

EL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA Y EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

The plebiscite for peace in Colombia and the role of the Constitutional Court

CARLOS BERNAL

Universidades de Dayton (Ohio) y La Sabana (Bogotá)

cbernal1@udayton.edu

Carlosbep@unisabana.edu.co

Cómo citar/Citation

Bernal, C. (2022).

El plebiscito por la paz en Colombia y el papel de la Corte Constitucional.

Revista Española de Derecho Constitucional, 124, 313-339.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.124.10>

Resumen

El 2 de octubre de 2016, en el así denominado «Plebiscito por la Paz», la mayoría de los votantes rechazó el acuerdo de paz que el Gobierno colombiano había negociado con las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. A pesar de este resultado, el Gobierno implementó el acuerdo. De esta forma, se activó la competencia de la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las normas de implementación. Este artículo responde a dos preguntas que surgen en dicho escenario. Primero, ¿pueden los plebiscitos —o referéndums— conferir legitimidad a la implementación de los acuerdos de paz? Segundo, ¿puede conferir legitimidad a un proceso de justicia transicional atribuir a un Tribunal Constitucional competencia para controlar la constitucionalidad de la implementación de un acuerdo de paz?

Palabras clave

Plebiscitos; referéndums; acuerdo de paz; control de constitucionalidad; justicia transicional.

Abstract

On 2 October 2016, in the so-called “Plebiscite for Peace”, the majority of the voters rejected the peace agreement that the Colombian Government had negotiated with the Revolutionary Armed Forces of Colombia. Despite that outcome, the Colombian Government implemented the Peace Agreement. In this way, it also activated the competence of the Constitutional Court to review the constitutionality of the implementation norms. This article aims to answer two questions arising from that scenario. First, can plebiscites —or referenda— confer legitimacy to the implementation of peace agreements? Second, empowering a Constitutional Court to review the constitutionality of the implementation of a peace agreement can confer legitimacy to a transitional justice process?

Keywords

Plebiscite; referenda; peace agreement; constitutional review; transitional justice.

SUMARIO

I. LOS DILEMAS EN TORNO AL PLEBISCITO POR LA PAZ: 1. El plebiscito por la paz en Colombia. 2. El dilema de la legitimidad. 3. El dilema del control de constitucionalidad. 4. Objetivo y tesis. 5. Estructura. II. EL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO Y EL ACUERDO DE PAZ: 1. Sobre el conflicto interno colombiano. 2. La promulgación de la Constitución Política de 1991. 3. La justicia transicional en el marco de la Constitución Política de 1991. 4. Desafíos constitucionales de la justicia transicional. III. EL PLEBISCITO POR LA PAZ Y LA SENTENCIA C-379/2016. IV. EL ACUERDO MODIFICADO, LA RATIFICACIÓN LEGISLATIVA Y LA SENTENCIA C-699/2016. V. UN CONCEPTO DE LEGITIMIDAD. VI. EL DILEMA DE LA LEGITIMIDAD Y EL PLEBISCITO COLOMBIANO POR LA PAZ. VII. EL DILEMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PLEBISCITO COLOMBIANO POR LA PAZ. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. LOS DILEMAS EN TORNO AL PLEBISCITO POR LA PAZ

1. EL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA

El 2 de octubre de 2016, en el denominado «Plebiscito por la Paz», el 50,21 % de los votantes rechazó el acuerdo de paz que el Gobierno colombiano había negociado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante, FARC)¹. Solo el 37,43 % de los ciudadanos inscritos en el censo electoral participó en el plebiscito. La Corte Constitucional de Colombia (en adelante, Corte Constitucional) había dictaminado que si los votantes rechazaban el acuerdo de paz, el Gobierno no estaría facultado para implementarlo². Antes bien, el Gobierno debía negociar otro acuerdo y buscar de nuevo la ratificación popular.

A pesar de esto, el Gobierno y las FARC adoptaron una estrategia diferente. Introdujeron pocos cambios al acuerdo rechazado y suscribieron, de

¹ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo, FARC-EP o, simplemente, FARC, era un movimiento guerrillero. Este movimiento estuvo involucrado en el conflicto armado colombiano desde 1964. Sus fundadores se alinearon con una ideología marxista-leninista. Este movimiento llevó a cabo operaciones de terrorismo, secuestro, minería ilegal, extorsión y producción y distribución de drogas ilícitas.

² Véase Corte Constitucional, Sentencia C-379/2016.

modo súbito, una segunda versión. El entonces presidente, Juan Manuel Santos Calderón, solicitó al Congreso —en el que controlaba una escasa mayoría en virtud de afiliaciones partidarias y las coaliciones políticas— que ratificara la segunda versión del acuerdo. El Congreso accedió a la solicitud y la Corte Constitucional confirmó la validez de la ratificación parlamentaria³. En consecuencia, según lo prescrito por la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 1 de 2016, el Congreso y el Gobierno adquirieron competencia para implementar el acuerdo mediante reformas constitucionales, leyes y decretos presidenciales, que se promulgarían mediante procedimientos expeditos de producción normativa (conocidos como procedimientos *fast track*)⁴. La misma reforma constitucional atribuyó a la Corte Constitucional la competencia para controlar, de forma automática, la constitucionalidad de todas las disposiciones de implementación del acuerdo⁵.

2. EL DILEMA DE LA LEGITIMIDAD

Del análisis de este escenario surgen dos preguntas. Primero, ¿pueden los plebiscitos —o referendos— conferir legitimidad a la implementación de acuerdos de paz? En el contexto colombiano, la respuesta a esta pregunta conduce a un dilema que denominaré el dilema de la legitimidad. Este dilema se origina porque es posible responder a la pregunta planteada, a la vez, de forma negativa y positiva.

- i) Por una parte, tres razones podrían fundamentar una respuesta negativa a esta pregunta. Ellas tienen que ver con asuntos de a) complejidad, b) manipulación y c) de legitimidad intrínseca del acuerdo de paz.
 - a) La complejidad del acuerdo. En el plebiscito por la paz, el Gobierno solicitó al pueblo que votara a favor o en contra de la implementación del acuerdo de paz. Los términos del acuerdo aparecen en un texto de 297 páginas, muy técnico, que aborda temas complejos sobre justicia penal transicional, amnistía, reconocimiento de la

³ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-699/2016.

⁴ Véase Acto Legislativo 1/2016. En términos de la Constitución Política de Colombia de 1991, un acto legislativo es un acto normativo por medio del cual el Congreso de la República reforma la Constitución.

⁵ El mismo Acto Legislativo 1/2016 confiere esta competencia a la Corte Constitucional.

verdad, reparaciones simbólicas, redistribución de tierras, la transformación de las FARC en partido político, un plan de remoción de minas de los territorios de conflicto, y un proyecto de sustitución de cultivos ilícitos por otros productos agrícolas, entre otros asuntos. ¿Qué legitimidad puede conferir el pueblo, solo con un voto de aceptación o de rechazo, a un acuerdo de esta naturaleza? De conferir alguna legitimidad, esta sería frágil, debido a las limitaciones epistémicas y deliberativas del pueblo para evaluar el contenido del texto sometido al plebiscito.

