

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016****AUDIENCIA PÚBLICA****6 DE ABRIL DE 2017****Intervención de Rodrigo Uprimny Yepes**

En esta intervención sostengo que los mecanismos creados por el Acto Legislativo 01 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” (en lo que sigue, AL 1/2016), son indispensables para la sostenibilidad del proceso de paz, en la medida en que apuntan a asegurar la implementación rápida, integral y fidedigna del Acuerdo Final. A su vez, tales mecanismos se ajustan a los elementos nucleares de la Constitución de 1991, por lo que no implican una sustitución de la misma.

Con ese fin, esta intervención se divide en tres secciones. La primera aborda tres asuntos metodológicos que permiten delimitar el alcance de los problemas jurídicos de este proceso y la competencia de la Corte Constitucional en su revisión. Dichos temas son: la ineptitud sustancial de la demanda D-11653; la existencia de cosa juzgada constitucional frente a algunas de las disposiciones normativas acusadas en esta ocasión, debido a su estudio por parte de esta Corporación en la sentencia C-699 de 2016; y el precedente constitucional según el cual existen importantes razones constitucionales que avalan la adopción de procedimientos especiales para garantizar la implementación de acuerdos de paz celebrados entre el Estado colombiano y un grupo insurgente. La segunda sección, por su parte, estudia la constitucionalidad de asuntos puntuales del acto legislativo demandado, que corresponden a las preguntas formuladas por la Corte a los intervinientes en este proceso. Y la tercera sección elabora una breves consideraciones sobre el tipo de control que la Corte debe ejercer sobre las reformas constitucionales y legales adoptadas por este procedimiento de fast track.

I. ASUNTOS METODOLÓGICOS**1.1. Ineptitud sustantiva de la demanda**

La demanda 11653 fue suscrita por varios ciudadanos, pero no cumple los requisitos de fondo para su revisión, por lo que solicito a la Corte que se declare inibida, por las razones que paso a exponer.

Desde la sentencia C-551 de 2003 y en posteriores ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que frente a las reformas a la Constitución por parte del Congreso, en ejercicio de su poder de reforma, procede el juicio jurídico de sustitución para verificar la configuración o no de vicios de competencia. La atribución de la competencia a la Corte Constitucional para verificar si el Congreso, como poder constituyente derivado, desbordó o no sus competencias reside en los numerales 1 y 2 del artículo 241 de la Constitución, puesto que

la revisión de los vicios de procedimiento incluye también examinar la competencia del poder constituyente derivado. Desde luego que esta revisión no puede ser ajena al fondo del acto bajo examen, toda vez que para determinar si en la formación de un acto se desbordó la competencia del poder de reforma se debe adelantar un estudio material que permita concluir si este tema en específico es de competencia del poder constituyente derivado. Por ejemplo, con el fin de definir si determinada regulación es competencia del Banco de la República o del Congreso es ineludible examinar el contenido de dicha regulación. En otras palabras, el estudio de la competencia implica conocer quién puede hacer qué y cómo. En palabras de la Corte,

“[U]n vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos. Esto significa entonces que el procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. Pero también puede ocurrir que un órgano sea competente para regular una materia, pero expida de manera irregular el acto por haber incurrido en un vicio de trámite”¹.

¿En qué consiste entonces el juicio de sustitución? La jurisprudencia constitucional ha construido una metodología con base en la figura del silogismo². Así, la jurisprudencia ha advertido que, en primer término, la premisa mayor supone identificar un pilar o un elemento básico, axial, estructural y definitorio de la Constitución, el cual se halla disperso en toda la Carta y no solamente en un artículo, pues esto haría de tal artículo una cláusula pétrea, figura totalmente ajena a nuestro ordenamiento constitucional. En segundo término, la premisa menor exige explicar el alcance jurídico del acto reformativo demandado a la luz del elemento axial identificado en la premisa mayor. En tercer término, la conclusión del silogismo se edifica comparando si el pilar fundamental identificado es sustituido o no por otro distinto o si es anulado.

Como lo ha determinado la Corte, el demandante debe construir una mínima argumentación para evidenciar que el Congreso, como constituyente derivado, desbordó su competencia, ya sea porque falló en el trámite legislativo, o bien porque introdujo un

¹ Sentencia C551 de 2003, en la cual estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 que convocaba a un referendo para reformar la Constitución.

² El precedente de la Corte Constitucional con respecto al juicio de sustitución no ha sufrido ninguna variación en las últimas sentencias en las que se ha aplicado. Al respecto, ver la sentencia C-577 de 2014, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2012 que permite que una ley estatutaria regule cuáles delitos pueden ser considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. Igualmente, la consistencia del juicio de sustitución puede verificarse en la sentencia C-579 de 2013 en la que la Corte declaró exequible el inciso cuarto del artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2012 que permite que el Fiscal General de la Nación determine criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal en el marco de la justicia transicional.

cambio normativo de tal magnitud que sustituye un elemento nuclear de la Constitución. No le corresponde entonces a la Corte suplir las falencias argumentativas de los demandantes. Por ende, en caso de que las demandas contra actos legislativos no reúnan los requisitos básicos de admisibilidad, la Corte no puede abocar su conocimiento de fondo³. De lo contrario, la Corte desconocería que su control de reformas constitucional caducan en el término de un año contado a partir de la publicación de la respectiva reforma (art. 242-3 C.P.).

Por consiguiente, el demandante tiene una carga mínima para que exista un cargo idóneo de inconstitucionalidad de una reforma constitucional por sustitución, lo cual implica que debe (i) identificar un pilar básico de la Constitución claramente y (ii) mostrar si la reforma constitucional no sólo incide en ese pilar fundamental, sino que efectivamente sustituye tal pilar por otro. En el presente caso, los demandantes no cumplen con la carga argumentativa mínima que les corresponde. En efecto, ninguno de los cargos determina de forma clara y sustentada cuál es el pilar o eje fundamental de la Constitución que resultaría sustituido o desdibujado por la reforma constitucional (premisa mayor); cuál es el alcance de la reforma objeto de análisis (premisa menor); ni la manera en que la reforma sustituye o anula determinado pilar o componente nuclear de la Constitución (conclusión).

