



Algunos comentarios sobre el proyecto de acto legislativo de estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final

Comentarios de la CCJ al Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 Senado¹

El pasado 19 de diciembre del año 2016 el Ministro del Interior presentó ante el Congreso de la República una iniciativa legislativa que tiene como propósito incorporar una disposición transitoria en la Constitución que permita dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las Farc-EP el pasado 24 de noviembre.

Desde la Comisión Colombiana de Juristas, en adelante CCJ, comprendemos que, por un lado, el mencionado proyecto de acto legislativo es relevante para la implementación normativa del Acuerdo de Paz, según este mismo documento, y que, por otro lado, la discusión en el marco del procedimiento legislativo especial pretende que sea aprobado con la mayor celeridad posible.

En este sentido, presentaremos algunos análisis efectuados en relación con el mencionado proyecto de acto legislativo, sin perjuicio de la posibilidad de profundizarlas en la audiencia pública, sobre los siguientes aspectos: i) el derecho constitucional de los procesos de paz es un marco jurídico en construcción; y ii) la naturaleza jurídica del Acuerdo Final y su jerarquía normativa.

1.1. *Derecho constitucional de los procesos de paz: un marco jurídico en construcción*

Emprender un proceso de paz en un Estado social y democrático de derecho como es el colombiano supone inmensos retos desde lo político, lo jurídico y lo social. Son incontables las incertidumbres sobre las cuales debe transitar. Sin embargo hay una claridad que despeja cualquier duda: la solución negociada del conflicto armado es la opción mejor ponderada por la CP y la ley.

El constitucionalismo colombiano guarda una llamativa paradoja: es uno de los pocos ordenamientos jurídicos que reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, no obstante sobrellevar más de 50 años de conflicto armado y continua violencia sociopolítica. Sin embargo, es precisamente esta la razón que le da sentido al hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentre constituido en torno a la finalidad concreta de perseguir la paz. Para ello la CP le ha otorgado tres dimensiones diferentes. En primer lugar, la reconoce como un valor esencial de la sociedad y el fundamento del Estado y las instituciones públicas (Preámbulo). En segundo lugar, la concibió como el fin esencial que debe direccionar las actuaciones de las autoridades públicas y que, como principio, debe irradiar el ordenamiento jurídico (artículo 2º). Y, en tercer lugar, la comprendió como un derecho constitucional que, si bien carece de aplicación inmediata, le impone tal mandato a las acciones tanto de los particulares como de las autoridades constituidas (artículo 22)².

Asimismo, la búsqueda de la paz también tiene como fuente diferentes instrumentos del derecho internacional. Así, es posible evidenciar que, de conformidad con el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros -todos ellos suscritos por el Estado

¹ "Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"

² Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2001. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

colombiano—, se reconoce que el propósito fundamental de los Estados es la búsqueda de la convivencia pacífica entre ellos y en su interior. De manera que la paz, como valor esencial del Estado colombiano, no solo legitima el ordenamiento político, social y económico interno, sino que además fundamenta su rol como sujeto del derecho internacional, en tanto las naciones se reconocen como tales a través de este mismo propósito colectivo.

La paz también tiene un papel fundamental en el derecho internacional humanitario. Si bien este cuerpo normativo es reconocido por su pretensión de humanizar las situaciones del conflicto armado, lo cierto es que tal objetivo, por lo menos en nuestro ordenamiento constitucional, es una proyección del derecho a la paz en la medida en que *“(...) las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II”*³.

Por lo tanto, al ser la paz un valor, un fin, un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento que no solo sustenta el ordenamiento constitucional colombiano, sino que además es el origen y fin de las naciones que se reúnen alrededor de los principales instrumentos del derecho internacional, es necesario afirmar que el móvil último de las fuerzas del orden constitucional no puede ser otro diferente a asegurar las condiciones para una auténtica convivencia pacífica⁴.

En concreto, ante la disyuntiva sobre cómo solucionar un conflicto armado se podría ir más allá y afirmar que dado el carácter humanista que trasciende de la filosofía de la CP, y sobre todo por el reconocimiento de la paz como valor, fin y derecho, la solución pacífica de un conflicto armado es la opción más aventajada dentro del marco constitucional colombiano:

*“(...) los instrumentos pacíficos para la solución de conflictos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna. De ahí pues que, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado”*⁵.

Lo anterior nos permite arribar a una primera conclusión y es que no existe duda que la paz es un objetivo constitucionalmente imperioso y que su consecución por medio del diálogo es la alternativa mejor ponderada por la CP. Luego la celebración de procesos de paz se encuentra plenamente justificada en el ordenamiento constitucional.

Las reflexiones del profesor Vincenç Fisas, director de la Escuela de Cultura de Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona, nos permiten señalar que la consecución de la paz por la vía dialogada es un proceso. En su criterio los procesos de paz, en tanto proceso, están compuestos de al menos siete grandes etapas que deben conducir a la consecución de la paz. La primera de ellas, la *fase exploratoria*, tiene como objetivo que las partes puedan auscultar si existe la voluntad de cesar el conflicto por la vía del diálogo. Verificado lo anterior viene la concreción de un *acuerdo preliminar* que es aquel en el que las partes manifiestan su voluntad de solucionar el conflicto mediante una negociación. Obtenido dicho acuerdo se adelanta una etapa para consensuar el “cómo” hacer la negociación, es decir, las reglas de juego que se van a seguir en el diálogo y que Fisas llama

³ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-048 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

acuerdo de prenegociación. Posteriormente las partes llegan al consenso sobre la hoja de ruta contentiva de los temas o materias que serán en concreto objeto de negociación, es decir el *acuerdo marco* donde se señalan los principios generales y la agenda a seguir. En quinto lugar, y ya sumidos en los diálogos sustantivos sobre los puntos necesarios para finalizar el conflicto, las partes pueden llegar a *acuerdo parciales y protocolos* para atenuar las consecuencias e impactos del conflicto para lograr el objetivo de la sexta fase que es la suscripción de un *acuerdo general* que es el instrumento que contiene los resultados de la negociación, el cómo se implementará y quiénes serán los responsables. Consecuentemente la última etapa es la que condensa la *implementación, verificación y solución de controversias* que puedan derivarse por los desacuerdos surgidos en esta última etapa⁶.

Ahora bien, por supuesto la conducción de procesos de paz no tiene una fórmula única, universal y vinculante, de ahí que resulte importante observar otras percepciones y clasificaciones de cómo se organizan y conciben los procesos de paz. Por ejemplo las referencias a *peacemaking*, *peacekeeping* y *peacebuilding* son universalmente reconocidas pues han sido conceptos contruidos a partir de los diferentes roles que puede desempeñar Naciones Unidas a través de sus diferentes órganos por mandato de su Carta fundacional. El primer término, *peacemaking*, hace referencia a los esfuerzos más básicos dirigidos a la cesación de hostilidades como requisito esencial para emprender la senda de construcción de paz a través de mecanismos como la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o el recurso a organismos o acuerdos regionales (artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas)⁷. Por su parte las actividades de *peacekeeping*, son aquellas actividades desarrolladas para reducir las tensiones militares o armadas entre las partes en conflicto cuando el cese de hostilidades se ha alcanzado⁸. Finalmente *peacebuilding* guarda relación, por un lado, con algunas medidas tempranas tendientes a la prevención de la violencia, el mantenimiento de la paz civil y militar, ayuda humanitaria y una acción de incidencia para hacer efectivos los acuerdos de cese de hostilidades y el establecimiento de zonas de paz⁹, y por el otro lado, todas las acciones de largo plazo para erradicar aquellas condiciones que dieron lugar al conflicto y permitieron el legado de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario¹⁰.

