

## El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991?\*\*\*

## The “Fast Track”: A Flexibilizations Mechanism of the 1991 Political Constitution?

### RESUMEN

Este artículo presenta una lectura sobre el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track*, y su papel dentro de la transición política colombiana. La lectura enfrenta la interpretación de que el *fast track* fue un mecanismo poco eficaz para la implementación legislativa del Acuerdo de Paz, e intenta explicar esto a través de dos puntos de análisis. El primero presenta la dificultad de implementar las reformas constitucionales que necesitaba el Acuerdo sin activar el poder constituyente originario, lo cual hizo necesario flexibilizar la Constitución para integrar los pilares del Acuerdo a la Carta Política. El segundo ahonda en el concepto de *aporía constitucional*, es decir en la dificultad lógica de reformar la Constitución a través de la distinción de competencia entre poder constituyente originario y derivado, y sus consecuencias en la rigidez y flexibilidad de la Constitución.

\* Doctora en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. DEA –maestría– en Derecho Público Interno, Universidad de París I Pantheon-Sorbonne, DEA –maestría– en Derecho de la Economía Internacional y del Desarrollo, Universidad de París v. Abogada Universidad de los Andes, profesora asociada, directora del Área de Derecho Constitucional de la misma universidad. Correo de contacto: [dduran@uniandes.edu.co](mailto:dduran@uniandes.edu.co). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3131-4590>.

\*\* Estudiante de doctorado de la Universidad de los Andes, profesor de cátedra de la misma universidad. Correo de contacto: [df.cruz@uniandes.edu.co](mailto:df.cruz@uniandes.edu.co). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6194-9955>.

\*\*\* Recibido el 6 de diciembre del 2019, aprobado el 31 de agosto del 2020.

Para citar el artículo: El “fast track”: ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, enero-abril de 2021, 3-29.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.01>

Este artículo es uno de los resultados del trabajo del Grupo de Investigación de Jurisprudencia en Justicia Transicional y *fast track* de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, integrado por los estudiantes Lina María Moya (Derecho y Ciencia Política), Javier Felipe Pachón Velazco (Derecho y Gobierno y Asuntos Públicos), José Sebastián Calderón Pedraza (Derecho e Historia), por el profesor David Cruz Gutiérrez y dirigido por la profesora de la Universidad de los Andes Diana Durán Smela. Las discusiones que se dieron en el marco del semillero mejoraron considerablemente la calidad del artículo.

## PALABRAS CLAVE

*Fast track*, procedimiento legislativo, poder constituyente, poder constituido, Acuerdo de Paz, reformas constitucionales.

## ABSTRACT

This paper presents a study about the special legislative procedure for peace, popularly known as *fast track*, and its role in the Colombian political transition. This study faces the interpretation that the *fast track* was an ineffective mechanism for the legislative implementation of the Peace Agreement, and attempts to explain this through two points of analysis. First, it presents the difficulty of implementing the constitutional amendments that the Agreement needed without activating the constituent power, which made it necessary to make the Constitution more flexible in order to integrate the pillars of the Agreement into the Constitution. Second, it explores the concept of *constitutional aporia*, that is the logical difficulty of reform the constitution through the categories of original and derived constituent power, and their consequences on the rigidity and flexibility of the Constitution.

## KEYWORDS

*Fast track*, legislative procedure, constituted power and constituting power, Peace Agreement, constitutional amendments.

## SUMARIO

Introducción. I. Las lecturas del *fast track*. A. Los laberintos de la implementación: facultades extraordinarias y *fast track* legislativo. II. La paradoja del *fast track*: ¿un mecanismo de reforma constitucional antes que de producción legislativa? III. *Fast track*: un elemento de flexibilización de la Constitución como garantía de implementación. IV. Una lectura teórica: la aporía constitucional y su trayectoria política. Conclusión. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta una lectura del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, conocido popularmente como *fast track*, y su papel dentro de la transición política colombiana como mecanismo de implementación y garantía del Acuerdo para la Finalización del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, el Acuerdo de Paz o el Acuerdo) celebrado entre el Estado colombiano, en cabeza del entonces presidente Juan Manuel Santos (primer mandato: 2010-2014; segundo mandato: 2014-2018) y las

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). El interés que suscita el *fast track* está ligado a su novedad dentro del constitucionalismo colombiano y su relación con la idea de una transición política, en donde, a través del marco de la justicia transicional se implementan cambios de índole constitucional contemplados previamente en un acuerdo de paz.

El objetivo de este procedimiento abreviado era facilitar el camino para que el contenido sustantivo del Acuerdo adquiriera la cualidad de norma jurídica, ya sea legal o constitucional, en un tiempo reducido<sup>1</sup>. Este mecanismo se incluyó a la Constitución Política a través del Acto Legislativo 1 de 2016, en la forma de un artículo transitorio que estableció su uso por una sola vez y en una temporalidad determinada ligada con el proceso de paz, su refrendación popular y su implementación normativa<sup>2</sup>. Esta misma reforma le dio facultades extraordinarias al presidente de la República, que eran parte importante de la estrategia de implementación del Acuerdo de Paz. En el diseño del *fast track* convergían todas las ramas del poder público: el Ejecutivo tenía la potestad exclusiva de presentar los proyectos que sería tramitados a través del *fast track*. Una vez radicados en el Legislativo, los proyectos de ley solo debían cumplir con tres debates para entrar al ordenamiento jurídico, uno en Comisión Conjunta Permanente y otro en el pleno de cada Cámara. Mientras que para reformar la Constitución —es decir, aprobar un proyecto de acto legislativo— el procedimiento se redujo de ocho a cuatro debates: dos en Comisión y dos en pleno de cada cámara<sup>3</sup>. Además, el diseño original<sup>4</sup> del *fast track* imponía limitaciones a la función legislativa, particularmente la capacidad de enmendar los proyectos salvo autorización expresa del Gobierno, obligando a que votaran en bloque. Estas condiciones posteriormente serían

1 De acuerdo con la sentencia C-379 de 2016, no resultaba jurídicamente viable que el contenido del Acuerdo ingresara al ordenamiento jurídico de forma automática en virtud del artículo 93 de la Constitución que establece el bloque de constitucionalidad, dada su condición de tratado internacional de derechos humanos en los términos del artículo 3.º común de la Convención de Ginebra.

2 La figura de artículos transitorios no es ajena al constitucionalismo colombiano. De hecho, la Constitución en sus primeros meses de vigencia incluía algunos artículos transitorios para ajustar los presupuestos iniciales del nuevo orden constitucional. De igual forma, reformas tempranas a la Constitución, como el Acto Legislativo 2 de 1993 tomaron la forma de artículos transitorios. En ese caso, para que el trámite del Plan Nacional de Desarrollo sea las del presupuesto de rentas y apropiaciones de la Nación.

3 Esto suponía igualar el trámite de reforma a la Constitución al de un proyecto de ley ordinario que costa de dos debates en sede de comisión constitucional permanente y dos debates en plenaria. La diferencia en este caso consistía en que la reforma constitucional implicaba mayorías cualificadas de la mitad de los miembros, mientras que el trámite legislativo, mayorías simples.

4 Se habla del diseño original pues los literales *h* y *j* del Acto Legislativo 01 de 2016 después de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Iván Duque y Álvaro Uribe Vélez se declararon inconstitucionales porque sustituían la Constitución y por ende sobrepasaban las facultades de reforma del Congreso en la sentencia C-332 de 2017.

declaradas inconstitucionales en la sentencia C-332 de 2017. Por su lado, al poder judicial, en cabeza de la Corte Constitucional, se le confió la revisión automática de constitucionalidad de todos los proyectos que transitaran por el *fast track*.

Mediante este procedimiento legislativo abreviado se buscaba conciliar la institucionalidad política y jurídica del país con el contenido sustancial del Acuerdo. Más específicamente, acomodar el contenido del Acuerdo de Paz a la arquitectura de la Constitución de 1991. Sin embargo, a pesar de esto, el balance de su uso como un mecanismo de implementación es confuso y accidentado. La intensa participación de las tres ramas del poder público en el *fast track* dejó en evidencia importantes tensiones de orden social, jurídico y político frente al Acuerdo, que impidieron mantener la integridad de su contenido. Tal vez el espacio en dónde más cambios sufrió fue en el Congreso de la República, pues una parte importante de los proyectos de ley y actos legislativos que lo desarrollaban sufrieron modificaciones o en el peor de los casos naufragaron en medio de aireadas discusiones parlamentarias. Los resultados agridulces que deja el uso de este mecanismo de implementación suscitan importantes dudas que este texto busca resolver: ¿cómo podemos leer teóricamente el funcionamiento del *fast track*?; ¿qué tensiones constitucionales emergen en su uso?; y ¿pueden estas tensiones conciliarse o superarse?

Teóricamente, el artículo conecta la discusión sobre el *fast track* como un mecanismo de implementación del Acuerdo con discusiones medulares del constitucionalismo colombiano, particularmente con la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución, lo cual implica pensar las categorías de constituyente primario y constituyente derivado, su carga conceptual y su papel en la transición política. La forma como se abordaron conceptualmente ambas expresiones de constituyente, en el cual el primero se entendía como una potencia incontrolable y desbordante para reestructurar el ordenamiento jurídico y el segundo como un canal institucional que no podía subvertir la identidad constitucional, porque estaría entonces incurriendo en un vicio de competencia, desempeñó un papel esencial en la transición y en el diseño del mecanismo para la implementación del Acuerdo. Cerrar la puerta al constituyente originario en una transición política, por la resistencia que generaba esta categoría, posicionó de esta manera la idea de flexibilizar la Constitución a través de un procedimiento legislativo abreviado de reforma constitucional o *fast track* que permitía cumplir con las necesidades de implementar el Acuerdo. Sin embargo, esto generó una aporía constitucional, es decir una dificultad lógica entre las categorías de constituyente primario y derivado, a través de las cuales se desarrollan los cambios constitucionales.

