la Fuerza Pública.	Veinte años
Art. tr. 26	Exclusión responsabilidad civil y repetición frente a la Fuerza Pública.	No
Art. tr. 27	Prevalencia del acuerdo final y la JEP.	Veinte años

a No se incluye el límite material porque se considera que el acuerdo final es el parámetro de interpretación y validez de estas disposiciones y de las normas que se deriven de estas.

b El plazo de tres años de funcionamiento de la Comisión fue fijado en el D. L. 588/2017.

c El plazo de veinte años de funcionamiento de la Unidad fue fijado en el D. L. 588/2017.

Fuente: Elaboración propia.

La Constitución puede ser, entonces, con la suma de disposiciones permanentes y transitorias, originarias o modificadas, un texto transformador para sociedades en conflicto o con dificultades subjetivas y objetivas en la garantía de los derechos humanos, así como sumergidas en regímenes autoritarios. De acuerdo con esto, se puede plantear que la justicia transicional constitucionalizada existe bajo una transformación de lo que es y de lo que debería ser la Constitución en función de sus compromisos y promesas³⁵, retomando el constitucionalismo aspiracional de García³⁶, a pesar de que no está exento de críticas desde la desigualdad³⁷.

La preocupación por el cambio de las realidades sociales del constitucionalismo transformador³⁸ tiene en la reforma transitoria de la Constitución para la justicia transicional una vía de expresión que puede identificarse con el paso del tiempo y la aplicación de las nuevas disposiciones constitucionales.

Si, como señala Fowkes³⁹, el constitucionalismo transformador tiene que ver con lo que es audaz, nuevo, creativo y judicialmente expansivo, entonces la aplicación de disposiciones constitucionales transitorias para la justicia transicional —que incluye el funcionamiento de instituciones con fines específicos de dar estabilidad a la paz y garantizar los derechos de las víctimas— es un campo abierto para el cambio social.

Ahora bien, con la aspiración de encontrar planteados los elementos principales de la denominada justicia transicional constitucionalizada derivada de la implementación de las reformas constitucionales transitorias realizadas entre el 2012 y el 2017, ahora pretendo atender la pregunta sobre cómo se da un proceso de constitucionalización restringido material y temporalmente a partir de disposiciones transitorias.

35 James Fowkes, "Transformative constitutionalism and the global South: The view from South Africa", en *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune*, editado por Armin von Bogdandy (Oxford: Oxford University Press, 2017).

36 Mauricio García, "Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina", *Análisis Político*, n.º 75 (2012): 89-110.

37 Sanele Sibanda, "Not purpose-made!: Transformative constitutionalism, post-independence constitutionalism, and the struggle to eradicate poverty", *Stellenbosch Law Review* 22, n.º 3 (2011): 482.

38 Klare, "Legal culture"; Theunis Roux, "Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference?", *Stellenbosch Law Review* 20, n.º 2 (2009): 258-285; Fowkes, "Transformative constitutionalism".

39 Fowkes, "Transformative Constitutionalism".

UNA CONSTITUCIONALIZACIÓN “TRANSITORIA” DERIVADA DE LA IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA: GARANTÍAS, DERECHOS Y LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

Al igual que otras constituciones del mundo, la colombiana contiene disposiciones permanentes y transitorias⁴⁰. Las permanentes son objeto de un proceso de constitucionalización que inicia con su expedición y que genera cambios sobre todo el ordenamiento jurídico⁴¹. Por su parte, las transitorias impactan poco el proceso de constitucionalización por dos razones: contienen medidas precisas para facilitar el tránsito entre los textos constitucionales, dando prevalencia a la garantía de las normas permanentes, y los límites materiales-temporales impiden su desarrollo con vocación de permanencia.

El constitucionalismo que surgió en Colombia en 1991 ocasionó cambios en el diseño institucional, con la creación de la Corte Constitucional; en la forma en que se comprenden los derechos, con un enfoque garantista a partir de un amplio catálogo; en el entendimiento de la Constitución como norma de normas, con un profundo proceso de constitucionalización; y en la labor de las autoridades judiciales, que promueven nuevas prácticas interpretativas y argumentativas, así como nuevos desarrollos teóricos⁴².

Además, la Constitución cuenta con características como la capacidad de invadir y condicionar el ordenamiento jurídico; la construcción de un proceso especial de movilización social; y la sensibilización de los jueces, la politización de la justicia y el activismo judicial⁴³.