Autoras como Heidi Burgess han esquematizado los procesos en dos etapas que a su vez se dividen en sus respectivas fases. La primera etapa es la cesación del conflicto que comprende las negociaciones, cuyo objetivo principal es acordar las cuestiones claves para dar por terminado el conflicto, y la cesación de hostilidades, que enmarca la firma del acuerdo, el cese al fuego y la separación de los combatientes de las fuerzas en disputa. Y la segunda gran etapa es la construcción de paz la cual conlleva, por un lado, a una fase de transición donde se establece un gobierno legítimo que pueda gobernar de forma efectiva,

⁶ Fisas, Vincenç, *Introducción a los procesos de paz* en Quaderns de Construcció de Pau N° 12, Escola de Cultura de Pau, Febrero de 2010, disponible en: http://escolapau.uab.cat/imag/qcp/introduccion_procesos_paz.pdf

⁷ Ouellet, Julian. *Peacemaking* en Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, Septiembre de 2003, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacemaking>

⁸ Conflict Management Program at SAIS, and Julian Ouellet. *Peacekeeping*, Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, Septiembre de 2003, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacekeeping>

⁹ Maiese, Michelle. *Peacebuilding* en Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Septiembre de 2003, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacebuilding>

¹⁰ Boutros-Ghali, Boutros, *An Agenda for Peace*, Naciones Unidas. Nueva York: 1995.

implementar las reformas necesarias para construir las instituciones que puedan dotar de seguridad y estabilidad los acuerdos y cuente con suficiente legitimidad para promover la reconciliación nacional; y, por el otro lado, una fase de consolidación que continúe y profundice los compromisos de reforma y reconciliación¹¹.

Como se ve, e insistimos, la ordenación de los procesos de paz no es unívoca, ni universal, pues las condiciones de tiempo, modo y lugar de las negociaciones y las características de los actores y del conflicto son las que dictan el curso a seguir. Pero de lo anterior sí podríamos decir que en términos generales hay al menos cuatro fases que, aún cuando caracterizadas de diferentes maneras, son recurrentes y que para el caso las llamaremos negociación, celebración o suscripción, implementación y verificación de los acuerdos de paz.

Para el momento en que nos encontramos, teniendo un avance sin precedentes, es necesario que la sociedad y sus representantes, como lo son los integrantes del Congreso de la República, adelanten todas las actuaciones necesarias para que la etapa denominada implementación, verificación y solución de controversias, Peacebuilding, consolidación para la construcción de paz o de implementación y verificación del Acuerdo Final cuente con las condiciones de estabilidad y seguridad jurídica necesarias para su cumplimiento.

Lo anterior tiene una importante relevancia en la medida que si bien, de acuerdo con el análisis respectivo, las etapas de negociación y celebración de acuerdos de paz en Colombia han sido objeto de regulación por parte del legislador en virtud de la cláusula general de competencias atribuida por el artículo 150 de la CP, sin embargo, hasta el momento el legislador no se ha ocupado con el mismo rigor sobre disposiciones que brinde estabilidad y seguridad al Acuerdo Final y, en general, que viabilice y facilite su cumplimiento para la protección y garantía del derecho a la Paz, además de todos aquellos vinculados a un proceso de terminación de un conflicto armado interno.

Para el caso concreto de la negociación que se adelantó entre el Gobierno nacional y las Farc, se debe anotar que la regulación de dicha fase ha sido objeto de un diseño pormenorizado producto tanto del direccionamiento al cual está facultado el Gobierno nacional por mandato de la ley 418, como de los acuerdos alcanzados entre las partes. Ahora dicho diseño, bien por determinación de las partes o por el direccionamiento del ejecutivo, ha sido remitido al Congreso de la República para que sea a través de las instituciones democráticas y los procedimientos establecidos en el ordenamiento constitucional colombiano (Procedimiento Legislativo Especial para la Paz) que se adelante su trámite.

El Acto legislativo 01 de 2016 estableció los instrumentos jurídicos para adelantar los desarrollos normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, consistentes básicamente en la regulación de un procedimiento legislativo especial para tramitar las reformas constitucionales y legales atinentes, que contempla especialmente un control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, el otorgamiento de unas facultades presidenciales de paz y la inclusión de un plan de inversiones para la paz en el plan plurianual de inversiones de los planes nacionales de desarrollo venideros.

¹¹ Burgess, Heidi. *Peace Processes* en *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, mayo de 2014, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peace-processes>

En suma: por iniciativa del Gobierno nacional, máximo rector del proceso de paz, se adelantó por vía del Congreso de la República, en uso de sus facultades como constituyente derivado, el trámite de una reforma constitucional para regular constitucionalmente la fase de implementación del Acuerdo Final que persigue cuatro objetivos esenciales y legítimos para lograr alcanzar una paz estable y duradera: integralidad, fidelidad, agilidad y efectividad de los acuerdos.

Tal regulación cuenta con unas características específicas que tiene como resultado la puesta en funcionamiento de las instituciones jurídicas axiales de la CP de 1991. Ello se corrobora, en primer lugar, porque será el legislador quien desarrolle los contenidos del Acuerdo mediante un debate democrático y deliberativo, pero sin atentar contra su integralidad pues sería, además de defraudar las expectativas del proceso, defraudar la normativa vigente que permite al Presidente de la República adelantar la negociación de acuerdos de paz. En segundo lugar, en la implementación se activarán los mecanismos de frenos y contrapesos diseñados por la CP pues implica la inferencia directa de todos los poderes públicos: el ejecutivo que preparará los proyectos de ley y acto legislativo para someterlos al escrutinio del legislador, el legislador que se encargará de hacer la deliberación política correspondiente y el poder judicial, a través de la Corte Constitucional, que se encargará de adelantar el juicio de constitucionalidad para asegurar, además de la fidelidad entre lo acordado y lo reglamentado, que lo aprobado por el Congreso no mine la supremacía e integralidad de la CP.

Finalmente, en cuanto a la verificación y monitoreo del desarrollo normativo del Acuerdo, se debe decir que dicha competencia está distribuida entre diferentes actores como es la rama ejecutiva, que prepara los proyectos, el Congreso que los debate y la Corte Constitucional que los controla. Pero incluso la sociedad civil es verificadora del desarrollo normativo de ellos en virtud del artículo 40 de la CP que le permite tanto presentar acciones como participar de los procesos en defensa de la Constitución que, para este caso, sería también en defensa de la integralidad y fidelidad de los acuerdos.

En síntesis, el derecho constitucional de los acuerdos de paz es un marco normativo que, si bien cuenta con profundo respaldo en los principios axiales de la CP, se encuentra en proceso de consolidación con ocasión del desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto.

1.2. Naturaleza jurídica del Acuerdo Final y su jerarquía normativa

Indagar sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos, en tanto es el primer paso de implementación, implica necesariamente observar el marco-jurídico que se está consolidando para ello. La pregunta sobre la naturaleza jurídica y jerarquía normativa del Acuerdo pasa por establecer si el Acuerdo, por sí mismo, hace parte del sistema de fuentes previsto por la CP, o se encuentra en la esfera de compromisos políticos adquiridos por las autoridades. Para ello resulta iluminador la caracterización jurisprudencial que la H. Corte ha hecho del sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional a partir de la vinculación de los materiales normativos con las autoridades judiciales que tienen por encargo definir, en última instancia, lo que se encuentra jurídicamente ordenado, prohibido o permitido.

