

47

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Los retos constitucionales del
proceso de paz en Colombia: La
fase instrumental de ratificación o
refrendación y la implementación
de los acuerdos de paz**

Jorge Ernesto Roa Roa

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

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

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

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

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 47
Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: la fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz
Jorge Ernesto Roa Roa

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

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

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

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

Presentación

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

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

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

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia: la fase instrumental de ratificación o refrendación y la implementación de los acuerdos de paz

0. INTRODUCCIÓN

El presente texto se ocupará de señalar y analizar los mecanismos con los cuales se ratificarán o refrendarán e implementarán los acuerdos a que lleguen los representantes del gobierno y de la guerrilla de las FARC en el marco de las negociaciones que se realizan en La Habana (Cuba), sin evaluar las transformaciones institucionales, políticas o sociales y los retos constitucionales que plantean los contenidos propios de los acuerdos. En el contexto de la investigación sobre *los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia*, este texto se enfoca en los retos instrumentales y deja de lado los desafíos que representan los acuerdos sustanciales¹. En definitiva, este

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Premio Constitución de Cádiz a la investigación en Derecho Constitucional (2012). Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

¹ Sobre los problemas y dilemas que presentan los elementos del contenido de los acuerdos de paz y sobre aspectos teóricos de la implementación de acuerdos de paz se sugieren los siguientes textos especializados: MAY, LARRY. *Jus post bellum proportionality and the fog of war*. European Journal of International Law, vol. 24, n° 1, 2013, pp. 315-333. MINOW, MARTHA. *Between Vengeance and Forgiveness: facing history after genocide and mass violence*. Beacon Press, Boston, 1998. TEITEL, RUTI. *Globalizing Transitional Justice*. Oxford University Press, Oxford, 2014; *Humanity's Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011; *Transitional Justice*. Oxford University Press, Oxford, 2000; *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*. Yale Law Journal, vol. 106, n° 7, 1997, pp. 2009-2080; *The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice*. Cornell International Law Journal, vol 38, 2005, pp. 837-862; *Rethinking jus post bellum in an age of global transitional justice: engaging with Michael Walzer and Larry May*. European Journal of International Law, vol. 24, n° 1, 2013, pp. 335-342; *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal, vol. 16, 2003, pp. 69-94.

escrito se centra en la forma como los acuerdos mutarán en fuentes jurídicas y en la fuente de su legitimidad democrática, con independencia, hasta donde eso sea posible, del contenido de los mismos.

El escrito se divide en tres partes. En la primera se distingue entre los conceptos de implementación y ratificación, se sostiene la tesis de que ambos forman parte de la fase instrumental del proceso de paz, se argumenta a favor del carácter necesario de la implementación en todo proceso de transición del conflicto armado a la paz y de la tesis, de acuerdo con la cual, la ratificación no es una condición necesaria ni suficiente de este tipo de procesos. En la segunda parte se analiza el mecanismo de ratificación de los acuerdos de paz que ha propuesto el gobierno de Colombia y, en la parte final, se analiza la propuesta de reforma constitucional que pretende crear las vías jurídicas para la mutación de los acuerdos en fuentes jurídicas. En la segunda y tercera parte se recogen algunas de las críticas formuladas a cada uno de los mecanismos de ratificación e implementación de los acuerdos de paz.

1. LA RATIFICACIÓN E IMPLEMENTACIÓN COMO FASES DE LA ETAPA INSTRUMENTAL DEL PROCESO DE PAZ: LA IMPLEMENTACIÓN COMO UNA CONDICIÓN NECESARIA Y EL CARÁCTER PRESCINDIBLE DE LA RATIFICACIÓN

En el marco de la terminación total o parcial de un conflicto armado interno, la ratificación e implementación de los acuerdos de paz es un asunto instrumental. Sin embargo, esta calificación no debe conducir a la falsa creencia de que se trata de una fase accesorio, prescindible o carente de importancia. Por el contrario, la mutación de los acuerdos en fuentes jurídicas y la adecuada expresión de la opinión de los ciudadanos sobre el contenido de los pactos son elementos trascendentales para el éxito del proceso de paz (*peacemaking*), para el pos-conflicto y para la consecución de una paz sostenible (*peacebuilding*)².

La etapa instrumental del proceso tiene dos fases: la refrendación o ratificación y la implementación. La primera implica el pronunciamiento ciudadano directo e institucionalizado a favor o en contra de los acuerdos entre la guerrilla y el gobierno. Mientras que la implementación es el proceso de conversión de los contenidos de tales acuerdos en fuentes jurídicas. Estas dos

² “Este debate es de enorme importancia pues la suerte del proceso de paz depende en parte de que encontremos mecanismos apropiados para legitimar y ratificar democráticamente un posible acuerdo de paz; pero esta trascendental discusión ha resultado compleja y difícil y ha llevado a posiciones muy distintas”. UPRIMNY, RODRIGO. *La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades*. En Vargas Velásquez, Alejo. *Diálogos de La Habana: miradas múltiples desde la Universidad*. Centro de Pensamiento y seguimiento al diálogo de paz, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013, p. 1.

fases pueden ser concomitantes o consecutivas. En este caso, el orden depende del contexto y de la negociación propia de cada proceso de paz.

Existe una diferencia entre las fases de implementación y de ratificación. Todos los procesos de paz realizados en el Estado de Derecho requieren que los pactos se transformen en fuentes jurídicas para garantizar su efectiva aplicación en un determinado Estado. En ese sentido, la implementación se erige en condición necesaria de todo proceso de paz. Por el contrario, como lo han señalado algunos analistas colombianos, la ratificación de los acuerdos de paz no es un elemento necesario, ni mucho menos suficiente para el éxito de un proceso de paz.

En efecto, el análisis comparado de las experiencias antecedentes sobre procesos de transición del conflicto armado a la paz demuestra que la participación popular, como mecanismo para refrendar los acuerdos de paz, no es una condición necesaria para el éxito de estos procesos. Como afirma RODRIGO UPRIMNY, a pesar de que los estudios no son suficientes para establecer conclusiones definitivas, es posible sostener que han existido procesos de paz que pueden ser considerados como exitosos pero que no incluyeron una fase de ratificación popular (i.e., El Salvador). Aún más, la ratificación tampoco es una condición suficiente para el éxito de los procesos de paz porque han existido procesos de paz no exitosos en los cuales se ha realizado un proceso (fracasado) de ratificación de los acuerdos (i.e., Chipre y Guatemala)³. Según se dirá a continuación, en el caso colombiano la ratificación se ha convertido en un elemento necesario porque, a pesar de que las dos partes de la mesa de negociación difieren en el mecanismo concreto, coinciden en la necesidad de que sus acuerdos sean refrendados por los colombianos.

Refrendación o ratificación.	Implementación
<ul style="list-style-type: none"> • No necesaria • No suficiente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Necesaria pero no suficiente

³ Para este párrafo me baso en RODRIGO UPRIMNY quien agrega que hay algunos procesos en los cuales, quizás, la refrendación habría sido un elemento positivo para el éxito del proceso de paz (i.e., Ruanda) o fue un elemento decisivo para el éxito definitivo del proceso (i.e., Irlanda del Norte y Sudáfrica). En todo caso, ni siquiera en esta última hipótesis se puede considerar a la refrendación como un elemento necesario del proceso. La conclusión de R. UPRIMNY es que cada proceso obedece a un contexto en el cual la refrendación no debe ser considerada como un elemento imprescindible. Cfr. UPRIMNY, RODRIGO. *La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades*. En Vargas Velásquez, Alejo. *Diálogos de La Habana: miradas múltiples desde la Universidad*. Centro de Pensamiento y seguimiento al diálogo de paz, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

a. Acuerdo sobre la ratificación, desacuerdo sobre el mecanismo

Como se señaló previamente, la ratificación de los acuerdos de paz no es una condición necesaria o suficiente para garantizar el éxito de una transición del conflicto armado a la paz. Sin embargo, en el marco del proceso de paz que se realiza en Colombia entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, las dos partes han señalado la necesidad de que los acuerdos que firmen en La Habana sean ratificados popularmente. Lo anterior quiere decir que, desde el comienzo de las negociaciones, las dos partes han dado por sentado que habrá una fase de ratificación de los acuerdos de paz⁴.