La aporía se encuentra en la jurisprudencia de la Corte que establece los límites de competencia del Congreso frente a reformas constitucionales. Esta jurisprudencia utiliza la teoría del constituyente originario y derivado para establecer si el Congreso puede o no puede realizar una reforma distinguiendo

su competencia. Sin embargo, de forma colateral, definir cuándo el Congreso puede reformar también implica establecer la utilidad política del constituyente originario para embarcar procesos de reforma constitucional. En este sentido, cada una de las decisiones de la Corte en esta materia desencadenan cambios en la forma como los actores políticos se posicionan frente al uso de estas categorías. La jurisprudencia constitucional, en consecuencia, marca las trayectorias políticas de la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido. En este sentido, el hallazgo más importante de este artículo es que la utilidad política del poder constituyente originario, que no tiene límites en su competencia para reformar a la Constitución, oscila entre actores políticos que presentan intensas diferencias políticas y que se presenta como extremos en el debate público, en tanto les resulta útil para sortear las determinaciones de la Corte frente a la falta de competencia del Congreso. En este caso la utilidad oscila entre quienes firmaron el Acuerdo de paz y quienes rotundamente se oponen a este, sin que resulte de utilidad para posiciones ponderadas frente al Acuerdo que admitan su importancia y también sus defectos. A su vez, esto refleja que el proyecto de la Constitución de 1991, a pesar de las reformas y transformaciones que ha sufrido durante sus 29 años de existencia, mantiene un grado importante de aceptación dentro de la comunidad política que encuentra inconvenientes ambos extremos políticos. Si estos actores hubieran posicionado el uso del constituyente originario, seguramente el proyecto de la Constitución de 1991 ya hubiera sido reevaluado.

En términos estructurales, el artículo se divide en cuatro numerales: i. *Las lecturas del fast track*, en donde se muestra las dificultades de una lectura única del *fast track* como mecanismo de producción legal y se profundiza en los laberintos de la implementación del Acuerdo de Paz; ii. *La paradoja del fast track: ¿un mecanismo de reforma constitucional antes que de producción legislativa?*, en donde se presentan en profundidad las implicaciones del *fast track* como mecanismo de reforma constitucional; iii. *Fast track: un elemento de flexibilización de la Constitución como garantía de implementación*, en donde se presenta la primera apuesta teórica del texto; y iv. *Una lectura teórica: la aporía constitucional y su transacción política*, en donde se presenta la dificultad lógica constitutiva del Estado del derecho constitucional en Colombia y sus dificultades en el marco de una transición política. Finalmente, se presenta una conclusión que reúne los principales aportes del artículo.

## I. LAS LECTURAS DEL “FAST TRACK”

El balance del *fast track* es particularmente difícil de leer. Una mirada desapercibida resalta lo evidente, esto es que una parte importante del paquete legislativo que debía transitar este procedimiento abreviado se quedó por fuera o se hundió en el Congreso. En parte porque el Gobierno no radicó los proyectos necesarios para implementar el punto 1 del Acuerdo, es decir, la

Reforma Rural Integral (RRI). Pero también porque los principales estatutos legales que debían pasar a través de este mecanismo estuvieron envueltos en intensas controversias, como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1957 de junio de 2019) que fue objetada por el Gobierno. En otras palabras, el *fast track* resultó ser un mecanismo poco efectivo –entendiendo por efectivo que produzca el efecto esperado– para la implementación de los estatutos legales necesarios para la implementación del Acuerdo. De hecho, otros estatutos que desarrollan elementos esenciales para la implementación del Acuerdo, como la Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”, se tramitaron por fuera de la vigencia del *fast track* a través del procedimiento legislativo ordinario.

A pesar de lo anterior, el uso del *fast track* demuestra también ciertas sutilezas que se pasan por alto gracias a la comodidad de esta interpretación. Una de estas es que el *fast track* no era el único mecanismo de implementación normativo del Acuerdo, sino que el presidente, en virtud de las facultades extraordinarias que le confió el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, también podía expedir decretos con contenido material de ley que desarrollaran lo pactado con las FARC-EP, y que se sometieron a su vez a una revisión automática de la Corte Constitucional<sup>5</sup>. En consecuencia, bajo esta modalidad se expidió un número significativo de decretos (35 decretos legislativos de los que actualmente hay 34 sentencias de revisión automática de la Corte Constitucional) que permitieron solventar aspectos importantes para la implementación Acuerdo, relacionados especialmente con la integración de los excombatientes de las FARC-EP a la vida civil.

Otro aspecto relevante es que a pesar de que en términos cuantitativos la producción legislativa del *fast track* resulta discreta, en términos cualitativos es evidente que gran parte de aquellos que se aprobaron son reformas constitucionales que tienen dos consecuencias de fundamental impacto para el desarrollo posterior del Acuerdo: (1) sirven como puntos de apoyo para procesos legislativos posteriores, en tanto se consolidan como parámetros de constitucionalidad<sup>6</sup>; (2) sirven de sustrato constitucional para las decisiones que tome la Corte Constitucional en la materia. Así, en la legislatura en la que estuvo vigente el *fast track* se aprobaron cinco reformas constitucionales que sentaron las bases de puntos esenciales del Acuerdo: el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, que integró a la Constitución la Jurisdicción Especial para la Paz, la Comisión de la Verdad

5 Resulta interesante que las facultades se consagraran en un artículo de carácter transitorio en la Constitución y no a través de una ley, como usualmente se hace.

6 Por ejemplo, en términos de argumentación constitucional, el hecho de que la justicia transicional esté dentro de la Constitución ha ayudado de forma importante a fortalecer los argumentos jurídicos a favor del mecanismo de implementación del Acuerdo.

y a la Unidad para la Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (Acto Legislativo 01 de 2017); el blindaje Jurídico del Acuerdo que integra mecanismos para mantener una coherencia entre el desarrollo normativo y el contenido sustancial de Acuerdo (Acto Legislativo 02 de 2017); la participación política de las FARC-EP (Acto Legislativo 03 de 2017); una reforma al sistema de regalías para consolidar recursos necesarios paz (Acto legislativo 04 de 2017); y el monopolio legítimo de la fuerza y la prohibición constitucional del paramilitarismo (Acto legislativo 05 de 2017). Para el año 2020 la Constitución de 1991 ha sido reformada 55 veces en sus años de vigencia, lo cual implica, en promedio, que por legislatura se han aprobado alrededor de dos reformas constitucionales. En el marco del *fast track*, en una sola legislatura se aprobaron cinco enmiendas constitucionales, lo cual supone un espacio de reforma relevante.

Del paquete de reformas constitucionales que se presentaron en el marco del *fast track* solo uno resultó archivado: el Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2017 que integraba al Congreso de la República las curules especiales para la paz, es decir que establecía un número de legisladores para aquellos territorios que sufrieron con mayor intensidad el conflicto. El archivo de este proyecto, no obstante, estuvo envuelto en una fuerte controversia por la mayoría que alcanzó en el Senado. El presidente de esta corporación en aquel momento, Efraín Cepeda, se enfrentó a la tarea de establecer la mayoría que permitía identificar si el proyecto se archivaba o se integraba la Constitución. La votación en el Senado fue de 50 votos a favor y 7 en contra; a los ojos del Cepeda, el proyecto no superaba la mayoría absoluta, en tanto el total de congresistas habilitados era de 102 por lo cual se necesitaba una mayoría de 51 votos a favor. Sin embargo, el cálculo de éstas resultó cuestionable, en tanto al momento de la votación, tres congresistas se encontraban suspendidos, lo cual generaba dudas sobre la manera en que se debería contar<sup>7</sup>. Si a estos tres congresistas se les aplicaba la figura de la *silla vacía*, en virtud de la cual se reducía el número de integrantes de la cámara a 99, la mayoría necesaria para la aprobación del Acto Legislativo era entonces de 50 y no de 51<sup>8</sup> congresistas.

Lo anterior hace más complejo el entendimiento sobre el *fast track* y nos aporta, utilizando la metáfora del pintor, pigmentos para complementar el paisaje, para enriquecer algunos puntos que parecían definidos y resaltar otros detalles que se habían pasado por alto. A continuación, para profundizar el ejercicio anterior, se presentan algunos elementos de juicio que soportan una lectura más fina –a nuestro modo de ver– del proceso de implementación por medio del *fast track*.

7 Musa Besaile y Bernardo Ñoño Elías por el caso de Odebrech y Martín Morales por mantener vínculos con parapolíticos.

8 Para profundizar sobre la figura de la *silla vacía* y su aplicación véase: [http://consejo-deestado.gov.co/documentos/sentencias/07-12-2017\\_11001030600020170020200.pdf](http://consejo-deestado.gov.co/documentos/sentencias/07-12-2017_11001030600020170020200.pdf).