- b) La manipulación de los votantes. Quienes lamentaron el resultado del plebiscito por la paz argumentaron que los opositores al acuerdo de paz habían manipulado la voluntad del pueblo con una campaña de miedo. De un lado, en días previos al plebiscito, en las calles de ciudades y pueblos colombianos se desplegaron pancartas en las que Timochenko, el líder de las FARC, aparecía vestido como presidente de Colombia. Del otro, los partidarios del acuerdo advirtieron de que un voto de rechazo traería consigo una revitalización del conflicto armado. En tales condiciones, los votos de ciudadanos manipulados, mal informados sobre los resultados previsibles, no pueden conferir legitimidad a la implementación del acuerdo de paz.
 - c) La legitimidad intrínseca del acuerdo de paz. Por último, independientemente del resultado del plebiscito, puede aducirse que la implementación del acuerdo de paz era legítima *per se*. La paz es, a la vez, una condición y un objetivo del constitucionalismo democrático. Si 1) el constitucionalismo democrático es legítimo; 2) la paz es una condición del constitucionalismo democrático, y conseguirla es uno de sus objetivos, y 3) el acuerdo de paz es un medio para obtener la paz; de ello se sigue que el acuerdo es legítimo *per se*. El constitucionalismo comunica su legitimidad al acuerdo de paz. Si esta conclusión es correcta, entonces el resultado del plebiscito era irrelevante. La aprobación ciudadana no había podido conferir legitimidad a un acuerdo de paz que, en sí mismo, era legítimo. De forma correlativa, el rechazo ciudadano no podría privar al acuerdo de su legitimidad intrínseca.
- ii) Por otra parte, si se acepta que el consentimiento popular real es fuente de legitimidad de las normas, entonces la aprobación en el plebiscito habría debido ser la fuente de legitimidad de la implementación normativa del acuerdo. Esta razón fundamentaría una respuesta

positiva a la pregunta antes formulada. Es más, en una sentencia anterior al plebiscito, la Corte Constitucional había adoptado esta visión⁶. Según la Corte, la Constitución no permite a las autoridades políticas desconocer el voto popular. Si esta afirmación se toma en serio, entonces, tras el resultado del plebiscito por la paz, el Gobierno ha debido respetar la decisión del pueblo, negociar un nuevo acuerdo y buscar su ratificación popular mediante otro plebiscito. En contraposición, ratificar e implementar una segunda versión del acuerdo rechazado por el pueblo era inconstitucional.

3. EL DILEMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La segunda pregunta es si la Corte Constitucional, al controlar la constitucionalidad de las normas de implementación del acuerdo de paz, puede conferir legitimidad a dichas normas, en especial, y al proceso de transición, en general. La respuesta a esta pregunta genera otro dilema, que denominaré el dilema del control de constitucionalidad. El dilema surge, aquí también, porque puede darse, a la vez, una respuesta negativa y positiva a esta pregunta.

- i) Por un lado, un acuerdo de paz —que crea instituciones de justicia transicional— es un mecanismo diseñado para que una sociedad solucione un conflicto, cuando el marco constitucional existente no ha permitido lograr este fin. En estas circunstancias, un acuerdo de paz solo puede lograr los objetivos de la justicia transicional si incluye disposiciones que, de alguna manera, podrían entrar en conflicto con la Constitución —por ejemplo, leyes de amnistía, excepciones al deber jurídico general de indemnizar a las víctimas, o la creación de escaños parlamentarios especiales para excombatientes—. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta sobre si debe incluirse un mecanismo de control de constitucionalidad dentro de un proceso de implementación de un acuerdo de paz debe ser negativa. ¿Cuál sería entonces la razón para confiar a una Corte Constitucional la tarea de controlar la constitucionalidad de unas disposiciones que crean instituciones de justicia transicional, si la naturaleza misma de esas instituciones implica contradicciones con la Constitución?
- ii) Por otro lado, si el propósito de un acuerdo de paz es la refundación de la sociedad política, por medio de la institucionalización del constitucionalismo democrático, entonces el control de constitucionalidad de

⁶ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-379/2016.

las normas de implementación puede conferir legitimidad a dichas normas, en especial, y al proceso de justicia transicional, en general. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta antes formulada debe ser positiva. Puede argumentarse que este tipo específico de control de constitucionalidad permite asegurar que el precio que paguen las instituciones de justicia transicional para terminar el conflicto armado no sea la desnaturalización del constitucionalismo democrático.

4. OBJETIVO Y TESIS

Con base en un análisis del caso del plebiscito por la paz, su implementación y el correspondiente control de constitucionalidad, este artículo ofrece una evaluación de los dilemas de la legitimidad y del control de constitucionalidad.

Como resultado de dicho análisis se defienden dos tesis. Primero, los plebiscitos —y los referendos— pueden conferir legitimidad a un acuerdo de paz si y solo si son el resultado final de un proceso deliberativo ecuaníme e inclusivo. De ser imposible cumplir estas condiciones, debe evitarse la inclusión de estas estrategias de participación popular en los procesos de justicia transicional. Segundo, en lugar de —o en adición a— lo anterior, el control de constitucionalidad confiere legitimidad a la implementación de un acuerdo de paz. Las Cortes Constitucionales pueden garantizar que los acuerdos de paz sean un avance hacia el afianzamiento del constitucionalismo democrático. Naturalmente, esto solo será posible si, además, las Cortes Constitucionales son imparciales e independientes.

La segunda afirmación conduce a una noción matizada del constitucionalismo transicional. En ella, la legitimidad de los acuerdos de paz depende de su coherencia con los elementos estructurales del constitucionalismo democrático. En el caso colombiano, algunas decisiones de la Corte Constitucional otorgaron al acuerdo de paz la legitimidad que no pudo obtener del plebiscito por la paz. En otras, sin embargo, este no fue el caso.

5. ESTRUCTURA

Este artículo tiene la siguiente estructura. En la segunda parte presento una breve descripción del conflicto interno colombiano y explico cómo se estructuró la negociación del acuerdo de paz en el marco de la Constitución Política de 1991. En la tercera parte explico las circunstancias en las que tuvo

lugar el plebiscito por la paz. En la cuarta parte desarrollo un análisis crítico de las consecuencias del rechazo popular al acuerdo de paz, en particular, en lo concerniente a la ratificación, por parte el Congreso de la República, de la segunda versión del acuerdo y su control de constitucionalidad. En la quinta parte explico el concepto de legitimidad que utilizo para analizar los dilemas de la legitimidad y del control de constitucionalidad. En la sexta parte llevo a cabo este análisis y en la séptima parte expongo las conclusiones.

II. EL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO Y EL ACUERDO DE PAZ

1. SOBRE EL CONFLICTO INTERNO COLOMBIANO

Desde su independencia en 1810, la historia política de Colombia ha estado dominada por una interminable guerra fratricida. Desde principios del siglo XIX hasta mediados del XX, la guerra entre los miembros de los dos partidos tradicionales, los conservadores y los liberales, provocó un derramamiento de sangre de escala solo comparable a la revolución mexicana. Esta situación crítica se mitigó en la década de los setenta, cuando tales partidos firmaron un acuerdo de reparto alterno del poder, configurado en una fórmula denominada Frente Nacional. Según esta fórmula, a cada Gobierno sucedía un Gobierno del partido contrario. A pesar de sus beneficios, esa solución excluyó las voces de la clase trabajadora, los pueblos indígenas y los pequeños campesinos. La política se definió en exclusiva por el consenso alcanzado por las élites conservadoras y liberales.

Esta clausura del sistema político propició el surgimiento y la consolidación de varios grupos guerrilleros. Al principio, las guerrillas lucharon bajo un credo político de izquierda, que amalgamaba elementos del marxismo y del maoísmo. Respaldo por los Estados Unidos, el Estado intentó reducir a las guerrillas. Estas, por su parte, recibieron apoyo financiero, militar e ideológico de la entonces existente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante, URSS) y de Cuba. No obstante, ninguna de las partes consiguió derrotar a la otra. Las guerrillas ejercieron control *de facto* sobre extensas partes del territorio nacional y sobrevivieron al pasar por diferentes mutaciones. La más notable, tras la caída del Muro de Berlín y la desaparición de la URSS, fue la pérdida de la dirección ideológica. Con el tiempo, las guerrillas se transformaron en lucrativas empresas de crimen organizado, secuestro y producción y tráfico de estupefacientes.