⁴ A pesar de que las dos partes están de acuerdo en la necesidad de ratificar el AF, existen opiniones que insisten en el carácter innecesario de la ratificación para el avance y éxito del proceso de paz. También se sostiene que la reelección del Presidente Juan Manuel Santos (2014-2018) fungió como un acto de ratificación popular de las negociaciones de paz que se realizan con las FARC. Las primeras opiniones tienen razón. Como se ha escrito en el cuerpo de este texto, la ratificación no es esencial, ni una garantía de éxito del proceso de paz. Sin embargo, esas opiniones desconocen que, en muchos casos -y este es uno de esos- la ratificación o no de los acuerdos hace parte del objeto de la negociación. En consecuencia, si las dos partes están de acuerdo sobre la necesidad de la ratificación de los acuerdos, esta etapa deja de ser un elemento accidental del proceso y se convierte en uno de los primeros pactos que deben ser materializados como producto del AF. Es decir, uno de los primeros actos de cumplimiento del AF es que el propio AF sea sometido a ratificación popular. Por el contrario, las segundas opiniones son, a mi juicio, equivocadas. Por ejemplo, RAMIRO BEJARANO sostiene: “Si lo que se quería era darles un toque democrático a los acuerdos habaneros, habría bastado el mandato por la paz que recibió Santos al lograr la segunda reelección (...) Si ha habido dos elecciones sucesivas que han favorecido a los candidatos y programas vinculados con la posibilidad de acabar a las buenas con esta guerra, ¿cuál es la necesidad de insistir en un mecanismo de participación ciudadana para aprobar lo de La Habana?” (<http://www.elespectador.com/opinion/suficiente-paz>). En el mismo sentido JOSÉ FERNANDO FLÓREZ afirma: “La refrendación es, entonces, una decisión discrecional –y generosa– tomada por Juan Manuel Santos para reforzar la legitimidad democrática del proceso. Escribo “reforzar” porque los acuerdos ya cuentan con el apoyo popular, dado que el Presidente representa a todos los colombianos y en la segunda vuelta electoral, que ganó en junio del 2014, recibió el mandato popular de firmar la paz”. (<http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/el-democratismo-contra-la-paz/16450608>).

Sin embargo, esa tesis de R. BEJARANO y J. FLÓREZ es equivocada, repito, porque la reelección del Presidente no se puede confundir con una manifestación del pueblo a favor de un acuerdo que todavía no existía. En gracia de discusión, se puede reconocer que el proceso de paz fue uno de los elementos centrales de la campaña presidencial y que la votación a favor del Presidente fue un respaldo popular a la opción por una salida negociada al conflicto armado con las FARC. Sin embargo, de ninguna manera se puede entender como una ratificación de un acuerdo que todavía no existía o, peor aún, como un aval previo a cualquier acuerdo que se produzca en el marco de las negociaciones de paz. Adicionalmente, los autores de estas opiniones omiten que el tema de la refrendación hace parte de la agenda de la mesa de negociación. En consecuencia, aunque no existiera la promesa presidencial de refrendación, no

En tratándose del gobierno colombiano, el propio Presidente de la República ha afirmado la necesidad de que los acuerdos de paz sean objeto de alguna forma de ratificación popular⁵. Por parte de la guerrilla de las FARC, la comisión negociadora incluyó un punto en la agenda de discusión destinado específicamente a la ratificación de los acuerdos. Adicionalmente, los representantes de la guerrilla propusieron la realización de una asamblea constituyente como mecanismo idóneo de ratificación. A pesar de que el Presidente de la República no había anunciado un mecanismo concreto de ratificación, sus intervenciones posteriores y las de los miembros del equipo negociador del gobierno rechazaron la propuesta de la asamblea constituyente. En consecuencia, las dos partes comenzaron las negociaciones con un acuerdo sobre el carácter necesario del proceso de ratificación pero con diferencias sobre el mecanismo concreto que deberían utilizar⁶.

Este desacuerdo es muy importante, no solo en virtud de que constituye un punto más para la mesa de discusión, sino porque existe una relación de doble vía entre el mecanismo de refrendación y el de implementación: la elección de un determinado mecanismo de refrendación puede determinar los mecanismos de implementación, y viceversa. Por ejemplo, si el gobierno acepta como medio de refrendación de los acuerdos de paz el mecanismo

se podría afirmar el carácter prescindible de esa etapa en el proceso con las FARC porque ese grupo armado tiene una posición muy definida sobre la necesidad de refrendar los acuerdos de paz. Lo anterior quiere decir que, aunque no haya obligación jurídica, es posible que se realice la refrendación como producto del acuerdo entre las partes de la mesa de negociación y no de la generosidad o bondad exclusiva de una de las partes.

⁵ Desde el momento en que se hicieron públicos los contactos previos y el inicio de las negociaciones de paz con la guerrilla de las FARC, el Presidente de la República se comprometió a que los acuerdos que se firmaran con la guerrilla serían consultados con todo el pueblo mediante algún mecanismo de ratificación. En el mismo sentido se ha pronunciado HUMBERTO DE LA CALLE, jefe del equipo negociador del gobierno, en diferentes comparecencias públicas. Entre todas las comparecencias, se puede consultar la siguiente dedicada exclusivamente al punto de la refrendación de los acuerdos de paz: <https://www.youtube.com/watch?v=NhdC8bbNftY>

⁶ Es muy importante aclarar que la refrendación se convirtió en un paso necesario dentro del proceso de paz con la guerrilla de las FARC por dos causas: la promesa presidencial de refrendación y la inclusión de la refrendación como un punto de la agenda de negociación. Esta aclaración es pertinente porque la mayoría de los analistas sostienen que todas las dificultades de la selección y configuración del mecanismo de refrendación se habrían podido evitar si el Presidente no se hubiera precipitado a prometer la refrendación popular de los acuerdos. Por ejemplo: “(...) el gobierno se autoimpuso el requisito de la refrendación popular como un modo de asegurar la plena legitimidad, la legalidad y la viabilidad política de los acuerdos eventuales de La Habana”. [Andrés Dávila](#). Esta conclusión es parcialmente verdadera porque la inexistencia de promesa presidencial no habría evitado que las FARC incluyeran la refrendación en la agenda de negociación y que se hubiera pactado un mecanismo para ese objetivo en el AF. Adicionalmente, es públicamente conocido que la pretensión de las FARC ha sido, desde sus orígenes, la realización de una asamblea constituyente que incorpore los ejes principales de su programa político.

propuesto por las FARC de asamblea constituyente, tiene poco sentido que se establezca un procedimiento legislativo expedito para introducir reformas constitucionales como mecanismo de implementación porque la asamblea constituyente es el escenario adecuado para realizar esas reformas. En este caso, la asamblea sería un mecanismo de refrendación e implementación⁷. En el mismo sentido, si las FARC renuncian a la idea de asamblea constituyente como mecanismo de refrendación, será necesario buscar un mecanismo de refrendación y uno de implementación.

De acuerdo con lo anterior, la tesis de este trabajo es que, con independencia del mecanismo concreto de ratificación e implementación de los acuerdos de paz que acuerden las partes, la elección de cada uno de estos debe hacerse y tramitarse de manera concomitante porque la configuración del mecanismo de refrendación determina aspectos centrales de la configuración del mecanismo de implementación.