Un ejemplo permite ilustrar esta falencia. Los accionantes señalan que el literal k del artículo 1 del AL 1/2016 sustituye la Constitución, por cuanto incorporó un nuevo tipo de control de constitucional que es automático y único. Para sustentar su cargo, los demandantes remiten a los artículos 241 y 243 C.P., los cuales fijan las reglas de los tipos de control que ejerce la Corte Constitucional. De allí resaltan que el constituyente del 91 no había adoptado un control con esos rasgos y, por consiguiente, la reforma del AL 1/2016 sustituiría la Constitución al cambiar las reglas que rigen el control de constitucionalidad. Su razonamiento es entonces el siguiente: la Constitución de 1991 no preveía un control único y automático de ninguna norma por parte de la Corte Constitucional; por lo que, al introducir esa nueva clase de control, el legislador excedió su competencia pues sustituyó la Constitución. Sin embargo, esta afirmación no identifica cuál es el pilar fundamental de la Constitución (¿las reglas del control de constitucionalidad constituyen un elemento nuclear de la Constitución que no puede ser modificado por el poder de reforma?), no especifica el alcance del cambio del AL 1/2016 (¿cuál es el cambio significativo que introduce el control automático y único de constitucionalidad), ni determina en qué medida ese cambio constitucional altera el corazón mismo de la Constitución del 91 (¿de qué manera la inclusión de un control único y automático de constitucionalidad desdibuja la Constitución?). Además, este razonamiento tiene una deficiencia lógica: falacia de falsa causa. Esta falacia ocurre cuando se infiere una conclusión de una razón necesaria, pero no suficiente para que dicha conclusión ocurra. Así, es cierto que la sustitución de la Constitución ocurre cuando se adiciona un nuevo elemento y, por supuesto, una reforma constitucional implica un cambio a la Constitución, porque ese es su objetivo. Sin embargo, no es suficiente con agregar un nuevo aspecto a la Constitución para concluir que la misma fue sustituida, pues ello requiere de otras condiciones. Sería absurdo entonces concluir que

³ Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2007.

la Constitución, en cualquier caso, es sustituida porque una reforma modifica alguna de sus disposiciones.

1.2. Cosa juzgada constitucional absoluta en la sentencia C-699 de 2016

La Corte Constitucional revisó algunas de las disposiciones normativas del AL 1/2016 en la sentencia C-699 de 2016. En esa ocasión, la Corte declaró exequibles los artículos 1 y 2 parcialmente demandados y sostuvo que dicho acto legislativo se encontraba vigente, por cuanto se había cumplido la condición de su entrada en vigor, esto es, la refrendación popular del Acuerdo Final. Esto último fue reiterado por la Corporación en la sentencia C-160 de 2017. En particular, la Corte concluyó que los siguientes cambios constitucionales no sustituyen ningún elemento nuclear de la Constitución: la modificación de 8 a 4 debates y 2 a 1 vuelta legislativa para la aprobación de actos legislativos, y las facultades especiales para la paz que se confieren al Presidente de la República.

Así pues, existe cosa juzgada constitucional absoluta sobre esos tres aspectos, puesto que las decisiones previas de la Corte agotaron cualquier debate respecto a si existió o no refrendación popular del Acuerdo Final, o si sustituye o no la Constitución que el procedimiento especial para la paz requiere 4 y no 8 debates y 1 y no 2 vueltas para aprobar actos legislativos, y que el Presidente de la República tiene facultades especiales para implementar el acuerdo de paz. Por consiguiente, la Corte Constitucional no debe pronunciarse sobre esos asuntos en este proceso.

1.3. La constitucionalidad de adoptar procedimientos especiales para implementar el Acuerdo Final

En la mencionada sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional fijó un precedente que debe ser aplicado en este caso, ya que los problemas jurídicos de esa ocasión y de esta demanda son, en buena parte, los mismos. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que el legislador tiene la facultad de adoptar, para la transición y dentro de ciertos límites que respeten la rigidez constitucional, “las exigencias procedimentales para el cambio constitucional con el fin de garantizar una transición apropiada hacia el fin del conflicto, y en última instancia la paz”. Según la Corte, la adopción de un procedimiento legislativo “especial, excepcional y transitorio” para asegurar la implementación ágil, integral y fidedigna del Acuerdo Final es necesaria para los fines de la paz. En efecto, la Corte recordó que la experiencia comparada evidencia “la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado”. Muestra de ello son los resultados disímiles de Angola, India, Bosnia, El Salvador e Irlanda del Norte⁴, donde el éxito del proceso de paz derivó directamente de si los acuerdos de paz fueron implementados de forma ágil, integral y fidedigna. Adicionalmente, la Corporación demostró que el procedimiento especial instaurado por el AL 1/2016 no desborda los límites de la rigidez constitucional.

⁴ Sobre Irlanda del Norte, Ver: 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.

II. ASUNTOS DE FONDO

2.1. El literal h del artículo 1 del AL 1/2016 establece que cualquier proposición que se plantee en el Congreso para modificar los proyectos de reforma constitucional y legal que se tramitarán a través del procedimiento legislativo especial, se podrá aprobar si cumple dos condiciones: de una parte, si se ajusta a los contenidos del Acuerdo Final; y, de otra, si cuenta con el aval del gobierno nacional. En criterio de los demandantes, esa disposición normativa sustituye la Constitución, porque limita las facultades del Congreso. Por ahora, no ahondaré si la argumentación de los accionantes cumple las condiciones mínimas que se exigen en el juicio de sustitución, sino que revisaré si ese cambio constitucional implica una profunda modificación de las facultades del Congreso.

Este límite a las facultades del Congreso para aprobar reformas normativas no es extraña al derecho comparado ni al constitucionalismo colombiano. En Estados Unidos, por ejemplo, los procedimientos legislativos rápidos (*Fast Track*) se han usado para la implementación de tratados de libre comercio⁵. En esos contextos, el *Fast Track* le da un margen de maniobra al gobierno de negociar con cierta credibilidad en la esfera internacional, ya que lo acordado se adoptará en poco tiempo y guardando los términos convenidos por las partes contratantes. En todo caso, el Congreso tiene el control último del trámite legislativo, ya que es éste quien tiene la última palabra para aprobar o no las reformas comerciales.

