

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONSTITUCIÓN

Justicia de transición y constitución : análisis a la sentencia C-579 de 2013 de la corte constitucional / Kai Ambos ... [et al.]. -- Bogotá : Editorial Temis, 2014.

296 páginas ; 23 cm.

Incluye bibliografía e índice.

ISBN 978-958-35-1007-6

1. Justicia transicional - Colombia 2. Derecho penal - Colombia
3. Administración de justicia penal - Colombia 4. Acuerdos de paz - Aspectos jurídicos - Colombia I. Ambos, Kai, 1965-
345.05 cd 21 ed.

A1440972

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

KAI AMBOS

(Coord.)

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONSTITUCIÓN

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-579 DE 2013
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

KAI AMBOS

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO

CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ

NELSON CAMILO SÁNCHEZ

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

GONZALO VILLA ROSAS

JOHN E. ZULUAGA T.



2014



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Kai Ambos, 2014.
- © Editorial Temis S. A., 2014.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1007-6
2730 201400031500

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL LATINOAMERICANO (CEDPAL)

GEORG-AUGUST-Universität de Göttingen (Alemania)

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en estas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscritos y externos (más información en: www.cedpal.uni-goettingen.de).

Una de las actividades principales del Centro es el desarrollo de proyectos de investigación.

En este libro presentamos los resultados del primer proyecto nacional de investigación dedicado al análisis de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-579 de 2013 sobre el “Marco Jurídico para la Paz”. Esta sentencia evaluó la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 que, al incorporar a la Constitución colombiana el artículo transitorio 66, otorgó rango constitucional a mecanismos de justicia transicional. El libro que presentamos analiza diversos aspectos de esta importante sentencia que determinó la exequibilidad del inciso 4º del artículo 1º de dicho Acto Legislativo.

Las versiones preliminares de los trabajos que aquí se publican han sido expuestas y discutidas en un seminario organizado y financiado por el CEDPAL en conjunto con el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. El seminario fue llevado a cabo en la sede del CEDPAL en la ciudad de Göttingen, Alemania, el día 7 de enero de 2014 y contó con la participación de varios doctorandos colombianos en Alemania. Las exposiciones estuvieron a cargo de Gonzalo Villa Rosas, Catalina Ibáñez, Nelson Camilo Sánchez, Alejandro Guerrero, Carlos Gálvez, John Zuluaga, Diego Tarapués y Gustavo Cote y fueron moderadas por el Prof. Dr. Kai

Ambos y el Dr. Christian Steiner. El Dr. Carlos Guillermo Castro (Profesor de la Universidad del Rosario, Colombia) contribuyó con una presentación inicial sobre el alcance y la metodología de la decisión. Asimismo, el seminario contó con la participación de los observadores Eugenia Valenzuela y Franco Matillana (integrantes de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional).

Con posterioridad, los autores presentaron la versión definitiva de sus trabajos y en ella procuraron tener en cuenta las observaciones de los participantes del seminario. Esa versión final fue sometida a la evaluación del CEDPAL.

Agradecemos a todos los que han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, y en especial a su Director, el Dr. Christian Steiner, por la contribución en la organización y financiación del encuentro de discusión y de la presente publicación. En segundo lugar, a Alejandro Guerrero, Carlos Gálvez, Carlos Guillermo Castro, Eugenia Valenzuela y Franco Matillana por su participación y sus valiosas contribuciones a la discusión de los trabajos durante el seminario. Por último, y especialmente, a los autores de los trabajos que integran el libro: Gonzalo Villa Rosas, Catalina Ibáñez, Nelson Camilo Sánchez, John Zuluaga, Diego Tarapués y Gustavo Cote.

KAI AMBOS - EZEQUIEL MALARINO
Director General - Director Académico
Göttingen, Alemania, mayo de 2014

PRESENTACIÓN FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER
PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA

Durante los primeros años de aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia (975 de 2005), una profunda tensión parecía inevitable entre la posibilidad de alcanzar una paz negociada y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Por un lado, la masividad y gravedad de los crímenes que han sido cometidos durante más de cincuenta años de conflicto armado en el contexto de macrocriminalidad colombiano, afectaron ampliamente la posibilidad de satisfacer los derechos de las víctimas. Así, las instituciones en Colombia, acostumbradas a operar bajo una lógica de justicia ordinaria, demostraron incapacidad para garantizar las demandas de verdad, justicia y reparación de millones de víctimas. Por otro lado, los acuerdos de paz tradicionalmente han implicado una limitación de los procesos criminales contra los combatientes desmovilizados.

En este contexto, luego de un intenso debate, y tras aplicar diversas lecciones aprendidas de la implantación de diversos instrumentos de justicia transicional en Colombia —como los incluidos en la mencionada Ley de Justicia y Paz—, el Congreso de la República de Colombia expidió el Acto Legislativo 1 de 2012, mejor conocido como “Marco Jurídico para la Paz”, una reforma constitucional que permite que la paz negociada sea plausible, garantizando al mismo tiempo una protección integral a los derechos individuales y colectivos de las víctimas.

Gracias a la sinergia de diversos mecanismos judiciales y extrajudiciales, el Acto Legislativo 1 de 2012 sienta las bases de una estrategia integral de justicia transicional estatal, que establece los límites jurídicos conforme a los cuales se pueden realizar negociaciones para poner fin al conflicto armado colombiano. Particularmente, el marco intenta generar equilibrio en un contexto en el que encontrar consensos ecuanímenes entre diversos derechos es una responsabilidad de la cual pende la estabilidad y duración de la paz. La generación de estos acuerdos no es, por supuesto, un proceso exento de debate y diálogo. Es precisamente en el desarrollo de esta discusión donde se enmarca la obra *Justicia de transición y Constitución*, objeto de esta presentación.

El Marco Jurídico para la Paz tiene como presupuesto el hecho de que en contextos de terminación de un conflicto armado, la mejor forma de hacer

frente a violaciones masivas a los derechos humanos es mediante una estrategia integral, que articule de forma coherente distintas medidas de persecución penal, esclarecimiento de la verdad y reparación integral de las víctimas. Para tal efecto, la reforma plantea la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación, luego de una regulación por medio de ley estatutaria, concentre la investigación penal en la develación de patrones de macrocriminalidad, los crímenes más graves y los máximos responsables, utilizando criterios de selección y priorización.

Esto, de acuerdo con la argumentación sostenida por los defensores del marco, permitiría garantizar de forma más integral los derechos de las víctimas. Lo anterior, luego de establecer que en contextos de macrocriminalidad y macrovictimización como el colombiano, los esquemas ordinarios de persecución penal y reparación del daño resultan insuficientes para atender las demandas de verdad, justicia y reparación, así como tampoco para poner en práctica los complejos procesos de desarme, desmovilización y reinserción a la sociedad de los combatientes.