2. EL MECANISMO DE RATIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ EN COLOMBIA

a. Los mecanismos de participación popular en la Constitución de 1991 y la necesidad de un mecanismo menos exigente para ratificar el Acuerdo Final: el plebiscito para la paz

La Constitución de 1991 estableció tres mecanismos de participación popular: el referendo en sus diferentes modalidades, la consulta popular y el plebiscito. De estos tres, el plebiscito fue escogido por el gobierno de Colombia como el mecanismo para que el pueblo se pronuncie sobre el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante: AF).

La consulta popular fue rechazada porque a través de este mecanismo no se pueden consultar temas que requieran una reforma constitucional⁸, tiene un

⁷ A pesar de que no es el objeto de este trabajo, no se puede omitir señalar que la asamblea constituyente, que se erige como un mecanismo que permite la implementación a nivel constitucional y la refrendación ciudadana de los acuerdos, constituye una vía altamente inconveniente e innecesaria. En concreto, es una vía innecesaria porque, con algunas excepciones puntuales, la Constitución de 1991 ofrece un marco constitucional idóneo para realizar las transformaciones que se han pactado en los acuerdos de Cuba. En consecuencia, resulta pertinente mantener la actual Constitución y realizar las reformas puntuales que esta requiera para implementar los acuerdos de paz. Incluso se puede afirmar que muchos de los pactos de la Habana no exigen una modificación constitucional sino un desarrollo legislativo e institucional de las promesas de la Constitución de 1991, es decir, muchos de los elementos acordados en la mesa de negociaciones propenden por la eficacia del actual texto constitucional y no por su modificación.

⁸ *Vid.* Ley 134 de 1994 (artículo 50).

umbral de participación de $\frac{1}{3}$ del censo electoral y su convocatoria requiere revisión previa de constitucionalidad⁹.

El gobierno descartó el referendo por razones jurídicas, políticas y prácticas. Dentro de las razones jurídicas para rechazar la realización de un referendo se pueden incluir: la exigencia de control previo de constitucionalidad en el caso de referendos constitucionales¹⁰, el exigente umbral de participación (25% del censo electoral)¹¹, la prohibición establecida por la Corte Constitucional de que haya votación en bloque¹² y el énfasis jurídico de los elementos que se consultan a los ciudadanos. Desde el punto de vista político, el referendo representa un gran riesgo para el éxito del proceso de paz por el alto nivel de abstención en la cultura electoral colombiana. Desde el punto de vista práctico, habría que elaborar una consulta extensa y complicada. En los términos del propio Presidente de Colombia: "Ustedes se imaginan lo que sería un referendo con 54 puntos que tiene que votarse uno por uno, eso es un suicidio"¹³.

En consecuencia, la opción elegida por el gobierno fue el plebiscito. De acuerdo con el artículo 104 de la Constitución y con la Ley Estatutaria 134 de 1994 (artículo 7), el plebiscito es un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual el pueblo, convocado por el Presidente de la República, se pronuncia a favor o en contra de una determinada decisión del Ejecutivo.

El plebiscito puede ser convocado por el Presidente de la República mediante el envío de un informe motivado al Congreso de la República. El Congreso debe pronunciarse sobre el informe dentro del mes siguiente. El legislador puede rechazar la realización del plebiscito cuando, al menos, la mayoría simple de una de las cámaras vota en sentido negativo (mayoría simple de rechazo en cualquiera de las cámaras)¹⁴. La convocatoria a un plebiscito no requiere de control previo de constitucionalidad¹⁵.

⁹ Vid. Ley 1757 de 2015 (artículo 21).

¹⁰ Vid. Ley 1757 de 2015 (artículo 21).

¹¹ Vid. Ley 134 de 1994 (artículo 45).

¹² La Ley 1757 de 2015 (artículo 38.a) estableció que se puede votar en bloque cuando el referendo se refiera al mismo tema. La fórmula es ambigua porque se podría interpretar que todo el referendo se refiere al tema de la paz y, en ese caso, se podría votar en bloque. Por el contrario, también se puede sostener que el referendo de la paz involucra varios temas (tierras, víctimas, justicia, etc) y, en tal sentido, no se podría votar en bloque. Ante ese riesgo, el gobierno prefirió renunciar a la utilización del referendo como mecanismo de ratificación del AF.

¹³ Intervención pública del Presidente de la República el día 7 de septiembre de 2015. La expresión ha sido reiterada posteriormente en varias oportunidades.

¹⁴ Vid. Ley 134 de 1994 (artículo 78) y Ley 1757 de 2015 (artículo 20).

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Este mecanismo está diseñado para que el pueblo se manifieste sobre aquellas materias de gobierno que no requieren aprobación legislativa. Adicionalmente, las materias consultadas en el plebiscito no se pueden referir a la duración del mandato presidencial, no pueden modificar la Constitución Política, ni pueden tener por objeto las leyes aprobatorias de tratados internacionales, las leyes de presupuesto o las leyes que tengan relación con materias fiscales o tributarias¹⁶. La decisión del pueblo es obligatoria siempre que haya más votos por la opción “sí” y que haya participado más de la mitad del censo electoral (umbral de participación)¹⁷.

El gobierno ha propuesto un conjunto de reglas especiales para el plebiscito mediante el cual se ratificará el AF. En efecto, el Congreso de la República aprobó un Proyecto de Ley Estatutaria (en adelante: PLE) que modifica las reglas mencionadas anteriormente en cuatro aspectos: i) los plazos, ii) la intervención del Congreso, iii) las mayorías requeridas y los efectos del plebiscito y iv) la campaña pedagógica previa al plebiscito.

i. *Plazos*

Existen dos plazos relevantes. Por una parte, el PLE establece que el Presidente de la República debe informar al Congreso la fecha del plebiscito mediante un informe. El plebiscito no se puede realizar antes de un mes, ni después de cuatro meses, los cuales se cuentan a partir del momento en el que el Congreso recibió el informe¹⁸. Por otra parte, el Congreso tiene un mes para pronunciarse sobre el informe del Presidente¹⁹.

ii. *Intervención del Congreso*

El pronunciamiento del Congreso puede rechazar o aceptar el informe del Presidente. El rechazo se produce solo cuando ha votado en ese sentido la mayoría simple de los miembros de, al menos, una de las cámaras (mayoría simple de rechazo). Adicionalmente, la redacción del PLE permite inferir que si el Congreso no se pronuncia dentro del término de un mes, el Presidente podrá convocar el plebiscito. En ese sentido, es obligatorio que el Presidente solicite el informe del Congreso pero no es obligatorio que este lo emita

¹⁶ Vid. Ley 1757 de 2015 (artículo 20) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015.

¹⁷ Vid. Ley 1757 de 2015 (artículo 41).

¹⁸ Vid. Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). Artículo 2-1.

¹⁹ Vid. Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). Artículo 2-2.

favorablemente porque la omisión del Congreso no impide la convocatoria al plebiscito²⁰.

iii. *Mayorías requeridas y efectos del plebiscito*

Las nuevas reglas abandonan el esquema del umbral de participación del plebiscito diseñado en la Ley Estatutaria 134 de 1994 y establecen un umbral de aprobación. En consecuencia, con independencia del número total de personas que voten en el plebiscito (umbral de participación), este será aprobado si se cumplen dos condiciones, a saber: los votos por la opción “sí” deben superar -con cualquier margen- a los votos por la opción “no” y el número de votos por la opción “sí” debe ser mayor al 13% del censo electoral colombiano (umbral de aprobación)²¹.

El PLE establece una fórmula ambigua sobre los efectos de la decisión adoptada en el plebiscito. En efecto, el PLE enviado a la Corte Constitucional para su revisión automática y previa de constitucionalidad solo se refiere a los efectos de la aprobación del plebiscito en los siguientes términos:

“tendrá un carácter vinculante para el desarrollo constitucional y legal del Acuerdo. En consecuencia, el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios del Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas”²².