*A. Los laberintos de la implementación:  
facultades extraordinarias y fast track legislativo*

El Acuerdo del Teatro Colón es calificado por una parte importante de la comunidad internacional como un documento completo e innovador que integra con éxito componentes claves para la construcción de paz<sup>9</sup>. Es decir, el Acuerdo trata desde asuntos relacionados con la finalización del conflicto armado, como el cese de hostilidades, los puntos de concentración, el desarme y la reincorporación a la vida civil de los ex combatientes, hasta asuntos de carácter estructural que buscan conjurar temas esenciales para la consecución de una paz estable y duradera, como la construcción de un sistema integral para salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, las medidas necesarias para asegurar la participación política de las FARC-EP, una política para afrontar el problema de las drogas ilícitas y puntos clave para realizar una reforma rural integral.

Las facultades necesarias para implementar un Acuerdo de esta amplitud se distribuyeron en las distintas ramas del poder público de acuerdo a su competencia constitucional. Al poder ejecutivo, con el objetivo de afrontar los retos de la finalización del conflicto armado, se le dotó de facultades extraordinarias<sup>10</sup>, en uso de las cuales se dictaron las normas tendientes a asegurar la concentración de las FARC-EP, su desarme, su atención en materia de salud, su identificación frente a Registraduría Nacional del Estado Civil y las demás medidas necesarias para asegurar el tránsito de la subversión a la vida civil<sup>11</sup>. Mientras que al poder legislativo, como órgano encargado de la reforma constitucional y de la implementación normativa, se le allanó el camino a través de un procedimiento legislativo abreviado o *fast track* por donde debía pasar el contenido normativo de carácter estructural del Acuerdo. A su turno, a la rama judicial, en cabeza de la Corte Constitucional, se le confió la revisión automática de cada uno de los decretos con fuerza material de ley que expidiera el presidente en virtud de las facultades especiales para la paz, así como de toda la normativa expedida por el Congreso en virtud del *fast track*.

En este orden de ideas, la estrategia de implementación comprendía dos vías distintas, ambas originadas en el Acto Legislativo 01 de 2016: la vía ejecutiva, cuyo contenido sustantivo estaba limitado a las materias que puede regular una ley ordinaria, y la vía legislativa, cuyo contenido estaba enfocado a

9 KROCK INSTITUTE FOR INTERNATIONAL PEACE STUDIES, Report on the status of implementation of the Colombian Final Accord, Notre Dame: University of Notre Dame, 2017.

10 Las facultades extraordinarias al igual que el procedimiento legislativo abreviado se integraron a la Constitución Política de 1991 a través del Acto Legislativo 01 de 2016, y la Corte Constitucional se refirió a estas como mecanismos adecuados en escenarios transicionales para la implementación del Acuerdo.

11 Por esta vía el Ejecutivo expidió más de los ochenta porcientos de las normas que implementaban el Acuerdo. El porcentaje restante pasó por el Congreso de la República.

normas cualificadas y reformas a la Constitución. De esta forma, las facultades especiales del presidente estaban limitadas sustancialmente a lo concerniente a la cláusula de competencia legislativa ordinaria<sup>12</sup>, mientras que la vía legislativa estaba diseñada –aunque no de forma exclusiva– para tramitar estatutos normativos sobre contenidos de reserva estatutaria u orgánica, o reformas constitucionales, que deben aprobarse por mayorías calificadas<sup>13</sup>. El objetivo, en consecuencia, era que las medidas inmediatas para dar los primeros pasos en la implementación del Acuerdo estuvieran en cabeza del Ejecutivo, que se presume como el órgano más eficiente para afrontar esta tarea. Mientras que lo necesario para asentar el Acuerdo dentro del ordenamiento jurídico, así como su profundización, debía transitar por el Congreso de la República, en especial frente a las reformas importantes que debían legitimarse a través de su paso y aprobación por un órgano deliberativo.

## II. LA PARADOJA DEL “FAST TRACK”: ¿UN MECANISMO DE REFORMA CONSTITUCIONAL ANTES QUE DE PRODUCCIÓN LEGISLATIVA?

Una mirada atenta sobre el balance del *fast track* en el Congreso demuestra que una parte importante del paquete legal se quedó entre el tintero o naufragó en medio de discusiones políticas, ante la incapacidad del Gobierno para asegurar su aprobación. Sin embargo, casi todas las reformas constitucionales se llevaron a cabo con éxito, salvo el proyecto de Acto Legislativo 06 de 2017 ya mencionado, que ponía en marcha dieciséis curules especiales para las víctimas en el Congreso de la República<sup>14</sup>. El resultado es paradójico, pues

12 Para la Corte Constitucional existen unas diferencias importantes entre la legislación especial, es decir las leyes orgánicas y estatutarias, y las leyes ordinarias o comunes. Así aparece en el párr. 8.11.1 de la sentencia C-439 de 2016: “En efecto, por razón de su importancia y trascendencia, el Constituyente reservó algunas materias para ser incorporadas en el ordenamiento nacional a través de ciertos tipos especiales de ley, con lo cual los asuntos que no hagan parte de dicha reserva harán parte del ámbito de configuración ordinaria del legislador. Acorde con ellos, para la aprobación de las leyes especiales, el mismo Constituyente dispuso que algunas fases o actuaciones del proceso legislativo tuvieren un trámite diferentes al procedimiento general de aprobación de las leyes ordinarias o comunes”.

13 La Constitución consideró que ciertos contenidos materiales deben ser tramitados por una legislación específica que, para su aprobación, debe lograr mayorías calificadas. En palabras de la Corte según el párr. 8.11.2 de la sentencia C-439 de 2016, “las leyes estatutarias, a las que se refieren los artículos 152 y 153 superior, por cuya vía se regulan las siguientes materias: (i) derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (ii) administración de justicia; (iii) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; (iv) instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) estados de excepción; y (vi) igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República”.

14 En el trámite de aprobación de este proyecto surgió una controversia legal sobre la figura de la silla vacía y los votos necesarios para la aprobación de una reforma constitucional o acto legislativo. Si quiere profundizar sobre esta controversia y cada una de las opiniones revise

mientras que la producción normativa del orden legal es discreta, la mayoría de las reformas constitucionales dispuestas por el Gobierno se aprobó.

Hay –al menos– tres razones que contribuyen a explicar esta paradoja. La primera, como se destacó anteriormente, es que una parte importante de las medidas necesarias para implementar el Acuerdo estuvo a cargo del Ejecutivo en virtud de las facultades especiales que le otorgó el Acto Legislativo 01 de 2016. Estas medidas en condiciones ordinarias debían transitar por el órgano legislativo, lo cual aminoró la cantidad de proyectos que debía revisar el Congreso. La segunda razón es que el impacto del *fast track*, como procedimiento abreviado, es más intenso en la función constituyente del Congreso que en su función legislativa. De esta forma, mientras que el trámite de reforma constitucional se redujo a la mitad (cuatro de ocho), al procedimiento legislativo únicamente se le restó un debate (tres de cuatro)<sup>15</sup>, lo cual facilitó que las reformas a la Constitución se tramitaran en un tiempo menor al de una legislatura<sup>16</sup>. Esta reducción, no obstante, mantuvo la mínima diferencia en el número de debates entre ambos procesos, de tal forma que la reforma constitucional mantenía un debate más que el procedimiento legislativo<sup>17</sup>.

La tercera razón está ligada a la sentencia C-332, publicada el 11 de mayo de 2017 –en plena vigencia del *fast track*–, que al derogar los literales h y j del Acto legislativo 01 de 2016 abrió la posibilidad de cambiar sustancialmente el paquete de proyectos que el Gobierno no había presentado para aquella fecha, lo cual impactó en materias sensibles que debían regularse por medio de leyes estatutarias, como la Ley de Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)<sup>18</sup>. Pero, al mismo tiempo que permitió a los

el siguiente enlace: <http://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/pleito-entre-gobierno-senado-por-votacion-de-curules-para-victimas-157118>.

15 Con el mismo efecto que la aceptación de un mensaje de urgencia por parte del Congreso.

16 Las legislaturas son periodos de tiempo con los que se mide la actividad legislativa. Son contados a partir del 20 de julio de cada año y terminan en esta misma fecha del año siguiente. Además, las legislaturas se dividen en dos periodos: el primer periodo se cuenta desde el inicio de la legislatura hasta terminar el año de calendario, y el segundo se cuenta desde el inicio del año siguiente hasta el 20 de julio.

17 Esto resulta importante al menos por dos razones: (1) se respeta el mayor grado de dificultad para la reforma constitucional que para la producción legislativa dispuesto en el Estatuto Superior; y (2) se admite, en el marco de un escenario de justicia transicional, que es posible flexibilizar el trámite de reforma constitucional. No obstante, esta posición es criticada desde distintos puntos de vista. Uno de ellos, directamente relacionado con el derecho constitucional, argumenta que las reformas constitucionales que se realizaron por medio del *fast track* son inválidas por cuanto las normas necesarias para su aprobación no obedecen a procedimiento democrático de reforma constitucional.

18 Algunos cambios especialmente sensibles para la implementación del Acuerdo debían regularse por medio de leyes estatutarias. Por ejemplo, en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP se integraron un par de cambios en materias sensibles en sede legislativa: el primero, para los integrantes de las FARC-EP se excluyeron los beneficios jurídicos cuando las conductas por las que sean juzgados tengan que ver con delitos sexuales; y segundo, se abrió la posibilidad para quienes entren a la JEP de recusar al magistrado de conocimiento.

legisladores enmendar los proyectos presentados por el Gobierno, estableció también que esta modificación al trámite legislativo abreviado no tenía efectos retroactivos, salvaguardando la integridad de lo que hasta la fecha había presentado el Gobierno. Esto benefició al grupo de enmiendas constitucionales que inauguraron el *fast track*.