En el nivel nacional, existe un trámite similar para adoptar internamente tratados internacionales. Durante ese procedimiento, el legislador tiene un ámbito de competencia más restringido que aquel propio de las leyes ordinarias. Para estos casos, el legislador no puede alterar el contenido de los tratados internacionales introduciendo nuevas cláusulas, pues su competencia comprende la aprobación o rechazo de la totalidad del tratado. Con todo, en el trámite aprobatorio el legislador puede presentar propuestas de no aprobación, aplazamiento o reserva (art. 2 Ley 5 de 1992)⁶. La jurisprudencia constitucional ha aceptado que, frente a tratados multilaterales, el legislador puede hacer reservas o declaraciones interpretativas, siempre que estas (i) no afecten el objetivo o fin del respectivo tratado y (ii) no se encuentran expresamente prohibidas⁷. Asimismo, el legislador está facultado para aplazar la vigencia de un tratado⁸.

Estas reglas específicas obedecen a la lógica doble que anima este procedimiento especial: (i)

⁵ Laura L Wright, *Trade promotion authority: Fast track for the twenty-first century* (Wm & Mary Bill Rts J., 2003); I. Mac Destler, *Renewing fast-track legislation* (Peterson Institute Press: All Books, 1997).

⁶ Ello tiene sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-227 de 1993, C-287 de 2000, C-369 de 2002, C-931 de 2007.

⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-227 de 1993, C-176 de 1994, C-578 de 2002, C-863 de 2004, C-801 de 2009, C-223 de 2013.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994: El Congreso de la República “bien podría, por ejemplo, determinar que la ley aprobatoria sólo comience a regir pasado cierto tiempo, es decir, a partir de una determinada fecha. Razones de conveniencia pueden llevar al Congreso a decidir que un tratado, favorable en términos generales para el país, no lo sea en el momento actual, sino en el futuro, por lo cual debe aplazarse su vigencia”

que el Estado colombiano cumpla de buena fe las obligaciones que ha adquirido en el plano internacional y que (ii) la acción gubernamental sea coherente en el plano internacional y nacional respetando, en todo caso, la supremacía de la Constitución Política y la separación de poderes⁹. Es por ello que el Congreso puede actuar dentro de ciertos límites para asegurar determinado campo de acción del Presidente en las relaciones internacionales.

Al igual que los tratados internacionales, la implementación normativa del Acuerdo Final exige un alto grado de seguridad jurídica, por los fines que persigue. En efecto, la sostenibilidad y éxito del posacuerdo depende de que las partes cumplan de buena fe las obligaciones que pactaron en el Acuerdo Final. Para el Estado colombiano, ello supone, entre otros aspectos, respetar los principios de seguridad y estabilidad jurídica en las normas que desarrollen e implementen el Acuerdo, pues así asegurará las condiciones de cumplimiento del mismo. En esa línea, las reformas constitucionales y legales deben ajustarse tanto a la Constitución como a lo pactado por las partes. Es ahí donde juega un papel importante la facultad del gobierno de limitar la posibilidad de que en el Congreso se introduzcan cambios que no guarden fidelidad con el Acuerdo y que, en esa forma, pongan en riesgo la implementación de lo pactado. En este ámbito, el gobierno está facultado para vigilar tal implementación fidedigna, pues el Presidente es quien tiene competencia para mantener el orden interno y negociar acuerdos de paz con grupos insurgentes (artículo 189 Superior). Pero ello no implica una anulación de las facultades del Congreso. En últimas, la decisión de aprobar o no reformas constitucionales o legales continúa en cabeza del Congreso, como órgano de representación popular.

2.2. El literal k del artículo 1 del AL 1/2016 prevé que los proyectos de ley y de acto legislativo que se tramiten en el procedimiento legislativo especial para la paz (comúnmente conocido como *fast track*) tendrán control de constitucionalidad *único, automático y posterior a su entrada en vigencia*. En criterio de los accionantes, esta modificación sustituye la Constitución pero, como señalé previamente, ese cargo no cumple los requisitos mínimos que exige el juicio de sustitución. Con todo, en seguida mostraré la relevancia de este control de constitucionalidad y su alcance.

El control constitucional que instaura el AL 1/2016 es, en parte, novedoso. La Constitución de 1991 no consagraba un control con esas tres características, para revisar la constitucionalidad de leyes y actos legislativos. Sin embargo, algunos de los rasgos de ese control sí han sido ejercidos por la Corte Constitucional, como ocurre con el control de las leyes estatutarias y de las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

El control de dichas leyes comparte el carácter de automático, previo, integral y definitivo. Estas reglas especiales buscan dotar de seguridad jurídica a dichas leyes, por los rasgos particulares que tienen. En el caso de leyes estatutarias, en la medida en que éstas hacen

⁹ La Corte ha precisado que del artículo 241-10 de la Constitución –sustento normativo este control judicial– se desprende el postulado según el cual “el Estado Colombiano ***no puede vincularse internacionalmente, sin que se haya establecido la adecuación constitucional del instrumento de vinculación y de la ley que lo incorpora***” (subrayas fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia C-664 de 2013.

parte del bloque de constitucionalidad y pueden servir de parámetro de validez de otras leyes o decretos con fuerza de ley, el control judicial debe cerrar la posibilidad de que fácilmente en el futuro se abran indefinidamente debates constitucionales. Y, frente a leyes aprobatorias de tratados internacionales, el control judicial debe cerrar las discusiones de constitucionalidad, antes de que se perfeccione el vínculo contractual internacional, pues cualquier control posterior puede afectar seriamente el cumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones internacionales.

Asimismo, la implementación normativa del Acuerdo Final exige un alto grado de seguridad jurídica, por los fines que persigue. Por consiguiente, el control constitucional debe no solo armonizar la implementación normativa con la Constitución Política, con miras a proteger la supremacía constitucional; sino que también debe cerrar, en la mayor medida de lo posible, los debates constitucionales sobre las normas de desarrollo del Acuerdo. Así, temas tan sensibles para la sostenibilidad del posacuerdo, como las amnistías, indultos y tratamientos especiales a agentes del Estado, no podrían quedar bajo la incertidumbre de un futuro control constitucional muy amplio.