Por supuesto, la ambigüedad no proviene de la exégesis del texto sino de la fórmula utilizada en relación con los efectos generales de un plebiscito. Es decir, la ambigüedad deviene de la amplitud de la pregunta que se puede formular en un mecanismo plebiscitario y de lo que se debe entender por fuerza vinculante de una respuesta afirmativa mayoritaria. Adicionalmente, es necesario interpretar de conformidad esta disposición del PLE con las normas

²⁰ El PLE no establece los efectos de una votación negativa del Congreso de la República por fuera del término de un mes. Sin embargo, se infiere que el rechazo extemporáneo carece de efectos. *Vid.* Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). Artículo 2-2: “El Congreso deberá pronunciarse en un término máximo de un mes. Si el Congreso se encuentra en receso deberá reunirse para pronunciarse sobre el plebiscito. Si dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República informe su decisión de realizar el Plebiscito por la Paz, ninguna de las dos cámaras, por la mayoría de los asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo”.

²¹ El censo electoral colombiano establece que pueden votar un total de 34 millones de ciudadanos, aproximadamente. En consecuencia, el umbral de aprobación del plebiscito (13%) requiere aproximadamente de 4.420.000 votos por la opción “sí”.

²² *Vid.* Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). Artículo 3.

constitucionales y legales que establecen los efectos del plebiscito para determinar el contenido concreto del mandato de fuerza vinculante.

iv. Campaña pedagógica

El PLE establece que el gobierno debe divulgar el AF, por lo menos, un mes antes de la realización del plebiscito. Adicionalmente, dispone que los medios de comunicación oficiales, los canales de televisión públicos y privados, las emisoras de radio públicas, privadas y comunitarias, los periódicos y las redes sociales de las entidades del Estado deben contribuir a la divulgación del AF. Se incluyó un mandato de difusión reforzada en las zonas rurales y con los grupos de víctimas del conflicto. También se habilitó la participación de los servidores públicos en la discusión. De acuerdo con el PLE, el objetivo de estas medidas es generar un debate amplio y suficiente sobre el AF.

Plebiscito General	Plebiscito para la Paz
Umbral de participación: 50%	Umbral de aprobación: 13%
No hay término para la realización.	Término para la realización de la votación: 1 a 4 meses a partir del día en que el Congreso recibe el informe.
Campaña pedagógica ordinaria.	Campaña pedagógica reforzada.

b. Dificultades del mecanismo de implementación de los acuerdos de paz

i. Se puede cambiar el umbral de participación por un umbral de aprobación pero este debe ser democrático

El razonamiento que orientó el cambio del umbral de participación por el umbral de aprobación y su reducción al 13% es que los umbrales de participación favorecen la abstención mientras que los umbrales aprobatorios favorecen la participación. Paradójicamente, un umbral de participación, que pretende suscitar un alto nivel de participación, genera el efecto contrario. En efecto, en una campaña para un mecanismo de participación con umbral de participación, los partidarios de la opción “sí” deben hacer dos campañas: i) invitar a las personas a votar (para superar el umbral de participación) e ii) invitarlas a votar por la opción “sí” con el fin de que esta opción supere en votos a la opción “no”. Por el contrario, en esa misma campaña los partidarios de la opción “no” tienen la opción de invitar a las personas a votar y a que lo hagan por la opción “no” o simplemente promover la abstención con el fin de

que, con independencia de que gane la opción “sí” o la opción “no”, el mecanismo no supere el umbral de participación y la decisión final carezca de validez²³.

Según la opinión de algunos autores, el umbral de aprobación es más potente para fomentar la participación porque estimula a los partidarios de la opción “sí” a votar con el fin de que su preferencia supere el umbral de aprobación. Adicionalmente, si el umbral de aprobación es relativamente bajo, los partidarios de la opción “no” también se sienten estimulados para votar con el fin de que su preferencia supere en votos a la opción afirmativa.

En el caso concreto, el plebiscito establecido en la Constitución de 1991 y en la LE 134 de 1994 tiene un umbral de participación del 50%. El objetivo de ese umbral es evitar que el Presidente abuse de su potestad para convocar al pueblo mediante consultas que pueden ser aprobadas por una mayoría relativa o exigua. Esta idea se mantiene para todos los plebiscitos que se realicen en Colombia con la única excepción del plebiscito para ratificar el AF que, como se señaló previamente, tendrá un umbral de aprobación del 13%.

Esa reducción no ha estado exenta de críticas. Por una parte, se objeta que se haya establecido una modificación *ad hoc* de las reglas del juego democrático con el propósito de obtener la refrendación del AF. Adicionalmente, se afirma que el establecimiento de un umbral reducido confiere un poder de decisión a una minoría cuya votación no se puede considerar como una refrendación democrática del AF. También se ha criticado la reducción del umbral con un argumento histórico en referencia al plebiscito que se realizó en el año 1957 y con el cual se creó el Frente Nacional. Se afirma que en ese momento el país tenía una población de catorce millones de habitantes y la opción afirmativa obtuvo más de cuatro millones de votos. Con base en ese dato, se objeta que la población actual es de cuarenta y ocho millones de habitantes y se exige un umbral que permite que la decisión afirmativa se convierta en obligatoria como un número de votos semejante al del año 1957²⁴.

El Senador ponente de la nueva regulación sostiene que la preocupación por el umbral es infundada porque se trata de un umbral de aprobación y no de participación. Eso quiere decir que, a juicio del ponente, el umbral funcionará como un incentivo para que los ciudadanos voten en el plebiscito a favor de cualquiera de las dos opciones de manera que habrá más

²³ Esta fue la estrategia de la oposición al referendo convocado por Álvaro Uribe Vélez, recién elegido Presidente de la República en el año 2002.

²⁴ Los críticos deberían tener en cuenta que el plebiscito del año 1957 estuvo rodeado de condiciones favorables para que las personas se pronunciaran en las urnas. En primer lugar, se trató de la primera elección en la que las mujeres ejercieron el derecho al voto. Por otra parte, Colombia terminaba un periodo de extrema concentración del poder en cabeza del Presidente/General Gustavo Rojas Pinilla.

participación que si se hubiera establecido un umbral de participación. La conclusión es que el umbral de aprobación del 13% es un mínimo necesario y no un máximo porque la votación máxima solo se conocerá el día del plebiscito.

El umbral de aprobación del 13% también se ha defendido con el siguiente argumento que le corresponde juzgar al lector. Se toma como referencia el referendo constitucional que tiene un umbral de participación del 25% del censo electoral, lo cual quiere decir que el mínimo necesario para que gane la opción “sí” con el actual referendo es el 12.5% más un voto. En consecuencia, el umbral de aprobación coherente con el referendo constitucional es el 13% del censo electoral porque para que gane la opción “no” en este caso, el total de la participación debe superar el 25% del censo electoral²⁵.

ii. *Plebiscito sin deliberación*

Otra crítica tiene origen en el carácter deliberativo de los mecanismos de participación ciudadana. Desde este punto de vista, los mecanismos de democracia participativa tienen un valor en sí mismos como consulta a los ciudadanos, no obstante, su mayor valor democrático radica en la potencial deliberación, en el debate público y en las discusiones que generan. Bajo esta perspectiva, cualquiera de estos mecanismos es una oportunidad para que los ciudadanos expresen su opinión una vez que se han informado y han discutido a profundidad sobre los elementos de la consulta.

El reparo concreto es que el AF tiene unas condiciones cualitativas y cuantitativas que impiden el desarrollo de una verdadera deliberación en un plazo breve como el que se establece en el PLE. No es posible discutir o siquiera difundir los contenidos del AF en un mes porque estos son complejos y contienen transformaciones esenciales al sistema político, económico y jurídico de Colombia.