Estas tres razones muestran el camino con el que se aprobaron las reformas constitucionales y sus diferencias tanto con el procedimiento legislativo como con los decretos dictados por el presidente en virtud de las facultades extraordinarias. Sin embargo, a pesar de mostrar este panorama, resulta necesario examinar dos aspectos que explican con mayor profundidad el constitucionalizado uso del *fast track*. Por un lado, la envergadura del Acuerdo de Paz en contraste con la estrechez del canal dispuesto para su implementación, lo cual refleja las particularidades del contexto político colombiano durante la transición y explican de forma más profunda el éxito del *fast track* como mecanismo de reforma constitucional. Y, por el otro, la forma como conceptualmente se habían cargado las categorías de constituyente primario y derivado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como el uso que le fue dado por los actores en el marco de la transición. A continuación se profundiza en estos aspectos.

### III. “FAST TRACK”: UN ELEMENTO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DE IMPLEMENTACIÓN

El diseño y la elaboración constitucional se han consolidado como herramientas valiosas para la construcción de paz<sup>19</sup>. Michelle Francis argumenta que las prácticas de formación y reforma constitucional son esenciales en los procesos de construcción democrática y de transformación social, en tanto permiten la creación de nuevos órdenes políticos antes que la restauración de viejos regímenes interrumpidos por periodos de autoritarismo o confrontación civil<sup>20</sup>. Esta idea estaba presente en el Acuerdo de Paz, que planteaba para la resolución del conflicto medidas tendientes a solventar las causas que explican el conflicto y su larga duración<sup>21</sup>. De esta forma, el Acuerdo se pensó como un mecanismo

19 Vea los siguientes textos: TEITEL G., A transitional justice genealogy, en *Harvard Human Rights* n.º 16 pp. 69-94. Harvard University Press: Boston. 2002; TEITEL G. *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*. Oxford University Press: New York. 2014; ELSTER, J., *Closing the books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge University Press: Cambridge, 2004; GREARY, P., *The era of transitional justice. The aftermath of the truth and reconciliations commission in South Africa and Beyond*. Routledge: New York. 2010; LUDSING, H. *Peace Making and Constitutional-drafting: a dysfunctional marriage*, en *U. Pa. J. Int'l L* (vol. 33:1) pp. 239-311. Pennsylvania University Press. 2011.

20 FRANCES C. *Human rights, transitional justice, and the reconstruction of political order in Latin America*. Palgrave Macmillan/University of Melbourne: Melbourne, Australia. 2018.

21 Hubo un debate profundo en el marco de la negociación del Acuerdo sobre las causas del conflicto. La academia, durante finales del siglo xx, presentó notables contribuciones para enfrentar este problema delimitando algunas causas del conflicto que se proponen como objetivas.

de transformación de las causas de la conflagración, que permitía, a su vez, la profundización democrática. Por ende, su contenido no se limitaba a la desmovilización y reinserción de los combatientes a la vida civil, sino que acarrea hondas reformas para el mantenimiento y construcción de paz encaminadas a transformar fenómenos como *el síndrome institucional de persistencia del conflicto* conceptualizado como la combinación entre distintas relaciones e instituciones con factores materiales que aumentan la violencia<sup>22</sup>. O como la “violencia estructural”<sup>23</sup>, conceptualizada por Galtung como los discursos que se encargan de legitimar y soportar actos de violencia directa, tales como la exclusión política y la marginalización económica de sectores de la población.

En este sentido, el Acuerdo planteaba un ejercicio de construcción de paz que requería de cambios constitucionales para su implementación. Las FARC-EP propusieron que estos cambios se debían materializar a través del constituyente primario, apelando a la idea de una Asamblea Nacional Constituyente que tuviera como punto de partida lo estipulado en los Acuerdos de Paz. Sin embargo, el Gobierno, reacio ante esta postura, definió que los cambios tendrían lugar bajo la Constitución de 1991 a través del poder constituyente derivado, es decir que debían seguir los canales institucionales ya establecidos antes que relevarlos. Esta consideración política impedía que el proceso de negociación se asentara directamente como un espacio de reforma constitucional. Por el contrario, las reformas constitucionales previstas en el Acuerdo se debían dar como parte de la implementación normativa. El Acuerdo de Paz, entonces, debía ingresar a la Constitución por medio de la Constitución vigente<sup>24</sup>.

En este punto resultan útiles los insumos de autores como Teitel, Francis y Bell<sup>25</sup>, que han examinado el aparente sincretismo teleológico entre el objetivo

Entre estas se encuentra el estado del agro y la latente dificultad de la población campesina para asegurar la propiedad rural.

22 Este síndrome es caracterizado por lo siguiente: (1) emergencia de grupos armados que participan en hostilidades entre ellas; (2) fuerte realización en el país, anudado a una concentración particular de recursos-riqueza o terrenos con dificultades ecológicas adecuados para los movimientos guerrilleros; (3) redes de soporte y aprovisionamiento que usualmente operan a los márgenes de la ley; (4) relaciones con los vecinos que usualmente están bajo la forma de dependencia de patrón-cliente aumentando que tienen la tendencia a aumentar las crisis humanitarias; decisiones opacas que dependen de líderes carismáticos, o del dominio de una pequeña elite; y (5) erosión y la pérdida de confianza en las instituciones del Estado.

23 GALTUNG J. Sobre la paz. Barcelona: Fontamara. 1985, p. 2. La violencia estructural es un concepto amplio, que es debatido en la academia que trata temas de paz. Su origen se encuentra en varios de los trabajos de Johan Galtung, en donde este autor problematiza la cuestión de la violencia más allá de la violencia directa, y propone un entendimiento más profundo al analizar los marcos discursivos que explican y legitiman actos como la esclavitud, el racismo o el exterminio de grupos étnicos.

24 En este punto es importante recordar la sentencia C-572 de 2002 (M. P. José Manuel Cepeda), en donde se califica a la Constitución como un verdadero tratado de paz.

25 BELL, C., *Bargaining on Constitutions: Political Settlements and Constitutional State-building*, en *Constitution-making and Political Settlements in Times of Transition* (Bell, Charmaine, Silvia, Gerald, Sapiano, eds.), pp. 4-20.

común de la justicia transicional y el constitucionalismo: prevenir la violación masiva de derechos humanos. En palabras de Teitel:

Aquí, el constitucionalismo está evolucionando en una relación sutil con las concepciones de responsabilidad estatal en el derecho internacional. A través de la globalización de la justicia transicional, estas concepciones han llegado a entenderse sobre las obligaciones constitucionales, atenuando o matizando aún más la noción de constitucionalismo en términos de la protección del individuo contra el estado<sup>26</sup>.

Sin embargo, difieren en el alcance de sus objetivos. Mientras que la justicia transicional, al menos tradicionalmente<sup>27</sup>, estaba enmarcada en una ventana de oportunidad que permitía el despliegue de ciertas instituciones para asegurar los derechos de las víctimas durante la transición, entendida como un acto de rompimiento con un pasado autoritario o conflictivo marcado por masivas violaciones de derechos humanos; el constitucionalismo –como ideal político–, perseguía la construcción de cartas de derechos y diseños institucionales que aseguraran un gobierno ponderado a largo plazo<sup>28</sup>. En esta lógica, el Acuerdo configuraba una ventana de oportunidad y se adhería a un proceso constitucional de largo aliento.

A pesar de que gravitan sobre el eje común de la construcción y el mantenimiento de la paz, la justicia transicional está limitada a una temporalidad específica, a diferencia de la elaboración constitucional que tiene una vocación de permanencia. La diferencia entre permanencia y transitoriedad permitió que se establecieran límites dentro de la implementación del Acuerdo bajo el paraguas de la Constitución de 1991. El catálogo de mecanismos de justicia transicional diseñados para asegurar una transición política se presentó, entonces, como una serie de instituciones transitorias que garantizaban los derechos de las víctimas y la participación política de la FARC-EP. La garantía de su ingreso no era la renovación de la Carta Política, sino una especial condición de flexibilidad que permitía el ingreso de algunos puntos esenciales del Acuerdo al cuerpo constitucional de 1991<sup>29</sup>.

26 TEITEL G., *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*. Oxford University Press: New York, 2014, p. 182. La traducción del texto es propia.

27 Obel Hansen considera que la visión tradicional de la justicia transicional enmarcada en una ventana de oportunidad dentro de una transición de corte liberal, profundamente influida por la conceptualización que realizó Ruti G. Teitel, no es el único modelo operativo actualmente y, por el contrario, se presentan fenómenos como la aplicación de elementos de justicia transicional previa a la transición o aún en escenario de autoritarismos y guerras.

28 Esta idea se presenta en términos ideales. En la práctica histórica el constitucionalismo tiene ciertas facetas que lo hacen acreedor de calificativos como perverso o autoritario.

29 La terminología de flexible y rígido, deviene de la obra de James Brice, quien, a principios del siglo XX, propuso clasificar las constituciones en flexibles o rígidas, clasificación cuya base es el grado de dificultad que existe para reformar o enmendar el texto constitucional.