Sin embargo, esta lógica de persecución penal obliga a la Fiscalía y al sistema judicial a renunciar a la investigación, sanción y juzgamiento caso a caso, lo cual ha generado también ciertos temores alrededor del Marco, en el sentido de que podría implicar una renuncia del Estado colombiano a su deber de impartir justicia en todas las violaciones a los derechos humanos.

Esta discusión ha sido enriquecida ampliamente en Colombia a partir de dos demandas de constitucionalidad contra el Marco Jurídico para la Paz, que no solo han permitido reflexionar alrededor de sus alcances, con miras a la futura regulación del legislador estatutario al respecto, sino que también han servido para trazar las pautas sobre lo que se puede y no se puede negociar en el proceso de paz que cursa actualmente en La Habana, entre el Gobierno Nacional y la guerrilla más antigua del continente: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

Por un lado, una demanda interpuesta por el director de la Comisión Colombiana de Juristas, Gustavo Gallón, contra la estrategia de persecución penal adoptada por la reforma. Por otro lado, una demanda entablada por Rafael Guarín, antiguo Viceministro de Defensa, contra un artículo del Marco para la Paz que permite la regulación y determinación de los crímenes considerados conexos al delito político, para efectos de la participación política de excombatientes.

La primera demanda fue resuelta por la Corte Constitucional a finales de 2013, mediante la sentencia C-579 de 2013. Es precisamente el alcance, contenido y límites de dicho pronunciamiento, el objeto de estudio del libro que se presenta, al ser esta providencia una fuente novedosa en la producción jurídica transicional, nacional e internacional. La sentencia no solo recoge

las diferentes posiciones y discusiones generadas alrededor de los criterios de priorización y selección de casos avalados por el Marco y declarados constitucionales por la Corte, sino que, a su vez, hace un recuento de la evolución de la justicia transicional en Colombia, desde una perspectiva comparada e interpretando, igualmente, diversas obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano.

Este libro tiene precisamente el objetivo de ser un aporte a la discusión referida, teniendo en cuenta que serán las leyes estatutarias regulatorias del Marco las que definirán, finalmente, el alcance de los mecanismos de selección y priorización contemplados en el mismo. No en vano es ya costumbre en Colombia hacer referencia al Parlamento elegido el 9 de marzo de 2014 como “el Congreso de la paz”: el que tendrá la misión de dar contenido concreto a cada uno de los mecanismos judiciales y extra judiciales de justicia transicional creados por el Marco.

La sentencia C-579 de 2013 es la primera de una serie de sentencias constitucionales que en el futuro debe proferir la Corte Constitucional colombiana en su tarea de velar por la supremacía de la Constitución. Así, no sólo decidirá durante el año 2014 sobre la segunda demanda contra el Marco, en materia de participación política de excombatientes, sino que también —tal como lo prevé la Carta Política—, tendrá que pronunciarse con posterioridad a su expedición por el Congreso, sobre las leyes estatutarias que desarrollen el Marco. Esta obra sobre *Justicia transicional y Constitución* que presenta el Programa Estado de Derecho para América Latina de la Fundación Konrad Adenauer, tiene la pretensión de ser una herramienta de consulta para futuras discusiones alrededor del desarrollo de dichas leyes en Colombia, las cuales muy seguramente tendrán como referencia obligada esta sentencia hito.

El libro, a su vez, es parte de una serie de esfuerzos del Programa Estado de Derecho para apoyar el proceso de paz colombiano. Particularmente, durante el año 2014 el Programa desarrollará, en alianza con diversas contrapartes, un ciclo de conversatorios nacionales y regionales sobre el proceso de paz, para acompañar el diálogo sobre cuatro aspectos de las negociaciones que serán determinantes para su éxito: la participación política de excombatientes, las penas alternativas, la refrendación de los acuerdos y su ejecución regional.

Como se ve, mientras en La Habana el gobierno colombiano se encuentra en conversaciones con las FARC sobre un posible acuerdo de paz, en Colombia en sede judicial y parlamentaria se trazan las bases constitucionales y legales para el desarrollo de dicho acuerdo. Estas bases, cuyo fundamento es el Marco Jurídico para la Paz, muy seguramente serán el principio y fin del desarrollo de lo acordado. El principio, en la medida en que serán estos instrumentos jurídicos los que permitirán dar marcha al cumplimiento de los acuerdos. El fin, a su vez, pues serán estas normas las que transformarán lo

acordado en una verdadera política pública estatal para la paz. Es precisamente en esta fase de transformación de los acuerdos en normas y luego en realidades, donde se establecerá la real dimensión de la sentencia de la Corte Constitucional y donde más valor tendrán sus futuras decisiones.

Dr. CHRISTIAN STEINER y DIANA DAJER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad-Adenauer
Bogotá D. C., marzo de 2014

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AL	Acto Legislativo
arts.	artículos
CC	Corte Constitucional —Colombia—
cfr.	Confróntese, compárese, véase
CG	Convenios de Ginebra
Coord.	Coordinador
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia —Colombia—
CVR	Comisión (o Comisiones) de Verdad y Reconciliación (ver también: TRC)
DD.HH.	Derechos Humanos
DDR	Desmovilización, Desarme y Reintegración
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
eds.	editores
ER	Estatuto de Roma (ECPI —Estatuto Corte Penal Internacional—)
<i>et al.</i>	y otros
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (GAOML —Colombia—)
FGN	Fiscalía General de la Nación
GAOML	Grupo(s) Armado(s) Organizado(s) al Margen de la Ley
GIZ	Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (Agencia de Cooperación de Desarrollo Alemana)
<i>Ibid</i>	en el mismo lugar
ICC	International Criminal Court (ver también: CPI)
ICIP	Institut Català Internacional per la Pau
ICTJ	International Centre for Transitional Justice

JT	Justicia Transicional
JYP	Justicia y Paz
LJP	Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)
MJP	Marco Jurídico para la Paz
M.P.	Magistrado Ponente
nm.	número(s) marginal(es)
núm.	número
num.	numeral
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PA	Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra
pág.	página
párr.	párrafo(s)
parg.	parágrafo(s)
ProFis	Proyecto de Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz —un ejemplo de justicia transicional— (GIZ)
Rad.	Radicado
Res.	Resolución (Resolution)
s.	siguiente
ss.	siguientes
sent.	sentencia
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
UNAC	Unidad de Análisis de Contexto
UNFJYP	Unidad Nacional de Fiscalías para Justicia y Paz (también: UNJP –Colombia-)
UNJP	Unidad Nacional de Justicia y Paz (FGN -Colombia-)
vol.	volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista jurídica alemana) < www.zis-online.com >

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL).....	VII
Presentación Fundación Konrad-Adenauer	IX
Siglas y abreviaturas	XIII

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONSTITUCIÓN. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

KAI AMBOS

JOHN E. ZULUAGA T.