Los constantes ataques de la guerrilla a los terratenientes, y la incapacidad del Estado para hacer cumplir la ley en las zonas rurales, dieron lugar a la formación de grupos paramilitares. Apoyados por los terratenientes y por los cárteles del narcotráfico, estos grupos combatieron a la guerrilla. Los

grupos paramilitares también desplegaron una estrategia de eliminación de civiles acusados de colaborar con la guerrilla y financiaron sus actividades mediante estrategias viles. Estos acontecimientos dieron lugar a masacres atroces y violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

2. LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución Política de 1991 surgió como un signo de esperanza en medio del conflicto. En la historia de Colombia, esta es la primera constitución que es producto de un proceso democrático. En la redacción de su texto participaron representantes de los grupos más heterogéneos de la sociedad. Su lema principal fue el pluralismo. Su objetivo fue abrir el sistema político y garantizar la participación de todos, incluso de los miembros de los grupos guerrilleros que, como el M-19, se habían desmovilizado antes de la elección de la Asamblea Constituyente en diciembre de 1990. Además, la inclusión de un catálogo de derechos económicos y sociales, con fuerza vinculante, ha obligado al Estado a diseñar e implementar políticas dirigidas a obtener más justicia social y una mejor distribución de la riqueza, en beneficio de los grupos más vulnerables.

Tres votaciones populares legitimaron la promulgación de la Constitución Política de 1991. En las elecciones oficiales de marzo de 1990, un movimiento de estudiantes propuso incluir un voto adicional a los de Senado, Cámara de Representantes y otras autoridades, denominado la séptima papeleta. Esta papeleta solicitaba la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente, no previera este mecanismo de reforma constitucional. Más de un millón de ciudadanos depositaron su séptima papeleta. Por esta razón, el entonces presidente, Virgilio Barco, decidió convocar a referéndum para decidir de forma oficial acerca de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, durante las siguientes elecciones presidenciales de mayo de 1990. Cinco millones de votantes aprobaron la conformación de esa Asamblea. Por último, en diciembre de 1990, el pueblo eligió a sus representantes para la Asamblea Nacional Constituyente, que, en julio de 1991, promulgó la Constitución.

3. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La promulgación de la Constitución de 1991 no implicó la desaparición de las guerrillas y los grupos paramilitares. Por esta razón, en las últimas

décadas se han puesto en marcha dos procesos de justicia transicional. El primero se inició en 2005, con la expedición de un marco normativo que institucionalizó mecanismos para atribuir responsabilidades jurídicas a los integrantes de los grupos paramilitares y permitir a sus víctimas lograr el esclarecimiento de la verdad, la reparación y la restitución de sus tierras⁷. Hasta el momento se han desmovilizado más de 35 000 miembros de grupos paramilitares. Sin embargo, este proceso ha recibido enconadas críticas por haber dado lugar a impunidad y a reparaciones insuficientes para las víctimas (Summers, 2012).

El segundo proceso de justicia transicional se inauguró en 2012, con la promulgación de una reforma constitucional que previó la celebración de negociaciones de paz entre el Gobierno y grupos guerrilleros⁸. La reforma atribuyó cinco poderes transitorios y excepcionales al Congreso de la República: conferir privilegios a los miembros de los grupos guerrilleros dispuestos a firmar un acuerdo de paz; crear procedimientos judiciales y extrajudiciales para perseguir los delitos, esclarecer la verdad y asegurar la indemnización de las víctimas del conflicto armado; crear una comisión de la verdad; determinar los criterios de selección para priorizar el enjuiciamiento de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra perpetrados sistemáticamente, y abstenerse de enjuiciar otros delitos y agentes, suspender las sentencias y conmutar las penas por sanciones extrajudiciales o sanciones especiales, y determinar qué delitos pueden considerarse delitos políticos, de tal manera que sus autores tengan la posibilidad de ser elegibles para participar en política.

Los adjetivos «transitorio» y «excepcional» crean la impresión de un marco constitucional de transición para la paz. Además, los artículos transitorios no pretenden derogar ni interrumpir la vigencia de los principios esenciales de la Constitución de 1991, sino subsistir dentro de su marco. Sin embargo, algunas de las competencias que se atribuyen al Congreso parecen contradecir principios constitucionales esenciales, como el principio de igualdad y el principio del Estado de derecho. El principio de igualdad, por ejemplo, institucionalizado en el art. 13 de la Constitución, se encuentra en tensión con la concesión de beneficios políticos y penales a exguerrilleros de las FARC. Asimismo, el principio del Estado de derecho, institucionalizado en el art. 1 de la Constitución, exige —entre otras cosas— una estricta aplicación de las leyes

⁷ Este marco incluye la Ley 975/2005, la Sentencia C-370/06 de la Corte Constitucional, las leyes 1424/2010, 1448/2011 y 1592/2012, y actos administrativos, como el Decreto 1290/2008.

⁸ Véase el Acto Legislativo 1/2012.

penales, la investigación y el juzgamiento de todos los delitos y la reparación integral de las víctimas. Esto, a su vez, está en tensión con algunos beneficios especiales de responsabilidad penal y de responsabilidad extracontractual otorgados a los excombatientes en virtud del acuerdo de paz.

4. DESAFÍOS CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Estas tensiones generan desafíos constitucionales. La Corte Constitucional abordó estos desafíos al controlar las reformas constitucionales que enmarcaron las negociaciones entre el Gobierno y las FARC⁹, y las normas de implementación del acuerdo de paz.

La Corte Constitucional se acercó a estos aspectos desde la perspectiva del análisis de proporcionalidad¹⁰. Según la Corte, algunas disposiciones de la reforma constitucional que enmarcaron la negociación de paz y que tenían el propósito de satisfacer el derecho fundamental a la paz tienen un peso específico mayor al de ciertos principios constitucionales esenciales¹¹. Por ejemplo, en ese contexto, la Corte Constitucional sostuvo que el deber del Estado de proteger los derechos humanos y hacer cumplir las leyes penales tiene un peso relativo menor que el objetivo de lograr una paz estable y duradera¹². La Corte consideró que

⁹ El art. 241 de la Constitución Política atribuye a la Corte Constitucional competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales por motivos de procedimiento. Sin embargo, la Corte Constitucional ha creado y ha aplicado una «doctrina de la sustitución de la Constitución». De acuerdo con esta doctrina, las reformas constitucionales incompatibles con los principios esenciales de la Constitución son inconstitucionales. Sobre esta doctrina, véase Bernal (2013).

¹⁰ Véase, Corte Constitucional, Sentencias C-579/2013 y C-577/2014.

¹¹ El art. 22 de la Constitución Política protege el derecho fundamental a la paz.

¹² En la Sentencia C-579/2013, la Corte controló una disposición del Acto Legislativo 1/2012 que faculta al Congreso a determinar los criterios de selección para que el fiscal general dé prioridad al enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes cometidos de manera sistemática, crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra. El fiscal general puede abstenerse de enjuiciar todos los casos, y también puede suspender las sentencias y conmutar las penas por sanciones extrajudiciales o modalidades especiales. El demandante solicitó que se declarara que las expresiones «máximos responsables», «crímenes cometidos de manera sistemática» y «todos los casos» implicaban una sustitución de la Constitución. El demandante alegaba que estas expresiones sustituían implícitamente un elemento constitucional esencial, a saber, el deber estatal de garantizar la protección de los derechos humanos de las víctimas, y de la sociedad en general, mediante la estricta aplicación de las leyes

investigar y enjuiciar solo a los máximos responsables es una perspectiva idónea para evitar repetición de los delitos, disolver las macroorganizaciones criminales y revelar patrones de violaciones de derechos humanos. Al mismo tiempo, esta política de persecución penal representa solo una leve limitación del deber estatal de proteger los derechos humanos, porque no equivale a una ausencia de investigación de crímenes de guerra, genocidio y violaciones de derechos humanos. Solo atribuye al Estado la competencia de centrar su atención en aquellos agentes que desempeñaron un papel esencial en la perpetración de esas violaciones. Asimismo, la Corte sostuvo que las competencias conferidas al legislador expresan una relación proporcionada entre el deber de garantizar los derechos humanos y hacer cumplir las leyes penales y el objetivo de lograr una paz estable y duradera, siempre que su ejercicio garantice los derechos de las víctimas.