Como argumenta Ludsing los proyectos constituyentes en escenarios de transición “ofrecen a las partes en conflicto la oportunidad de sentarse juntos y elaborar un enlace, un documento mutuamente aceptado que responda a las necesidades de cada parte”<sup>30</sup>. Sin embargo, dada la decisión política de acceder al constituyente primario, la garantía que ofreció el Gobierno para asegurar la implementación era reducir el procedimiento de reforma constitucional como canal de acceso de las reformas pactadas dentro de la transición. El Acto Legislativo 01 de 2016 cumplía este propósito. En este sentido, esta reforma habilitaba que el ejercicio del poder de reforma constitucional se ejerciera de forma mucho más rápida, lo cual a su vez disminuía la rigidez de la Constitución en términos de resistencia formal al cambio<sup>31</sup>. Es decir, el Gobierno rediseñó las reglas que regulaban la enmienda constitucional, para ofrecer una garantía a las FARC-EP de que el Acuerdo se iba a integrar a nivel constitucional. Si tomamos la idea de Richard Albert según la cual las reglas de enmienda son el aspecto más importante dentro de una Constitución, en tanto se pueden utilizar para su perfeccionamiento como para su destrucción, el Gobierno otorgó una garantía de considerable valor político para enfrentar las expectativas políticas de las FARC-EP<sup>32</sup>.

A pesar de esto, el tránsito del Acuerdo a la Constitución se convirtió en un esfuerzo monumental. La implementación estuvo marcada por una serie de traspiés que alteraron la ruta de acción del Gobierno. En gran medida esto se debe a que la vía para el despliegue de un Acuerdo de Paz que se piensa como un factor de transformación de la sociedad era muy angosta y por ella transitaron de forma incómoda reformas constitucionales cuyos efectos, se esperaba, fueran estructurales<sup>33</sup>. Por ejemplo: la inclusión de un sistema transicional dedicado a la satisfacción de los derechos de las víctimas, el establecimiento de una cláusula de cumplimiento del Acuerdo con vigencia de tres periodos presidenciales y la reforma del Congreso en términos de creación

30 LUDSING, H. Peace Making and Constitutional-drafting: a dysfunctional marriage, en *U. Pa. J. Int'l L.* (vol. 33:1), pp. 239-311. Pennsylvania University Press, 2011, p. 243.

31 Es posible distinguir diferentes mecanismos de cambio constitucional. Por ejemplo, está el cambio formal, en el cual una disposición constitucional es reformada directamente alterando su estructura gramatical. También está el cambio informal que supone una diferente interpretación de una disposición constitucional previamente aplicada sin que se produzca un cambio en su estructura gramatical.

32 Richard Albert en su obra reciente ha desarrollado una teoría que centra su interés en los cambios formales de la Constitución a través del análisis de las reglas de enmiendas. Sobre esto véase: ALBERT, R., *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 41-162.

33 Por ejemplo: el diseño y regulación del componente de justicia transicional (punto cinco del Acuerdo), en la participación política de las FARC-EP (punto dos del Acuerdo) y en la reforma agraria (punto uno del Acuerdo), agudizaron tensiones políticas con grupos opositores al proceso, que terminaron por limitar la reforma constitucional como vía de implementación del Acuerdo.

curules para las FARC-EP<sup>34</sup>. La incomodidad devino también del contacto que dichas reformas tuvieron con grupos políticos opositores al Acuerdo y por el riguroso escrutinio que realizó la Corte sobre su contenido, lo cual terminó por minar la rapidez y la efectividad del *fast track*. Desde un lente pragmático, la incomodidad también surge de que estas reformas estructurales que necesitaba el Acuerdo se dieron en un escenario político reacio a estos cambios, en donde no había un consenso entre los actores políticos sobre la necesidad de impulsar estas reformas constitucionales. Esto se agravaba porque los cambios constitucionales que iban a transitar el *fast track* tenían la potencialidad de reducir el poder de los actores políticos que se oponían a la implementación del Acuerdo, y eran en consecuencia percibidos de esa forma<sup>35</sup>.

Esta relación entre un Acuerdo con un contenido de carácter estructural frente a un contexto político opuesto a estas modificaciones, cerrado frente a un proyecto constituyente, encierra una parte importante de la respuesta al paradójico uso del *fast track*, ya que este mecanismo atiende tanto a la necesidad de poner en marcha algunos de los aspectos más significativos del Acuerdo –una necesidad importante para garantizar a los actores que estaban en conflicto la viabilidad de un proceso de construcción de paz a mediano y largo plazo– como a la realidad política y social del contexto local, renuente a que el contenido del Acuerdo afectara la identidad de la Constitución de 1991. En consecuencia, lo que entraba al Congreso estaba sujeto a las facultades de reforma constitucional consagradas en el artículo 377 de la Carta Política, que, de acuerdo a la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia<sup>36</sup>, tenía un límite de competencia<sup>37</sup> por cuanto el Congreso puede exclusivamente reformar la Constitución mas “no sustituirla, subvertirla, transformarla o destruirla”<sup>38</sup>.

34 Acto Legislativo 01 de 2017, Acto Legislativo 02 de 2017 y Acto Legislativo 03 de 2017, respectivamente.

35 El caso más evidente es la reforma al Congreso para la inclusión de las curules de las FARC-EP. Esto alteraba la dinámica de poder y, en gran medida, explica por qué la única reforma constitucional que no tuvo éxito dentro del *fast track* implicaba otra reforma sobre la composición del Congreso relacionada con las curules para las víctimas (Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2017).

36 La Corte Constitucional ha tratado el tema en varias providencias constituyendo una importante y nutritiva jurisprudencia. Es importante resaltar las siguientes sentencias: sentencia C-551 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; sentencia C-816 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño & Rodrigo Uprimny; sentencia C-1040 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Jaime Córdoba Triviño & Clara Inés Vargas; sentencia C-816 de 2004; sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

37 La Corte Constitucional cuando habla de límites de competencia establece una diferencia entre el poder constituyente originario, es decir el pueblo, el cual puede sustituir, así como reformar la Constitución, y el poder constituyente derivado, es decir el Congreso, que únicamente es competente para reformar la Constitución.

38 JARAMILLO, J. E. La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991 en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (vol. 43-118), pp. 309-348. Medellín: Universidad de Antioquia. 2013, p. 315.

Este paquete de reformas constitucionales no podía desbordar los límites de competencia del Congreso en materia de reforma constitucional, lo cual aseguraba que el Acuerdo se adaptara a la Constitución y no viceversa, aún a pesar de que la jurisprudencia constitucional había sostenido en repetidas ocasiones la tesis de que las reformas constitucionales que alteraban la estructura orgánica del Estado no constituían *per se* una sustitución constitucional cuando introducían mecanismos de justicia transicional destinados a mitigar un riesgo para el Estado de derecho, como el conflicto armado<sup>39</sup>. Por ende, la flexibilización, dada la incapacidad para realizar reformas por otra vía, servía como un mecanismo de garantía para las FARC-EP, ya que al integrar los puntos del Acuerdo a la Constitución les daba un soporte importante frente a proyectos legislativos posteriores que se opusieran a su contenido. Al tiempo que, al estar encadenado el *fast track* a un proceso amplio de refrendación popular del cual dependía su vigencia<sup>40</sup>, se obligó a que el camino para desmontar las reformas que desarrollaban el Acuerdo fuera el trámite ordinario de reforma constitucional, lo cual implicaba un tiempo considerablemente más alto y la construcción de alianzas importantes en el seno legislativo para superar la exigencia de una mayoría cualificada para su aprobación, que no resultaría sencillo dada la inclusión de curules especiales en el Congreso para los representantes de las FARC-EP.

#### IV. UNA LECTURA TEÓRICA: LA APORÍA CONSTITUCIONAL Y SU TRAYECTORIA POLÍTICA

Conceptualizar el *fast track* como un mecanismo de flexibilización constitucional nos abre las puertas a una profunda discusión en el campo de la teoría constitucional. La flexibilidad y, por ende, la rigidez, como propiedades de una Constitución están estrechamente ligadas a dos elementos importantes dentro la teoría constitucional, como lo son la división conceptual entre el constituyente primario y el constituyente derivado, y sus posibilidades en el marco de diseño constitucional, para reformar, cambiar o producir una Constitución. Una parte de esta discusión se centra en la forma como se diseñan las reglas del poder de enmienda constitucional, a través de las cuales el constituyente derivado ejerce el poder de reforma de la Constitución<sup>41</sup>. El grado de rigidez de una constitución implica que los poderes derivados, es

39 Esta posición está en las siguientes sentencias: C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, y C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

40 Vale recordar que el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2016 establecía que su vigencia estaba ligada a la refrendación popular del acuerdo. Esto supone algún tipo de mecanismo democrático para que se pudiera utilizar el *fast track*.

41 ALBERT, R., *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 41-162.

decir aquellos que la misma Constitución establece y faculta para reformarla, deben seguir un procedimiento con cierto grado de dificultad para alcanzar tal fin, normalmente más arduo que el procedimiento de producción legislativa y que encuentra límites, ya sea explícitos o implícitos a su ejercicio<sup>42</sup>.

Al mismo tiempo, este tipo de categorías teóricas también muestra la tradición constitucional en la que se inscribe el sistema jurídico colombiano, caracterizada porque el constituyente primario, entendido como el poder soberano del que emana la voluntad popular, tiene siempre la capacidad de reevaluar sin ningún límite cualquier aspecto formal o material de la Constitución. Es un poder que le da origen a la legalidad, pero que se mantiene por fuera de esta y que, al menos teóricamente, tiene la capacidad de reevaluarla sin sujetarse a las normas que si limitan el ejercicio de otros poderes. Por esto se diferencia del constituyente derivado, que se enfrenta a una determinada dificultad –o resistencia– para reformar la Constitución, la deliberación entre otras, y a una falta de competencia en caso de que las reformas alteren elementos esenciales para determinar la identidad de la Constitución<sup>43</sup>. En palabras de Yaniv Roznai,

La relación conceptual entre poder constituyente y constituido es de subordinación. El poder constituido son poderes legales, o competencias, derivadas de la Constitución y limitada por esta. Estos deben su propia existencia al poder constituyente y depende de él; así el poder constitucional es superior. En contraste al poder constituido, el poder constituyente manifiesta poder ilimitado, al menos en el sentido de que no mantiene ningún vínculo previo con normas constitucionales y procedimientos<sup>44</sup> [traducción propia de los autores].

La distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado nos introduce a un punto de análisis central: existe una tensión entre

42 En su tesis doctoral, Yaniv Roznai afirma que una constitución absolutamente rígida que no admite ninguna cláusula de cambio es poco común. Por el contrario, lo que existe es una escala entre las constituciones flexibles y las rígidas. A su vez esta escala se relaciona también con los límites implícitos o explícitos que tiene las constituciones. Cuando los límites son implícitos, normalmente los tribunales constitucionales utilizan doctrinas de reformas constitucionales inconstitucionales, como la doctrina de la estructura básica de la Constitución por la Corte Suprema de la India, o como la doctrina de la sustitución de la Constitución desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia. En cambio, cuando los límites son explícitos las mismas constituciones señalan qué aspectos quedan por fuera del poder de enmienda, como sucede con la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949. Sobre esto véase: ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 15-71.

43 BERNAL, C., *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*, en *CON* (2013), vol. 11, n.º 2, pp. 339-357.

44 ROZNAI, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 110.

ambos poderes cuando las constituciones no indican expresamente qué partes no son reformables a través del poder de enmienda. La indefinición, no obstante, puede ser provechosa cuando se adelantan procesos de cambio constitucional que tiene alcances considerables. Por ejemplo, si las instituciones políticas, entre ellas el Congreso, escapan totalmente al poder de enmienda, sería necesario acudir al poder constituyente para adelantar este tipo de reformas con el riesgo de que, al ser un poder supra legal, no encuentre límite en la renovación constitucional. A pesar de esta ventaja, la indeterminación en los límites del poder de reforma también supone el problema de identificar cuáles son los valores esenciales del orden constitucional y en qué forma se expresan dentro de la Constitución, para precisar el porqué de una reforma particular los está alterando, sustituyendo o destruyendo. En otras palabras, la dificultad de ejercer el poder de reforma como un mecanismo de adaptación a la Constitución<sup>45</sup>, cuando no tiene límites claros, supone la posibilidad de que quien ejerce este poder destruya el fundamento mismo de su autoridad<sup>46</sup>.

Un trámite de reforma constitucional cualificado supone un primer baremo para que el poder constituyente derivado tenga una serie de límites. Como fin inmediato, impide que el ordenamiento constitucional sea reformado ocasionalmente, lo cual significa asegurar que las reformas constitucionales sean efectuadas por mayorías cualificadas y procedimientos de elaboración normativa más extensos y rigurosos que puedan soportar un ejercicio de carácter constituyente. Eso implica una exigencia procedimental: la búsqueda política de mayor consenso. Que a su vez se conecta con una dimensión sustantiva del cambio constitucional: los cambios radicales a la Constitución alcanzan con dificultad mayores consensos<sup>47</sup>. De tal forma que un procedimiento cualificado

45 Cabe recordar la máxima de Tomas Jefferson que establecía que “ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua”. Esta máxima también está en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793, que versa de la siguiente forma “El pueblo tiene el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras”. Claro que acá se hace una referencia expresa al pueblo como mecanismo de cambio popular, es decir el constituyente originario, y no es claro si el constituyente derivado puede realizar tal potestad. Sin embargo, resulta diciente que esta discusión se replicara en el constitucionalismo revolucionario francés. Véase: JEFFERSON, T. Autobiografía y otros escritos. Madrid: Tecnos. 1987.

46 DÍAZ RICCI se lo pregunta de la siguiente forma: “Si los legisladores reciben sus poderes de la Constitución, ¿cómo pueden cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?”. Véase: DÍAZ RICCI, Rigidez constitucional: un concepto toral, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen I* (CARBONELL SÁNCHEZ, Miquel; FIX FIERRO, Héctor; VALADES Diego, coordinadores) pp. 551-587. México: UNAM. 2015, p. 562.

47 Bruce Ackerman acuñó el concepto de *políticas constitucionales* para referirse a aquellos momentos en los que se definen discusiones que escapan de la política ordinaria. A pesar de que su obra se desarrolla mayormente en el contexto estadounidense, la idea de políticas constitucionales como aquellos momentos definitivos en los que se alcanza un relativo consenso sobre la necesidad de un cambio constitucional es extrapolable a otros contextos. Véase: ACKERMAN, B., *We the People. The Civil Rights Revolution*, vol. 3. *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2014, pp. 37-47.

supone que la Constitución tiene un grado de rigidez orientado a la búsqueda de mayores consensos para su reforma al tiempo que entiende que cambios radicales a la Constitución difícilmente alcanzan este tipo de consensos. En palabras de Ramírez Cleves,

De tal manera que las cláusulas de modificación constitucional se convierten en una forma de proteger o garantizar las decisiones que el pueblo constituyente realiza al instaurar la norma constitucional, ya que al establecerse procedimientos más agravados que las leyes para modificar la Constitución se refuerza la supremacía de ésta<sup>48</sup>.

Este desarrollo teórico propende a buscar un equilibrio entre los excesos de la reforma constitucional –que se advierten en casos como el de México– y la extrema rigidez constitucional, como es el caso de Estados Unidos. No obstante, una idea de equilibrio en el ejercicio del poder de reforma constitucional resulta difícil de perfilar, pues, además de los elementos de diseño en el mecanismo de enmienda, el contexto o ambiente en donde se desarrolla la Constitución también determinan la velocidad y escala de sus reformas, tal como lo indican Elkins, Ginsburg y Melton<sup>49</sup>. En este sentido, ambos, el diseño de las reglas de enmienda y el ambiente en el que se utilizan, son variables explicativas de la flexibilidad constitucional. Una de las particularidades ambientales es el funcionamiento teórico y práctico de categorías que moldean un determinado pensamiento jurídico, como la idea del poder constituyente originario en el caso colombiano<sup>50</sup>. Esto permite entender por qué se carga con tal potencia a esta categoría, en términos de su capacidad para reevaluar el orden constitucional, cuyo uso es viable únicamente en espacios de profunda renovación, incentivando a que importantes reformas constitucionales pasen por el constituyente derivado<sup>51</sup>, a sabiendas de que en algunos casos los procesos de renovación constitucional a través del poder constituyente originario ofrecen importantes posibilidades de profundización democrática<sup>52</sup>.

48 RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Los límites de la reforma Constitucional en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 285.

49 ELKINS Z., GINSBURG T. y MELTON J., *The endurance of national Constitutions*, New York: Cambridge University Press, 2009, pp. 2-5.

50 Andreas Kalivas nos ofrece una genealogía del poder constituyente y como está emparentada en su raíz, con la democracia, como la forma de gobierno dominante en la tradición constitucional de occidente. Si desea revisar el artículo vaya a este enlace: <https://www.politicalconcepts.org/constituentpower/>.

51 Esta tesis, a pesar que es la dominante dentro de la academia constitucional, no es la única. Colon Ríos, por ejemplo, considera que el poder constituyente puede coexistir con órganos que derivan de él, sin que necesariamente se tenga que levantar todo el orden constitucional vigente y sus instituciones. A este tipo de manifestaciones del poder constituyente las bautizo *weak constituent power* o poder constituyente débil.

52 TEITEL G., A Transitional Justice Genealogy, en *Harvard Human Rights*, n.º 16, pp. 69-94. Harvard University Press: Boston. 2002; TEITEL G., *Globalizing Transitional Justice*.

La conceptualización del poder constituyente como un momento excepcional o “un signo de violencia fundadora”<sup>53</sup>, que rompe con toda tradición jurídica anterior, es decir que se presenta siempre como ajeno al derecho, supra jurídico, indomable e impredecible, es una visión arraigada en la tradición jurídica colombiana, que supone siempre un vértigo cuando se presentan reformas importantes a la estructura constitucional<sup>54</sup>. El origen de la tradición precede a esta Constitución de 1991 y se ha asentado como parte de los fundamentos epistemológicos del derecho constitucional colombiano<sup>55</sup>. En este sentido, no es casual que las ideas de Carl Schmitt sobre el poder constituyente, como la voluntad política en virtud de la cual se establece la forma y la unidad de la nación<sup>56</sup>, fueran citadas en la Asamblea Nacional Constituyente y sean recogidas en algunas sentencias de la Corte como parte de su lecho teórico, especialmente en los casos relacionados con reformas a la Constitución<sup>57</sup>. Esta idea postula que la autoridad de una constitución proviene de un sujeto preexistente que se pronuncia o decide “sobre la unidad política”<sup>58</sup>. Si este sujeto es el pueblo, la autoridad de la Constitución tendrá raigambre democrática y los cambios que experimente posteriormente el orden constitucional no podrán alterar la forma de la unidad política sin acudir, de nuevo, a la autoridad democrática que los sustenta.

La adopción de esta teoría del poder constituyente originario como sustento teórico de decisiones judiciales genera una dificultad cuando se adelantan ajustes considerables a la Constitución. La envergadura de los cambios constitucionales que puede adelantar el constituyente derivado se determina reactivamente, esperando que la Corte, a través de la teoría del poder constituyente originario, defina si una reforma particular se mantuvo dentro de las competencias del poder de reforma. Richard Albert considera que cuando

Contemporary Essays. Oxford University Press: New York. 2014; KALIVAS, A., Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. NY: The New School for Social Research. 2005; FRANCES C., Michelle. Human rights, transitional justice, and the reconstruction of political order in Latin America. Palgrave Macmillan/University of Melbourne: Melbourne, Australia. 2018.