De acuerdo con el volumen, la intensidad y el impacto sobre el proceso de constitucionalización, es posible observar distintas condiciones en las que las disposiciones permanentes y transitorias de la Constitución permean el ordenamiento jurídico. En consonancia, en este aparte planteo que ciertas disposiciones transitorias de la Constitución, especialmente aquellas que integran la denominada justicia transicional constitucionalizada, producen elementos permanentes sobre la garantía y protección de los derechos humanos en general y de los

40 Por ejemplo, la Constitución de México tiene diecinueve artículos transitorios originales (catorce nuevos); en Chile son cuarenta; en España, nueve; en Argentina, diecisiete y en Perú, dieciséis.

41 Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001).

42 Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 16 (2002).

43 Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en *Constitucionalismo(s)*, coordinado por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003); Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, 2009); Carlos Agudelo, *La democracia de los jueces* (Bogotá: Leyer, 2014).

derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario en específico.

Así, las características que identifiqué en las disposiciones constitucionales para la justicia transicional mencionadas en la sección anterior son las siguientes.

- *Crean instituciones.* El Acto Legislativo 1 del 2017 crea una estructura institucional integral compleja, denominada Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), conformada por tres nuevas entidades: la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que incluye a su vez varias estructuras internas (secciones, salas y unidades), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD).
- *Incorporan garantías constitucionales.* Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición que tenían creación jurisprudencial y legal, derivados de las obligaciones internacionales del Estado y de interpretaciones sistemáticas de la Constitución, ahora tienen rango constitucional (art. tr. 1, Acto Legislativo 1 del 2017). Igual ocurre con las garantías sustanciales, procesales, probatorias y de acceso para la participación de las víctimas en los procesos de justicia (art. tr. 12, Acto Legislativo 1 del 2017); y con las garantías de no extradición (art. tr. 19, Acto Legislativo 1 del 2017) y de participación en política (art. tr. 20, Acto Legislativo 1 del 2017) de los exintegrantes de las FARC.
- *Se incorporan fuentes de derecho.* Para la aplicación de la justicia transicional se incluyen como fuentes directas en la lucha contra la impunidad el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional (art. tr. 5, Acto Legislativo 1 del 2017). Esto es relevante bajo la lectura permanente del bloque de constitucionalidad y los efectos internos de las normas internacionales.
- *Nuevos conceptos constitucionales.* Las disposiciones incorporan definiciones constitucionales sobre los conceptos de aporte a la verdad (art. tr. 5, Acto Legislativo 1 del 2017), justicia restaurativa (art. tr. 1, Acto Legislativo 1 del 2017), búsqueda humanitaria (art. tr. 3, Acto Legislativo 1 del 2017), responsabilidad de mando (art. tr. 24, Acto Legislativo 1 del 2017), entre otros. Estas definiciones permean el ordenamiento jurídico para los efectos de la disposición constitucional, pero también en otros campos donde el derecho sirve como herramienta explicativa.

- *Figuras jurídicas constitucionales.* La creación de instituciones y garantías generó la necesidad de incluir disposiciones jurídicas constitucionales para resolver conflictos de competencia (art. tr. 5, Acto Legislativo 1 del 2017); gestionar la interposición de acciones de tutela contra providencias judiciales transicionales (art. tr. 8, Acto Legislativo 1 del 2017); definir la autonomía constitucional de las entidades del SIVJRN (art. tr. 1-5, Acto Legislativo 1 del 2017); determinar las condiciones de voluntariedad del sometimiento de los presuntos responsables a la justicia transicional (art. tr. 16, Acto Legislativo 1 del 2017), entre otros.
- *Doble vía.* Las disposiciones transitorias pueden fortalecer la constitucionalización de normas permanentes, como ocurrió con el Estatuto de la Oposición, que fue expedido en el 2017 a pesar de haber sido establecido desde la Constitución de 1991, y con las garantías a favor de las víctimas del conflicto armado en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición.

Dichas características, como descripciones de los esfuerzos de cambio constitucional para el funcionamiento de los contenidos de la justicia transicional, son relevantes para el análisis de constitucionalización de contenidos estrictamente temporales, incluso con aplicación de al menos veinte años, y de disposiciones que aunque tienen un contenido transitorio no pueden cesar, como la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado, con impacto sobre cerca del 20 % de la población del país.