Sin embargo, las reglas de cosa juzgada constitucional absoluta del control definitivo de leyes estatutarias y aprobatorias son muy rígidas y podrían ser un obstáculo para garantizar la sostenibilidad del posacuerdo y la supremacía constitucional. De hecho, el control judicial de las materias del Acuerdo Final que se implementen por *Fast Track* supone debates de particular sensibilidad jurídica y política, que requieren un análisis profundo y sereno; pero en unos términos reducidos respecto al trámite ordinario. Ello puede implicar que, al momento de realizar el control automático y posterior, la revisión judicial no alcance a abarcar todos los debates jurídicos que plantean las normas de implementación del Acuerdo. Por eso, unas reglas tan estrictas de cosa juzgada constitucional absoluta cerrarían cualquier posibilidad de un posterior control sobre aquellas materias que, a pesar de que plantean debates constitucionales relevantes, no fueron objeto de pronunciamiento de la Corte.

Como solución intermedia, pueden aplicarse las reglas de la cosa juzgada constitucional relativa¹⁰. Conforme a ésta, existe la posibilidad de que la Corte, en el futuro y por vía de acción pública, analice normas que desarrollen el Acuerdo Final, a pesar de que haya ejercido previamente control sobre ellas, siempre y cuando se trate de asuntos que no fueron estudiados durante el control automático y posterior. Por su parte, aquellos asuntos y cargos que la Corte resuelva, en el control ordenado por el literal k del artículo 1 del AL 1/2016, ya no podrán ser debatidos posteriormente por acción pública de inconstitucionalidad, pues frente a ellos el control judicial es definitivo.

Por consiguiente, el control constitucional sobre leyes que implementen el Acuerdo y sean aprobadas vía *Fast Track* implica que la revisión es *posterior* a la aprobación y sanción presidencial; es *automática* por mandato del literal k del artículo 1 del AL 1/2016 y, por ende, no proceden acciones de inconstitucionalidad contra esas normas mientras la Corte

¹⁰ Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-310 de 2002, C-584 de 2002, C-149 de 2009 y C-007 de 2016.

ejercer esta revisión; y es *única*, en tanto la decisión de la Corte es definitiva respecto de aquellos debates constitucionales que estudie y, frente a aquellos que no resuelva, opera la cosa juzgada constitucional relativa, por lo que en el futuro podrían ser analizados por la Corte si llegaran a ser demandados.

2.3. La demanda sostiene que el artículo 4 sustituye la Constitución porque, aparentemente, le otorgaría a la Mesa de conversaciones de la Habana el carácter de constituyente al permitir que el Acuerdo Final allí pactado pueda ingresar automáticamente al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. De esa forma, se sustituiría la supremacía constitucional que se expresa, principalmente, en los mecanismos de reforma. Como paso a exponer, ese cargo carece de fundamento normativo y, por tanto, no puede prosperar.

Antes de ello, aclaro que existe debate sobre la fuerza normativa en el derecho internacional de acuerdos de paz que sean firmados como acuerdos especiales humanitarios de los previstos por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

Desde una lectura amplia y finalista del artículo 3 común, los acuerdos de paz pueden constituir acuerdos especiales humanitarios. Ello por cuanto, si el propósito del DIH es evitar los sufrimientos innecesarios ocasionados por la guerra, es razonable entender que la terminación de la guerra cumple al máximo ese propósito humanitario, por lo cual un acuerdo de paz tiene un propósito igual al de las normas humanitarias y al de los acuerdos especiales, de manera que pueden ser asimilados.

Tanto la literatura especializada como el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante ICRC, por sus siglas en inglés) – autoridad en la interpretación de las normas humanitarias – han venido reconociendo paulatinamente que el contenido de los acuerdos especiales humanitarios no se agota en disposiciones que refuerzan las obligaciones del DIH, sino que pueden considerarse como acuerdos de ese tipo aquellos que, además de normas humanitarias, contienen cláusulas más generales en materia de derechos humanos.

En ese sentido, Mack señala que los acuerdos especiales pueden ser constitutivos o declarativos¹¹. Mientras que los primeros crean nuevas obligaciones jurídicas al prever disposiciones de DIH adicionales a las que ya vinculan a las partes; los segundos (acuerdos declarativos) solamente retoman los contenidos de DIH que ya se encuentran vigentes. Entre los acuerdos constitutivos, Mack enuncia el Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, celebrado entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (1990), y el Acuerdo General sobre el Respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario¹², firmado entre el Gobierno de Filipinas y el Frente Nacional Democrático de Filipinas¹³. El primero, por ejemplo, establece el deber de las partes de respetar el artículo 3 común y el Protocolo adicional II. Asimismo, contiene disposiciones de protección de derechos humanos –como erradicar las desapariciones

¹¹ Michelle Mack, «Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales», *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 2008, 16.

¹² *Ibid.*, 18.

¹³ Ver acuerdo en <http://www.derechos.org/nizkor/filipinas/doc/acuerdo.html>

forzadas, la tortura y los atentados contra la vida en general-, así como mecanismos de verificación de cumplimiento – la Misión de Naciones Unidas en El Salvador –.

Una interpretación amplia de los acuerdos especiales humanitarios también se encuentra en los comentarios de marzo de 2016 a los Convenios de Ginebra, realizados por el ICRC. En esos comentarios, el ICRC manifiesta que una interpretación literal del artículo 3 común llevaría a concluir, en primera instancia, que solamente se pueden considerar como acuerdos especiales humanitarios aquellos que comprometen a las partes en el cumplimiento de obligaciones contenidas en uno o más de los cuatro Convenios de Ginebra y, por consiguiente, aquellos acuerdos que contiene disposiciones adicionales a las humanitarias no pueden entenderse como acuerdos especiales humanitarios¹⁴. Sin embargo, puntualiza el ICRC, en la medida en que el artículo 3 común busca alentar a las partes de un conflicto armado a poner en vigencia un conjunto más amplio de normas que protejan a quienes ya no hacen parte de las hostilidades, aquellos acuerdos que incluyen cláusulas adicionales a las humanitarias también pueden entenderse como acuerdos especiales humanitarios¹⁵. Es así como el ICRC distingue entre los acuerdos especiales declarativos – que ponen en vigencia normas humanitarias ya aplicables – y los acuerdos especiales constitutivos – que agregan otras obligaciones en derechos humanos en general –¹⁶.