El artículo 230 de la CP establece que *“los jueces en sus providencias se encuentran sometidos al imperio de la ley”* y lo complementa señalando que son criterios auxiliares de la actividad judicial la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la equidad. Ahora bien, la Corte ha establecido que el alcance de la palabra *“ley”* del artículo referenciado debe ser comprendida en un sentido material, es decir que son normas, y por tanto pertenecen al sistema de fuentes, aquellas que son *“(i) adoptadas por las autoridades a quienes el*

ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimiento o las formas fijadas con ese propósito”¹². Luego donde hay competencia y se sigue el procedimiento reglado por la CP y la ley hay una norma. Y asimismo señaló que las relaciones entre las normas, es decir su jerarquización en el ordenamiento, se rige por tres criterios de validez los cuales son relativos:

“(i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso”¹³

Con base en lo anterior tenemos que apuntar lo siguiente. Los productos del proceso de paz, en especial el Acuerdo Final, no cuenta *prima facie* con ningún tipo de relevancia en el sistema de fuentes, pues el órgano que lo produce carece de reconocimiento constitucional y no surte un procedimiento reglado por la CP y la ley. Lo anterior, sin embargo, no significa que ello no pueda suceder, pues precisamente el proyecto de acto legislativo objeto de análisis se tramita a través del órgano competente para la producción de normas y mediante el procedimiento previsto por la CP (Acto Legislativo 01 de 2016), luego los productos del proceso de paz podrían adquirir el carácter de fuentes de derecho. Lo anterior también resuelve la cuestión sobre la jerarquía normativa, pues dependiendo del contenido, el órgano y el procedimiento utilizado para su incorporación, sería posible verificar cómo se validan dichos materiales en el ordenamiento.

La finalidad de los acuerdos especiales del derecho internacional humanitario es que los actores armados en un conflicto armado no internacional adquieran “compromisos explícitos (...) para cumplir con ciertas normas del DIH, y pued[a]n estar expresados en un documento firmado, una declaración conjunta o cualquier otra forma. Esencialmente son expresiones públicas de una voluntad concurrente de cumplir el DIH”¹⁴. La referencia a estos acuerdos fue incluida en los Convenios de Ginebra ante la ausencia de regulación del artículo 3 común de cuestiones humanitarias y de conducción de hostilidades que sí fueron establecidos para los conflictos de carácter internacional a lo largo del texto de los cuatro convenios¹⁵. En vista de que los compromisos sobre derecho internacional humanitario son adquiridos por los Estados, y en esta toma de decisiones no participan los actores armados no estatales, los acuerdos especiales se han entendido como una buena forma de lograr mayor cumplimiento de los combatientes del DIH. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), ha señalado que “un acuerdo especial puede crear nuevas obligaciones jurídicas, si va más allá de las disposiciones del DIH ya aplicables en las circunstancias específicas (un acuerdo “constitutivo”), o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes (un acuerdo “declarativo”)”¹⁶.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-284 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ HEFFES, Esequiel y KOTLIK Marcos, “Special agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime”, International Review of the Red Cross, número 96 (895/896), pág. 1198.

¹⁵ *Ibid*. Pág. 1197.

¹⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales”, Ginebra, 2008, pág. 16.

Así tenemos que los acuerdos especiales buscan principalmente acercar a las partes en conflicto para llegar a compromisos comunes en materia de DIH y su utilización puede darse ya sea en el marco del conflicto, como parte de un acuerdo de cese de hostilidades, o también en el marco de un proceso de paz. Ahora, han existido ocasiones en las que este tipo de acuerdos incluyen normas de respeto y garantía de derechos humanos, como sucedió en El Salvador y en Filipinas. En estos casos, no existe una posición internacionalmente aceptada sobre la naturaleza de los acuerdos especiales que incluyen disposiciones de derechos humanos. Por ejemplo, para el CICR:

“Algunos acuerdos concluidos entre las partes en un conflicto armado no internacional se refieren tanto al DIH como al derecho de los derechos humanos y, por consiguiente, no son acuerdos basados en el artículo 3 común, en sentido estricto. Por ejemplo, el Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, concluido entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en 1990, contenía compromisos de respetar el artículo 3 común y el Protocolo adicional II, además de varias disposiciones de derechos humanos. El Acuerdo General sobre el Respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, concluido entre el Gobierno de Filipinas y el Frente Nacional Democrático de Filipinas, es un ejemplo más”¹⁷. (Subrayado propio).

Es decir que la calificación como acuerdo especial a la luz del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del Acuerdo Final nos responde – sin que haya una postura consolidada y unívoca en el derecho internacional – sobre cuál es su contenido. Ahora, el marco-jurídico que se encuentra en proceso de consolidación tiene el propósito de vincular el contenido del Derecho Internacional Humanitario del Acuerdo Final al ordenamiento jurídico, mediante un procedimiento legislativo del Congreso de la República, lo cual, además de respondernos sobre el contenido, nos da razón sobre el procedimiento y el órgano encargado de su trámite. Así las cosas, la respuesta a la pregunta sobre la naturaleza jurídica y jerarquía del acuerdo será necesariamente que el Acuerdo, de surtir este trámite, tendrá prevalencia en el ordenamiento jurídico.

Por las razones expuestas le sugerimos respetuosamente a la H. Cámara de Representantes apruebe el contenido del proyecto de acto legislativo, de acuerdo con los análisis efectuados. Asimismo, los alentamos para que continúen el debate sobre la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en el marco de un proceso de implementación que respete y proteja la integridad y coherencia del Acuerdo Final que ha permitido cesar la violencia en el marco del conflicto armado con las Farc.

Comisión Colombiana de Juristas
17 de marzo de 2017

¹⁷ Ibid. Pág. 18.

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016 SENADO
“POR MEDIO DEL CUAL SE ADICIONA UN ARTÍCULO TRANSITORIO A LA
CONSTITUCIÓN CON EL PROPÓSITO DE DAR ESTABILIDAD Y SEGURIDAD
JURÍDICA AL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA
CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA”**

**Rodrigo Uprimny Yepes
Diana Isabel Güiza Gómez**

El presente texto somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República algunas reflexiones en relación con el proyecto de reforma constitucional que busca dotar de estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo de paz firmado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, el 24 de noviembre de 2016. Este documento hace parte de una serie de textos cortos en los que sustentaremos ciertas observaciones a algunos de los proyectos de reforma constitucional y legal que serán tramitados en el Congreso para implementar el acuerdo de paz.

Con tal propósito, este documento se divide en tres secciones. La primera de ellas resalta la relevancia y conveniencia de generar espacios de participación de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, en los debates legislativos que tienen relación con la implementación normativa del acuerdo de paz. La segunda parte muestra por qué es importante otorgar fuerza jurídica a un acuerdo de paz, con el fin de dotar de estabilidad y sostenibilidad al proceso de construcción de paz; y las dificultades que se enfrentan al momento de dar valor jurídico a un acuerdo de paz suscrito entre un Estado y un grupo insurgente. La tercera y última parte sostiene que la fórmula adoptada por el proyecto de reforma constitucional objeto de análisis es razonable, ya que, al mismo tiempo, garantiza la suficiente fuerza jurídica al acuerdo de paz para que su implementación normativa sea integral y fiel, y protege la supremacía de la Constitución de 1991.

Los espacios de participación ciudadana en el fast-track

Los comentarios que aquí presentamos fueron expuestos por Rodrigo Uprimny Yepes, el pasado 25 de enero, en la audiencia pública que convocó la Comisión Primera del Senado. Esos espacios son fundamentales para ampliar y robustecer el debate democrático en torno a la implementación normativa del acuerdo de paz. Tal implementación tendrá lugar en el Congreso vía *fast-track*¹, el cual es un mecanismo necesario para la sostenibilidad del proceso de paz, ya que favorece la aplicación ágil, efectiva, integral y fiel del acuerdo de paz. Entre mayor seriedad en la implementación de un acuerdo de paz, mayor será la estabilidad del proceso de construcción de paz y

¹ El *fast-track* es un procedimiento legislativo expedito que fue aprobado por el Acto Legislativo 1 de 2016. Su propósito es agilizar el trámite que deben seguir en el Congreso de la República las reformas constitucionales y legales para el desarrollo e implementación normativa del acuerdo de paz.

menores serán los riesgos de que se reabran discusiones que ya habían sido cerradas en la etapa de negociación. Es por ello que este tipo de trámites legislativos han sido adoptados en otras experiencias para fortalecer el proceso de paz, como ocurrió Irlanda del Norte (House of Lords, 2009), el cual es considerado un caso exitoso.