Así, es posible identificar disposiciones transitorias que irradian todo el ordenamiento jurídico y que tendrían una vocación de permanencia, dada su relación directa con pilares constitucionales que permiten la efectividad del texto superior, considerando que son resultado de un proceso de paz complejo que fue avalado por las tres ramas del poder público⁴⁴ y contienen normas con una razonable pretensión de intangibilidad⁴⁵.

La constitucionalización de la justicia transicional, como proceso de difusión de los nuevos contenidos constitucionales transitorios en el ordenamiento jurídico, se da de tal forma que este queda totalmente impregnado por aquellos⁴⁶.

44 El Gobierno nacional lideró la negociación y la implementación, el Congreso de la República refrendó y aprobó las reformas constitucionales, así como otras legales, y la Corte Constitucional controló la constitucionalidad de las decisiones adoptadas.

45 De acuerdo con la Corte Constitucional, las “disposiciones posteriores no pueden contradecir las expedidas con anterioridad sobre las cuales existe una razonable pretensión de intangibilidad”. C. Const., Sent. C-630/2017.

46 Guastini, “La ‘constitucionalización’”.

La fuerza normativa de la Constitución es invasora, entrometida y capaz de condicionar la legislación y la jurisprudencia derivada de la implementación del acuerdo final y, en específico, de las cláusulas constitucionales transitorias. Igualmente, la rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución son presupuestos del funcionamiento de la justicia transicional para vincular y aplicar las garantías de estabilidad de la paz, entendida como la terminación del conflicto, y la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Tomando como referencia a Guastini⁴⁷, las condiciones de la constitucionalización aplicables al proceso de incorporación de disposiciones constitucionales transitorias serían las que se detallan a continuación.

- *La rigidez de las disposiciones constitucionales transitorias.* Tienen igual jerarquía que las demás disposiciones constitucionales, son superiores a las leyes aplicables en la materia e incorporan principios que no pueden ser modificados por procedimientos de revisión constitucional, por ejemplo, la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado a la verdad, justicia, reparación y no repetición, en la medida en que existe una pretensión de intangibilidad establecida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-630 del 2017, lo que les da estabilidad a las promesas de cumplimiento del acuerdo, y se trata de un elemento esencial de la Constitución (C-579 del 2013), tardíamente constitucionalizado. De igual manera, la aplicación de nuevas fuentes de derecho en la lucha contra la impunidad delimita expectativas e incorpora estándares aplicables a la atención y reparación de las víctimas sin límites temporales o materiales bajo el presupuesto de la dignidad humana.
- *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* El proceso de consolidación constitucional del acuerdo final se dio con el control automático e integral, realizado por la Corte Constitucional, de las disposiciones transitorias incorporadas a la Constitución. Así, de acuerdo con las decisiones de este tribunal, ninguna disposición de la denominada justicia transicional constitucionalizada que fue declarada exequible infringe elementos identitarios de la parte ordinaria de la Constitución. Igualmente, de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 2 del 2017, toda norma expedida para implementar o desarrollar el acuerdo final deberá tenerlo como parámetro de su interpretación y validez.

47 *Ibid.*

- *La fuerza vinculante de la Constitución.* Las disposiciones transitorias incorporan principios generales que merecen ser interpretados por la Corte Constitucional y los jueces constitucionales y transicionales. Igualmente, se trata de contenidos vinculantes, como las disposiciones programáticas para el cumplimiento del acuerdo final (Sentencia C-630 del 2017) en la ejecución de las políticas de Gobierno. Además, es posible identificar disposiciones que incorporan reglas que deben atenderse y que no requieren procesos complejos de interpretación, por lo que son aplicables directamente. En suma, las disposiciones constitucionales transicionales son susceptibles de producir efectos jurídicos con facilidad a partir de la fuerza vinculante de la Constitución.
- *La sobreinterpretación de la Constitución.* El control constitucional automático generado sobre las reformas transicionales⁴⁸, sin precedente en nuestro sistema constitucional, inició un proceso de interpretación de dichas disposiciones que conllevará nuevas decisiones del tribunal constitucional y de otras autoridades judiciales, en especial de la JEP, pero también de jueces ordinarios en materias vinculadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas y la lucha contra la impunidad. Así como estarán presentes las interpretaciones literales del texto constitucional, también lo estarán las extensivas, derivadas del carácter vinculante de las disposiciones, que conllevarán una sobreinterpretación del texto constitucional para llenar vacíos y resolver diferencias interpretativas.
- *La aplicación directa de las normas constitucionales.* Las disposiciones de la justicia transicional pueden aplicarse directamente, así requieran reglamentación, como ocurrió con las vinculadas con el funcionamiento de la JEP y en las decisiones que impactaron las garantías de participación de las víctimas en la justicia transicional y política de los exintegrantes de las FARC.
- *La interpretación conforme a las leyes.* Toda norma legal o de inferior jerarquía debe cumplir y atender a las disposiciones constitucionales transitorias cuando se encuentra en el marco de lo señalado en los actos legislativos 1 y 2 del 2017. Ejemplo de esto, como se verá a continuación, son las sentencias C-112 del 2019 y C-588 del 2019 de la Corte Constitucional⁴⁹.