Desde esta lectura amplia y finalista, el ICRC señala, igualmente, que un acuerdo de paz o de cese al fuego puede constituir un acuerdo especial humanitario, si contiene más

¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios a los Convenios de Ginebra, 2016, párrafo 496: “Interpretado de manera restrictiva, [el] párrafo [tres del artículo 3 común] pareciera sugerir que solo un acuerdo que explícitamente pone en vigor otras disposiciones de uno o más de los cuatro Convenios de Ginebra podrá ser considerado como un acuerdo especial, y que los acuerdos que van más allá de las disposiciones de los Convenios de Ginebra no podrán ser considerados como acuerdos especiales” (traducción libre) (“Read narrowly, the paragraph may seem to suggest that only an agreement that explicitly brings into force other provisions of one or more of the four Geneva Conventions may be considered to be a special agreement and that agreements that go beyond the provisions in the Geneva Conventions may not be considered to be special agreements.”) Disponible en https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6C DFA490736C1C1257F7D004BA0EC#_Toc446324367

¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios a los Convenios de Ginebra, 2016, párrafo 496: “En tanto que el propósito de esta disposición es alentar a que las Partes de un conflicto armado adopten un conjunto de normas más integrales que protejan a quienes no son parte o han dejado de ser parte de las hostilidades, los acuerdos especiales que proveen la implementación del derecho humanitario consuetudinario, o que abarcan un conjunto más amplio de normas que el consagrado en los Convenios de Ginebra, especialmente el Protocolo Adicional I, se pueden considerar como acuerdos especiales, en los términos del artículo 3 común. Además, los acuerdos que afirman que las Partes no usarán cierto tipo de armas o que confirman o establecen normas sobre la conducción de las hostilidades, también podrán constituir acuerdos especiales”. (traducción libre). (“As the purpose of the provision is to encourage Parties to an armed conflict to agree to a more comprehensive set of norms that protect those who are not or no longer taking part in hostilities, however, special agreements providing for the implementation of customary international humanitarian law, or which encompass a broader set of norms than those set down in the Geneva Conventions, in particular those of Additional Protocol I, may be considered special agreements under common Article 3. In addition, agreements affirming that the Parties will not use a certain kind of weapon, or confirming or establishing rules on the conduct of hostilities, may also constitute special agreements.”).

¹⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios a los Convenios de Ginebra, 2016, párrafo 497.

obligaciones de las derivadas de los Convenios de Ginebra y/o sus protocolos adicionales¹⁷. En efecto, los acuerdos de paz que ponen fin al conflicto armado reafirman diversas obligaciones humanitarias derivadas de otros tratados de DIH diferentes a los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, como son la concesión de una amnistía para combatientes que hayan actuado de acuerdo a las normas y costumbres de la guerra o el compromiso de búsqueda de desaparecidos¹⁸. Dentro de los acuerdos de este tipo, el ICRC menciona el Acuerdo de Paz de Cotonou para Liberia (1993), en el pie de página 803. Ligado a esto, el ICRC recalca que comprender que los acuerdos de paz pueden constituirse como acuerdos especiales humanitario es particularmente importante, pues el conflicto armado no necesariamente termina con la firma de un acuerdo de paz.

Asimismo, continúa el ICRC, pueden considerarse como acuerdos especiales humanitarios aquellos que contienen obligaciones propias del derecho internacional de los derechos humanos. Esto tiene fundamento en que ese tipo de obligaciones, en últimas, contribuyen, y en algunos casos coinciden, con las normas de DIH¹⁹.

¹⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios a los Convenios de Ginebra, 2016, párrafo 500 “Un acuerdo de paz, cese al fuego u otro acuerdo también podrá constituir un acuerdo especial para los propósitos del artículo común 3, o una medida para implementar el artículo común 3, si contiene cláusulas que generan obligaciones adicionales a partir de los Convenios de Ginebra y/o sus Protocolos Adicionales”. (traducción libre) (“A peace agreement, ceasefire or other accord may also constitute a special agreement for the purposes of common Article 3, or a means to implement common Article 3, if it contains clauses that bring into existence further obligations drawn from the Geneva Conventions and/or their Additional Protocols.”).

¹⁸ *Ibíd.*, párrafo 500: En este sentido, se debería recordar que ‘los acuerdos de paz’ que terminan con el cese de hostilidades pueden contener disposiciones tomadas de otros tratados de derecho humanitario; por ejemplo, conceder la amnistía a los combatientes que han llevado a cabo sus operaciones de acuerdo con las leyes y costumbres de la guerra, liberar a todas las personas capturadas o comprometerse a buscar a las personas desaparecidas. Si contienen disposiciones del derecho humanitario o implementan las obligaciones del derecho humanitario que vinculen a las Partes, tales acuerdos o disposiciones relevantes que vengan al caso pueden constituir acuerdos especiales bajo el artículo 3 común. Esto es muy importante dado que las hostilidades no siempre terminan con la conclusión de un acuerdo de paz.” (traducción libre). (“In this respect, it should be recalled that ‘peace agreements’ concluded with a view to bringing an end to hostilities may contain provisions drawn from other humanitarian law treaties, such as the granting of an amnesty for fighters who have carried out their operations in accordance with the laws and customs of war, the release of all captured persons, or a commitment to search for the missing. If they contain provisions drawn from humanitarian law, or if they implement humanitarian law obligations already incumbent on the Parties, such agreements, or the relevant provisions as the case may be, may constitute special agreements under common Article 3. This is particularly important given that hostilities do not always come to an end with the conclusion of a peace agreement.”).

¹⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. Comentarios a los Convenios de Ginebra, 2016, párrafo 501: “Asimismo, un acuerdo puede contener obligaciones tomadas del derecho internacional de los derechos humanos y ayudar a la implementación del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, un acuerdo puede apuntar a que la obligación de un juicio justo sea más precisa o puede utilizar la legislación internacional sobre derechos humanos de alguna otra manera. En algunos casos, una norma tomada del derecho internacional de los derechos humanos y una tomada del derecho internacional humanitario pueden ser idénticas hasta el punto de que es irrelevante si las Partes han precisado si dicha norma proviene de un corpus jurídico u otro. Dicho nuevamente, todo acuerdo que contenga disposiciones de este tipo que implemente o ponga en vigor el derecho humanitario puede constituir un acuerdo especial a efectos del artículo común 3”. (traducción libre). (“Likewise, an agreement may contain obligations drawn from human rights law and help to implement humanitarian law. For instance, it may aim to make the obligation to

En estos términos, existe consenso en que los acuerdos especiales humanitarios, en algunos casos, incluyen no sólo deberes en materia de DIH, sino que también prevén deberes generales de derechos humanos; pero que, por el hecho de contener esas disposiciones adicionales de derechos humanos, tales acuerdos no pierden su naturaleza de acuerdos humanitarios. Igualmente, resaltamos que el ICRC ha comprendido que los acuerdos de paz pueden constituir acuerdos especiales humanitarios, siempre y cuando reafirmen las obligaciones de DIH, además de las cláusulas adicionales que incluyan.