Es cierto que no se conocen todos los acuerdos y que solo se conocerán cuando se haya firmado el AF. También es cierto que el proceso ha tenido escenarios cuya transparencia ha sido (justificadamente, en la mayoría de los casos) deficitaria. Sin embargo, no se puede afirmar que la sociedad desconozca todos los acuerdos del proceso de paz o que llegue al plebiscito

²⁵ Una mejor presentación del argumento es la siguiente de R. UPRIMNY: “Pero obviamente un UA debe ser más bajo que un UP pues no se contabilizan todos los votos sino sólo los favorables. Ahora bien, como lo sugerí en las columnas y lo explicaré más detalladamente en una nota en La Silla Vacía, un UA del 13% equivale materialmente a un UP del 25%, que es el requerido hoy para reformar por referendo la Constitución. No parece entonces amañado que en el plebiscito para la paz se prevea un UA de 13% para aprobar el acuerdo, que equivale al UP de 25% hoy requerido para reformar la Constitución”. (<http://www.elespectador.com/opinion/umbral-paz>).

sin haber discutido previamente aspectos relacionados con esos acuerdos. En el primer caso, el gobierno ha creado diferentes herramientas de difusión de la estructura, actividades y acuerdos logrados en la mesa de negociaciones. Estos van desde plataformas virtuales con información oficial hasta la realización de cadenas públicas de televisión y foros en distintos escenarios académicos, gremiales y con la sociedad civil.

En el segundo caso, la sociedad colombiana ha debatido históricamente los temas principales del proceso de paz porque estos constituyen los ejes centrales de los problemas del país: la distribución de la tierra, la política agraria, la apertura democrática, la política frente al tráfico de drogas, entre otros cientos de temas. Adicionalmente, durante el periodo de negociación este tipo de discusión se ha potenciado, en especial, con la divulgación de los acuerdos parciales.

iii. Plebiscito: insuficiente pedagogía para un tema complejo

Sobre la complejidad de los elementos del AF, el gobierno ha destacado que la regulación del plebiscito para ratificar el AF incluye disposiciones en materia de pedagogía mucho más amplias que las establecidas para el plebiscito general. Estas se limitan a señalar que se permitirá el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación financiados por el Estado y que el gobierno tendrá derecho a manifestar su opinión sobre el contenido de la consulta. Las nuevas reglas ponen todos los mecanismos del Estado al servicio de la difusión del AF con énfasis en las zonas rurales y con extensión a los colombianos que residen en el exterior²⁶.

En todo caso, las reglas de difusión y pedagogía también pueden ser cuestionadas porque las obligaciones que impone la nueva regulación del plebiscito para la paz se dirigen a la difusión del AF, la explicación de los puntos clave de la negociación y las transformaciones que requiere el país para poner fin al conflicto. Todos estos elementos tienen una relación directa o indirecta con la opción “sí” de manera que, a juicio de las críticas, no hay un equilibrio entre la distribución del acceso a los medios de comunicación entre los partidarios de la opción “sí” y los partidarios de la opción “no”. Por esa razón, se estableció en el PLE una función de vigilancia y control que deben ejercer las autoridades electorales con el fin de garantizar el acceso en

²⁶ Vid. Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). “Artículo 5. Parágrafo 1. En las zonas rurales del país el Gobierno nacional garantizará, a través de las entidades comprometidas, una mayor publicación y divulgación del contenido del Acuerdo Final(...)”. Parágrafo 2. La estrategia de socialización dispuesta en este artículo, también deberá estar dirigida a los colombianos que se encuentran en el exterior, especialmente para las víctimas del conflicto armado. Su ejecución estará a cargo del Gobierno nacional a través de embajadas y consulados”.

condiciones equitativas a los recursos y medios de comunicación tanto para los representantes de la opción “sí” como para los representantes de la opción “no”²⁷.

iv. El reto de la participación popular

Un gran reto de la ratificación del AF es la participación popular. A pesar de que la Constitución de 1991 adoptó disposiciones decididamente favorables hacia la participación ciudadana, la realidad contrasta con esa pretensión constitucional. Como lo demuestran las cifras de participación electoral, la cultura ciudadana colombiana es abstencionista²⁸ y los mecanismos de participación ciudadana fueron configurados legalmente de manera que su uso estuviera lleno de obstáculos²⁹.

En Colombia no existe una cultura de la deliberación en torno a los mecanismos de participación, ni una cultura de participación alrededor de estos mecanismos. Desde el punto de vista jurídico e institucional, este déficit ha generado que todas estas experiencias contengan altos niveles de improvisación precisamente porque no se tienen antecedentes que puedan servir como referente.

²⁷ *Vid.* Proyecto de Ley Estatutaria 94/2015 (Senado) y 156/2015 (Cámara). (Artículo 2-4). “La organización electoral garantizará el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, de la campaña por el sí o por el no, para lo cual regulará el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias”.

²⁸ Por ejemplo, Álvaro Uribe Vélez obtuvo 7.397.835 de votos en las elecciones presidenciales del año 2006 (primera vuelta), Juan Manuel Santos obtuvo 9.028.943 de votos en las elecciones presidenciales del año 2010 (segunda vuelta) y 7.839.342 de votos en el año 2014 (segunda vuelta). En esta última, el total de personas que votaron fue de 15.818.214 que, en su momento, equivalía al 48% del censo electoral.

²⁹ Con base en este argumento se ha propuesto la reducción general de los umbrales para todos los mecanismos de participación ciudadana. Por ejemplo, JOSÉ FERNANDO FLÓREZ: “no solo el plebiscito sino los demás mecanismos de participación ciudadana desarrollados por la fallida Ley 134 de 1994 debían reformarse con umbrales bajos que promuevan la movilización ciudadana y no el abstencionismo, como ocurre en el estado actual de cosas. El nuevo estatuto de participación (Ley 1757 del 2015) significó un gran avance en la materia, pero se quedó corto en el establecimiento de umbrales razonables: aunque el referendo ahora solo exige la participación del 25 por ciento de electores, el plebiscito sigue necesitando la estrambótica participación de la mitad del censo electoral para ser aprobado”. (<http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/el-democratismo-contra-la-paz/16450608>).

v. *La (in)constitucionalidad de la fuerza vinculante de la decisión plebiscitaria*

Finalmente, se puede objetar que la atribución de fuerza vinculante a la decisión plebiscitaria es contraria a la Constitución y a la idea misma del plebiscito. La Corte Constitucional debe enfrentar directamente esa objeción en el proceso de control automático del PLE. En ese contexto, la interpretación conforme es una alternativa plausible a la declaratoria de inconstitucionalidad de esa disposición. Esta vía constituye en ejercicio de deferencia con el legislador.

En efecto, la interpretación conforme del carácter vinculante de la realización del plebiscito -como ha sido configurado por el PLE – simplifica que esa decisión solamente implica la habilitación para utilizar el procedimiento legislativo especial establecido en la reforma constitucional destinada a implementar el AF. Eso quiere decir que los proyectos de ley o de reforma constitucional que se presenten con el fin de implementar el AF deberán ser tramitados por medio del *fast track* que se comentará en la siguiente sección de este documento.

Desde luego, si el plebiscito se realiza y se supera el umbral con un resultado favorable a la opción “sí”, el Presidente podrá presentar los proyectos de ley o de reforma constitucional para implementar el AF y estos deberán ser tramitados mediante el procedimiento legislativo especial. El resultado ciudadano conferirá un alto nivel de legitimidad democrática a esa decisión y el tribunal constitucional deberá tomar en cuenta este aspecto cuando realice el control de constitucionalidad de las leyes y reformas constitucionales que implementen el AF.