53 NEGRI, A., El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Madrid: Secretaría de Educación Superior, Ciencia, tecnología e Innovación. 1992, p. 11.

54 Especialmente el impacto que tiene Carl Schmitt en la comunidad jurídica colombiana que ayuda a determinar esta dicotomía entre el poder constituyente originario y el derecho, y las diferencias entre lo que pueden o no reevaluar dentro del orden constitucional. Por otro lado, cuando se utiliza la expresión *epistemología jurídica* se refiere a la estructura del pensamiento jurídico en determinado contexto espacio, temporal y geográfico.

55 Por ejemplo, la sentencia n.º 138 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, famosa porque posibilitó al Asamblea Nacional Constituyente de 1991, tiene como uno de sus fundamentos la teoría del poder constituyente de Schmitt, en donde establece que este poder no tiene límites ni acondicionamiento.

56 SCHMITT, C., Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 93-94.

57 En la sentencia C-551 de 2003 que establece la doctrina de la sustitución de la Constitución la Corte directamente cita el trabajo de teoría de la Constitución de Carl Schmitt.

58 SCHMITT, C., Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 93-94.

las constituciones no indican explícitamente qué partes son irreformables y es un tribunal constitucional quien tiene la última palabra al respecto, las decisiones que adopta sobre estos temas cumplen una función expresiva pues se enaltecen ciertos valores constitucionales que no pueden suprimirse<sup>59</sup>. Lo cierto es que esta función también genera un efecto político en el sentido de que, al afirmar lo que no se puede cambiar, le resta capacidad al poder constituyente derivado pues modula sus competencias. La ironía radica en que, cuanto menor poder de reforma tenga el constituyente derivado, puede que más cerca se esté de acudir al constituyente originario, para desatarlo.

De esta rígida propuesta teórica que diferencia al constituyente originario y al derivado en razón de su competencia para ejercer, reformar o cambiar la Constitución, surge una aporía constitucional. Es decir, una dificultad lógica entre el contenido de cada una de estas categorías para afrontar procesos de cambio constitucional, como los que se dan en el marco de algunas transiciones políticas. La aporía consiste en que la necesidad de reafirmar la rigidez de la Constitución puede acercarla a una renovación más profunda a través de la figura del constituyente primario, que actúa como un poder preexistente y supralegal. De esta forma, afirmar la dureza constitucional puede resultar en su quiebre. Sin embargo, lo paradójico es que restar fortaleza a la Constitución y flexibilizarla, esta vez a través del relajamiento del trámite de reforma constitucional –lo cual supondría un aumento en el poder constituyente derivado–, tampoco permite adelantar reformas constitucionales con alguna estabilidad. Cuando el trámite de reforma constitucional se relaja, los contenidos de la Constitución se devalúan, presentándose a la sociedad no como los principios axiológicos alcanzados a través de importantes consensos sociales, sino como un instrumento que obedece a cambios impulsados por los intereses políticos coyunturales<sup>60</sup>.

De esta forma, afirmar la rigidez de la Constitución sustrayendo del debate político algunos aspectos de ella que son inmodificables conduce al mismo camino que flexibilizarla a través del relajamiento del trámite de reforma: el riesgo de reevaluar todo el proyecto constitucional. El vértigo que genera esta aporía afecta a la Corte Constitucional, que, gracias a la doctrina de la sustitución de la Constitución, revisa el contenido sustancial de las enmiendas

59 Esto, en tanto admitir o no admitir una reforma también permite expresar cuáles son los valores preponderantes en una Constitución. En ese sentido las constituciones no se definen en un solo acto de promulgación, sino que también durante su vigencia reafirman sus valores primordiales. Véase: ALBERT, R., *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 41-162.

60 No es que esto sea una excepción, pues, como muestra Gabriel Negretto, las decisiones para adoptar determinado diseño institucional en procesos de cambio constitucional siempre están impregnadas de intereses particulares, muchas veces partidistas o gremiales. Sin embargo, lo que vale la pena sugerir es que estos intereses no se presentan como coyunturales y pasajeros. Si se desea profundizar, véase: NEGRETTO, G., *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

como parte del control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder de reforma, con miras a establecer si se ajustan a la órbita funcional del Congreso como constituyente derivado<sup>61</sup>. La doctrina de la sustitución de la Constitución tiene su fundamento en la distinción entre constituyente originario y derivado, al tiempo que se justifica por el hecho de que la Constitución de 1991 no presenta límites explícitos al poder de reforma<sup>62</sup>. De tal forma que el único mecanismo para modular la competencia del constituyente derivado es revisar el contenido sustancial de las enmiendas para prevenir que en el ejercicio en el marco de una reforma la Constitución se sustituya. Así, la Corte termina negociando con los actores políticos, definiendo en qué casos es admisible una enmienda constitucional, lo cual implica evaluar el riesgo político de que todo el proyecto constitucional pierda vigencia. Esto impacta en el rol de la Corte como actor institucional en el juego democrático, así como en las posturas de los actores políticos frente a la utilidad del poder constituyente originario para impulsar sus intereses.

Al admitir que el Congreso tiene la competencia para diseñar un procedimiento legislativo especial o *fast track* y relajar las normas de reforma de la Constitución, la Corte solventó una dificultad dentro de la transición política, tendiente a establecer una garantía para las FARC-EP diferente de una Asamblea Nacional Constituyente. También aligeró las preocupaciones políticas existentes sobre esta propuesta. Esta decisión se asentó en la idea de que las normas constitucionales tienen una resistencia que varía según el poder que busca reformarlas. Es decir, si es el poder constituyente originario o el derivado quien impulsa la reforma. En la sentencia C-699 de 2016, en donde se declaró constitucional el *fast track* –contenido en el Acto legislativo 01 de 2016–, la Corte estableció lo siguiente:

Las normas constitucionales pueden entonces ser reformadas con un nivel de resistencia relativo mediante acto legislativo, referendo o acto constituyente de una asamblea nacional. Sin embargo, la resistencia al cambio es diferente si la función no es reformar las previsiones constitucionales (ejercer el poder de revisión) sino constituir un nuevo orden político (ejercer el poder *constituyente*), por lo cual

61 BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, en *I•CON* (2013), vol. 11, n.º 2, pp. 339-357; GARCÍA JARAMILLO & GNECCO ESTRADA, La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo, 133, *Vniversitas*, pp. 59-104. 2016, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp5>.

62 Si desea profundizar sobre las sentencias que han declarado inconstitucionales reformas a la Constitución son las siguientes: C-1092 de 2003, C-313 de 2004, C-372 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005, C-033 de 2009, C-588 de 2009, C-040 de 2010, C-702 de 2010, C-1056 de 2012, C-249 de 2012, C-740 de 2013, C-285 de 2016, C-373 de 2016, C-094 de 2017, C-112 de 2017, C-332 de 2017 y C-674 de 2017. No todas de estas sentencias utilizan la doctrina de la sustitución de la Constitución, algunas utilizan la doctrina de vicios de forma tradicionales.

puede hablarse de una resistencia *funcionalmente diferenciada*. En efecto, en la Constitución de 1991 la soberanía reside exclusivamente en el pueblo (CP art 3), y “[e]n los estados democráticos el acto de soberanía por excelencia es el acto constituyente, es decir, el acto de fundación constitucional”.

Por lo mismo, el pueblo es el único que puede darse una Constitución, o sustituir la existente, por medio de un procedimiento que le garantice la oportunidad de expresar inequívocamente la voluntad de constituir un nuevo orden político, en un contexto de participación necesaria, suficiente y sin limitaciones configurativas. Aunque por medio de acto legislativo, referendo constitucional y asamblea constituyente con competencia *limitada* puede entonces revisarse la Constitución, no es posible constituir un nuevo orden político. La jurisprudencia ha señalado que solo una asamblea nacional constituyente expresamente convocada para ello, sin otros límites de competencia, puede canalizar el ejercicio del poder constituyente, y dar origen a una nueva Constitución<sup>63</sup>.

Al establecer qué reformas se pueden realizar a través del poder constituyente derivado, la Corte define colateralmente la utilidad política del concepto de “poder constituyente originario”. En otras palabras, al precisar los límites de la competencia del Congreso para reformar la Constitución, la Corte también está delimitando cuándo y para quién es útil activar el poder constituyente. Al definir que el Congreso podía reformar los mecanismos de cambio constitucional, particularmente la reforma constitucional a través de acto legislativo y establecer una flexibilidad transitoria de la Constitución a través del *fast track*, la Corte acrecentó la utilidad política de la noción de “poder constituyente” para los sectores políticos que se oponen al Acuerdo. En tanto, al ser un poder que tiene la capacidad de reevaluar todo el andamiaje jurídico, resulta particularmente funcional para revertir lo que se implementó por medio del *fast track*.

La posibilidad que tiene el poder constituyente de reevaluar el andamiaje jurídico y no someterse a ninguna de las normas preexistentes lo convierte en la trinchera jurídica ideal para quienes se oponen a la implementación del Acuerdo de Paz. De esta forma, la utilidad de esta categoría, gracias a las decisiones de la Corte, pasó de un mecanismo para implementar el Acuerdo a una forma de desconocer su proceso de implementación. Sin embargo, si la Corte hubiera fortalecido la rigidez constitucional estableciendo que las normas de reforma no eran susceptibles de cambio constitucional, seguramente también se hubiera enfrentado al riesgo de la activación del poder constituyente para la implementación del Acuerdo de Paz. Ahí se presenta la aporía. En parte, porque el juego de competencia no permite otra opción, se es o no competente para algo; por lo cual termina siendo un juego de suma cero.