48 La Corte Constitucional expidió más de cuarenta y cinco sentencias relacionadas con la implementación normativa del acuerdo final por medio de reformas constitucionales, leyes y decretos leyes.

49 C. Const., Sent. 112/2019, mar. 13/2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y C. Const., Sent. 588/2019, dic. 5/2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

- *La influencia en las relaciones políticas.* Las disposiciones transitorias han influido en el debate público alrededor de la justicia transicional, pero también en el fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos como elementos fundamentales de la transición. Estos enfoques tienen un gran valor para la construcción de las garantías de no repetición y la transformación de las condiciones que produjeron o permitieron el mantenimiento del conflicto armado.

La judicialización de las disposiciones constitucionales transitorias, como ha ocurrido con las sentencias C-112 del 2019 y C-588 del 2019 de la Corte Constitucional, es evidencia del proceso de constitucionalización que se está surtiendo. La primera provocó la adecuación del trámite ordinario de extradición de exintegrantes de las FARC (art. 502 de la Ley 906 del 2004), pues se incluye para su autorización la ponderación de: (1) la obligación del Estado de investigar y juzgar previamente las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones contra el derecho internacional humanitario cometidas en el país, particularmente a los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; (2) los objetivos del SIVJRNDR dirigidos a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; y (3) los principios derivados de las normas internas y de los compromisos adquiridos internacionalmente por Colombia aplicables a la extradición.

La segunda estableció que la vigencia limitada de la Ley 1448 del 2011, creada para la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, desconocía el deber constitucional de consagrar un régimen especial de protección de las víctimas, en un contexto transicional reconocido directamente por la Constitución en las disposiciones transitorias incorporadas por el Acto Legislativo 1 del 2017. Es decir, la vigencia de la ley era un asunto constitucional a partir del entendimiento del carácter permanente de los derechos de las víctimas.

De acuerdo con esto, las nuevas garantías constitucionales derivadas de la implementación del acuerdo final podrán no ser efectivamente transitorias, aunque se integren en políticas estatales específicas para dar estabilidad a la terminación del conflicto y la satisfacción de los derechos de las víctimas. Esto, debido a que su proceso de permeabilización del ordenamiento jurídico se ha iniciado y ha transformado comprensiones que parecían cerradas (como ocurrió con la vigencia de la Ley 1448 y el trámite de extradición de responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio), así como producido avances para la modernización constitucional, en consonancia con estándares internacionales. Se trata, pues, de principios constitucionales derivados de las disposiciones transitorias

que irradian todo el ordenamiento jurídico, aunque con límites identificables que condicionan la interpretación constitucional y vinculan a todos los poderes públicos.

La segunda evidencia de la complejidad transitoria de la justicia transicional constitucionalizada es la ampliación del sistema de fuentes de derecho, que refuerza las fuentes ordinarias en el cumplimiento de los deberes de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario y lucha contra la impunidad, así como de garantía de los derechos de las víctimas.

El art. tr. 5 del Acto Legislativo 1 del 2017 estableció que la JEP al adoptar sus decisiones tendrá en cuenta las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, de derecho internacional humanitario y de derecho penal internacional, fuentes identificables en la jurisprudencia constitucional en materia de conflicto armado y justicia transicional⁵⁰, que ahora cuentan con un amplio reconocimiento constitucional. El cambio principal, que podría ser acusado de menor, es que el previo reconocimiento del carácter vinculante de las normas de derecho internacional, como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto o lato, ahora tiene una fuerza directa derivada del propio texto constitucional, que es la fuente principal de reconocimiento de validez y límite sustantivo de las restantes normas del ordenamiento⁵¹ conforme al artículo 4 de la Constitución.