Frente a esta razón podría argumentarse, sin embargo, que si bien un acuerdo de paz puede adoptarse, en términos generales, como acuerdo especial humanitario, aquellas cláusulas distintas a las humanitarias, al no ser expresión y desarrollo del artículo 3 común en sentido estricto, deberían recibir un tratamiento jurídico diferente. Pues bien, este planteamiento no tiene asidero, ya que desconoce que los acuerdos de paz, por su naturaleza, son inescindibles y deben ser tratados en su totalidad. Esto se debe a que, por su esencia misma, los acuerdos de paz buscan finalizar un conflicto armado con un conjunto de medidas relacionadas e interdependientes negociadas por las partes. A pesar de que las partes puedan llegar a acuerdos parciales, una negociación de esta naturaleza se hace en su totalidad como expresión de la voluntad de las partes que se materializa en la firma del acuerdo final. Los acuerdos de paz, entonces, no se pueden dividir a efectos de su valor jurídico porque son documentos totales. Es por ello que entender los acuerdos de paz como acuerdos especiales humanitarios implica hacerlo en su totalidad y no solamente respecto de aquellas disposiciones que reafirman obligaciones humanitarias.

Ahora bien, los acuerdos especiales del DIH no generan claramente obligaciones internacionales para el Estado colombiano. De hecho, la figura de los acuerdos especiales tiene límites en cuanto a su fuerza jurídica internacional, pues existe controversia sobre el régimen legal aplicable a este tipo de documentos. En este punto, la doctrina ha formulado por lo menos tres vías de regulación: (i) el derecho doméstico, (ii) un régimen legal *sui generis*, y (iii) el derecho internacional²⁰.

De acuerdo con la primera posición, la creación de derecho internacional está reservada exclusivamente para quienes tienen personería jurídica plena, como los Estados. Por lo tanto, los grupos armados están obligados a seguir las normas de DIH –y por esa vía los acuerdos especiales– al ser parte del Estado que enfrentan. Esta opción presenta dificultades porque, desde el plano político, no es totalmente factible que los Estados reconozcan que los grupos armados, con los que se encuentran en disputa, tienen algún tipo de legitimidad en el orden jurídico interno. Adicionalmente, implica reconocer una relación desigual entre el Estado y los grupos armados, lo que afecta la garantía de

conduct fair trials more precise or may draw on international human rights law in another way. In some cases, a rule under human rights law and humanitarian law may be identical, such that it is immaterial whether the Parties to the agreement have referred to the rule as stemming from one or the other body of law. Again, any provisions in such an agreement that implement or bring into force humanitarian law may constitute special agreements for the purposes of common Article 3.”).

²⁰ Para un estudio pormenorizado de estas vías de regulación, consultar Ezequiel Heffes y Marcos D Kotlik, «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* 96, n.º 1195-1224 (2014).

cumplimiento de los acuerdos especiales al privilegiarse la posición estatal²¹.

La segunda opción consiste en identificar que la actual dinámica global de conflictos armados internos ha incentivado la creación de un régimen legal *sui generis*, que algunos llaman *lex armatorum*²². Desde esta perspectiva, los grupos armados tienen la capacidad de crear un nuevo régimen legal que, hasta el momento, no se ha determinado si tiene vigencia en el plano internacional o nacional. A esta opción se le han formulado distintas críticas, que van desde la negación de la posibilidad de crear un régimen legal independiente de la producción normativa de los Estados²³ hasta el cuestionamiento de la posibilidad fáctica de garantizar la voluntad de las partes –en particular, los Estados– de vincularse y de cumplir lo pactado²⁴.

La tercera vía recurre al derecho internacional para regular con sus instituciones jurídicas clásicas los acuerdos especiales, entre ellas, los tratados internacionales. Sin embargo, esta opción enfrenta obstáculos en relación con la calidad de las partes y su contenido. Por un lado, surge la discusión sobre la condición jurídica de los grupos armados en el derecho internacional, asunto que no es pacífico y genera mayores desencuentros. Y, por otro lado, algunos de los acuerdos especiales han establecido disposiciones no solamente en DIH, sino también en otras materias que tienen su propio campo de regulación, como el derecho internacional de los derechos humanos, lo que hace difícil su reglamentación por un único cuerpo normativo.

En este contexto, Heffes y Kotlik proponen en un reciente artículo un entendimiento particular del estatus jurídico de los acuerdos especiales dentro del derecho internacional²⁵. En lugar de comprender esta figura desde las instituciones clásicas, los autores plantean una fórmula alternativa: estos acuerdos pueden verse como una decisión de autoridad tomada por agentes que interactúan en el derecho internacional y que tienen la intención de obligarse a cumplir una serie de normas previstas para regular tal interacción²⁶. Esta visión, a diferencia de las anteriores, se aleja de la distinción entre sujetos y objetos de derecho internacional. En su lugar, acoge la idea de que los derechos y obligaciones internacionales surgen del continuo proceso de toma de decisiones de autoridad por parte de los actores involucrados. En este sentido, los acuerdos especiales son regulados por el derecho internacional en general mas no por una institución jurídica concreta; y las partes son tratadas como iguales, de manera que se evade la discusión de la condición jurídica de estas en el nivel internacional.

²¹ Para una análisis más detallado, ver *Ibid.*, 1211-1212.

²² Sobre este concepto, consultar Marco Sassòli, «Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, n.º 1 (2010).

²³ Entre otros críticos, Antonio Cassese y Luigi Condorelli, «Is Leviathan Still Holding Sway over International Dealings?», en *Realizing Utopia: The Future of International Law*, de Antonio Cassese (Oxford: Oxford University Press, 2012).