Sin embargo, por sus características, el *fast-track* disminuye las facultades del Congreso y la calidad de la deliberación parlamentaria. Este déficit de democracia deliberativa debe ser contrarrestado con un plus de democracia participativa, ya que la construcción de paz se robustece en la medida en que ésta goza de legitimidad política, gracias a la participación de la sociedad. De hecho, la falta de participación en los sistemas políticos y económicos explica, en buena parte, por qué el 50% de los procesos de paz fracasa dentro de los 5 años siguientes a la firma del acuerdo de paz (International Alert, 2006; Nylander, 2014). Muestra de ello es, por ejemplo, el resurgimiento del conflicto armado interno en Sudán del Sur y Mozambique². Por esas razones, urge abrir canales de participación ciudadana durante la implementación del proceso de paz y un buen esfuerzo inicial en esa línea es invitar a la ciudadanía a participar en los debates legislativos relacionados con el desarrollo del acuerdo de paz.

El difícil y relevante debate del valor jurídico de acuerdos de paz³

La pregunta por el valor jurídico de los acuerdos de paz pasa necesariamente por la decisión de otorgarles carácter normativo. Es decir, esa pregunta parte del supuesto de que los acuerdos de paz no solamente son pactos políticos, sino que también son –o deberían ser– documentos jurídicos, en aras de asegurar jurídica y políticamente su cumplimiento, en tanto se entienden un compromiso del Estado y no un compromiso del gobierno de turno.

Con todo, la respuesta a esa pregunta no es clara y enfrenta retos analíticos. Los acuerdos de paz que suscriben un Estado y un grupo insurgente tienen unas particularidades frente a las partes que intervienen y el contenido de los mismos, lo cual dificulta el análisis de su naturaleza y fuerza jurídica. Es por eso que el valor jurídico de este tipo de acuerdos es un asunto controversial y no existe claridad sobre su carácter normativo ni su ubicación en las fuentes de derecho internacional y nacional⁴.

Esta no es una duda exclusiva del proceso de paz colombiano. Como señala Bell (2006), no existe una amplia literatura acerca del carácter normativo de los acuerdos de paz firmados entre un Estado y un grupo armado, en especial, acerca de su fuerza

² Para mayor información, ver Nylander (2014)

³ Utilizamos el término valor jurídico para hacer referencia a la naturaleza jurídica y la fuerza normativa de los acuerdos de paz celebrados entre un Estado y un grupo insurgente.

⁴ Sobre el estatus incierto de los acuerdos de paz entre un Estado y una guerrilla, ver Bell (2006)

jurídica y su ubicación en las fuentes de derecho internacional y derecho interno. Esto, a pesar de que en las últimas décadas ha aumentado el uso de negociaciones de paz para terminar guerras civiles: entre 1990 y 2010, se firmaron 600 acuerdos de paz en aproximadamente 90 países (Bell, 2008)⁵. El análisis de negociaciones y acuerdos de paz se ha centrado en dos campos de estudio. De una parte, en las ciencias sociales y en los estudios de resolución de conflictos, las investigaciones se han focalizado en la reflexión de los factores que influyen en el cumplimiento exitoso de los acuerdos de paz. En esa forma, dichas investigaciones no han abordado las cuestiones relacionadas con la fuerza normativa de los acuerdos. Por otra parte, la literatura jurídica se ha ocupado de los términos, estructura y naturaleza legal de determinados acuerdos de paz en casos específicos, pero no ha analizado la naturaleza jurídica ni fuerza normativa de los acuerdos de paz en general. Ello muestra, entonces, un vacío en la reflexión académica sobre la obligatoriedad y carácter normativo de este tipo de pactos.

La incertidumbre del valor jurídico de los acuerdos, además, no es un problema de menor importancia. Por el contrario, distintos estudios comparados muestran que el éxito de los procesos de paz depende, en buena medida, de la seguridad de que los acuerdos de paz se apliquen de manera *sostenida y sostenible* (Hartzell, Hoddie, & Rotchild, 2001; Stedman, 2001)⁶. Esto es posible, entre otros factores, gracias a la claridad del valor jurídico de tales acuerdos, es decir, su validez y fuerza jurídica.

Hay al menos tres razones que sustentan esto. En primer lugar, los acuerdos de paz son comprendidos como documentos que generan obligaciones para las partes, más que simples declaraciones políticas. Esto implica que, en segundo lugar, los acuerdos son vistos como garantía de cumplimiento tanto para las partes como para la sociedad y las víctimas. En este sentido, como los acuerdos hacen parte de un orden jurídico, las partes negociantes entienden que de ellos derivan deberes y que, en caso de incumplimiento, se pueden activar mecanismos jurídicos para forzar a la contraparte a que acate lo pactado. A su vez, los acuerdos son garantía de cumplimiento para la sociedad en general, que busca restablecer sus lazos de confianza con las instituciones democráticas del Estado; y para las víctimas en particular, quienes ven que sus derechos han sido tomados en serio. Y en tercer lugar, dichos acuerdos obtienen

⁵ Esta proliferación de los acuerdos de paz ha contado con la atención de la comunidad internacional. Muestra de ello es el desarrollo de algunos estándares internacionales para regular los acuerdos de paz, respecto a no sólo el trámite de las negociaciones, sino también al contenido de las mismas. Entre estos estándares, se encuentran: Mujeres, paz y seguridad, reporte del Secretario General de Naciones Unidas, UN Doc. S/2004/814; Informe de la Sra. Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.; El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, UN Doc. S/2004/616; Panel sobre las operaciones de paz de la ONU, reporte al Secretario General, 21 de agosto de 2000, UN Doc. A/55/305-S/2000/809.

⁶ Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General de la ONU. UN Doc. A/59/2005, párrafo 114.

certeza jurídica y, en esa forma, el proceso de paz se asegura y, en cierta medida, se vuelve irreversible. Así, futuros gobiernos no estarían facultados para deshacer fácilmente lo pactado, pues ello hace parte de un orden jurídico que no puede ser desconocido ni anulado de facto.

Ahora bien, para la sostenibilidad del proceso de paz no sólo es necesario que exista certeza del valor jurídico de los acuerdos, sino que esa certeza exista desde las fases primarias de implementación de lo pactado. Como lo muestra Bell (2006, p. 4), los procesos de paz tienen mayor probabilidad de fracasar entre los cinco y diez primeros años de celebrados los acuerdos. De hecho, casi la mitad de los procesos de paz han fracasado en ese periodo de tiempo y otro tanto ha entrado en una situación en la que no hay guerra pero tampoco paz (“no-war-no-peace”), la cual es difícil de evaluar.

Ese periodo inicial puede ser más frágil aún si lo pactado en el acuerdo de paz no tiene carácter vinculante debido al valor jurídico incierto del acuerdo de paz. Muestra de ello es el caso de Burundi. Allí, el Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha (2000) dispuso que el Presidente de la República será elegido por un periodo de 5 años renovables por una sola vez y que nadie puede ejercer como Presidente por más de dos periodos presidenciales⁷. El acuerdo no adquirió una clara fuerza jurídica, desde la etapa inicial de la implementación. Sin embargo, la Constitución fue reformada e incorporó una cláusula semejante (artículo 96⁸), aunque no igual⁹, la cual fue aprobada en febrero de 2005, a través de un referendo. El propósito de esa disposición es instaurar la separación de poderes, desconcentrar el poder de un solo partido político y permitir la representación política tanto de los Hutu como de los Tutsi. Ahí radica la importancia de esa regulación para la estabilidad del proceso de paz.

Sin embargo, el partido político *National Council for the Defense of Democracy-Forces for the Defense of Democracy* (CNDD-FDD), al cual pertenece el actual Presidente

⁷ Protocolo II, Artículo 7. “2. The President of the Republic shall exercise regulatory power and shall ensure the proper enforcement and administration of legislation. She/he shall exercise her/his powers by decrees, countersigned, where required, by a Vice-President or a minister concerned.

3. She/he shall be elected for a term of five years, renewable only once. No one may serve more than two presidential term”.