En el mismo sentido¹³, la Corte Constitucional decidió la exequibilidad de una disposición incluida en una reforma constitucional, que faculta al Congreso a calificar determinados delitos como delitos políticos¹⁴. El objetivo de esa disposición es permitir participar en política a quienes han cometido delitos políticos, pero que se han desmovilizado y reintegrado en la sociedad civil durante el proceso de paz. A la vez, limita el ámbito de configuración legislativa, en cuanto a prohibir que los crímenes de lesa humanidad y el genocidio se consideren como delitos políticos. El demandante adujo que este artículo había incurrido en una omisión inconstitucional. Reemplazaba un elemento esencial de la Constitución al omitir la inclusión de los crímenes de guerra, los delitos de tráfico de estupefacientes y los actos de terrorismo en la lista de delitos que no pueden ser considerados como delitos políticos. Desde su perspectiva, un elemento esencial de la Constitución es exigir mínimos de aptitud moral a quienes pretendan ejercer cargos políticos. Esos mínimos, desde luego, sostuvo el demandante, incluyen no haber cometido crímenes de guerra, tráfico de estupefacientes y actos de terrorismo

La Corte Constitucional rechazó los argumentos del demandante. Sostuvo que la supuesta omisión estaba justificada porque aumenta las posibilidades de

penales contra todas las violaciones de derechos humanos y todas las infracciones al derecho internacional humanitario. Según el demandante, el Acto Legislativo 1/2012 facultaría inconstitucionalmente al Congreso para reemplazar este elemento esencial de la Constitución al restringir el deber estatal de hacer cumplir las leyes penales solo respecto de algunas violaciones de derechos humanos y algunas infracciones del derecho internacional humanitario, a saber, las violaciones y las infracciones perpetradas sistemáticamente por los máximos responsables.

¹³ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-577/2014.

¹⁴ Véase el art. 3 del Acto Legislativo 1/2012.

participación política de los excombatientes. Este es un medio adecuado para lograr tres objetivos de la justicia transicional: reconciliación, una paz estable y duradera, y la construcción de una nueva legitimidad inclusiva para las instituciones políticas.

III. EL PLEBISCITO POR LA PAZ Y LA SENTENCIA C-379/2016

En virtud de las facultades que le otorgó el Acto Legislativo 1/2012, entre 2012 y 2016 el Gobierno llevó a cabo negociaciones con las FARC. Como estrategia para dotar de legitimidad al resultado de la negociación, en 2015 el presidente Santos presentó al Congreso un proyecto de ley que convocaba a un plebiscito sobre «la ratificación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». La Constitución no ordenaba llevar a cabo un plebiscito semejante. El acuerdo habría podido implementarse por medio de reformas constitucionales, leyes y decretos. Sin embargo, en un contexto de oposición a las negociaciones de paz, el Gobierno y sus aliados en el Congreso decidieron consultar al pueblo mediante un plebiscito¹⁵. Según la Ley del plebiscito¹⁶, bastaban un bajo umbral de participación —el 13 %— y una mayoría simple para ratificar el acuerdo de paz. El resultado del plebiscito sería un mandato político para la implementación constitucional y legal del acuerdo.

La Corte Constitucional controló la constitucionalidad del proyecto y, en la Sentencia 379/2016, avaló la Ley del plebiscito. La Corte aclaró que la decisión adoptada por pueblo tendría carácter político y no implicaría la incorporación del acuerdo de paz al ordenamiento jurídico. Según la Constitución, el presidente puede convocar un plebiscito cuando quiera consultar al pueblo sobre una decisión política dentro del ámbito de las competencias del Gobierno. La aprobación popular confiere legitimidad a la decisión consultada y representa un mandato político, que tiene fuerza vinculante para el presidente, pero no para otras instituciones estatales. Una vez surtida la ratificación popular, todavía era preciso implementar el acuerdo de paz por mecanismos de creación normativa. Por último, la Corte Constitucional especificó que un rechazo popular al acuerdo implicaría la imposibilidad política de

¹⁵ El art. 104 de la Constitución concibe los plebiscitos como mecanismos de participación popular de la siguiente manera: «El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección».

¹⁶ Véase la Ley Estatutaria 1806/2016.

implementarlo. En ese escenario, el presidente tendría que perseguir la confección de otro acuerdo y buscar su ratificación popular mediante otro plebiscito.

El plebiscito por la paz tuvo lugar el 2 de octubre de 2016. La votación alcanzó el umbral de participación exigido, es decir, del 13 %. Sin embargo, el 50,21 % de los votantes rechazó el acuerdo. En la deliberación previa, tanto los partidarios de la aprobación como los partidarios del rechazo esgrimieron críticas acerbas. Se cuestionó la pertinencia de solicitar al pueblo la aprobación de un documento técnico, complejo y extenso sobre mecanismos de justicia transicional. Además, los votantes debían aprobar o rechazar, en bloque, todo el acuerdo. No podían introducir modificaciones al texto, así como tampoco aprobar determinados contenidos y rechazar otros. Asimismo, partidarios y detractores del acuerdo apelaron a la intimidación durante la campaña. Rechazar el acuerdo de paz podría significar el fin del cese al fuego y el reinicio del conflicto. Aprobarlo podría conducir a la transformación de Colombia en otra república bolivariana —como Venezuela—, con la inmediata aniquilación del constitucionalismo democrático.

Partidarios y detractores del acuerdo también defendieron argumentos legítimos. Por un lado, el acuerdo incorporó una sofisticada Jurisdicción Especial para la Paz que pretende cumplir con los estándares internacionales sobre responsabilidad penal en tiempos de justicia transicional¹⁷ y, a la vez, incentiva a los combatientes al sometimiento. Por otro lado, el acuerdo no preveía ningún compromiso específico de la guerrilla para indemnizar a sus víctimas con sus propios recursos. Además, las partes negociadoras declararon, de forma equivocada, que el acuerdo era un acuerdo especial, en términos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra¹⁸. Mediante esta caracterización, las partes negociadoras pretendían incluir el acuerdo dentro del llamado bloque de constitucionalidad¹⁹, a fin de atribuirle jerarquía supraconstitucional.

¹⁷ Se trata de estándares como asegurar la rendición de cuentas de los agentes más responsables, el reconocimiento de las víctimas y que «las iniciativas de enjuiciamiento tengan como objetivo garantizar que los perpetradores de crímenes, incluidos las violaciones graves del derecho internacional humanitario y las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos, sean juzgados de conformidad con las normas internacionales sobre el debido proceso y, cuando haya lugar, sean sancionados». Véanse United Nations Secretary General (2004; 2010), United Nations Commission on Human Rights (2005), United Nations General Assembly (2006), Dixon y Tenove (2013), Teitel (2015) y Stahn (2005).

¹⁸ El texto relevante de esta disposición es el siguiente: «[...] las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio».

¹⁹ En el art. 93 de la Constitución, la jurisprudencia acuñó el término «bloque de constitucionalidad» para referirse al bloque de normas pertenecientes a los tratados

IV. EL ACUERDO MODIFICADO, LA RATIFICACIÓN LEGISLATIVA Y LA SENTENCIA C-699/2016

A raíz del resultado del plebiscito, y luego de breves deliberaciones con la oposición, el Gobierno formuló a las FARC algunas propuestas para renegociar el acuerdo rechazado. Por temor de perder impulso en las negociaciones, el Gobierno incluyó solo algunas modificaciones en una segunda versión del acuerdo. Con todo, la esencia del acuerdo se mantuvo.