El efecto de irradiación derivado de la fuerza normativa de la Constitución⁵² tiene en cuenta al menos tres características de las normas constitucionales:

- tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico y constituyen el parámetro fundamental para determinar la validez formal y material de las normas de menor jerarquía,
- son la principal referencia para interpretar el derecho infraconstitucional; y
- en algunos casos, tienen eficacia jurídica directa.⁵³

50 Por ejemplo, en C. Const., Sent. C-084/2016, feb. 24/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte señaló que las normas y principios del derecho internacional humanitario son fuente de derecho para jueces y otros operadores judiciales. Igualmente, señaló que los preceptos que integran el bloque de constitucionalidad, dada su jerarquía de norma superior y su poder de irradiación sobre la interpretación de las leyes, tienen el carácter de verdaderas fuentes del derecho para los jueces y los demás sujetos de derecho.

51 C. Const., Sent. C-284/2015, may. 13/2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

52 Eduardo Aldunate, "La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 32 (2009).

53 C. Const., Sent. SU373/2019, ago. 15/2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

De acuerdo con lo anterior, la función jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes es clara, y se configura como el canon para determinar la validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico, así como para interpretarlas. Esa supremacía constitucional, integradora del ordenamiento jurídico, es exigible sobre las fuentes de derecho que puede aplicar la JEP para luchar contra la impunidad y satisfacer los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario.

Sin embargo, los objetivos mencionados no son exclusivos de la JEP, dada la diversidad de esfuerzos de la justicia transicional existentes en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad al acuerdo de paz, como los procesos de justicia y paz y de restitución de tierras, y el número de víctimas del conflicto armado que requieren la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. La aplicación directa de la Constitución —lo que no significa que esta no requiera desarrollos normativos posteriores— hace que sea importante examinar si las disposiciones constitucionales transitorias para la justicia transicional, en razón del derecho subjetivo que reconocen o de su precisión y completitud, pueden ser aplicadas directamente, lo que crea una relación con otras normas constitucionales, que contienen principios, valores, fines o garantías, y permea la producción del derecho, por ejemplo, frente al régimen especial de protección de las víctimas o la lucha contra la impunidad.

De acuerdo con lo expuesto, las disposiciones constitucionales transitorias producen un proceso de constitucionalización limitado, debido a la materia o el tiempo definido, pero también amplio frente a obligaciones constitucionales de garantía de los derechos de las víctimas y de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario.

Uno de los efectos más evidentes de las disposiciones constitucionales transitorias vinculadas a garantías de derechos y la ampliación del sistema de fuentes es que su límite temporal tendrá que ser cuestionado, pues su reconocimiento es la integración de normas incorporadas en el bloque de constitucionalidad, especialmente en sentido lato, y la ampliación de la efectividad y materialidad de una Constitución para la paz⁵⁴. De acuerdo con esto, su proceso de constitucionalización transitoria será cuestionado por su vocación de permanencia, con el propósito de dar estabilidad a la terminación del conflicto y satisfacer los derechos de las víctimas, especialmente las garantías de no repetición, lo que guarda relación

54 Denominación utilizada por la Corte Constitucional, en referencia a una característica de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en la Sentencia 630/2017, oct. 11/2017.

con la finalidad de la transición destacada por el fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos.

CONCLUSIONES

La literatura sobre las características y los efectos de las disposiciones constitucionales transitorias es reducida. Esto no sería relevante si no tuviéramos un aumento en la inclusión de disposiciones transitorias en la Constitución. Su uso para la implementación de la justicia transicional en Colombia, por medio del *fast track*, no es un asunto de técnica normativa, sino una interesante vía constitucional para proteger pactos previos más amplios, derivados de procesos constituyentes, que dan apertura a acuerdos en búsqueda de la paz. Es, entonces, una experiencia interesante para la comunidad internacional.

La justicia transicional constitucionalizada implementada entre el 2012 y el 2017 para viabilizar la búsqueda de la paz y la satisfacción de los derechos de las víctimas, fortaleciendo el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, incorporó expresos pilares esenciales a la Constitución, respetando su identidad, que pueden maximizar y efectivizar los valores, principios, fines y garantías establecidas en esta. De acuerdo con esto, el propósito de transformación de la Constitución hacia la producción de cambios sociales significativos y la labor de las autoridades en su realización es la sustancia de la efectividad de la Constitución frente a los derechos y expectativas de las víctimas.