1. El Acto Legislativo 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz	1
2. La sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional	5
A) Resumen de la sentencia	5
B) Análisis (preliminar) crítico	8
a) Sobre el uso del “juicio de sustitución”	8
b) Constitucionalización de la justicia transicional	10
c) Consideraciones sobre el análisis de sustitución	11
aa) De la paz estable y duradera	11
bb) Selección y priorización.....	13
cc) La expresión “cometidos de manera sistemática”	15
dd) Máximos responsables	15
Conclusión.....	16
Bibliografía.....	17

LA SENTENCIA C-579 DE 2013 Y LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

GONZALO VILLA ROSAS

1. Introducción.....	22
2. La doctrina de la sustitución de la Constitución.....	25
A) La sustitución de la Constitución.....	37

	PÁG.
B) El juicio de sustitución.....	45
C) Conclusión parcial	63
3. La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución.....	65
A) El artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012 y los márgenes estructurales de acción del legislador	65
B) La demanda por sustitución de la Constitución contra expresiones del inciso 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012	73
C) Esclareciendo los márgenes estructurales de acción del legislador. Análisis de la “ratio decidendi” de la sentencia C-579 de 2013	84
Conclusión	92
Bibliografía	101

LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

NELSON CAMILO SÁNCHEZ
CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ

1. Introducción.....	107
2. El concepto de transición en la Constitución colombiana	109
A) ¿Justicia transicional dentro de un “statu quo” constitucional?.....	109
B) La construcción jurisprudencial del modelo transicional colombiano	112
C) La reforma constitucional y la reafirmación del modelo holístico .	120
3. Concepto, valores y mecanismos de la justicia transicional por medio del estudio comparado.....	123
A) Valor del análisis comparado	123
B) Concepto de justicia transicional en un examen comparado	127
C) Análisis de los valores en tensión de la justicia transicional en el derecho comparado	132
D) Otros mecanismos de justicia de transición	138
E) Conclusión del estudio de la justicia transicional en derecho comparado	142
4. La evolución de las medidas excepcionales en el constitucionalismo colombiano	143
Conclusión	149
Bibliografía	149

ALCANCE DEL ARTÍCULO 1º INCISO 4º
DEL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2012.
DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ Y LA SELECCIÓN
Y PRIORIZACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

JOHN E. ZULUAGA T.

	PÁG.
1. Introducción.....	155
2. Antecedentes y propósitos esenciales.....	158
A) De la terminación del conflicto armado y la paz estable y duradera	159
B) Instrumentos judiciales o extrajudiciales	164
3. Artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012: selección y prio- rización como criterios para la justicia transicional	168
A) ¿Por qué la selección y priorización como estrategia de investiga- ción?.....	168
B) El “nuevo” sistema de investigación penal y de gestión de casos ...	171
a) La Directiva 1 de 2012.....	171
b) Criterios de priorización.....	173
aa) Criterio objetivo	173
bb) Los criterios complementarios.....	175
C) Sobre la aplicación del sistema de priorización	176
a) De instructivos y planes de acción	176
b) Definición de “mayor impacto” y criterios de macro-criminalidad	177
4. Alcance del análisis sobre selección y priorización en la sentencia C-579 de 2013	179
A) Consideraciones sobre la tesis maximalista	179
B) Interpretación de la jurisprudencia de la CIDH.....	182
C) Selección y priorización	184
a) Formas de selección y priorización.....	184
b) Distinción entre selección y priorización	186
c) Razones para adoptar criterios	187
Conclusión	189
Recomendaciones	191
Bibliografía.....	191

EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ Y EL ANÁLISIS
ESTRICTO DE SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
REALIZADO EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

1. Introducción.....	197
----------------------	-----

	PÁG.
2. Aspectos preliminares a la revisión del análisis estricto de sustitución	199
A) Aproximación al sentido y alcance del artículo transitorio 66 como presupuesto para comprender el juicio de sustitución	200
a) Antecedentes inmediatos del Marco Jurídico para la Paz: Ley de Justicia y Paz y Ley 1424 de 2010	202
b) Finalidad del Marco Jurídico para la Paz y proyecto de artículo transitorio 66 sometido a discusión en el Congreso de la República	206
c) Texto final aprobado del artículo transitorio 66	209
d) Algunos aspectos problemáticos del artículo transitorio 66.....	216
B) Estructura del análisis estricto de sustitución en el marco del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013	218
3. La ponderación como herramienta metodológica para realizar el análisis estricto de sustitución y la incorporación de la paz como elemento de la premisa menor	223
A) Fundamento y contenido de la ponderación realizada en la sentencia C-579 de 2013	223
B) Observaciones generales a la ponderación como método para resolver el análisis estricto de sustitución.....	226
a) La paz como elemento de la “premisa menor”.....	228
b) Uso de la ponderación en el análisis estricto de sustitución.....	230
4. Interpretación de la Corte Constitucional de los elementos contenidos en el inciso cuarto del artículo transitorio 66 en el marco del análisis estricto de sustitución	237
A) Interpretación de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”	237
a) Significado de la expresión “cometidos de manera sistemática” según la Corte Constitucional	238
b) El concepto de crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional	241
c) El concepto de crimen de guerra en el derecho penal internacional	247
d) Aspectos problemáticos de la interpretación que hace la Corte Constitucional de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”	251
B) Interpretación de la expresión “máximos responsables”	254
a) Definición de la expresión “máximos responsables” realizada por la Corte Constitucional al establecer la premisa menor del juicio de sustitución.....	255

	PÁG.
b) Concentración de la investigación penal en los “máximos responsables”, aplicación de criterios de selección y finalidad del Marco Jurídico para la Paz	258
c) Consecuencias de la definición de “máximos responsables” hecha por la Corte Constitucional	261
Conclusiones	264
Bibliografía	267
Nota sobre los autores	273

JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y CONSTITUCIÓN. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

KAI AMBOS
JOHN E. ZULUAGA T.