Puede consultarse en https://web.archive.org/web/20080225230825/http://www.usip.org/library/pa/burundi/pa_burundi_08282000_pr2ch1.html#7

⁸ Constitución de Burundi (2005), artículo 96: “The President of the Republic is elected by universal direct suffrage for a mandate of five years renewable one time”. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Burundi_2005?lang=en

⁹ La diferencia entre las dos cláusulas (la del acuerdo y la de la Constitución) parecía menor. El acuerdo disponía que el Presidente sólo podía ejercer el cargo por máximo dos periodos, mientras que la cláusula constitucional habla de que sólo podía ser reelecto una vez. El problema, como veremos, es que el presidente actual Nkurunziza cumplió dos periodos, pero el primero no fue por elección popular sino por designación por el parlamento.

Nkurunziza (excombatiente Hutu), ha intentado por distintas vías modificar esa regla del juego político, con el fin de reservarse el control político de Burundi. El CNDD-FDD no firmó los acuerdos de Arusha y, en 2005, llegó al poder gracias a que logró construir la imagen de que era un movimiento multiétnico. Pero, con el tiempo, este partido se ha convertido en un obstáculo para la consolidación de la paz, pues se ha opuesto fuertemente a los contenidos de los acuerdos de Arusha, en especial, a la prohibición de una segunda reelección para el Presidente de la República (Nantulya, 2015).

En 2014, el Parlamento rechazó un conjunto de reformas constitucionales que había planteado el CNDD-FDD. Una de ellas pretendía eliminar la prohibición constitucional según la cual no se puede ejercer la Presidencia de la República por un tercer periodo consecutivo. Luego, en 2015, el Presidente Nkurunziza se presentó a las elecciones presidenciales, a pesar de que no podía postularse para otro periodo presidencial. Nkurunziza fue designado como Presidente por el Parlamento, en 2005. Después, en 2010, fue elegido popularmente como Presidente, por lo que, para 2015, ya había ejercido dos periodos presidenciales consecutivos y, conforme al acuerdo, no podía aspirar a un tercer periodo.

Sin embargo, conforme a una interpretación puramente literal (y contraria al espíritu y finalidad del acuerdo) de la reforma constitucional, Nkurunziza podría alegar que era factible su candidatura presidencial, ya que éste ejerció el primer periodo presidencial (2005-2010) por designación del Parlamento, mas no por voto popular (Winsor, 2015). En mayo de 2015, la Corte Constitucional de Burundi decidió que el Presidente podía aspirar por un tercer periodo. Esa decisión judicial fue tomada en un ambiente de presión que, al parecer, alteró la independencia de la Corte, al punto que el Vice-Presidente de ese tribunal tuvo que huir del país (BBC, 2015). Esta concentración del poder en manos de Nkurunziza ha llevado al resurgimiento de la violencia y tiene en una grave situación política a Burundi, que está al borde de volver a la guerra.

Como vemos, Burundi se ha sumido en esta difícil situación, en parte, debido a la falta de certeza de que los acuerdos de Arusha son de obligatorio cumplimiento y que todas las autoridades públicas deben aplicarlos de buena fe. Por supuesto, la fragilidad del proceso de paz en ese país no se debe exclusivamente a esta cuestión, pues hay otros factores políticos y étnicos de peso que explican la crisis interna, como es la falta de un apoyo político y amplio a los acuerdos que, a forma de coraza, los proteja de los embates políticos. Sin embargo, no podemos desconocer que la explicación de esta crisis pasa por el entendimiento de los acuerdos de Arusha como aspiraciones políticas más que obligaciones con cierto valor jurídico y que son exigibles tanto a las partes de la negociación como a las instituciones estatales y a la sociedad en su conjunto.

Este caso muestra, entonces, que una forma de contrarrestar los riesgos de las etapas

primarias de implementación es convertir las aspiraciones políticas de los acuerdos en obligaciones exigibles a las partes, al Estado y a la sociedad en general. En ese contexto, juega un papel importante la certeza del valor jurídico del acuerdo. De ahí la relevancia de que en Colombia resolvamos este asunto justo ahora, cuando estamos iniciando el proceso de implementación del acuerdo de paz.

La razonabilidad de la fórmula del proyecto de reforma constitucional

El proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 Senado (PAL 1/2016 Senado) adopta una fórmula de valor jurídico del acuerdo de paz que es razonable porque, al mismo tiempo, dota de seguridad jurídica la implementación normativa de la paz y preserva los elementos medulares de la Constitución de 1991. En efecto, esta fórmula armoniza el valor jurídico del acuerdo con la supremacía constitucional y, en esa forma, supera las críticas que recibió el diseño inicial del acuerdo de Cartagena¹⁰.

Ese acuerdo disponía que el mismo sería incorporado, en su totalidad, al bloque de constitucionalidad “en sentido estricto”. Así pues, el acuerdo tendría rango constitucional, pues el bloque de constitucionalidad en sentido estricto hace referencia a normas de rango constitucional¹¹. Además, se incorporaría la totalidad del acuerdo y sin límite temporal. Ese diseño era sólido para otorgarle garantías jurídicas de cumplimiento a las FARC-EP y a la sociedad en general y, por ello, lo defendimos en otras ocasiones¹². Sin embargo, este diseño heterodoxo tenía riesgos de desconocer la supremacía constitucional, ya que le otorgaba rango constitucional a un documento que no ha pasado por los mecanismos ordinarios de reforma constitucional (artículo 374 de la Constitución Política) y que cuenta con casi 300 páginas.

Este punto fue criticado antes y después del plebiscito del pasado 2 de octubre. Luego de que el acuerdo de Cartagena no fue aprobado popularmente en el plebiscito, los voceros del NO criticaron dicho diseño, pues consideraban que éste deformaba la Constitución. Como respuesta, el nuevo acuerdo del Teatro Colón logra un sano

¹⁰ Con el término acuerdo de Cartagena, hacemos referencia al primer acuerdo de paz que el gobierno colombiano y las FARC-EP firmaron el 26 de septiembre de 2016, el cual no fue aprobado popularmente por el plebiscito especial del 2 de octubre de 2016. Por su parte, el acuerdo firmado el 24 de noviembre de 2016 lo denominamos el acuerdo del Teatro Colón.

¹¹ En general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha vuelto muy confusa en torno a qué es el bloque en sentido estricto y lato. Su definición inicial distinguía entre normas que adquirirían rango constitucional (sentido estricto) y normas, como las leyes estatutarias, que sin tener rango constitucional, podrían servir de parámetro de constitucionalidad de otras leyes (sentido lato). El bloque de constitucionalidad se encuentra entonces profundamente ligado al sistema de fuentes en Colombia, pues define el alcance mismo de las normas que tienen fuerza y jerarquía constitucional (bloque en sentido estricto), así como de otros principios y derechos que, sin tener estrictamente jerarquía constitucional, tienen una fuerza supralegal, pues constituyen parámetros de constitucionalidad de las leyes y disposiciones de menor jerarquía (bloque en sentido amplio).

¹² Ver: Uprimny Yepes (2016); Uprimny Yepes y Güiza Gómez (2016)

equilibrio entre ofrecer garantías de seguridad jurídica a las FARC-EP (para recoger la voluntad de la mitad de los votantes que apoyaron el acuerdo de Cartagena) y preservar la integridad de la Constitución del 91 (para atender a las objeciones de los voceros del NO).

El acuerdo del Teatro Colón crea un nuevo diseño que es el mismo que acoge la reforma constitucional que comentamos¹³. Según este nuevo mecanismo, no todo el acuerdo de paz ingresará al ordenamiento jurídico colombiano. Solamente tendrán un valor jurídico especial aquellas disposiciones del acuerdo que “correspondan a normas de *derecho internacional humanitario* o *derechos fundamentales* definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores”. Es así como la nueva fórmula establece un límite temático.