Ahora bien, la inclusión de tales disposiciones transitorias conlleva un proceso de constitucionalización que tiene impacto sobre todo el ordenamiento jurídico, con especial énfasis en las instituciones y garantías generadas para el cumplimiento del acuerdo final, pero que no en todos los casos parece ser transitorio. En cuanto a las garantías para la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado y de las fuentes de derecho aplicables en la lucha contra la impunidad, su vocación de permanencia debería ser regla y no excepción, salvo que se acepte que tenemos derechos constitucionales transitorios y que —como estamos observando en algunos elementos del acuerdo final— la formulación constitucional ambiciosa esté acompañada de una implementación inconsistente, lo que derivaría en una constitucionalización aparente. La aplicación práctica de las normas constitucionales transitorias delimitará el camino de abordaje desde el derecho comparado sobre la experiencia colombiana en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acto Legislativo 12/1993.
Acto Legislativo 2/2011.
Acto Legislativo 1/2012.
Acto Legislativo 1/2016.
Acto Legislativo 1/2017.
Acto Legislativo 2/2017.
Acto Legislativo 3/2017.
Acto Legislativo 4/2017.
Aldunate, Eduardo. “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho”. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 32 (2009).
Allen, Jason. “What is transitional constitutionalism and how do we study it?”. *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3, n.º 4 (2014) 1098-1112.
Auto 001A/1993.
Bernal, Carlos. “Transitional justice within the framework of a permanent Constitution: The case study of the legal framework for peace in Colombia”. *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (2013): 1136-1163.
C. Const., Sent. C-513/1992, sep. 10/1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
— Sent. C-544/1992, oct. 1/1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
— Sent. C-003/1993, ene. 14/1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
— Sent. C-059/1993, feb. 23/1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
— Sent. C-105/1993, mar. 11/1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
— Sent. C-113/1993, mar. 25/ 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.
— Sent. C-131/1993, abr. 1/1993. M.S. Alejandro Martínez Caballero.
— Sent. C-466/1995, oct. 18/1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
— Sent. C-370/2000, mar. 29/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
— Sent. C-534/2000, may. 10/2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
— Sent. C-048/2001, ene. 24/2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
— Sent. C-323/2006, abr. 24/2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.
— Sent. C-1191/2008, dic. 3/2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
— Sent. C-524/2013, ago. 14/2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
— Sent. C-579/2013, ago. 28/2013. M.S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
— Sent. C-284/2015, may. 13/2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
— Sent. C-084/2016, feb. 24/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- Sent. 630/2017, oct. 11/2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Sent. C-007/2018, mar. 1/2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.
- Sent. C-112/2019, mar. 13/2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sent. C-588/2019, dic. 5/2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Sent. SU373/2019, ago. 15/2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 16 (2002).
- Constitución Política de Colombia (C.N.) 1991.
- D. 2067/1991.
- D. 1370/1995.
- D. L. 588/2017.
- Da Silva, José y Nuria González Marín. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Dixon, R. y Theunis Roux. “Marking constitutional transitions: The law and politics of constitutional implementation in South Africa”. *UNSW Law Research Series* 18, n.º 64 (2018): 1-19.
- Estupiñán, Liliana (ed.). *Constitucionalismo transicional en Colombia*. Bogotá: Unilibre, 2018.
- Fowkes, James. “Transformative constitutionalism and the global South: The view from South Africa”. En *Transformative constitutionalism in Latin America: The emergence of a new ius commune*, editado por Armin von Bogdandy. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- García, Mauricio. “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina”. *Análisis Político*, n.º 75 (2012): 89-110.
- García-Pelayo, Manuel. *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Gargarella, Roberto; Theunis Roux y Pilar Domingo. *Courts and social transformation in new democracies*. Londres/Nueva York: Routledge, 2006.
- Guastini, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En *Constitucionalismo(s)*, coordinado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- *Estudios de teoría constitucional*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- Klare, Karl. “Legal culture and transformative constitutionalism”. *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188.
- L. 418/1997.

L. 906/2004.

L. 1448/2011.

Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2009.

Ospina, Juan Carlos y Cielo Linares. *La participación de las víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2017.