Pocos meses antes, el Gobierno había logrado obtener la aprobación, por parte del Congreso, de otra reforma constitucional: el Acto Legislativo 1/2016. Esta enmienda creó tres mecanismos especiales para la implementación del acuerdo de paz, es decir, para que sus disposiciones se convirtieran en normas jurídicas vinculantes: i) un procedimiento expedito para reformar la Constitución; ii) un procedimiento legislativo de paz, que permitiría al Congreso aprobar leyes con mayor rapidez, y iii) una competencia presidencial para expedir decretos con fuerza de ley para implementar el acuerdo mediante políticas públicas. Estos decretos legislativos tienen capacidad jurídica para reformar y derogar leyes anteriores y regular materias reservadas al legislador. Los tres mecanismos se conocieron como procedimientos *fast track*. Con su creación, se buscaba una implementación expedita del acuerdo y evitar riesgos asociados con las dilaciones y la falta de eficacia temprana de los mecanismos de justicia transicional.

Según el art. 5 del Acto Legislativo 1/2016, la implementación del acuerdo de paz por medio de los mecanismos *fast track* solo sería posible tras una ratificación por parte del pueblo. En las circunstancias subsecuentes al plebiscito por la paz, no era claro si esta última exigencia implicaba convocar un segundo plebiscito. En todo caso, el Gobierno no optó por esta posibilidad, sino que solicitó al Congreso que, en nombre del pueblo y mediante una moción política, ratificara la segunda versión del acuerdo. El Gobierno temía que los votantes también rechazaran la segunda versión. Asimismo, el Gobierno no estaba dispuesto a exponer su política insigne a las objeciones del partido de oposición, encabezado por el expresidente Álvaro Uribe Vélez, que contaba cada vez con mayor apoyo popular. Por último, la confianza de los líderes guerrilleros en el proceso empezó a deteriorarse y el fantasma del retorno a la guerra comenzó a ensombrecer el escenario político.

En este contexto, la Corte Constitucional controló la constitucionalidad del Acto Legislativo 1/2016²⁰. La Corte empleó la doctrina de la sustitución

internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad prevalecen sobre el derecho interno.

²⁰ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-699/2016.

de la Constitución y planteó dos problemas jurídicos. Primero, si esa reforma sustituía a la Constitución al crear los procedimientos normativos *fast track*. Segundo, si las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente desconocían el principio de separación de poderes en un grado que pudiese implicar una sustitución constitucional. La Corte dio una respuesta negativa a las dos preguntas y aceptó que la ratificación legislativa de la segunda versión del acuerdo equivalía a una ratificación popular. Como consecuencia, el Congreso y el presidente quedaron habilitados para emplear los mecanismos *fast track* para implementar el acuerdo.

V. UN CONCEPTO DE LEGITIMIDAD

Desde este contexto, la pregunta capital de este artículo es la siguiente: ¿cómo resolver los dilemas de legitimidad y del control de constitucionalidad? Antes de llevar a cabo este cometido, resulta pertinente explicar la concepción de legitimidad que se utilizará para responder a esa pregunta.

El concepto de legitimidad es objeto de debate en teoría jurídica y filosofía política²¹. Existen por lo menos tres perspectivas de la legitimidad: jurídica, sociológica y normativa²². Desde la perspectiva jurídica, la legitimidad es una característica de las normas. Se refiere a su validez, es decir, a la existencia —y a la consecuente fuerza vinculante—, que deriva de que hayan sido expedidas por las autoridades competentes, tras haber surtido los trámites previstos por el ordenamiento jurídico (Kelsen, 1958: 94). La legitimidad jurídica de los plebiscitos o referendos depende de si las autoridades competentes los han convocado y si se han llevado a cabo según los procedimientos constitucionales y legales.

Desde una perspectiva sociológica, Weber definió la legitimidad como la aceptación de las personas que ejercen autoridad y de las decisiones que estas toman (1964: 382). Los plebiscitos y referendos son legítimos, en sentido sociológico, si el pueblo reconoce a las autoridades que los convocan y acepta los resultados de estos mecanismos participativos.

Desde una perspectiva normativa, los plebiscitos y referendos son legítimos si sus procedimientos y resultados son dignos de aceptación y de ser transformados en derecho. Cuando se adoptan normas constitucionales mediante plebiscitos o referendos, la legitimidad se refiere a la aceptabilidad

²¹ Para un análisis crítico de este debate, véase Peter (2016).

²² Véase Beetham (1991: 4-5). Asimismo, Fallon (2005: 1794) identifica también tres sentidos de la legitimidad que denomina jurídico, moral y sociológico.

de tales normas como ley superior, destinada a perdurar (Elkins *et al.*, 2009) y digna de representar lo que Ackerman denomina «el juicio constitucional del Pueblo» (1991: 9).

La legitimidad normativa de los plebiscitos y referendos puede referirse a tres aspectos: el procedimiento, el resultado y el objeto. Un procedimiento legítimo puede comunicar legitimidad al resultado de un plebiscito. Asimismo, un procedimiento y un resultado legítimos pueden comunicar legitimidad al objeto del plebiscito. Sin embargo, la legitimidad del procedimiento no es una condición necesaria de la legitimidad del resultado ni del objeto del plebiscito. De ahí que la legitimidad de un acuerdo de paz, sobre el que se ha celebrado un plebiscito, pueda incluso derivar solo de su contenido. En todo caso, la legitimidad procesal de un plebiscito fundamenta, al menos *prima facie*, el deber de obedecer el resultado²³.

¿Qué hace que el proceso y el resultado de un plebiscito sean legítimos desde el punto de vista normativo? El consentimiento explícito y el consentimiento hipotético son dos propiedades que confieren legitimidad. En relación con el consentimiento real, Locke afirmó que «nadie puede ser expulsado de su propio Estado y ni ser sometido al poder político de otro, sin su propio consentimiento» (1990: 52). Por su parte, Rawls se refirió al consentimiento real como aquel «consentimiento originario» (2007: 124), y sostuvo que debe ser explícito para conferir legitimidad. En la misma línea, según Simmons, la legitimidad «depende de la manifestación explícita del consentimiento de uno» (2001: 137). Por su parte, Barnett afirma que la legitimidad depende del «consentimiento unánime sobre la autoridad del legislador» (2003: 111). Según Rousseau, la manifestación explícita de la voluntad común de los ciudadanos es una condición necesaria de la legitimidad²⁴. De manera análoga, un proceso de plebiscito es legítimo si canaliza la manifestación del consentimiento del pueblo sobre un asunto político. Además, el resultado de un plebiscito es legítimo si representa una manifestación explícita del consentimiento del pueblo.

Existen múltiples riesgos de manipulación del consentimiento explícito. Por esta razón, otros teóricos han propuesto al consentimiento hipotético como el factor capaz de atribuir legitimidad a las normas. Por ejemplo, según Kant, una norma es legítima si es aceptable para los individuos llamados a obedecerla

²³ Sobre la conexión entre la legitimidad de una autoridad y el deber de obedecer sus órdenes, véase Rawls (1999: 343). En el caso de un referéndum o plebiscito, la autoridad radica en el pueblo mismo.

²⁴ Véase Rousseau (1988: II:4 y I:3). En este contexto, el concepto de voluntad se usa de manera equivalente al concepto de consentimiento.