Ahora bien, la realización del plebiscito, la superación del umbral y un resultado mayoritario por la opción “no”, no impiden que el Presidente de la República pueda continuar con el proceso de implementación del AF mediante la presentación de proyectos de ley o de acto legislativo que deberán ser tramitados por el Congreso mediante el procedimiento legislativo especial. El resultado ciudadano no será un impedimento para que se utilice el mecanismo de implementación, no obstante, el grado de legitimidad democrática del procedimiento será menor y el tribunal constitucional deberá juzgar con mayor rigor las leyes y reformas constitucionales que sean aprobadas.

Finalmente, la fuerza vinculante del plebiscito significa que, solo si se omite su realización, no se podrá utilizar el mecanismo especial de implementación del AF. En ese supuesto, la implementación del AF, en el caso de que el Presidente de la República o el Congreso quieran llevarla a cabo, deberá realizarse mediante los procedimientos legislativos ordinarios establecidos para la aprobación de leyes y reformas constitucionales. La no realización del plebiscito vincula a los demás poderes del Estado en cuanto no

podrán utilizar el *fast track* que se ha diseñado para convertir el contenido del AF en normas jurídicas ordinarias y constitucionales.

Esta es la mejor interpretación que coincide con el carácter independiente de la fase de ratificación o refrendación y la fase de implementación del AF y con el carácter prescindible de la primera fase que se opone al carácter necesario de la segunda. Por esta razón, la Corte debería declarar la inconstitucionalidad de la atribución de fuerza vinculante de la decisión plebiscitaria -entendida como un mandato imperativo del resultado para los demás poderes del Estado- o realizar la interpretación conforme de esa misma disposición para señalar que la fuerza vinculante de la decisión plebiscitaria se restringe a elementos estructurales del sistema jurídico y político, como la activación de los procedimientos legislativos especiales que se encuentren condicionados al propio plebiscito, el grado de legitimidad de la utilización de esos mecanismos o el grado de rigor del juicio de constitucionalidad de leyes y reformas constitucionales que sean aprobadas como un desarrollo de la decisión del pueblo en el plebiscito³⁰.

3. EL MECANISMO DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ EN COLOMBIA

Con el objetivo de convertir los acuerdos de paz en disposiciones incorporadas en diferentes fuentes jurídicas, el gobierno de Colombia radicó en el Congreso de la República un Proyecto de Acto Legislativo (reforma constitucional). El proyecto tiene tres ejes centrales: i) la creación de un procedimiento legislativo especial para los proyectos de reforma constitucional y los proyectos de ley destinados a implementar los acuerdos de paz; ii) la atribución de facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley destinadas también a implementar los acuerdos de paz y iii) las modificaciones al control de constitucionalidad de los actos normativos que se aprueben mediante i y ii.

a. *El procedimiento legislativo especial*

El procedimiento legislativo especial es una especie de *fast track* (en adelante: FT) que tendrá una vigencia de 6 meses (prorrogables por 6 meses) contados a partir de la refrendación del AF. El procedimiento se aplicará a los proyectos

³⁰ Sobre al aumento de la presunción de constitucionalidad de actos normativos refrendados se puede consultar a: FERRERES COMELLA, VÍCTOR. Justicia Constitucional y Democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 147-150 y 207-269. Una aplicación de este esquema de análisis en el caso colombiano se puede consultar en: ROA ROA, JORGE ERNESTO. La acción pública de constitucionalidad a debate. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 45-53.

de ley y de reforma constitucional que tengan como objetivo la implementación del AF. El FT tiene los siguientes tres elementos: i) iniciativa legislativa exclusiva del gobierno, ii) la Comisión Legislativa Especial (en adelante: CLE) y iii) el procedimiento legislativo especial en estricto sentido.

i. Iniciativa Legislativa Exclusiva

El primer punto del FT es la atribución de iniciativa legislativa exclusiva al gobierno nacional. Esto quiere decir que solo el gobierno tiene la posibilidad de presentar proyectos relacionados con el AF que se tramitarán mediante el FT³¹. Las demás iniciativas (Congreso y ciudadanos), aunque tengan relación con el AF, no se podrán tramitar mediante el FT sino mediante el procedimiento legislativo ordinario.

ii. La Comisión Legislativa Especial

La reforma constitucional establece la creación de una CLE que estará conformada por los actuales miembros de las comisiones primeras del Senado y de la Cámara más 12 congresistas que deben ser designados por el propio Congreso. La selección de los 12 congresistas debe tener en cuenta la participación de las mujeres, las minorías y mantener la proporcionalidad de las bancadas actuales del Congreso.

iii. El procedimiento legislativo especial en estricto sentido

El procedimiento legislativo especial reduce los debates para la aprobación de leyes de 4 a 3 debates y de reformas constitucionales de 8 a 3 debates: uno en la CLE y uno en cada una de las plenarias de Cámara y Senado. A la reducción en el número de debates se agregó que los proyectos de ley o reforma constitucional presentados por el gobierno solo pueden ser modificados si existe una relación de coherencia entre la modificación y el AF y la modificación ha sido avalada por el gobierno³². También se estableció la obligación de que la votación por cada proyecto se haga en bloque, esto es, se emite un voto a favor o en contra de la totalidad de las disposiciones que los integran.

Finalmente, se permite el trámite de estas iniciativas en sesiones extraordinarias del Congreso de la República. Esta disposición es relevante en

³¹ Se colige que el Congreso y los ciudadanos también tienen iniciativa legislativa, en los términos constitucionales, para proponer leyes que tengan por objeto la implementación del AF pero estas iniciativas no podrán ser tramitadas mediante el FT.

³² Se introduce una excepción parcial al artículo 154 de la Constitución que establece: “Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno”.

materia de reformas constitucionales porque la Constitución establece la prohibición de tramitar reformas a la Constitución en sesiones extraordinarias³³. No así en materia de proyectos de ley porque estos se pueden tramitar en sesiones extraordinarias de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario³⁴.

b. La atribución de facultades extraordinarias al Presidente de la República

La reforma constitucional establece que el Presidente de la República tendrá facultades extraordinarias para emitir decretos con fuerza de ley por un periodo de 90 días. Este periodo se puede prorrogar hasta por otros 90 días por decisión del propio Presidente. Los decretos que emita el Presidente en virtud de estas facultades extraordinarias deben tener una relación directa con la implementación o desarrollo del AF³⁵.

La lógica interna de la reforma constitucional prevé que todas aquellas normas que el Presidente no expida en virtud de las facultades extraordinarias por razón de tiempo o de reserva de ley, las pueda tramitar ante el Congreso mediante el FT³⁶. Finalmente, tanto la activación del FT como de las facultades extraordinarias queda condicionada a la previa firma y refrendación del AF.

c. Modificaciones al control de constitucionalidad

El proyecto de reforma constitucional introduce varios cambios al control de constitucionalidad. Por una parte, ordena que todos los proyectos de ley aprobados mediante el FT tengan revisión de constitucionalidad como si se trataran de proyectos de leyes estatutarias, esto es, previa, integral, participativa y automática. Adicionalmente, la Corte Constitucional debe

³³ Vid. Constitución Política de Colombia (artículo 375).

³⁴ Vid. Constitución Política de Colombia (artículo 138).

³⁵ Las facultades extraordinarias al Presidente no invalidan la reserva especial de ley. Por esta razón, estas facultades no se aplican para la aprobación de leyes estatutarias u orgánicas, ni para decretar impuestos, expedir códigos o reformar la Constitución.