Quinche, Manuel. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

Roux, Theunis. "Transformative constitutionalism and the best interpretation of the South African Constitution: Distinction without a difference?". *Stellenbosch Law Review* 20, n.º 2: (2009): 258-285.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992.

Sibanda, Sanele. "Not purpose-made!: Transformative constitutionalism, post-independence constitutionalism, and the struggle to eradicate poverty". *Stellenbosch Law Review* 22, n.º 3 (2011): 482.

Sudarski, Wojciech. "Transitional constitutionalism: Simplistic and fancy theories". En *Rethinking the rule of law after communism*. Budapest/Nueva York: CEU Press, 2005.

Teitel, Ruti. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Unidad para la Atención y Reparación Integral para las Víctimas. *Víctimas conflicto armado*, julio del 2021, <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

Von Bogdandy, Armin. *Por un derecho común para América Latina: Cómo fortalecer las democracias frágiles y desiguales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

SOBRE LOS AUTORES

Yenny Andrea Celemín Caicedo. Es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, doctora en Derecho por la misma universidad, y abogada y magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Imparte las cátedras de Legislación y Políticas Públicas, Derecho Público Administrativo y Contratos Estatales. Ha escrito múltiples trabajos en relación con las funciones legislativas y judiciales en el contexto colombiano, entre los que se destacan el ensayo “Between the explicit and implicit limits? An analysis of judicial review of the constitutional amendment doctrine in Colombia”, y los artículos “Control y calidad de la ley: Análisis de los mecanismos de control de la calidad legislativa y su aplicación en Colombia”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; y “Sustitución constitucional: Reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos”, en *Colombia. Prolegómenos-Derechos y Valores*, editado por la Universidad Militar Nueva Granada.

David Fernando Cruz Gutiérrez. Es abogado por la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derecho, candidato a doctor en Derecho y profesor de la Universidad de los Andes. Ha realizado investigaciones sobre temas de derecho constitucional, derechos fundamentales, cambio constitucional, derecho penal internacional y justicia transicional. Es autor de varios artículos en revistas indexadas, como “El *fast track*: ¿Un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?”, publicado en la revista *Derecho del Estado* de la Universidad Externado de Colombia, y “Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: Una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina”, en *Revista Dikaión* de la Universidad de la Sabana.

Diana Durán Smela. Es abogada por la Universidad de los Andes, DEA en Derecho de la Economía Internacional y del Desarrollo por la Universidad de París y René Descartes, DEA en Derecho Público Interno por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne y doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad

Javeriana. Es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y líder del Programa de Formación Judicial.

Tania Luna Blanco. Es abogada con grado de honor por excelencia académica por la Universidad Libre, magíster en Derecho con énfasis en Investigación por la Universidad Nacional de Colombia y doctora en Derecho por la Universidad de los Andes. Se desempeña como profesora asistente del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y es líder de la línea de investigación “Constitucionalismo, paz y memoria” del grupo de investigación Estudios en Derecho Público. Ha escrito artículos y capítulos de libro como “El renacer de una víctima política: la devolución de la personería jurídica al Partido Político Unión Patriótica en el contexto de un nuevo derecho electoral de la transición en Colombia” (Oñati Socio-Legal Series, 2022) y *Las comisiones de memoria y verdad ante el reto de narrar la atrocidad masiva: una forma de reconstruir el pasado de violencia, paz y reconciliación de América Latina* (Editorial Universidad del Rosario, 2020).

Juan Carlos Ospina. Es abogado por la Universidad de Caldas, especialista en Cultura de Paz y magíster en Derechos Humanos. Actualmente es candidato a doctor en Derecho y docente de la Universidad de los Andes. Es autor de publicaciones sobre los derechos de las víctimas en la justicia transicional, como *La participación de las víctimas en el SIVJNR, Integralidad como garantía de no repetición, Promover la garantía y exigir los derechos* (Coljuristas); y los artículos “Treinta años de aspiraciones constitucionales de paz para el cambio social”, publicado en *Estudios de Derecho*, n.º 78 (172) y “Essential elements and implementation challenges of the Final Agreement”, en *The Colombian Peace Agreement: A multidisciplinary assessment*, editado por Fabra-Zamora *et al.* (Londres: Routledge).

*La experiencia del fast track en Colombia:
reflexiones en torno al Procedimiento Legislativo*

Especial para la Paz
se terminó de imprimir
y encuadernar en abril del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.