(1991: 75-76). Esto depende, al menos en parte, de cómo de ecuanímes son los procesos de creación normativa. En el mismo sentido, Waldron (1987) sostiene que las decisiones políticas son legítimas si son dignas del consentimiento de los ciudadanos —consentimiento hipotético—. Esto ocurrirá si se adoptan mediante procedimientos correctos (Waldron, 1990). En el mismo sentido, según Barnett, la legitimidad depende de que las normas no se expidan por procedimientos injustos (Barnett, 2003: 111). De manera análoga, el resultado de un plebiscito será legítimo si el procedimiento utilizado para llevarlo a cabo es justo²⁵. En este contexto, un proceso es justo si es abierto, si incluye a todas las personas interesadas en él, si los votantes están informados sobre el asunto sometido a su consentimiento, si no han sido manipulados o amenazados, si pueden participar en el plebiscito en igualdad de condiciones y de forma significativa, y si el proceso que conduce a la votación permite una deliberación racional sobre las ventajas y desventajas de los posibles resultados²⁶.

El mejor criterio para evaluar la legitimidad normativa es una combinación del consentimiento explícito y el hipotético. Asimismo, la legitimidad normativa puede alcanzarse en un mayor o menor grado. Al respecto, la siguiente regla es válida: cuanto más justo es el procedimiento de un plebiscito y cuanto más su resultado es una expresión del consentimiento real del pueblo, más legítimo será el resultado de un plebiscito. Lo contrario también es válido.

Por último, también es posible evaluar la legitimidad normativa del objeto de un plebiscito, en cuanto que este se refiere a la aprobación o el rechazo de un acuerdo de paz. El criterio de evaluación tiene dos facetas. Por un lado, la legitimidad de un acuerdo de paz depende de su idoneidad para lograr los objetivos de la justicia transicional. Estos objetivos tienen que ver con la institucionalización de «procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad de aceptar un legado de abusos pasados a gran escala, a fin de garantizar la rendición de cuentas, servir a la justicia y lograr la reconciliación» (United Nations Secretary General, 2004). Un acuerdo de paz es una estrategia de una comunidad política para dar vuelta a un pasado de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y reparar y reconstruir las instituciones estatales (Méndez, 2012: 1271). Sus fines son justicia, verdad, reparación, garantías de no repetición y la construcción de un nuevo marco constitucional legítimo (Teitel, 2000: 191). Por otro lado, la legitimidad de un acuerdo de paz depende de su idoneidad para afianzar, realzar o mejorar los elementos básicos del constitucionalismo democrático: el Estado

²⁵ Sobre la relevancia de la deliberación pública abierta, véase Christiano (1996: 35).

²⁶ Sobre la conexión entre racionalidad e inclusión, por un lado, y legitimidad, por otro, véase Peter (2008).

de derecho, el principio de separación de poderes, algún tipo de protección a los derechos individuales o, al menos, a los intereses garantizados por la constitución o la legislación, y un afianzamiento del ideal democrático²⁷.

Según este marco conceptual, la siguiente sección analiza los dilemas de legitimidad y control de constitucionalidad con base en la siguiente concepción jurídica y normativa de la legitimidad: i) el resultado de un plebiscito es jurídicamente legítimo si se convoca y se lleva a cabo de acuerdo con las normas jurídicas vigentes; ii) cuanto más justo sea el proceso de un plebiscito, y cuanto más su resultado sea producto de una expresión del consentimiento explícito del pueblo, más legítimo será el plebiscito, y iii) cuanto más adecuado sea un acuerdo de paz para lograr los objetivos de la justicia transicional y para afianzar, realzar o mejorar los elementos básicos del constitucionalismo democrático, más legítimo será dicho acuerdo, como objeto de un plebiscito.

VI. EL DILEMA DE LA LEGITIMIDAD Y EL PLEBISCITO COLOMBIANO POR LA PAZ

El interrogante que da lugar al dilema de legitimidad es si los plebiscitos pueden conferir legitimidad a la implementación de los acuerdos de paz.

En el escenario colombiano del plebiscito por la paz esta pregunta merece una respuesta negativa, desde el punto de vista normativo de la legitimidad. El plebiscito fue convocado de acuerdo con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Con todo, no existía una obligación constitucional de convocarlo. El Gobierno habría podido implementar el acuerdo de paz sin una ratificación popular. Sin embargo, el plebiscito no habría podido jamás otorgar legitimidad al acuerdo de paz. Era previsible, desde el comienzo, que el plebiscito careciera de la capacidad de enmarcar un proceso deliberativo justo e inclusivo. Primero, el plebiscito tuvo lugar en un ambiente de polarización. El Gobierno no había incluido a representantes de la oposición, militares y víctimas en la negociación del acuerdo de paz con las FARC. De esta manera, estos grupos excluidos se opusieron radicalmente a la ratificación del acuerdo. En segundo lugar, la desinformación de los votantes sobre el contenido del

²⁷ Este concepto fundamenta los arts. 2 y 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. El art. 2 establece que el objetivo de todas las asociaciones políticas (que se crean mediante una constitución) es la preservación de los derechos de los seres humanos. Según el art. 16: «Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

acuerdo de paz fue evidente. El Gobierno debió haber desplegado una campaña pedagógica que explicara a los ciudadanos, al menos, los elementos centrales del acuerdo. En tercer lugar, los organizadores debieron delimitar el objeto del plebiscito, de manera que permitiera a la ciudadanía expresar sus opiniones sobre cada componente del acuerdo de paz (justicia penal, amnistía, transición política, reparaciones, desminado, reforma agraria). La única pregunta planteada fue la siguiente: «¿Apoya el acuerdo final para poner fin al conflicto y construir una paz estable y duradera?». Cuarto, el Gobierno debió prohibir cualquier tipo de intimidación durante la campaña que estuviese orientada a incidir en el voto popular de los ciudadanos.

Asimismo, la única interpretación admisible del resultado real del plebiscito era el rechazo del acuerdo de paz por parte de los ciudadanos. Debido a que el plebiscito por la paz fue convocado y ejecutado según normas constitucionales, legales y jurisprudenciales, es posible derivar la siguiente conclusión: el resultado del plebiscito fue jurídicamente legítimo. Por lo tanto, los ciudadanos no dieron su consentimiento real y explícito al acuerdo de paz. En consecuencia, la segunda versión de ese acuerdo carecía de legitimidad jurídica y normativa. El Congreso y la Corte Constitucional vulneraron normas constitucionales y legales sobre plebiscitos, cuando, respectivamente, ratificaron y validaron la ratificación de la segunda versión del acuerdo. Esta vulneración atizó la polarización política. Los partidos de oposición que apoyaron el rechazo del plebiscito por la paz aún consideran la implementación del acuerdo como un fraude democrático.

De este análisis surge una lección para el derecho comparado. Quienes diseñen procesos de justicia transicional deben evitar convocar plebiscitos o referendos en los que soliciten al pueblo que apruebe o rechace un acuerdo de paz si es previsible que 1) el plebiscito refuerce el conflicto o la polarización; 2) los ciudadanos carezcan de los conocimientos adecuados para comprender las decisiones que adoptan —y no sea posible desplegar una campaña pedagógica— 3) los ciudadanos no puedan tomar una decisión separada sobre cada aspecto del acuerdo de paz; 4) el voto probablemente sea manipulado, y 5) el proceso de negociación de paz no haya sido justo, abierto e inclusivo, de una manera que permita una deliberación genuina sobre todos los asuntos relevantes.

VII. EL DILEMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PLEBISCITO COLOMBIANO POR LA PAZ

La pregunta que origina el dilema del control de constitucionalidad es si la competencia conferida a una corte constitucional para controlar la

constitucionalidad de la implementación de un acuerdo de paz puede conferir legitimidad a ese proceso. Este dilema debe resolverse con una respuesta positiva. El control de constitucionalidad de las normas de implementación de un acuerdo de paz, que una corte constitucional imparcial e independiente lleve a cabo, puede conferir legitimidad normativa a todo el proceso de justicia transicional.