Resumen: El artículo pretende introducir al lector al tema de este libro: el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional (CC) sobre el Marco Jurídico para la Paz (MJP). Primero se presenta el contexto normativo o sea el Acto Legislativo (AL) 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz. En segundo lugar se describen los principales contenidos de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional y se plantea, a partir del análisis más profundo de los artículos de este libro, un análisis (preliminar) crítico al fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. En efecto, de dicha sentencia se desprenden importantes conclusiones sobre el alcance de la justicia transicional (JT), concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales frente a la obligación de investigar y juzgar. Sin embargo, algunos aspectos resultan problemáticos para la comprensión del alcance del Acto Legislativo 1 de 2012 y de expresiones concretas de su articulado. Por un lado, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemática la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución. Por otro lado, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Finalmente, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

1. EL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2012 O MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

La conciliación y aprobación del “Marco jurídico para la paz” el pasado 14.06.2012¹ es un hecho que no tiene precedentes en América Latina.

¹ Véase la publicación oficial del acto legislativo 1 de 2012 en *Gaceta del Congreso* 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2012.html (visto por última vez el 18.03.2014).

Esta reforma dimensiona la “justicia transicional” como criterio constitucional a partir del cual se deben concretar posibles negociaciones de paz. Vía reforma constitucional, con este acto legislativo, se adecuó el marco normativo previo que ha definido tanto los procesos de desmovilización, desarme y reintegración (DDR) como también la investigación y judicialización de los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) en Colombia². Dos propósitos esenciales orientaron el trámite de la reforma constitucional: “facilitar la terminación del conflicto armado” y el “logro de una paz estable y duradera” (art. 1º inc. 1º)³. A esos fines, el marco jurídico para la paz (MJP) introdujo a la Constitución Política los artículos transitorios 66 y 67, con los que estableció unas condiciones legales básicas para el desarrollo de las conversaciones entre el gobierno colombiano y las FARC orientadas a la determinación de un acuerdo de paz.

Esta específica orientación de la Constitución a los fines de influir procesos de negociación con GAOML, se concretó mediante la autorización para crear mecanismos extrajudiciales de justicia transicional (art. 1º inc. 2º), el establecimiento de criterios de priorización y selección de casos, así como también mediante la posibilidad de fijar la “aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados” (art. 1º inc. 4º). Esta reforma se defendió como una estrategia realista que permitiría facilitar una desmovilización masiva de

² Sobre dicho marco normativo véase KAI AMBOS, *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (en adelante “GTZ-Proyecto Profis”) - Embajada de la RFA en Colombia - Georg August Universität Göttingen, 2010, págs. 9-147 (párr.17-327). Una versión resumida en inglés de dicho estudio puede verse en KAI AMBOS, *The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: an inductive, situation-based approach*, Berlin, Springer, 2010.

³ Art. 1º inc. 1º. “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: Artículo transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

los GAOML, así como garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición⁴.

A pesar de los buenos propósitos que parecen haberla impulsado, la reforma generó múltiples preguntas, especialmente sobre su capacidad, primero, para determinar el logro de los objetivos planteados y, segundo, para resolver los problemas prácticos de la justicia transicional en Colombia, fundamentalmente orientada por la ley 975 de 2005. Antes de su aprobación se advirtieron razones por las que la reforma constitucional necesitaba una profunda discusión y cambios fundamentales⁵. No se trataba solamente de la ambiciosa pretensión de transformar el sistema legal colombiano con la introducción de una justicia de transición paralela, incorporando en el ámbito de sus propósitos una enmienda de reforma sin precedentes. Más allá de ello, llamaba la atención, especialmente en el campo de las motivaciones a la reforma, los graves errores que de ellas se desprendían sobre la interpretación de la jurisprudencia de la Corte IDH acerca de la obligación de perseguir penalmente crímenes internacionales, el nivel de satisfacción que se cree darle al principio de complementariedad por medio de investigaciones no judiciales y la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, con lo cual se llegaba demasiado lejos en las concesiones que de entrada y sin más se quiere dar a los desmovilizados.

Después de la aprobación de la reforma, sin embargo, los cuestionamientos no cambiaron y, al contrario, el manto de dudas aumentó⁶. El primer escenario de críticas se encuentra en el análisis a los *logros materiales* a los que está dirigida la reforma, concretamente la posibilidad de transformar el desenlace del conflicto armado y de los procesos judiciales que intentan canalizar el tratamiento a los diferentes GAOML. Los reparos comienzan cuando se procura comprender los propósitos prevalentes del acto legislativo, es decir, “facilitar la terminación del con-

⁴ Véase las declaraciones del Senador Roy Barreras en <http://www.congresovisible.org/agora/post/roy-barreras-radico-nuevo-marco-legal-para-la-paz/2364/> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁵ Véase KAI AMBOS, “Justicia de transición y experiencias internacionales”, en *Semana.com* 2.11.2011. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-transicion-experiencias-internacionales/248801-3> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁶ Véase KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 18.03.2014).

flicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”. La reforma constitucional crea la impresión según la cual la terminación del conflicto y la determinación de la paz pueden ser facilitadas con cierta “normativización” de los presupuestos para la finalización del conflicto.

Un segundo escenario se concreta en las críticas a expresiones como “mecanismos extrajudiciales”, “selección y priorización”, “máximos responsables” y “cometidos de manera sistemática”. Estas críticas se han manifestado directamente en acciones públicas de inconstitucionalidad. La primera acción o demanda fue presentada el 18.12.2012 por la Comisión Colombiana de Juristas⁷. Las demandas posteriores las presentaron los ciudadanos José Octavio Hoyos Gómez y Rafael Guarín Cotrino. La Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión del 14 de agosto de 2013, decidió solo admitir la demanda formulada por Rafael Giovanni Guarín Cotrino⁸, la cual sigue siendo objeto de decisión por la Corte Constitucional.

La única acción de inconstitucionalidad contra el Marco Jurídico para la Paz (MJP) resuelta hasta el momento fue la presentada por la Comisión Colombiana de Juristas. En ella se demandó las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidas en el artículo 1º del inciso 4º del AL 1 de 2012. La acción de inconstitucionalidad fue analizada y resuelta por medio de la sentencia C-579 de 2013⁹, a partir de la cual se declaró la exequibilidad del AL 1 de 2012. El problema jurídico que se planteó la Corte Constitucional es el de si equivalía a una sustitución de la Constitución “la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos (DD.HH.) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás”¹⁰. Para la Corte, si bien la demanda se orientaba hacia unas

⁷ El texto original de la demanda puede ser consultado en http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_fuero_militar_2013-03-20.pdf (visto por última vez el 18.03.2014).

⁸ El auto y una reseña del contenido de las demandas, así como las razones por las cuales consideran inconstitucional el marco jurídico para la paz, pueden verse <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a242-13.htm> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁹ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013, párr. 3. Problema jurídico.

¹⁰ Véase Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 4.5. Es de anotar que al aceptar la demanda presentada por Rafael Guarín Cotrino (*supra* nota 8), la Corte Constitucional

concretas expresiones (“máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los”), contenidas en el artículo 1º inciso 4º, ellas resultan esenciales y vinculadas a un sistema integral de justicia transicional, razón por la que fundamentó la necesidad de evaluar y pronunciarse sobre la totalidad del artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012.