²⁴ Heffes y Kotlik, «Special agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime», 2014, 1218.

²⁵ *Ibid.*, 2014, 1218.

²⁶ En esta misma línea, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

La controversia sobre la fuerza normativa de los acuerdos especiales del DIH, entonces, no ha sido saldada aún. La falta de claridad del carácter vinculante de los mismos debilita su seguridad jurídica. Es por ello que resulta necesario recurrir a otras figuras jurídicas de derecho internacional para fortalecer la fuerza jurídica de esta figura para que, de esa manera, los acuerdos de paz firmados como acuerdos especiales humanitarios impacten claramente en el plano internacional. Con ese fin, es posible usar figuras como una declaración unilateral condicionada del Presidente de la República, a nombre del Estado colombiano, por la cual se compromete internacionalmente a cumplir con el acuerdo, y que no dejará de cumplir ese acuerdo si las FARC-EP a su vez cumplen lo pactado. Asimismo, es viable recurrir a resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La suma de esas figuras jurídicas permite consolidar la fuerza normativa de los acuerdos de paz en el derecho internacional.

En estos términos, la tesis según la cual los acuerdos de paz, por el solo hecho de ser firmados como acuerdos especiales humanitarios, adquieren fuerza normativa en el derecho internacional no es cierta. Para que se produzcan obligaciones internacionales se requieren otras formas del derecho internacional, tales como una declaración unilateral del Estado y/o resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así pues, no hay lugar a considerar que la Corte Constitucional es competente en este caso porque existe un acto que genera obligaciones internacionales para el Estado.

Tampoco es cierto que los acuerdos de paz, por ser firmados como acuerdos especiales del DIH, ingresan automáticamente al bloque de constitucionalidad. Es cierto 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 constitucionalidad. De hecho, así lo ha señalado la Corte Constitucional en distintas ocasiones²⁷. Esto tiene sustento en que tales normas respetan y desarrollan los contenidos constitucionales que enaltecen la dignidad humana y el derecho a la paz (arts. 22, 93, 94, 214-2 C.P.), en la medida en que “*los proyecta a futuro con el objetivo principal de prevenir y humanizar los medios de guerra, proteger los derechos humanos y obligar a los Estados partes a morigerar los efectos nocivos de la guerra, toda vez que la solución pacífica de los conflictos conlleva a un respeto mayor de la dignidad humana*”²⁸. Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que las normas DIH se incorporan al derecho interno de forma automática, pues no se requiere ratificación alguna previa ni expedición de norma reglamentaria²⁹.

Sin embargo, de ahí no deriva que los acuerdos especiales humanitarios ingresen inmediatamente al bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Aunque es cierto que los Convenios de Ginebra de DIH (que incluyen la posibilidad de suscribir acuerdos especiales humanitarios) ingresan automáticamente al bloque de constitucionalidad, ello no implica que los acuerdos especiales como tal adquieren automáticamente rango

²⁷ 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.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-664 de 2013.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.

constitucional. Son cosas muy distintas: el rango constitucional de la norma que autoriza suscribir acuerdos especiales humanitarios (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra) es diferente del estatus jurídico que adquieren ese tipo de acuerdos una vez firmados. Así, por ejemplo, de la autorización constitucional dada al Presidente de celebrar contratos internacionales (artículo 189, numeral 23 C.P.) no deriva que los contratos internacionales que el Presidente celebre tengan rango constitucional. De la misma manera, el nivel constitucional del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra no implica que los acuerdos especiales humanitarios que concreten el Estado colombiano y grupos insurgentes tengan status constitucional.

Es por ello que el artículo 4 del AL 1/2016 prevé que, para su inclusión en el derecho interno, el Acuerdo Final debía ser tramitado por ley aprobatoria del Congreso de la República, sancionada por el Presidente y revisada por la Corte Constitucional. Sin embargo, ese procedimiento hoy es objeto de modificación, pues el Congreso de la República está discutiendo, por *Fast Track*, un proyecto de Acto Legislativo que modifica el artículo 4 demandado y, en su lugar, dispone un nuevo procedimiento para que determinadas partes del Acuerdo Final adquieran cierta fuerza normativa³⁰. En consecuencia, no tiene sentido que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de este artículo que está siendo derogado por este nuevo acto legislativo. En su momento, la Corte deberá pronunciarse sobre el nuevo mecanismo de incorporación al ordenamiento jurídico del Acuerdo Final que establezca esa reforma constitucional.

III. EL ACUERDO FINAL COMO PARAMETRO DE CONTROL DE LAS NORMAS EXPEDIDAS POR FAST TRACK

Para terminar mi intervención, expongo algunos planteamientos sobre un asunto que merece especial atención: la relación entre el Acuerdo Final y las normas expedidas con base en el procedimiento especial legislativo o *Fast Track*. Es indudable que, con base en lo preceptuado por el proyecto de acto legislativo en curso (que deroga el artículo 4 del AL 1/2016), el Acuerdo Final no tendrá rango constitucional, pues no entrará al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Es por ello que frente a las normas expedidas *Fast Track*, incluidas las reformas constitucionales, el Acuerdo Final no tendría jerarquía igual o superior a la Constitución.

Sin embargo, eso no significa que el Acuerdo Final no cumpla ningún rol normativo respecto a las normas (actos legislativos, leyes y decretos-leyes) que lo implementan. Por el contrario, el Acuerdo Final es un parámetro normativo relevante, porque así lo decidió el AL 1/2016 cuando le otorgó al Congreso y al Presidente una competencia específica y limitada para adoptar normas por medio del *Fast Track*. Veamos.

En el caso de los decretos-leyes, la Corte ha establecido que el Presidente solamente puede usar esas facultades especiales para la paz, en los términos que le fueron otorgadas por el artículo 2 del AL 1/2016. Ello implica que cualquier decreto-ley que sea expedido con base

³⁰ Para un análisis más detallado de ese proyecto de reforma constitucional, ver: <https://www.dejusticia.org/por-que-ciertas-partes-del-acuerdo-de-paz-deberian-tener-fuerza-juridica-comentarios-al-proyecto-de-acto-legislativo-01-de-2016-senado/>

en esa norma constitucional debe reunir los requisitos de: competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad³¹.