63 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-699 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, n.º 38.

Por esto, la utilidad política del concepto de “poder constituyente” transita sin dificultad entre dos extremos opuestos ideológicamente, y resulta poco atractiva para posiciones ponderadas.

En términos analíticos, la aporía nos permite apreciar las dificultades que presenta la teoría del poder constituyente originario para enfrentar procesos de cambio constitucional desde una posición distinta de la competencia. En este caso, las ideas del poder constituyente originario y derivado, al servir de fundamento de la doctrina de la sustitución de la Constitución, fueron esenciales para el diseño de un mecanismo de flexibilización de la Carta Política como el *fast track*, que funcionó como una alternativa para implementar un Acuerdo de Paz en un contexto particular que se resistía a la activación del poder constituyente. No obstante, esta flexibilización transitoria de la Constitución debilitó su legitimidad y afectó la posición de la Corte. Para superar esto, una opción es hacer más compleja la idea de “competencia” y mezclarla con otros conceptos, como el de “deliberación pública y suficiente”, que postulan que en términos de reforma constitucional se es o no competente para impulsar una reforma en razón de la deliberación democrática que la preceda. Si una reforma constitucional está precedida por una deliberación pública robusta y de calidad, tendrá menor control a su contenido y por ende mayor capacidad y competencia en la reforma. Tal vez ese pueda ser el camino para superar la aporía que genera la teoría del poder constituyente cuando establece los límites de competencia del poder de reforma.

Al tiempo, esto también nos muestra cómo la Corte, en uso de estas categorías, responde a una realidad compleja, como si estuviera entre la espada y la pared, arriesgando su existencia como institución –y por ende la continuidad del proyecto de la Constitución de 1991– en cada una de sus decisiones. Este vértigo debe servir como incentivo para repensar el uso de categorías como el constituyente primario y derivado, y su impacto político dentro de la justicia constitucional.

#### CONCLUSIÓN

El *fast track* es un mecanismo sin precedentes en la historia constitucional colombiana. Su objetivo era servir como un mecanismo de anclaje constitucional para implementar el Acuerdo de Paz que adolecía, en sí mismo, de valor jurídico dentro del ordenamiento legal colombiano. Sin embargo, su uso, antes que mostrar un ágil mecanismo de producción legal, reveló un mecanismo de flexibilización transitoria de la Constitución a través del cual, en un plazo reducido a través del relajamiento del mecanismo de reforma, se adelantaron cinco reformas constitucionales que introdujeron algunos de los puntos principales del Acuerdo, como el Sistema Integral de Verdad, Justicia,

Reparación y Garantías de No Repetición (Acto Legislativo 01 de 2017), el blindaje jurídico del Acuerdo (Acto Legislativo 02 de 2017), la participación política de las FARC-EP (Acto Legislativo 03 de 2017), las regalías necesarias para la paz (Acto legislativo 04 de 2017) y el monopolio legítimo de la fuerza y la prohibición del paramilitarismo (Acto legislativo 05 de 2017).

Una lectura teórica sobre el balance del *fast track* revela algunas sutilezas. Por un lado, vemos que, dentro de la estrategia de implementación del Acuerdo, el *fast track* cumplía la función de tramitar las reformas constitucionales y la legislación cuyo contenido tenía reserva estatutaria o implicaba mayorías calificadas; más específicamente, al acercarnos a su diseño encontramos que el trámite de reforma constitucional se redujo significativamente más que el procedimiento legislativo. Esto sirvió como un punto de apoyo para sostener que el *fast track* sirvió esencialmente como un mecanismo de flexibilización de la Constitución. Esto, sin embargo, no consolidaba una explicación profunda sobre las razones de este uso.

Situamos estas últimas en dos puntos específicos: el primero, la tensión que surge entre en un acuerdo que tiene un contenido estructural con un contexto político reacio a cambios importantes. De esta forma se utilizan los poderes constituidos para consolidar una transición política orientada a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, al tiempo que introduce cambios orgánicos en el diseño del Estado, pero con una resistencia importante a activar el poder constituyente para tramitar estos cambios. Mientras que el segundo punto, que está estrechamente relacionado con el primero, se centra en las tensiones conceptuales entre el poder constituyente y el poder constituido que están presentes en la jurisprudencia de la Corte, y los problemas que generan cuando a través de dichas categorías se afrontan procesos de cambio constitucional destinados a impulsar un proceso de paz, ya que establece un juego de suma cerco entre la competencia o no para realizar una reforma.

Finalmente, sobre este panorama, esbozamos una última contribución a través de la idea de *aporía constitucional*, que utilizamos para ilustrar cómo la resistencia frente al poder constituyente, tal como está conceptualizada y arraigada en el entendimiento jurídico colombiano, trajo como alternativa para la implementación del Acuerdo la flexibilización de la rigidez constitucional a través de un mecanismo particular: el cambio transitorio de las reglas de reforma constitucional por parte del Congreso, conocido como el *fast track*. La Corte Constitucional se encuentra inmersa en esta *aporía constitucional*, por lo que sus decisiones sobre la competencia del poder constituyente derivado definen la utilidad política del constituyente originario que transita entre extremos políticos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE. *We the People. The Civil Rights Revolution*, vol. 3. *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2014.
- ALBERT, RICHARD. *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- BELL, CHRISTINE. *Bargaining on Constitutions: Political Settlements and Constitutional State-building*, en *Constitution-making and Political Settlements in Times of Transition* (Bell, Charmaine, Silvia, Gerald, Sapiano eds.), pp. 4-20.
- BERNAL, CARLOS. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*, en *1•CON*, vol. 11, n.º 2, 339-357. 2013.
- DÍAZ RICCI, SERGIO. *Rigidez constitucional: un concepto toral*, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 1 (Carbonel Sánchez, Miquel; Fix Fierro, Héctor; Valadés Diego, coordinadores) pp. 551-587. México: UNAM. 2015, p. 562.
- ELKINS ZACKARY, GINSBURG TOM y MELTON JAMES. *The Endurance of National Constitutions*, New York: Cambridge University Press, 2009.
- ELSTER JON. *Closing The books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge University Press: Cambridge, 2004.
- FRANCES C., MICHELLE. *Human rights, transitional justice, and the reconstruction of political order in Latin America*. Palgrave Macmillan/University of Melbourne: Melbourne, Australia. 2018.
- GALTUNG, JOHAN. *Sobre la paz*. Barcelona: Fontamara. 1985, p. 2.
- GARCÍA JARAMILLO, S. y GNECCO ESTRADA F., *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 Universitas, pp. 59-104. 2016 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>.
- GREADY, P., *The era of transitional justice. The aftermath of the truth and reconciliations commission in South Africa and Beyond*. Routledge: New York. 2010.
- JARAMILLO, J. E. *La problemática de los límites al poder de reforma de la Constitución Política de 1991 en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (vol. 43-118), pp. 309-348. Medellín: Universidad de Antioquia. 2013.
- JEFFERSON, THOMAS. *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Tecnos. 1987.
- KALIVAS, ANDREAS. *Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power*. NY: The New School for Social Research. 2005.
- KROCK INSTITUTE FOR INTERNATIONAL PEACE STUDIES, *Report on the status of implementation of the Colombian Final Accord*, Notre Dame: University of Notre Dame, 2017.

- LUDSING, H. Peace Making and Constitutional-drafting: a dysfunctional marriage, en *U. Pa. J. Int'l L* (vol. 33:1) pp. 239-311. Pennsylvania University Press. 2011.
- ROSARIO-RODRÍGUEZ, La supremacía constitucional: naturaleza y alcances, *Dikaion* (n.º 1, vol. 20) pp. 97-117. Chía: Universidad de la Sabana. 2010.
- ROZNAI, YANIV. Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- SCHMITT, C. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- TEITEL, G. A Transitional Justice Genealogy, en *Harvard Human Rights*, n.º 16, pp. 69-94. Harvard University Press: Boston. 2002.
- TEITEL, G. Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays. Oxford University Press: New York. 2014.

### *Jurisprudencia constitucional*

- Corte Constitucional (9 de junio de 1993), sentencia C-214 de 1993, expediente R.E.-041 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo & Hernando Herrera Vergara).
- Corte Constitucional (18 de mayo de 2006), sentencia C-370 de 2006, expediente D-6032 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, M. P. Jaime Córdoba Triviño, M. P. Rodrigo Escobar Gil, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P. Álvaro Tafur Galvis & M. P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional (4 de diciembre de 2008), sentencia C-1199 de 2008, expediente D-6992 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).
- Corte Constitucional (21 de octubre de 2014), sentencia C-784 de 2014, expediente PE-042 (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional (18 de julio de 2016), sentencia C-379 de 2016, expediente PE-045 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional (17 de agosto de 2016), sentencia C439 de 2016, expediente D-11213 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
- Corte Constitucional (13 de diciembre de 2016), sentencia C-699 de 2016, expediente D-11601 (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional (9 de marzo de 2017), sentencia C-160 de 2017, expediente RDL-001 (M. P. Gloria Ortiz Delgado).
- Corte Constitucional (17 de mayo de 2017), sentencia C-332 de 2017, expediente D-11.653 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).