En este contexto, el papel de una corte constitucional es doble. Primero, desde una perspectiva procesal, debe controlar el marco normativo de las negociaciones de paz y el acuerdo de paz como tal. Debe asegurar que todas esas normas sean jurídicamente legítimas, en el sentido de que hayan sido promulgadas por las autoridades competentes y mediante los procedimientos constitucionales y legales apropiados. Este papel es análogo a la función que han desempeñado otras cortes constitucionales en otros procesos de creación constitucional (Arato, 2009: 433). Un ejemplo paradigmático es la Sección 71 (3) de la Constitución Provisional de Sudáfrica de 1993, que otorgó poder a la corte constitucional para certificar que la nueva constitución cumplía con los principios constitucionales establecidos en la Constitución Provisional. Al reflexionar sobre ese ejemplo, Arato sostiene correctamente que las cortes constitucionales son instituciones adecuadas para garantizar al menos la equidad procesal en el proceso de elaboración de una constitución (*ibid.*). *Mutatis mutandis*, las cortes constitucionales son instituciones adecuadas para garantizar la equidad procesal en los procesos de justicia transicional.

En segundo lugar, la corte constitucional debe proteger los elementos esenciales del constitucionalismo, del deterioro al que pueden verse sometidos a lo largo de un proceso de justicia transicional. Asimismo, la Corte debe garantizar que la implementación de un acuerdo de paz logre un equilibrio respecto de las colisiones que se presenten entre los principios de justicia constitucional y transicional, y entre diferentes principios de justicia transicional. La doctrina de la sustitución constitucional —antes mencionada— y el principio de proporcionalidad son metodologías adecuadas para tal fin. La Corte debería aplicarlos dentro del marco internacional de derechos humanos para la justicia transicional. El informe del secretario general de las Naciones Unidas titulado *El Estado de derecho y la justicia transicional en sociedades en conflicto y posconflicto*, de 23 de agosto de 2004²⁸, y algunos casos hitos de Cortes internacionales de derechos humanos (como *Barrios Altos* y *Almonacid*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos protegió el derecho a la reparación de las víctimas a pesar de la existencia de leyes internas de

²⁸ Véase United Nations Secretary General (2004). Asimismo, United Nations Commission on Human Rights (2005).

amnistía) e instrumentos (como los informes 28 y 29 de 1992 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay), y los principales precedentes de jurisdicciones extranjeras²⁹, son fuentes que una corte constitucional debe utilizar para llevar a cabo las ponderaciones a que haya lugar.

A lo largo de 2017, la Corte Constitucional de Colombia llevó a cabo estas dos misiones. En la notable Sentencia C-322/2017, la Corte declaró inconstitucionales dos de las características centrales de los procedimientos *fast track* para expedir reformas constitucionales y leyes previstos por el Acto Legislativo 1/2016. Esas características eran i) la prohibición impuesta a los parlamentarios de introducir, sin la aprobación explícita del Gobierno, modificaciones a los proyectos de ley o enmiendas constitucionales que implementarían el acuerdo de paz, y ii) la obligación de los parlamentarios consistente en votar los proyectos de ley en bloque, es decir, a favor o en contra de todo el proyecto, en lugar de hacerlo artículo por artículo. En una controvertida decisión 5-4, la mayoría de los magistrados sostuvimos que esas disposiciones implicaban, en la implementación del acuerdo de paz por parte del Congreso, desnaturalizar la estructura de la democracia deliberativa y otros principios esenciales de la Constitución Política de 1991. Con esas disposiciones, el Gobierno pretendía anular los derechos políticos de los partidos de oposición a modificar el acuerdo de paz. Esos partidos (incluido el Centro Democrático,

²⁹ En la sentencia del caso *Azanian Peoples Organization (AZAPO) y otros v. Presidente de la República de Sudáfrica*, la Corte Constitucional de Sudáfrica consideró el marco legal internacional y transnacional sobre justicia transicional para revisar la constitucionalidad de la sección 20 (7) de la Ley 34 de 1995, para la Promoción de la Unidad y la Reconciliación Nacional. Esta sección facultaba al Comité de Amnistía establecido por la ley para otorgar amnistía a un autor de un acto ilícito asociado con un objetivo político y cometido antes del 6 de diciembre de 1993. La sección también determinaba los efectos de la amnistía. La Corte confirmó la constitucionalidad de la sección sobre la base de que implicaba una limitación al derecho de acceso a la Corte justificable por los arts. 22, 33 (1) y (2), y el epílogo de la Constitución provisional. A pesar de que la Corte debía solo considerar la constitucionalidad de ese artículo en relación con la Constitución provisional, Mahomed D. P., hablando por la mayoría, se refirió al uso de la amnistía por hechos delictivos en los procesos de justicia transicional en Chile, Argentina y El Salvador (párrs. 22 a 24). También reconoció que la Constitución provisional ordenaba a la Corte «tener en cuenta» el derecho internacional público siempre que se tratase de la protección de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo tercero de dicha Constitución (párr. 27). No obstante, Mahomed D. P. consideró que ninguno de los instrumentos internacionales citados por los solicitantes ayudaba en el caso objeto de estudio.

encabezado por el entonces senador y expresidente Álvaro Uribe) habían apoyado el «no» en el plebiscito por la paz y, en ese sentido, habían logrado la victoria en esa votación. Sin embargo, los miembros de este partido constituían una minoría en el Congreso. Según el razonamiento de la Corte Constitucional, la democracia deliberativa, el pluralismo político y la atenuación del hiperpresidencialismo son principios esenciales de la Constitución. Las disposiciones antes mencionadas del Acto Legislativo de 2016 desnaturalizaban esos principios en el ámbito de la implementación legislativa del acuerdo de paz. Estas disposiciones despojaban a los partidos de oposición (que representaban a los votantes que rechazaron el acuerdo en el plebiscito) de sus derechos y facultades políticas para buscar, mediante la implementación del acuerdo, un equilibrio entre los beneficios para los excombatientes, por un lado, y la reparación de las víctimas, la verdad, la justicia y un compromiso de no repetición, por el otro (Tushnet y Boreto Arcila, 2020).

El expresidente Santos y los líderes de las FARC criticaron duramente esta decisión. Cuando se tomó la decisión, el 16 de mayo de 2017, la Corte Constitucional tenía una composición transitoria. A ella pertenecían dos magistrados interinos. Quizá esta sentencia influyó para que en la elección, durante el año 2017, de los magistrados permanentes que los reemplazarían, el Senado atribuyera un especial peso a las posiciones a favor de la implementación del acuerdo de paz que pudieran tener los candidatos.

El resultado de esta elección fue la configuración de una mayoría sólida en la Corte Constitucional, que, salvo contadas excepciones de determinadas disposiciones aisladas, declaró la constitucionalidad de todas las reformas constitucionales, leyes y decretos legislativos que implementaron el acuerdo de paz.

Muchas de esas reformas constitucionales, leyes y decretos legislativos son claramente compatibles con la Constitución. Algunas de estas normas apuntan a fortalecer las instituciones para mejorar la redistribución de la tierra entre los pequeños agricultores en zonas de conflicto³⁰, extender el sistema educativo³¹ y de vivienda³², y fortalecer la planificación y el desarrollo económico³³, la innovación agrícola³⁴, y los sistemas de protección ambiental en esos territorios.³⁵ Otras normas pretenden garantizar un entorno para el ejer-

³⁰ Véase el Decreto Legislativo 2204/2016, controlado en la Sentencia C-160/2017.

³¹ Véanse el Decreto Legislativo 882/2017, controlado en la Sentencia C-607/2017, y el Decreto Legislativo 892/2017, controlado en la Sentencia C-535/2017.

³² Véase el Decreto Legislativo 890/2017, controlado en la Sentencia C-570/2017.

³³ Véase el Decreto Legislativo 893/2017, controlado en la Sentencia C-730/2017.

³⁴ Véase el Acto Legislativo 01/2017, controlado en la Sentencia C-674/2017.