Ahora bien, podría argumentarse que no existe realmente dicho límite, ya que es posible que otros contenidos del acuerdo adquieran valor jurídico si son conexos con normas de derecho internacional humanitario o normas de derechos fundamentales y estas últimas son muy amplias. Por esa vía, entonces, se abriría la posibilidad de que prácticamente todas las disposiciones del acuerdo de paz ingresen al orden jurídico. Sin embargo, esta crítica olvida que, en el derecho colombiano, el concepto de derechos fundamentales es más restringido que aquel de derechos constitucionales, lo cual delimita las posibilidades del tipo de contenidos del acuerdo que, por conexidad, podrían ingresar al orden interno.

Un ejemplo de ello es el tratamiento constitucional que ha recibido el derecho a la salud, a lo largo de la jurisprudencia constitucional. En sus inicios, la Corte Constitucional protegió judicialmente el derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales. En ese momento, se discutía si el derecho a la salud podía exigirse por medio de acción de tutela, a pesar de que el mismo no fuera catalogado explícitamente como derecho fundamental por la Constitución. Para resolver ese

¹³ Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 Senado. “Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así:

Artículo transitorio xx. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y desarrollo del Acuerdo Final.

Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.

Artículo 2. El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final.”

dilema, la Corte tuteló el derecho a la salud argumentando que, si éste no se protegía, sería amenazado o hasta vulnerado un derecho claramente fundamental, como el derecho a la vida, por ejemplo. Posteriormente, a partir de la sentencia T-589 de 2003¹⁴, la Corte posicionó una jurisprudencia que considera al derecho a la salud como fundamental respecto a su *ámbito básico*.

Así pues, debido a que las normas humanitarias y los derechos fundamentales tienen un contenido delimitado, el margen de las cláusulas del acuerdo que, por conexidad, podrían ingresar al derecho colombiano es igualmente limitado.

Sumado a esto, con el nuevo diseño, las disposiciones sobre derecho internacional humanitario y derechos fundamentales no ingresarán a la Constitución ni al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, con lo cual ninguno de los contenidos del acuerdo de paz tendrá rango constitucional. Por el contrario, esas cláusulas “serán *obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez* de las Normas y las Leyes de Implementación y desarrollo del Acuerdo Final”. Este tratamiento jurídico no es una novedad en nuestro ordenamiento. En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que ciertas normas, con independencia de su jerarquía normativa, juegan el rol de parámetro de interpretación y, en ciertas ocasiones, de constitucionalidad. En el caso de las normas humanitarias, la Corte Constitucional ha afirmado, en distintas oportunidades, que las normas humanitarias –de carácter convencional, consuetudinario y de *ius cogens*– ingresan automáticamente al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, y constituyen parámetro de constitucionalidad¹⁵. Igualmente, la Corte ha reconocido que normas sin rango constitucional, como las leyes estatutarias u orgánicas, sirven de parámetro de constitucionalidad¹⁶.

Adicionalmente, el nuevo diseño delimita el universo de normas y actuaciones estatales respecto de las cuales las mencionadas disposiciones del acuerdo cumplen el rol de parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez. El inciso primero del artículo primero del proyecto de reforma constitucional señala que los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo serán parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez en relación con *las normas que implementen y desarrollen el acuerdo de paz*.

¹⁴ En la sentencia T-859 de 2003, la Corte señaló que la protección judicial dirigida al suministro de prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS) se relacionaba con los mínimos determinados por el legislador y que, por ende, correspondía entender dicho amparo como la protección de un derecho fundamental. Se estableció entonces que, en Colombia, existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana y (ii) se traduce en un derecho subjetivo.

¹⁵ Ver, principalmente, Corte Constitucional. Sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995, SU-256 de 1999, C-048 de 2001, C-291 de 2007, C-750 de 2008, C-240 de 2009, C-664 de 2013.

¹⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-482 de 2008, C-315 de 2008, C-072 de 2006, C-856 de 2006, C-985 de 2006, C-380 de 2008 y C-1175 de 2001.

En relación con el resto de normas del ordenamiento interno, el inciso segundo de dicho artículo estipula que “[l]as instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final”. Es por ello que, continúa la norma, “las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.”

A partir de una lectura aislada de ese inciso, podría argumentarse que el acuerdo de paz tiene fuerza jurídica respecto de *todo el orden jurídico colombiano* y no solo frente a las normas que lo implementen y desarrollen, como lo estipula el inciso primero. No obstante, una interpretación armónica de los dos incisos permite concluir que el inciso primero establece que, en relación con las *normas de implementación y desarrollo del acuerdo de paz*, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo cumplen la *función principal y obligatoria* de parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez. Mientras que el inciso segundo indica que el acuerdo de paz constituye un *marco de acción* para las instituciones y autoridades del Estado, por lo que tienen el *mandato de cumplirlo de buena fe*. En consecuencia, respecto del resto de normas y actuaciones estatales que *no desarrollen ni implementen directamente el acuerdo*, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo son parámetro *supletivo* de interpretación, esto es, son fuente interpretativa en caso de duda.

Finalmente, el nuevo diseño establece un límite temporal: 3 periodos presidenciales completos posteriores a la firma del acuerdo de paz. Así se supera la crítica del diseño del acuerdo de Cartagena, el cual no fijaba ningún límite de tiempo.

En estos términos, la fórmula que adopta el proyecto de reforma constitucional es necesario y conveniente, para la estabilidad y sostenibilidad del proceso de paz, como lo expusimos en la segunda parte de este texto; y es razonable, pues respeta la supremacía constitucional, como lo argumentamos en esta tercera parte.

BIBLIOGRAFÍA

BBC. (2015, Mayo 5). Burundi court backs President Nkurunziza on third-term.

Retrieved from <http://www.bbc.com/news/world-africa-32588658>

Bell, C. (2006). Peace Agreements: Their Nature and Legal Status. *The American Journal of International Law*, 100, 373-412.

- Bell, C. (2008). *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*. Oxford: Oxford University Press.
- Hartzell, C., Hoddie, M., & Rotchild, D. (2001). Stabilizing the Peace after Civil War: An Investigation of Some Key Variables, 55(1), 183–208.
- House of Lords. (2009). *Select Committee on the Constitution 15th Report of Session 2008–09 Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Vol. I). Authority of the House of Lords.
- International Alert. (2006). *Local Business, Local Peace: the Peacebuilding Potential of the Domestic Private Sector*. UK: International Alert.
- Nantulya, P. (2015, agosto). Burundi: Why the Arusha Accords are Central. Retrieved from <http://africacenter.org/spotlight/Burundi-why-the-arusha-accords-are-central/>
- Nylander, D. (2014). The Colombian peace process: Challenges for implementation of a peace agreement. Presented at the Seminario Internacional: La paz en Colombia, Universidad Torcuato di Tella. Retrieved from <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Challenges-for-implementation-of-a-peace-agreement/id2008433/>
- Stedman, S. J. (2001). Implementing Peace Agreements in Civil Wars: Lessons and Recommendations for Policymakers. *IPA Policy Paper Series on Peace Implementation*.
- Uprimny Yepes, R. (2016, Julio 8). Una paz constitucional. Retrieved from <http://www.elespectador.com/opinion/una-paz-constitucional>

- Uprimny Yepes, R., y Güiza Gómez, D. I. (2016, Julio 7). Una paz constitucional y una Constitución en paz. Retrieved from <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/una-paz-constitucional-y-una-constitucion-en-paz>
- Winsor, M. (2015, abril). Burundi Elections 2015: President Nkurunziza Should Withdraw Thrid Term Bid, Former Leader Says. *International Business Times*. Retrieved from <http://www.ibtimes.com/burundi-elections-2015-president-nkurunziza-should-withdraw-third-term-bid-former-1907861>



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Bogotá D.C., 21 de marzo de 2017

Señor

TELÉSFORO PEDRAZA

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

Honorable Presidente:

Por medio del presente documento ponemos a su consideración y la de los demás Honorables Representantes la intervención del Instituto para las Transiciones Integrales sobre el Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2017 “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” que actualmente surte su trámite en la Honorable Cámara de Representantes.