2. LA SENTENCIA C-579 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A) *Resumen de la sentencia*

Esta sentencia se dio a conocer mediante comunicado de prensa en agosto de 2013¹¹, pero solo a finales de diciembre se publicó completa. La sentencia es relevante, incluso más allá del caso colombiano, por analizar y contextualizar la discusión sobre la constitucionalización de mecanismos de justicia transicional, concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales. En una sentencia muy extensa (más de 400 págs.) y sin antecedentes en Latinoamérica, la Corte declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas. La importancia de dicha declaratoria de exequibilidad radica en que permite comprender los mecanismos de la justicia transicional (JT), como criterio normativo constitucional. En dicha sentencia la Corte intenta plantear unas líneas de interpretación que comprometan tanto el respeto de la obligación de investigar y juzgar, como también los derechos de las víctimas y el fin de la “paz estable”.

La Corte Constitucional comenzó por presentar los fundamentos del AL 1 de 2012. Para ella, dicho Acto canaliza una relación de necesidad entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de justicia transicional. En otras palabras, consideró el propósito de consecución de la paz como el fundamento para la adopción de “(i) criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii)

aceptó revisar de nuevo el inc. 4º del art. 1º del AL 1 de 2013. En un segundo auto, la Corte consideró que ante la no publicación de la sentencia al momento de la segunda demanda no resulta proporcionado una inadmisión a los cargos contra el inc. 4º del art. 1º del AL 1 de 2013. Véase Corte Constitucional, auto de 14.01.2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹ Corte Constitucional, Comunicado de prensa núm. 34 de 28 de agosto de 2013, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2034%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202013.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).

la renuncia condicionada a la persecución judicial penal, y (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento”¹².

Con dicho supuesto la Corte intentó determinar si tales elementos de justicia transicional, elevados a rango constitucional por el AL 1 de 2012, eran compatibles con la Constitución. En concreto, determinó si la reforma constitucional suplantaba o sustituía el pilar constitucional esencial según el cual se exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para la Corte, en virtud de este pilar o mandato “existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad, y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”¹³.

Sobre el argumento de la necesaria correlación entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de justicia transicional, específicamente mecanismos de selección y priorización, la Corte fundamentó la legitimidad de la reforma constitucional. La Corte consideró que “a través de [*sic*] ellos es posible modificar la estrategia de juzgamiento «caso por caso», tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en «macroprocesos», e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez, permite cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto”¹⁴.

Asimismo analizó si la delimitación *ratione materiae* (crímenes internacionales) hecha por el MJP representa una vulneración a la obligación de investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Para la Corte “es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos”¹⁵. A igual conclusión llegó respecto de la delimitación *ratione personae* (máximos responsables) que planteó el AL 1 de 2012. La Corte consideró que no hay una renuncia del Estado a sus obligaciones conforme a los siguientes argumentos: “(i) la concentración de la responsabilidad

¹² Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.3.

¹³ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.2.

¹⁴ Corte Constitucional (*supra* nota 11) pág. 2.

¹⁵ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.5.

en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol [*sic*] esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”¹⁶.

Por último, respecto a la discusión incorporada por el MJP sobre penas que se dicen imponer y las modalidades de su ejecución, la Corte encontró justificados los términos de dicho marco. La Corte estableció que “los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”¹⁷. Asimismo determinó como una restricción a las consideraciones especiales sobre ejecución de la pena, el hecho de que ellas no se apliquen a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Incluso condicionó su vigencia, so pena de revocatoria, a requisitos como “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores”¹⁸.

De los varios condicionamientos impuestos a la interpretación del MJP, quedan claros algunos límites tanto para el legislador en el desarrollo de las leyes estatutarias, como para el operador judicial en la aplicación de dichos instrumentos. Por un lado, no solo exige que se investiguen todas las violaciones a los derechos humanos (DD.HH.), al derecho internacional humanitario (DIH) y al Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), sino, también plantea un escenario de priorización en los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática¹⁹. Por otro lado, impone unas cargas a los GAOML a efectos

¹⁶ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.6.

¹⁷ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.8.

¹⁸ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.7.

¹⁹ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.9.4.

de aplicar el MJP, los cuales consisten básicamente en la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y, en los casos de desmovilización individual, la no comisión de nuevos delitos²⁰.

B) *Análisis (preliminar) crítico*

A pesar de que en la sentencia se desprenden importantes conclusiones sobre el alcance de la justicia transicional y en materia de garantías a los derechos de las víctimas, es necesario abordar algunos puntos que hacen difícil establecer el alcance de las expresiones demandadas y del mismo MJP. Primero, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemático la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución. Segundo, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Tercero, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

a) *Sobre el uso del “juicio de sustitución”*

La Corte, siguiendo la doctrina del juicio de sustitución, se pregunta si el MJP sustituye un pilar fundamental de la Constitución o sea, concretamente como premisa mayor, *el deber de investigar y juzgar* adecuadamente todas las graves violaciones de DD.HH. y las infracciones graves al DIH (párr. 3). Mientras que en la demanda se afirmó que este pilar fundamental constituye una *regla*, y por lo tanto, no admite restricción, la Corte sostiene que tiene el carácter de *principio* y por ello puede ser objeto de *ponderación*. Como resultado la Corte encontró que la incorporación a la Constitución de la estrategia de seleccionar y priorizar en la investigación de graves violaciones de DD.HH. en los así denominados “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables (premis menor) se encuentra justificada. La Corte alude a dos razones: por una parte, dicha estrategia contribuye de manera eficaz al logro de la garantía de no repetición. Por otra parte, dicha estrategia se justifica dado que no significa “que se dejen de investigar todos los delitos [...], sino que permite que

²⁰ Corte Constitucional (*supra* nota 9) párr. 9.9.2.

sean imputados solo quienes cumplieron un rol esencial en su comisión”. Adicionalmente, la Corte determinó que se debe asegurar, como mínimo, que se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Al analizar la *renuncia condicionada a la persecución penal* (también parte de la premisa menor), la Corte sostuvo que ello se justifica, dado que se encuentra limitada al no ser aplicable a los máximos responsables de los crímenes graves mencionados. Para la Corte, la renuncia condicionada se justifica como resultado de la ponderación entre la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los DD.HH. y al DIH, con la garantía de no repetición de dichas violaciones. La Corte afirma que las medidas orientadas a una ejecución “alternativa” del castigo (suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de cumplimiento) no implican por sí solas una sustitución de la Constitución. Se funda esta conclusión en la orientación de dichas medidas a la satisfacción de los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y no repetición).