³⁵ Véase el Decreto Legislativo 870/2017, controlado en la Sentencia C-644/2017.

cicio de los derechos políticos³⁶ (en particular, de los partidos de oposición³⁷ y excombatientes³⁸), crear instituciones para el mantenimiento de la paz³⁹, mejorar las condiciones de seguridad para los combatientes desmovilizados⁴⁰ (incluidos los ciudadanos extranjeros)⁴¹, garantizar una desmovilización adecuada de los menores⁴² y sus derechos⁴³, suspender órdenes de captura para los combatientes desmovilizados de las FARC⁴⁴, facilitar su reintegración a la vida social⁴⁵ y económica⁴⁶, crear condiciones de seguridad para los líderes de derechos humanos⁴⁷, e instituir un plan de sustitución de cultivos de drogas ilícitas por otros productos, entre otros temas⁴⁸.

No obstante, otras reformas constitucionales, leyes y decretos legislativos de implementación del acuerdo de paz tienen problema de constitucionalidad. Con algunos de los decretos legislativos, el presidente Santos desbordó los límites de los poderes conferidos para implementar el acuerdo de paz y se entremetió en competencias del Congreso. Además, el Gobierno y el Congreso no previeron reparaciones reales y efectivas a las víctimas por parte de los autores de violaciones de derechos humanos⁴⁹. También dejaron ambigüedades en cuanto a la Jurisdicción Especial para la Paz que permite a personas

³⁶ Véase el Decreto Legislativo 895/2017, controlado en la Sentencia C-555/2017.

³⁷ Véase la Ley Estatutaria 03/2017, Senado, y 006/17, Cámara de Representantes, controlada en la Sentencia C-018/2018.

³⁸ Véanse la Ley 1830/2017, controlada en la Sentencia C-408/2017, y el Acto Legislativo 03/2017, controlado en la Sentencia C-027/2018.

³⁹ Véase el Decreto Legislativo 885/2017, controlado en la Sentencia C-555/2017.

⁴⁰ Véanse el Decreto Legislativo 154/2017, controlado en la Sentencia C-224/2017; el Decreto Legislativo 298/2017, controlado en la Sentencia C-331/2017, y la Ley 1865 de 2017, controlada en la Sentencia C-026/2018.

⁴¹ Véase el Decreto Legislativo 671/2017, controlado en la Sentencia C-433/2017.

⁴² Véase el Decreto Legislativo 831/2017, controlado en la Sentencia C-460/2017.

⁴³ Véase el Decreto Legislativo 891/2017, controlado en la Sentencia C-541/2017.

⁴⁴ Véase el Decreto Legislativo 800/2017, controlado en la Sentencia C-518/2017.

⁴⁵ Véase el Decreto Legislativo 897/2017, controlado en la Sentencia C-554/2017.

⁴⁶ Véase el Decreto Legislativo 899/2017, controlado en la Sentencia C-569/2017.

⁴⁷ Véase el Decreto Legislativo 898/2017, controlado en la Sentencia C-013/2018.

⁴⁸ Véanse el Decreto Legislativo 249/2017, controlado en la Sentencia C-289/2017, y el Decreto Legislativo 896/2017, controlado en la Sentencia C-493/2017.

⁴⁹ Por ejemplo, al emprender una reforma agraria integral para el país (véase el Decreto Legislativo 884/2017, controlado en la Sentencia C-073/2018 —*vid.* el salvamento de voto de Carlos Bernal—), y una modificación del marco legal para la energía eléctrica en zonas rurales (véase el Decreto Legislativo 902/2017, controlado en la Sentencia C-565/2017 —*vid.* el salvamento de voto de Carlos Bernal—).

ajenas al conflicto —como algunos narcotraficantes— recibir los mismos beneficios penales que se conceden a los miembros de las FARC⁵⁰. Esas autoridades también extinguieron cualquier tipo de proceso penal contra los autores de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, debilitaron extremadamente el proceso de extradición de miembros de las FARC —incluso en casos en que miembros de esta organización continuaban perpetrando delitos—, y permitieron que quienes cometieron actos de abuso sexual en contra de menores de edad recibieran los beneficios penales⁵¹. La Corte Constitucional no declaró la inconstitucionalidad de esas normas sobre cuya conformidad con la Constitución y con los principios fundamentales de una concepción de justicia transicional compatible con el constitucionalismo democrático cabe dudar.

De este análisis surge una lección para el derecho comparado. Quienes diseñen procesos de justicia transicional deben prever un control de constitucionalidad de las normas de implementación de los acuerdos de paz que permita dotarlos de legitimidad normativa. Sin embargo, resulta conveniente reforzar la imparcialidad, la independencia y la pluralidad ideológica del Tribunal llamado a llevar cabo un control de constitucionalidad semejante. Desde luego, un Tribunal de esta naturaleza no debería jamás ignorar el resultado de un plebiscito o referéndum. La supremacía judicial no debe imponerse jamás sobre la soberanía popular.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- Arato, A. (2009). Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, 22, 427-443. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>.
- Barnett, R. E. (2003). Constitutional Legitimacy. *Columbia Law Review*, 103, 111-150. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1123704>.
- Beetham, D. (1991). *The Legitimation of Power*. London: Humanities Press International. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-1-349-21599-7>.
- Bernal, C. (2013). 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, 339-357. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>.
- Christiano, T. (1996). *The Rule of the Many*. Boulder: Westview Press.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

- Dixon, P. y Tenove, C. (2013). International Criminal Justice as a Transnational Field: Rules, Authority and Victims. *Journal of Transitional Justice*, 7, 393-412. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijt/ijt015>.
- Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817595>.
- Fallon, R. (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118, 1794-1850.
- Kant, I. (1991). On the Common Saying: This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice. En H. Reiss (ed.). *Kant: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1958). Der Begriff der Rechtsordnung. *Logique et Analyse*, 1 (3-4), 150-167.
- Locke, J. (1990). *Second Treatise on Civil Government*. Indianapolis: Hackett.
- Méndez, J. E. (2012). Constitutionalism and Transitional Justice. En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 1270-1287). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0063>.
- Peter, F. (2008). *Democratic Legitimacy*. London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780203401392>.
- (2016). *Political Legitimacy*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <https://stanford.io/3rxOwIf>.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/9780674042582>.
- (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rousseau, J. J. (1988). *On the Social Contract 1762*. Indianapolis: Hackett.
- Simmons, A. J. (2001). *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511625152>.
- Stahn, C. (2005). The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design. *Leiden Journal of International Law*, 18, 425-466. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0922156505002827>.
- Summers, N. (2012). Colombia's Victims' Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict? *Harvard Human Rights Journal*, 25, 219-235.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- (2015). Transitional Justice and Judicial Activism— A Right to Accountability? *Cornell International Law Journal*, 48, 386-400.
- Tushnet, M. y Boreto Arcila, B. (2020). Conceptualizing the Role of Courts in Peace Processes. *International Journal of Constitutional Law*, 18, 1290-1302. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa088>.
- United Nations Commission on Human Rights (2005). *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*. Disponible en: <https://bit.ly/3HAI1rt>.
- United Nations General Assembly (2006). *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights*

- Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Disponible en: <https://bit.ly/3HIquQr>.
- United Nations General Secretary (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Disponible en: <https://bit.ly/3sFQSnN>.
- (2010). *Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice*. Disponible en: <https://bit.ly/3GKwjeV>.
- Waldron, J. (1987). Theoretical Foundations of Liberalism. *The Philosophical Quarterly*, 37, 127-150. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2220334>.
- (1990). Rights and Majorities: Rousseau Revisited. En J. W. Chapman y A. Wertheimer (eds.), *Majorities and Minorities*. New York: New York University Press.
- Weber, M. (1964). *The Theory of Social and Economic Organization*. New York: Free Press.