Agradecemos a los Honorables Representantes por habernos hecho partícipes de esta audiencia pública. El Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT por sus siglas en inglés) es una organización independiente constituida en 2012 que tiene como misión ofrecer análisis y asesoramiento amplio y exhaustivo a los actores nacionales que participan en procesos de diálogo y transición de alto nivel. Está basada en Barcelona, y es la primera organización no gubernamental que opera con el mandato de brindar orientación personalizada acerca de cómo priorizar e integrar la formulación de políticas en las áreas de democracia, desarrollo, estado de derecho y seguridad con el fin de ofrecer mejores oportunidades para lograr transiciones exitosas. El Instituto aspira a contribuir al éxito de los procesos nacionales de diálogo y transición sirviendo como fuente independiente de recursos expertos a favor de los esfuerzos impulsados a nivel nacional con el fin de establecer unas mejores condiciones políticas, económicas y sociales. IFIT también persigue, de forma más general, ayudar a transformar el modo en que el mundo enfoca los desafíos que plantean las transiciones de por sí, alejándose de las intervenciones fragmentadas y avanzando hacia soluciones exhaustivas.

Aplaudimos la celebración de esta Audiencia Pública que consideramos permite generar un balance necesario entre agilidad y legitimidad dentro del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, asegurando que las voces de distintos sectores de la sociedad sean tenidas en cuenta. Los comentarios que presentamos a continuación se derivan de nuestros conocimientos técnicos sobre el proceso colombiano, así como de lecciones aprendidas a nivel internacional.

Existe un importante debate académico internacional en torno a la naturaleza jurídica de los acuerdos de paz entre gobiernos y grupos armados al margen de la Ley. Ese debate es especialmente importante en contextos de gran desconfianza como el colombiano, en el que llegar a la firma de un Acuerdo de Paz, implica ofrecer garantías a la contraparte de que lo pactado en efecto se va a cumplir. Estas garantías pueden ser políticas y jurídicas, y se han convertido recientemente en un factor determinante para la firma de los acuerdos de paz, dadas las experiencias históricas de incumplimiento de lo acordado.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

El proceso de paz de La Habana exploró distintas garantías jurídicas de cumplimiento de lo acordado como la realización de una Asamblea Nacional Constituyente, la firma del Acuerdo como un tratado internacional y la incorporación del Acuerdo al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Finalmente, y luego de los resultados del plebiscito del 2 de octubre, las partes en la Mesa de conversaciones acordaron una garantía de cumplimiento más modesta: los contenidos del Acuerdo de Paz, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales, serán parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, durante los próximos tres períodos presidenciales.

De ahí que el texto del Proyecto de Acto Legislativo haya incorporado una cláusula según la cual el Acuerdo en todo caso debe entenderse "con sujeción a las disposiciones constitucionales". Esto implica, que aquellas disposiciones del Acuerdo que se convierten en parámetro de interpretación de manera transitoria, serán de rango infra constitucional, pero supra-legal.

En nuestra visión esta medida logra un sano balance entre ofrecer garantías a las partes en la Mesa de conversaciones de que lo pactado será cumplido, y asegurar a los ciudadanos que esas partes no pueden transgredir el ordenamiento constitucional.

Sin embargo, vemos con preocupación que algunos sectores de la sociedad colombiana han interpretado que el segundo inciso del mencionado Acto Legislativo desconocería el primer inciso y llevaría todo el texto del Acuerdo a rango constitucional. Si bien consideramos que esta interpretación es inadecuada, y desconoce el espíritu del Acuerdo Final, proponemos que se incorpore una redacción que excluya definitivamente tal interpretación.

Para concluir queremos reiterar la importancia de haber celebrado esta audiencia pública, agradecer a los Honorables Representantes por hacernos partícipes de este proceso y referirnos de nuevo a la importancia de este proyecto de Acto Legislativo para la terminación del conflicto armado en Colombia.

Atentamente,

JUANITA GOEBERTUS

Senior Associate

Instituto para las Transiciones Integrales - IFIT

Bogotá, D.C. 1º de febrero 2017

COMUNICADO A LA OPINIÓN PÚBLICA

OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016 SENADO

Por medio del cual se da estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

Como toda la sociedad colombiana, el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Corporación Excelencia en la Justicia seguimos con suma atención el proceso de implementación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC.

La efectiva construcción de la paz dependerá, en buena medida, de la legitimidad, la coherencia, la adecuada articulación, y la claridad del marco normativo que se adopte con el fin de materializar el Acuerdo. Este proceso debe redundar en el fortalecimiento de las instituciones, la plena vigencia del Estado de Derecho, y la garantía de los derechos y las libertades de todos los colombianos.

En su calidad de organizaciones independientes de la sociedad civil y de conformidad con sus objetivos misionales, el ICP y la CEJ esperan contribuir a este propósito mediante la observación crítica y constructiva de los proyectos de acto legislativo y de ley que se sometan a aprobación del Congreso de la República en el marco del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, así como de los decretos con fuerza de ley que se expidan en virtud de las facultades presidenciales para la paz, según lo establece el Acto Legislativo 1 de 2016.

Queremos insistir en que la existencia de mecanismos extraordinarios, acelerados y abreviados no exonera a ninguna de las ramas del Poder Público —pero en particular al Gobierno Nacional y al Congreso de la República— de la obligación, derivada de los principios sobre los que se funda el ordenamiento constitucional, de garantizar la deliberación pluralista, facilitar la ilustración de la opinión pública, y responder y atender las inquietudes de la ciudadanía.

De cara a la discusión en el Congreso de la República del proyecto de Acto Legislativo 01 de 2016 – Senado *por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, llamamos la atención sobre los siguientes aspectos:

1. Pertinencia de algunas disposiciones

*Sonia
Herz 21/17
12:10 PM*



Se señala en el párrafo 1 del artículo 1 del proyecto de acto legislativo que “los contenidos del Acuerdo Final (...) que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final”.

La Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que las “las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, —por voluntad expresa del Constituyente—, normas obligatorias *per se*”, y que “su integración al bloque de constitucionalidad implica que el Estado debe adoptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”; como consecuencia de lo cual las decisiones judiciales deben estar acordes con los “preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad”.

En ese sentido, el párrafo señalado resulta redundante y por lo tanto innecesario. No tiene sentido incorporar, en una disposición transitoria y específica, lo que la Carta Fundamental ya consagra con carácter general y permanente, no sólo en relación con las reglas del derecho internacional humanitario sino en lo tocante a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales (cfr. artículo 93 CN).

2. Constitucionalización del Acuerdo Final

El texto en consideración busca reemplazar el Art. 4 del Acto Legislativo 1 de 2016, actualmente vigente. En ese sentido, no se limita a prescribir que el Acuerdo haga parte del bloque de constitucionalidad, sino que lo incorpora “de modo directo e implícito en la Constitución como un todo considerada”¹, con arreglo a la lógica según la cual sólo mediante la *constitucionalización* del Acuerdo se podría derivar la obligación de todas las autoridades de la República de acatar lo que allí se contempla.

Esta *constitucionalización* genérica, abstracta e indiscriminada de “los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo” implica la elevación a la condición de normas jurídicas de postulados de carácter esencialmente político, de desarrollo progresivo, y cuyo cumplimiento —por su propia naturaleza— estará sujeto a factores de contexto y contingencias de diversa índole. Así, la configuración de este “bloque de constitucionalidad” resulta contraria a toda técnica jurídica. Pero, sobre todo, estaría imponiendo una *clausula pétrea* con una restricción antidemocrática, al menos por 12 años (de conformidad con el artículo 2 del proyecto de acto legislativo) sobre el debate político y sobre la soberanía del pueblo, ejercida directamente o por medio de sus representantes, al sujetar todo el proceso político al contenido, *constitucionalizado*, del Acuerdo Final.

3. Buena fe y reciprocidad

¹ Jorge Humberto Botero, Comentarios al proyecto de Acto Legislativo # 1 de 2016- Senado. Enero de 2017.