Del juicio de sustitución como método de análisis y de su uso por la Corte se podría anotar lo siguiente. Primero, como bien afirma VILLA ROSAS, “en contraste con otras decisiones en las que el juez constitucional ha complementado el juicio de sustitución —en tanto esquema derivado de la subsunción— con argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos, en la decisión C-579 de 2013 el juez constitucional ha complementado la aplicación de dicho juicio con el uso de la ponderación. Este uso complementario de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del juicio de sustitución, y de manera más específica, de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución”²¹. Segundo, es discutible que la determinación de los elementos que resultan pilares fundamentales o elementos definitorios de la Constitución (*límites del juicio de sustitución*) la haga la misma Corte Constitucional. La definición de dichos pilares, que no pueden ser modificados sin que se incurra en una sustitución, y la competencia para determinar ello, no ha sido establecida por la Constitución colombiana. Ello a pesar de que se quiera derivar el fundamento de dicho juicio de una norma constitucional que solo hace referencia al control formal de las reformas constitucionales. Tercero,

²¹ Véase *infra* y más detalladamente GONZALO VILLA ROSAS, La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución, num. 2.

el desarrollo del método de análisis resulta deficiente en los niveles argumentativos de sus componentes sistemáticos (premisa mayor, menor y análisis de sustitución). En dichos elementos del juicio de sustitución, las cargas argumentativas sobre lo que es un pilar fundamental y el desarrollo del análisis estricto de sustitución carece de rigurosidad y terminan tergiversando dicho juicio como un discurso formal o superficial en una decisión de constitucionalidad.

b) *Constitucionalización de la justicia transicional*

La elevación a rango constitucional de la JT no solo es aceptada por la Corte, sino que en la sentencia analizada se establecen algunos aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría JT en el modelo constitucional. Por un lado, la declaración de los *derechos de las víctimas* como derechos constitucionales y, por otro lado, el concepto de JT conforme a la idea de un *modelo holístico* en donde el juez constitucional debe encontrar un balance entre los intereses y valores enfrentados. Sin embargo, las consideraciones de la Corte son discutibles por lo menos en dos aspectos²².

En cuanto a los objetivos de la JT, la sentencia presenta una valoración incompleta de dos temas: *reconciliación* y *fortalecimiento de la democracia*. En cuanto al primer punto se extraña una referencia al debate constitucional que se abrió cuando precisamente se presentó una demanda contra el concepto de reconciliación de la Ley 975 de 2005, y que la Corte resolvió en la sentencia C-1199 de 2009. Sobre el segundo punto, es discutible si el fortalecimiento democrático —propio de la agenda de un Estado de derecho moderno y de los principios de “buen gobierno”— debe hacer parte de la agenda de transición, mucho más si se tiene en cuenta que la transición colombiana es más hacia el cese de la violencia que de una transición a la democracia.

Frente a los *mecanismos de JT* la sentencia parece confundir el sustento de justicia que justifica su creación con los mecanismos propiamente dichos. La sentencia señala como mecanismos de JT: la justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”. La forma como la Corte aborda estos mecanismos no deja claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con

²² Sobre estos aspectos y más detalladamente sobre la valoración de la justicia transicional como categoría constitucional véase *infra* NELSON CAMILO SÁNCHEZ, CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, “La justicia transicional como categoría constitucional”.

estos mecanismos, o a los mecanismos específicos por medio de los cuales se expresa la JT. Por otro lado, el *estudio comparado* sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de provecho para el resto de la sentencia. La Corte efectúa una descripción superficial de cada uno de los casos sin establecer ejes o instituciones comparativas. Tampoco menciona en su análisis comparado medidas como las *comisiones de verdad* u otras que han sido de vital importancia para el desarrollo de estos procesos en las experiencias nacionales.

c) Consideraciones sobre el análisis de sustitución

aa) *De la paz estable y duradera.* Para la Corte el derecho a la paz impone el deber de prevención de la guerra y morigerar (solucionar) los efectos del conflicto. Sin embargo, la misma Corte deja abierta la pregunta: ¿cómo y cuándo se considera solucionado el conflicto armado? De las consideraciones de la sentencia se deduce la prevalencia de una interpretación basada en un criterio formal (acuerdo de paz) para entender la terminación del conflicto²³. En ese sentido coinciden el legislador y el juez constitucional, pues entienden que la aplicación de los instrumentos de justicia transicional discutidos, solo podrá darse en el marco de un acuerdo de paz. Así se concluye de una interpretación histórica del artículo 1º inciso 1º que conduce a entender terminación del conflicto como no repetición de las violaciones a los DD.HH. y al DIH sobre la base de un acuerdo de paz²⁴.

Esta perspectiva formalista de comprensión sobre lo que se entiende por terminación del conflicto encuentra en la doctrina del DIH una importante réplica. En el DIH el campo de análisis determinante para establecer la existencia o terminación de un conflicto armado es la *verdadera o real forma del conflicto*. Expresiones formales de guerra o fin del conflicto, tales como una declaración de guerra o un acuerdo de paz, no re-

²³ Véase *infra* en detalle JOHN ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, num. 1.1. (De la terminación del conflicto armado y la paz estable y duradera), *en este libro*.

²⁴ Véase Exposición de Motivos en *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, págs. 1-2. Los ponentes de la reforma constitucional, al mencionar la terminación del conflicto se han referido a “romper el círculo vicioso del recurso a la violencia organizada como herramienta para tramitar las diferencias en la sociedad, para así lograr que las violaciones no se vuelvan a repetir”.

presentan un criterio determinante de interpretación²⁵. En ese mismo sentido, solo a partir de las condiciones materiales o reales del desenvolvimiento de un conflicto, y no las formales, se puede definir o concluir sobre la terminación de un conflicto armado (*cese real de hostilidades*). Esto se deduce del artículo 3º (b) primera parte de la frase del Protocolo Adicional (PA) I²⁶ a la Convención de Ginebra (CG). En todo caso, el DIH sigue siendo aplicable mientras haya circunstancias que necesiten de regulación, tal como se deduce de la segunda parte de la frase 1 y la frase 2²⁷ de la misma norma. Por lo tanto, un conflicto en general termina recién con el *restablecimiento de la situación (pacífica) anterior*²⁸.