³⁶ De esta disposición surge un gran interrogante porque el texto de la reforma establece que al vencimiento de las facultades extraordinarias: "(...) las leyes ordinarias necesarias para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo anterior". Como el procedimiento del artículo anterior al que se hace referencia es el FT, la pregunta es ¿qué sucede si al vencimiento de las facultades extraordinarias (máximo 180 días) y del FT (máximo 12 meses) aún quedan leyes ordinarias por tramitar relacionadas con el AF? ¿Habilita este artículo para usar el FT o se entiende que esta disposición no deja sin efecto el término de expiración del FT?

controlar si los proyectos tienen un ámbito temático que haya justificado su trámite mediante el FT.

En relación con las reformas constitucionales, el proyecto mantiene la revisión posterior y rogada de las reformas pero ordena reducir a la tercera parte los términos para que la Corte se pronuncie.

En tercer lugar, se prevé el control automático de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley que promulgue el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias.

Acto	Tipo de Control
Leyes aprobadas por FT	Control de Ley Estatutaria: automático, previo e integral.
Reformas constitucionales aprobadas por FT	Control posterior, rogado con caducidad de un año. Términos reducidos a $\frac{1}{3}$.
Decretos con fuerza de ley en virtud de facultades extraordinarias	Control automático. Término: 2 meses.

d. Dificultades del mecanismo de implementación de los acuerdos de paz

Este mecanismo de implementación del AF tiene problemas desde tres ámbitos: la noción de democracia sustantiva y deliberativa, el proceso de paz y la práctica concreta del mecanismo.

i. Objeciones de democracia sustancial y deliberativa

El valor sustancial de los procedimientos legislativos. En el Estado constitucional y en la democracia constitucional, los procedimientos adquieren un valor instrumental y un valor sustantivo. Eso quiere decir que los procedimientos para tomar decisiones son condiciones necesarias (no suficientes) de la legitimidad de las decisiones. Al mismo tiempo, la compatibilidad de una decisión con el marco constitucional también es una condición necesaria (no suficiente) de su legitimidad.

Desde el punto de vista de la democracia sustantiva se ha resaltado que los procedimientos legislativos no son meras formalidades sin contenido sino que están dispuestos con el fin de aumentar la calidad y la amplitud de la deliberación. JEREMY WALDRON, por ejemplo, sostiene que buena parte de la

dignidad de la legislación deviene del seguimiento de unos procedimientos que hacen posible la deliberación ordenada y en condiciones de igualdad³⁷.

En consecuencia, la legitimidad política, democrática y constitucional de una decisión requiere que el resultado sea compatible con el marco constitucional y que se haya arribado a esta decisión como resultado de un proceso deliberativo, en el que todos los interesados hayan tenido la oportunidad de participar en igualdad de condiciones para expresar su posición sobre el objeto de la decisión.

Los procedimientos, la deliberación y la ventaja epistémica. Adicionalmente, como señala JOHN RAWLS, bajo un esquema de justicia procesal imperfecta como el que se adopta en las democracias contemporáneas, solo se puede confiar en que una decisión legislativa será correcta en la medida en que se permita la intervención igualitaria de todos los interesados en la decisión. Esta ventaja epistémica del legislador, en relación con otros órganos del Estado, se pone en peligro si se elimina o reduce la participación de los representantes de los intereses potencialmente afectados con una ley o reforma constitucional. En ese sentido, también se afirma que la probabilidad de que el legislador adopte decisiones correctas (ventaja epistémica) depende de aspectos procesales como el número de debates, el tiempo que se destina a deliberar, la pluralidad de los participantes o las condiciones igualitarias de la participación.

La doble reducción de la deliberación. Desde este punto de vista, se objeta que las reglas del FT conduzcan a una doble reducción de la deliberación para los proyectos de ley o de reforma constitucional. Una primera reducción de la deliberación en el número de debates parlamentarios y otra reducción en la modificación al control de constitucionalidad, en especial, al recortar los términos para la realización del juicio de contraste entre los actos normativos aprobados y la Constitución.

¿Deliberación sin poder de reforma? En el mismo sentido, se cuestiona que la reforma adopte el principio de identidad normativa de carácter estático. Es decir, se cuestiona que el Congreso no pueda introducir reformas a los proyectos presentados por el gobierno o que estas deben ser avaladas previamente por el propio gobierno. Con cierto nivel de razonabilidad se pregunta ¿cuál es el sentido de la deliberación parlamentaria si no se pueden introducir modificaciones al proyecto presentado por el gobierno o estas deben contar con el aval del propio gobierno?

Contra la iniciativa legislativa exclusiva: el Congreso también tiene ideas. Por otra parte, la atribución de iniciativa legislativa exclusiva al gobierno en materia de leyes y reformas constitucionales que pretendan ratificar el AF, sigue la orientación constitucional de otras materias (leyes de presupuestos,

³⁷ WALDRON, JEREMY. Derecho y desacuerdos. Marcial Pons, Barcelona, 2005, pp. 29-174.

tratados internacionales, plan de desarrollo, entre otras) y de la idea presidencialista de la paz. Esta última se rige bajo la lógica de que el Presidente es el comandante general de las fuerzas armadas (hace la guerra) pero, al mismo tiempo, es el conductor de los procesos de paz: escoge el momento para negociar, designa al equipo negociador, pacta la agenda con la contraparte y negocia en condiciones de discreción o de confidencialidad, según corresponda, y no de absoluta publicidad.

En consecuencia, parece coherente con el anterior esquema que el Presidente tenga iniciativa exclusiva para proponer al Congreso las reformas necesarias para implementar los acuerdos de paz. Sin embargo, el legislador no debería ser privado de la iniciativa legislativa para presentar opciones legales y constitucionales que permitan escoger un medio diferente para implementar un acuerdo determinado o para complementar las iniciativas del gobierno. Para evitar una limitación excesiva a la iniciativa legislativa del Congreso es deseable que se permita que el Congreso ejerza esa facultad con un límite material: el contenido de la iniciativa debe estar dirigido a complementar o implementar uno de los acuerdos de paz.

Sobre este último aspecto, sería oportuno permitir que otras iniciativas legislativas de origen parlamentario -que tuvieran relación de coherencia con el AF- pudieran tramitarse mediante el FT. Como se ha señalado previamente, el Congreso no pierde la iniciativa en materia de normas jurídicas para la paz sino que las iniciativas del Congreso no se pueden beneficiar del FT. Eso quiere decir que puede darse el caso de iniciativas para implementar el AF a dos velocidades: las que tengan origen en el gobierno que se tramitarán por FT y las que tengan origen en el propio Congreso que se tramitarán por el procedimiento ordinario.

El Presidente prorroga sus propias facultades extraordinarias. Finalmente, se ha criticado que el Presidente pueda prorrogar sus propias facultades extraordinarias por un periodo adicional de 90 días. La prórroga requiere un Decreto del propio presidente. El objeto central de la crítica es que debería ser el Congreso el órgano que decidiera, bajo criterios de pertinencia y con base en los informes del Presidente, sobre la prórroga de las facultades extraordinarias.

ii. *Objeciones relacionadas con el propio proceso de paz*

La ruptura del bilateralismo. La propuesta de reforma constitucional que crea el FT ha sido criticada por la misma razón que el plebiscito: implica una ruptura del bilateralismo. El centro de esta crítica es que el gobierno presenta iniciativas de reforma constitucional o legal que involucran aspectos sobre los cuales no hay un acuerdo en la mesa de negociación. Aún más, involucran

aspectos sobre los cuales existe un amplio diferendo entre la guerrilla y el gobierno.

El argumento principal del gobierno es que se trata de una estrategia para preparar los mecanismos de implementación y ratificación del AF. Con una lógica plausible, el gobierno sostiene que no se puede esperar a la firma del AF para iniciar las reformas necesarias para su implementación y refrendación. No se trata solamente de una cuestión de efectividad sino de establecer una garantía para que el proceso no fracase por la existencia de obstáculos posteriores a la firma del AF.