Algo similar ocurre con las reformas legales y constitucionales. En el trámite de esas normas, el Congreso de la República tiene un ámbito de competencia restringido. Sus límites son de tiempo, finalidad y contenido. (i) Este procedimiento abreviado solamente podrá ser ejercido por seis meses, desde la vigencia del AL 1/2016, y ese plazo podrá ser prorrogado por un periodo adicional de hasta seis meses, a través de comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso. (ii) Esta vía expedita persigue “agilizar y garantizar la implementación” del Acuerdo Final y “ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto” (artículo 1 AL 1/2016). (iii) Por esta vía rápida, únicamente podrán aprobarse reformas constitucionales y legales que regulen materias clara y estrechamente vinculadas a contenidos específicos del Acuerdo Final o que reglamenten el funcionamiento de la implementación normativa.

Esto significa que el control constitucional debe verificar si en la aprobación de normas vía *Fast Track* hubo o no un ejercicio legítimo de la competencia extraordinaria, pero limitada, que ha sido otorgada al Congreso en el AL 1/2016. Ahí es donde el Acuerdo Final cumple un rol normativo como parámetro de la competencia del legislativo.

Así pues, serán inconstitucionales aquellas reformas constitucionales y legales que el Congreso de la República apruebe por vía *Fast Track*, pero que no cumplan con los límites señalados. En esos supuestos, el Congreso excede la facultad constitucional que le ha sido otorgada y, por tanto, tales reformas tendrán que ser declaradas inexecutable. Como señaló la Corte, en la sentencia C-699 de 2016: “*la existencia de un control constitucional automático por vicios de procedimiento (CP art 241 num 1) autoriza a la Corte para declarar inexecutable los actos especiales de reforma que excedan los límites de competencia previstos en el Acto Legislativo 1 de 2016, y expresados en el acuerdo final refrendado popularmente*”. Para analizar esos límites de competencia del *Fast Track*, se deberá revisar la respectiva ley cumple los requisitos de: competencia material, conexidad, finalidad y razonable necesidad³².

Por el criterio de **competencia material**, el Congreso puede aprobar solamente proyectos de ley y de acto legislativo. Esto significa que, por *Fast Track*, el Congreso no está facultado para aprobar otros asuntos respecto de los cuales tiene competencia en tiempos ordinarios. Es el caso, por ejemplo, de la convocatoria a una Asamblea Constituyente o de un referendo constitucional (arts. 376 y 378 C.P.).

³¹ Ver: Corte Constitucional. Sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017.

³² Frente a decretos-leyes expedidos en uso de las facultades del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, la Corte Constitucional precisó unos criterios similares: el de competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad (Sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017). Mientras que, en relación con los decretos-leyes, se debe demostrar estricta necesidad (esto es, que no era posible adoptar las medidas respectivas ni por la vía ordinaria ni por *fast track*); respecto a reformas constitucionales y legales se debe evidenciar una razonable necesidad, es decir, por la urgencia de implementar el Acuerdo Final, no había lugar a aprobar las reformas por las vías ordinarias.

El **criterio de conexidad** exige que el respectivo proyecto de ley o de acto legislativo desarrolle materias clara y estrechamente vinculadas a contenidos específicos del Acuerdo Final. Por tanto, un proyecto de acto legislativo que pretenda reformar el sistema político – al cambiar el periodo presidencial de 4 a 5 años, o eliminar la figura del Vicepresidente– debe ser declarado inexecutable, pues claramente la materia que regula no tiene relación clara y estrecha con ningún contenido del Acuerdo. En la sentencia C-699 de 2016, la Corte fue enfática en advertir que el procedimiento legislativo especial no está diseñado “*para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con el acuerdo*”.

En razón del **criterio de finalidad**, los proyectos de ley y de acto legislativo deben apuntar a facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final, así como ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto. Por último, en función del **criterio de razonable necesidad**, debe demostrarse que existe una justificación razonable de que, dada la urgencia de implementar el Acuerdo Final, los procedimientos ordinarios no son idóneos para adoptar las respectivas reformas, por lo que éstas debían aprobarse por la vía extraordinaria del *fast track*.

En el caso de los actos legislativos, el control constitucional debe igualmente revisar si el Congreso respetó o no la competencia extraordinaria y limitada que tiene para modificar la Constitución cuando sea necesario para implementar el Acuerdo Final y asegurar la sostenibilidad del proceso de paz. Ese control incluye tanto la revisión general y ordinaria – esto es, que el trámite en el Congreso haya seguido las reglas que rigen ese procedimiento y que la reforma aprobada no sustituya ningún pilar de la Constitución– como el examen específico de la competencia fijada en el AL 1/2016, lo cual comprende los cuatro requisitos que mencioné.

Un ejemplo permite ilustrar mi argumento. En el control del Acto Legislativo 1 de 2017 – que crea, entre otros, la Jurisdicción Especial para la Paz–, la Corte deberá revisar la responsabilidad del mando (art. 24). Dentro de los requisitos para que ésta se configure, el acto legislativo dispone que existe mando y control efectivo por parte de los mandos militares o policiales respecto de sus subordinados, si se configuran cuatro requisitos de forma concurrente³³. En este caso, el Congreso desbordó la competencia dada por el AL

³³ Acto Legislativo 1 de 2017, artículo 24: “Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones **concurrentes**:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente;
- y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.”

1/2016, pues adicionó al requisito de mando y control efectivo elementos que no estaban previstos en el Acuerdo Final³⁴ y sólo tenía la facultad de desarrollar los contenidos de ese Acuerdo. Como he sostenido en otras ocasiones³⁵, tales requisitos concurrentes para demostrar que existía mando y control efectivo obstaculizan la prueba de este tipo de responsabilidad y contraría el derecho penal consuetudinario. En esa forma, se afectaría el acceso a la justicia de las víctimas y los mandos policiales y militares quedarían en incertidumbre sobre su situación jurídica, lo cual pondría en riesgo uno de los fines del proceso de paz: darle un cierre jurídico global y definitivo al conflicto armado.

³⁴ Sobre este punto, el Acuerdo Final prevé: “44.- En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados **deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta**, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.” (página 152) (énfasis añadido).

³⁵ <https://www.dejusticia.org/cual-es-el-balance-del-proyecto-de-reforma-constitucional-sobre-jep/>