Bastaría consagrar, constitucionalmente, el compromiso recíproco del Estado y de la guerrilla de las FARC de cumplir de buena fe el Acuerdo Final, en el marco del ordenamiento constitucional vigente. Ello sería más coherente desde el punto de vista lógico (porque el Acuerdo es, a fin de cuentas, un acto bilateral y la obligación de cumplirlo no sólo atañe a las instituciones del Estado) y político (porque esta prescripción sería conforme con las muchas declaraciones del Gobierno en el sentido de que el Acuerdo Final no modifica el sistema político y, por lo tanto, su implementación no debe subvertir la Constitución sino ajustarse a ella).

4. Contradicciones entre el Acuerdo Final y la Constitución

Como lo han expresado algunas voces autorizadas, “aún sin realizar un estudio detallado, es evidente que muchas de las propuestas contenidas en el Acuerdo Final entran en contradicción con la Constitución Nacional”, o por lo menos señalan derroteros de política que se distancian del marco constitucional de 1991. En ese sentido, “los operadores jurídicos tendrían que elegir entre aplicar el Acuerdo Final o la Carta Política”. Al no contemplarse un mecanismo para resolver las contradicciones entre un texto y el otro, “habría que asumir que, conforme a un principio general de hermenéutica, la regla nueva desplaza a la anterior” y, en consecuencia, “se produciría un cambio constitucional inmediato”² e implícito, al margen del debate político en el que tienen derecho a participar todos los colombianos para tales efectos.

² Ibid.

Comisión Primera de Cámara de Representantes.
Audiencia pública Acto Legislativo 007 2017.

Buenos días

H. Presidente Edward David Rodríguez.
Rodríguez.

H. Invitados.

Estimados Colombianos.

COMISION 1 CONSTITUCIONAL
CAMARA DE REPRESENTANTES
FECHA 21/03/17
HORA 1:04 p.m.
FIRMA

Agradeciendo el espacio que se nos ha brindado para hacer estos comentarios, debemos reconocer que el nuevo artículo transitorio es mucho menos aterrador que aquél que deroga expresamente, pues no eleva abiertamente a rango de bloque de constitucionalidad el acuerdo, únicamente lo ubica como referente de interpretación y validez de las normas que habrán de desarrollarlo, y ya no a perpetuidad, sino sólo por los próximos doce años.

Pero por qué sigue aterrándonos la idea de que los acuerdos sean referente de interpretación y validez de las normas que habrán de desarrollarlos?

La respuesta es sencilla: porque las normas que desarrollarán los acuerdos van a impregnar **todos** los aspectos del Estado, introduciendo cambios en todos los modelos que manejamos.

Por ejemplo, debido al enfoque territorial del acuerdo, deberán hacerse importantes reformas en nuestro ordenamiento territorial con el llamado plan de zonificación ambiental, las cuales terminarán

afectando derechos adquiridos, creando nuevos mecanismos de solución de conflictos sobre la propiedad, lo que de suyo implica reformas en los actuales procedimientos civiles, penales y policivos, e instituyendo una nueva estructura catastral y la progresividad del impuesto predial, lo que acarrea una redistribución del territorio nacional.

Este es solo el ejemplo de uno de los 6 puntos del acuerdo, pero ocurre igual con los otros 5, por lo que permea todo el ordenamiento jurídico existente y las futuras reformas solo podrán inspirarse en las directrices que establece el acuerdo.

Es cierto que todos los colombianos queremos que cese el conflicto y que haya paz, pero no entendemos por qué para lograr ese objetivo es imperativo reformar todo el ordenamiento jurídico colombiano y el modelo económico y productivo existente, únicamente como lo dice el acuerdo, sin dar la oportunidad de que se incluya a todos los actores del escenario político.

Sin embargo, esto no es lo peor que hemos advertido para el futuro de nuestro país. Ni siquiera es necesario que se incluya este artículo en la Constitución, este debate es una cortina de humo, pues los acuerdos de suyo ya tienen valor de tratado internacional, aun sin la refrendación, y sin el contenido constitucional que por cortesía el gobierno nacional ha querido que discutamos en esta oportunidad, veamos:

Tanto el acuerdo firmado el 24 de agosto, como el acuerdo final del 24 de noviembre de 2016 (después del rechazo de la voluntad popular), consignan que es un acuerdo especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, para efectos de su vigencia internacional, y disponen el depósito del séptimo original firmado ante el depositario de las Convenciones de Ginebra, tal como puede leerse claramente en el preámbulo.

Cuáles son los efectos de este texto?

1. De acuerdo con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, en conflictos no internacionales, las Partes harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del Convenio.
2. El artículo 6 que define los acuerdos especiales indica que podrán incluirse otros aspectos distintos a los previstos expresamente en las convenciones sobre cualquier cuestión que les parezca oportuno zanjar particularmente.

Lo anterior quiere decir que el acuerdo de paz con las FARC:

1. Tiene vigencia internacional en los términos del artículo 3, es decir que forma parte del Convenio, y
2. Que ese acuerdo puede versar sobre cualquier cuestión que las partes estimen oportuno zanjar

(es decir sobre todo nuestro ordenamiento jurídico).

Pero cómo está determinada esa vigencia internacional?

El artículo 62 del Protocolo I dice que las situaciones previstas en ese artículo tercero, tales como los acuerdos especiales suscritos por las partes harán que las adhesiones y ratificaciones surtan efectos inmediatos

Nótese que de los acuerdos se firmaron 7 originales, uno de los cuales se remitió en forma inmediata al depositario de las Convenciones de Ginebra.

Cuáles son los efectos de ese depósito?

Según el CICR¹: *"Así constituyan o no tratados en virtud del derecho internacional, los acuerdos especiales concluidos entre partes en conflictos armados no internacionales sin duda crean obligaciones en materia de derecho internacional. El TPIY consideró que al menos uno de los acuerdos especiales entre las partes en el conflicto de su competencia era vinculante y, en palabras de un comentarista, "semejante a un tratado". La Comisión Internacional de Encuesta sobre Darfur llegó a una conclusión similar con respecto a los acuerdos entre el Movimiento/Ejército de Liberación del Sudán y el Movimiento Justicia e Igualdad"* entre varios otros

¹ <https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra#pie29>.

ejemplos, lo que quiere decir que el acuerdo con las Farc, será considerado un "tratado internacional", como vemos que ha ocurrido en los casos mencionados y en muchos otros que encuentran los documentos publicados en la página de este organismo internacional.

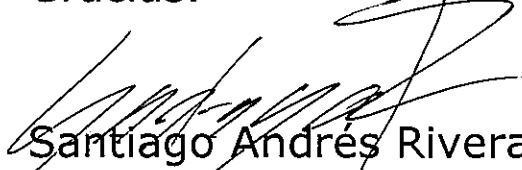
De esta forma, el acuerdo firmado con las Farc, es parte del bloque de constitucionalidad por el hecho de haberse suscrito dentro del marco del citado artículo 3, y por ser parte integrante de los Protocolos de Ginebra. De ahí que aun cuando el texto del artículo transitorio que se está debatiendo no sea aprobado, los acuerdos de paz, formarán parte del bloque de constitucionalidad, pues el artículo 93 de la Constitución Política así lo autoriza, y le otorga supremacía inclusive sobre la misma carta política.

Debemos notar que el artículo transitorio que estamos discutiendo limita a doce años el período de sumisión al acuerdo, sin embargo, los efectos de la vigencia internacional que estamos denunciando, son permanentes.

De verdad que no queda otro camino que solicitarle al Presidente de la República, mediante un derecho de petición, que se pueda renegociar el acuerdo de paz, al menos, para el retiro del artículo 3 común a los 4 Protocolos de Ginebra, y que se busque una solución que se encuentre dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno para brindar seguridad y estabilidad a los acuerdos de paz, lo cual, por supuesto, debe estar

precedido del archivo de este proyecto de acto legislativo.

Gracias.



Santiago Andrés Rivera Vergara.
C.C 1032481147