Este criterio lleva a resolver la terminación de un conflicto armado *vía facti*, es decir, con la mera cesación de hostilidades más allá de una conclusión general de paz o un “acuerdo de paz”²⁹. Esta forma de comprender la terminación de un conflicto contribuye a diferenciarlo de otras prácticas

²⁵ CHRISTOPHER GREENWOOD, “Scope of application of humanitarian law”, en Felck (ed.), *The handbook of international humanitarian law*, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed., 2008, págs. 46 (núm. 202), 49 (núm. 203); KNUT IPSEN, “Bewaffneter Konflikt und Neutralität”, en: IPSEN (ed.) *Völkerrecht*, München, Beck, 5ª ed., 2004, § 66 nm. 5 y ss., § 68 nm. 1; KARL DOEHRING, *Völkerrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, Müller, 2ª ed., 2004, § 11 nm. 585 y s.; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, vol. II: Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014, pág. 123.

²⁶ La primera mitad de la frase reza: “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación [...]” (énfasis del autor).

²⁷ La segunda mitad de la frase y segunda frase rezan: “[...] excepto, en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, [...] tenga lugar posteriormente. Tales personas continuarán beneficiándose de las disposiciones pertinentes de los Convenios y del presente Protocolo hasta su liberación definitiva [...]”.

²⁸ Detalladamente IPSEN, en IPSEN (*supra* nota 25) § 68 nm. 4 ss. (4); DOEHRING (*supra* nota 25) § 11 nm. 646 ss.; ERIC DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 4ª ed., 2008, pág. 232 y ss. Ver también *Prosecutor v. Delic*, Judgement, 15. 9. 2008 (IT-04-83-T), parág. 40.

²⁹ Así GREENWOOD (*supra* nota 25) pág. 72 ss.; H. FRIMAN, en R. CRYER *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2ª ed., 2010, pág. 280; T. STEIN / C. von BUTTLAR, *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed., 2009, nm. 1222; DAVID (*supra* nota 28), para. 1233; K. IPSEN (*supra* nota 25) § 68 II para. 5. Véase también P. WALLÉNSTEEN / M. SOLLENBERG, “Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96”, en *Journal of Peace Research* 1997, pág. 342 identificando tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de *terminación de facto*, como un alto al fuego); AMBOS (*supra* nota 25), págs. 129 y s.

de violencia como la delincuencia común, sublevaciones de corta duración o actividades terroristas³⁰. Esta determinación objetiva viene dada a partir de los requisitos establecidos en el artículo 3º común a los CG I-IV³¹. En ese sentido, también un conflicto armado se considera terminado cuando cae por debajo de este *umbral de intensidad*³². Esta interpretación es de saludarse en conflictos como el colombiano, pues aquella visión formal sería desbordada por las dinámicas reales de los GAOML, es decir, un criterio formal no tendría en cuenta situaciones en las que un conflicto armado se ha terminado como una cuestión de hecho.

La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tiene otras importantes repercusiones. Desligarse de esta visión formal contribuiría a una mejor valoración de la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Se plantea la pregunta si aquellos grupos no desmovilizados (v. gr) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto (¿combatientes o delincuentes?).

bb) *Selección y priorización*. Según la Corte, las consideraciones a favor de la estrategia de “centrar la investigación penal” en un serie de casos es la “imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos”³³. En esta afirmación la Corte sintetiza la crítica a lo que se ha dado en llamar “tesis maximalista”. El enfoque maximalista es el rótulo asignado a las estrategias de instrucción que incorporan la exigencia de investigaciones integrales. Se señala que dichos enfoques desencadenan un alto nivel de complejidad de los procesos de imputación y acusación y, por lo tanto, de los juicios. A esta concepción compleja (integral) de la investigación se

³⁰ KAI AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch (trad. de John E. Zuluaga), 2011, págs. 66 y s. con más referencias.

³¹ *Ibid.*, pág. 67 con más referencias. Véase también GUÉNAËL METTRAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, OUP, 2005, pág. 36. Un resumen de los diferentes criterios para determinar un conflicto no internacional extraídos de las diferentes enmiendas del art. 3 común puede verse en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (visto por última vez el 18.03.2014).

³² Véase J. KREUTZ, “How and when armed conflicts end: Introducing the UCDP Conflict Termination dataset”, en *Journal of Peace Research* 2010, pág. 244, para quien un conflicto armado se traduce en por lo menos 25 muertes relacionadas con los combates en un año calendario.

³³ Corte Constitucional (*supra* nota 9), párr. 8.2.2.

le imputa la consecuencia de la actual irrealizabilidad del proceso de justicia y paz y se le señala como una de las causas a la violación de estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. A partir de la crítica al principio de exhaustividad de la investigación o “tesis maximalista”, la Corte justifica el replanteamiento del enfoque de investigación sobre la base de una estrategia de selección y priorización. En ese sentido, a la “tesis maximalista” se opone una “narrativa consecuencialista” que se preocupa por el impacto y la efectividad de las investigaciones penales³⁴.

La Corte se adhiere a esta narrativa consecuencialista y, respecto al análisis de los *criterios para una estrategia de selección y priorización*, se desentiende de una plataforma conceptual previa que ya había sido desarrollada fundamentalmente a partir de la Directiva 1 de la Fiscalía General de la Nación (FGN) y que anticipó incluso la ley estatutaria que debe expedirse a tales fines³⁵. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: (i) *impacto externo e interno* de las estrategias de priorización; (ii) *contexto y gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, (iii) *profesionalismo y objetividad* de los criterios y (iv) *legitimidad* del proceso. Sin embargo, las razones expuestas resultan discutibles en el siguiente sentido: primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” usada por la Corte no representa ningún concepto analítico. Tercero, la discusión sobre la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal no se puede

³⁴ DIEGO LÓPEZ MEDINA, “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law 16, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), pág. 57. En ese sentido también ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, “Fundamentos teóricos e importancia de la priorización”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, pág. 24; Aponte ALEJANDRO CARDONA, “La priorización como estrategia de reducción de la complejidad: un ensayo de interpretación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, pág. 29.

³⁵ Véase *infra* en detalle JOHN ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, num. 2. 2. artículo 1º inciso 4º Acto legislativo 1 de 2012: Selección y priorización como criterios para la justicia transicional, *en este libro*.

reducir a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. La Corte omitió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Cuarto, resulta inapropiada la relación directa entre *absolución* (falta de castigo) y sensación de *abandono* de ciertos grupos. La privación de libertad solo es un medio “histórico contingente” y superable, para plasmar el contenido simbólico-expresivo de la reacción a comportamientos criminales expresada en el proceso penal mediante la sentencia.

cc) *La expresión “cometidos de manera sistemática”*. En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación. En términos de COTE/TARAPUÉS, “Los crímenes de guerra son por definición conductas ligadas a una situación de guerra entre Estados, entre un Estado y grupos armados o entre varios grupos armados; esto no quiere decir que deba existir un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, un solo hecho puede ser sancionado internacionalmente como crimen de guerra si la existencia del conflicto armado explica el que este haya sido perpetrado. Si la expresión «cometidos de manera sistemática» realmente equivaliese al nexo que debe existir entre el crimen y un conflicto armado, no tendría ningún sentido haberla incluido en el texto del artículo transitorio 66. En otros términos, decir crímenes de guerra y “cometidos de manera sistemática” resultaría en consecuencia redundante; esta sería entonces una expresión vacía y tautológica”³⁶.

dd) *Máximos responsables*. Para la Corte “el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”³⁷. En ese sentido, en el concepto plantea la inclusión de “no solamente líderes que hayan

³⁶ Véase *infra* GUSTAVO COTE BARCO/DIEGO TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, num. 3.1.4, *en este libro*. Aspectos problemáticos de la interpretación que hace la Corte Constitucional de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.