El argumento es bastante persuasivo. Sin embargo, también se ha afirmado que este tipo de actos unilaterales son una estrategia del gobierno para presionar a las FARC en la mesa de negociación. La estrategia consiste en mostrar los avances del gobierno para hacer realidad los acuerdos dentro del ordenamiento jurídico e invitar a las FARC a adoptar una posición pragmática a favor de los avances unilaterales del gobierno con el fin de superar las dificultades y riesgos de las propuestas de las FARC, en este caso, de una asamblea constituyente.

Con independencia de los dos argumentos anteriores, la práctica del gobierno tiene dos problemas: i) puede fracasar si el resultado de la negociación no coincide con los mecanismos adelantados por el gobierno y ii) puede poner en peligro la propia negociación. El primer problema deriva del hecho de que algunos aspectos de la ratificación de implementación del AF son objeto de discusión en la mesa. Si el acuerdo final entre las partes es la utilización de un mecanismo diferente para refrendar o implementar el acuerdo final, buena parte del trabajo adelantado carecerá de utilidad. Esta situación puede acaecer si las FARC no ceden en su reivindicación de una asamblea constituyente como escenario final del proceso de paz.

En segundo lugar, la práctica de avanzar mecanismos no pactados en la mesa puede ser leída como una estrategia del gobierno para presionar a la guerrilla a ceder en determinados aspectos a favor de la posición del gobierno. En efecto, no resulta extraño que el gobierno sugiera a la guerrilla que se avenga a los mecanismos de ratificación e implementación que han sido aprobados en lugar de mantener su posición inicial sobre este punto específico. Esa estrategia puede ser exitosa si la guerrilla cede pero puede conducir a un malestar dentro del propio proceso porque la guerrilla puede sostener, con razón, que ha habido presión del gobierno mediante sus acciones unilaterales.

iii. Objeciones de orden práctico

Un mecanismo apresurado. Una crítica a este proyecto de reforma constitucional sostenía que se trataba de un acto apresurado del gobierno que no había sido pactado con las FARC. La primera parte de la crítica se debilitó

después de la firma del acuerdo sobre justicia y del establecimiento de una fecha para la firma del AF. La segunda parte de la crítica se desarrollará más adelante.

Los propios ponentes del proyecto de reforma constitucional sostienen que no se trata de un acto apresurado si se tiene en cuenta el estado actual del proceso y que se trata de un mecanismo que debe estar listo para el momento en que se firme el AF. Adicionalmente, se sostiene que no hay problema con aprobarlo con anticipación porque la vigencia de la reforma constitucional está condicionada a la firma del AF o a la refrendación.

Concentración del trabajo legislativo en la CLE y coste de oportunidad de la división del trabajo legislativo. Desde el punto de vista de la idoneidad de la reforma constitucional, se sostiene que el fin del FT es abrir una vía para la implementación del AF. Sin embargo, se prevé que habrá un alto número de reformas (legales y constitucionales) necesarias para implementar todos los aspectos del AF. Para la crítica que se basa en este punto, el FT es un error porque concentra todo el trabajo legislativo en la CLE y se pierden las ventajas de la división del trabajo legislativo que existe ordinariamente en el Congreso. En otras palabras, de acuerdo con esta visión, habría sido más efectivo reducir los tiempos del proceso legislativo ordinario pero sin concentrar todo el trámite en una sola CLE que puede resultar superada por todas las reformas necesarias para implementar el AF.

Innecesario. También se ha argumentado que la práctica legislativa ordinaria ha demostrado que el Presidente cuenta con las mayorías suficientes en el Congreso para aprobar las leyes y reformas constitucionales que sean necesarias para implementar el AF. En consecuencia, la reforma constitucional que crea el FT se juzga como políticamente innecesaria. Para respaldar esta objeción se argumenta que las dos reformas legales y constitucionales que ha propuesto el gobierno para crear los mecanismos de refrendación e implementación del AF han tenido un trámite expedito en el Congreso de la República.

La integración de la CLE. Por otra parte, se ha argumentado la inconveniencia de la integración de la CLE. En concreto, la dificultad para asignar las 12 curules adicionales de manera proporcional, con el cumplimiento de la cuota de género y de la representación de las minorías.

¿Las FARC en la CLE? Desde la radicación del proyecto se denunció que el gobierno tenía la intención de incluir a miembros de las FARC en la CLE. El texto del proyecto de AL no daba ningún indicio de que eso fuera posible. Los críticos adujeron que el gobierno incluiría esa facultad en un momento avanzado del debate parlamentario.

En efecto, en el tránsito del primer al segundo debate, los ponentes incluyeron la posibilidad de que el Presidente tuviera la facultad extraordinaria de nombrar un número indeterminado de miembros NO congresistas en la

CLE (con voz pero sin voto). Desde el gobierno se ha contestado que no avalan esa posibilidad y que se trata de un acto de los propios ponentes. Los ponentes manifiestan que no están pensando en curules para las FARC sino que piensan en que asesores, especialistas, académicos y expertos que no son congresistas puedan integrar la CLE. En todo caso, nada prohíbe que esos miembros puedan provenir de las FARC. El texto aprobado actualmente suprimió esa posibilidad.

A las FARC podría no interesarle participar en la CLE porque perdería fuerza para presionar al gobierno para que implemente los acuerdos tal y como fueron firmados en Cuba. Si las FARC participan en la CLE, legitiman que se hagan algunas reformas a los acuerdos o que algunos de estos no sean aprobados. Su posición más estratégica puede ser estar por fuera de la CLE. Sin embargo, también sería un éxito político de alto nivel que una guerrilla aún no desmovilizada reciba participación directa en el Congreso (con voz pero sin voto) y la podría utilizar para demostrar que también pueden participar en política con posiciones de alto nivel.

CONCLUSIONES

El proyecto de reforma constitucional que establece el FT y la CLE modifica la rigidez de la Constitución y aumenta los poderes del Presidente en relación con la ratificación de los acuerdos de paz y su conversión en fuentes jurídicas. Esto resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que las reformas que se realizarán como consecuencia de los acuerdos de paz pueden ser los cambios más estructurales que ha tenido la Constitución de 1991. La mayoría de las críticas apunta a sostener que se trata de un alto costo democrático en razón de la paz. ¿Resulta asumible ese costo democrático en aras de lograr la paz?

Se puede afirmar que el costo es asumible, siempre y cuando, se mantenga la ratificación ciudadana o popular como una pre-condición para la vigencia de la reforma constitucional. Es decir, se puede sacrificar la deliberación democrática en el Congreso si la ciudadanía deliberó y se pronunció previamente sobre la reforma. La refrendación actuaría como contrapeso de la disminución de las competencias del Congreso.

Adicionalmente, quienes consideran que en materia de ratificación e implementación de los acuerdos de paz el Estado debe gozar de un margen de apreciación en relación con los estándares y tribunales internacionales de derechos humanos, no pueden dejar de lado que un elemento central del margen de apreciación -en la versión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- es el examen de la calidad del proceso parlamentario interno por medio del cual se promulgó la medida legislativa frente a la que se solicita deferencia. También se tiene en cuenta la calidad del control judicial que tuvo la medida. Una reducción de la deliberación interna y del tiempo en el control

de constitucionalidad puede ser un argumento adicional muy fuerte en contra de que las autoridades colombianas tengan margen de apreciación en las normas relacionadas con la paz.

En todo caso, el objeto de este breve trabajo es poner la luz sobre aquellos aspectos que se pueden mejorar en los procesos de refrendación e implementación de los acuerdos de paz. Si se quiere, se trata de un texto que apunta hacia la construcción de un constitucionalismo transformador para la paz que permita superar las barreras institucionales para la consolidación de los acuerdos que ponen fin a los conflictos armados internos y que coadyuve a la garantía efectiva de la paz como una de las más caras promesas de la Constitución de 1991.