³⁷ Corte Constitucional (*supra* nota 9), párr. 8.2.3.

ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”³⁸. De esta manera, plantea un concepto complejo en el que el máximo responsable puede ser tanto el autor de delito en concreto como también el líder de la organización, pero dependiendo siempre de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En otras palabras, el máximo responsable puede entenderse ya como el *jefe máximo* de la organización, o bien como las personas con *mayor jerarquía o poder* (incluso mandos medios o “integrantes rasos” de un GAOML) de mando en cuanto a los hechos concretos que deben ser imputados penalmente.

“Esta definición propuesta por la Corte es problemática, ya que no permite ver cómo por medio de esta es posible reducir el universo de casos que se deben investigar penalmente. En primer lugar se debe decir, que al parecer la Corte se contradice al afirmar que el cumplimiento de un rol esencial es lo que define la condición de máximo responsable y posteriormente sostener que el concepto de máximo responsable «permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito»; ¿puede alguien que no ha tenido una intervención decisiva cumplir un rol esencial?, ¿a qué se refiere la Corte con «intervención decisiva» y cuál sería la diferencia con el «rol esencial»? Se podría pensar que con «intervención decisiva» la Corte se refiere a la ejecución material del hecho o a la intervención durante la etapa de consumación, mientras que con «rol esencial» se estaría refiriendo a personas cuyo aporte ha sido determinante para la realización del delito a pesar de que no han intervenido en la etapa de ejecución. De ser así, la definición propuesta no sería muy útil con miras a los objetivos del MJP, dado que al decir ‘permite incluir no solamente [...]’ con ella no se estaría afirmando nada distinto a que tanto autores como partícipes pueden ser catalogados como «máximos responsables»³⁹.

Conclusión

La definición de la justicia transicional como criterio de interpretación constitucional de las prácticas procesales frente a GAOML está aún en un proceso de concreción. Aunque se resolvió una primera acción de

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Véase *infra* GUSTAVO COTE BARCO/DIEGO TARAPUÉS (*supra* nota 36) num. 3.2.1. Definición de la expresión “máximos responsables” realizada por la Corte Constitucional al establecer la premisa menor del juicio de sustitución.

inconstitucionalidad (sent. C-579 de 2013), queda una segunda demanda por resolver, en la que también se evaluará el artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012. Si bien de esta primera sentencia se desprenden importantes conclusiones sobre el alcance de la justicia transicional, concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización, algunos aspectos resultan problemáticos para la comprensión del alcance del mismo AL 1 de 2012 y de expresiones concretas de su articulado. Primero, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemática la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución y el desarrollo del método de análisis en los niveles argumentativos de sus componentes sistemáticos (premisa mayor, menor y análisis de sustitución). Segundo, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Tercero, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

El desarrollo del MJP, es decir, su concreción en leyes estatutarias debe ser un proceso frente al cual hay que insistir, paralelamente, en la urgente necesidad de definición concreta de mecanismos materialmente orientados a la paz, para no seguir alimentando la falacia normativista que envía el mensaje tan equívoco y tan discutible de que para la paz basta con una reforma constitucional o mecanismos formales y jurídicos para el tratamiento de los actores del conflicto. La reforma constitucional puede llegar a tener efectos relativos en el tratamiento de GAOML y en la orientación del trabajo práctico de los operadores judiciales, pero lo que nunca puede suponerse ni esperarse es que con la misma y el desarrollo de las anunciadas leyes estatutarias se llegará a resolver el tema de la paz.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI *et al.*: *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (en adelante “GTZ-Proyecto Profis”) - Embajada de la RFA en Colombia - Georg August Universität Göttingen, 2010.

- “Justicia de transición y experiencias internacionales”, en *Semana.com* 2.11.2011. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/articulo/justicia-transicion-experiencias-internacionales/248801-3> (visto por última vez el 18.03.2014).
 - *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch (Trad. John E. Zuluaga), 2011.
 - *The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: an inductive, situation-based approach*, Berlin, Springer, 2010.
 - *Treatise on International Criminal Law, vol. II: Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP 2014.
- AMBOS, KAI/ZULUAGA, JOHN: “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 18.03.2014).
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO: “La priorización como estrategia de reducción de la complejidad: un ensayo de interpretación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.
- Congreso de la República de Colombia: *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012.
- *Gaceta del Congreso* 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2012.html (visto por última vez el 18.03.2014).
- DAVID, ERIC : *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 4^a ed., 2008.
- DOEHRING, KARL: *Völkerrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, Müller, 2^a ed., 2004.
- GREENWOOD, CHRISTOPHER: “Scope of application of humanitarian law”, en FELCK (ed.), *The handbook of international humanitarian law*, Oxford, Oxford University Press, 2^a ed., 2008.
- FRIMAN, H. en R. CRYER *et al.*: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2^a ed. 2010.
- IPSEN, KNUT: “Bewaffneter Konflikt und Neutralität”, en IPSEN (ed.) *Völkerrecht*, München, Beck, 5^a ed., 2004.
- KREUTZ, J.: “How and when armed conflicts end: Introducing the UCDP Conflict Termination dataset”, en *Journal of Peace Research* 2010.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO: “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law* 16, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010).

METTRAUX, GUÉNAËL: *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, OUP, 2005.

WALLENSTEEN P. /SOLLENBERG, M.: “Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96”, en *Journal of Peace Research* 1997.

RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO: “Fundamentos teóricos e importancia de la priorización”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.

STEIN, T./VON BUTTLAR, C.: *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed., 2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, auto del 14.01.2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

- Comunicado de Prensa núm. 34 del 28 de agosto de 2013, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2034%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202013.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).
- Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013.

LA SENTENCIA C-579 DE 2013 Y LA DOCTRINA
DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN*
GONZALO VILLA ROSAS

Resumen: Este ensayo tiene por objeto el análisis de los esquemas de argumentación usados por el juez constitucional en la sentencia C-579 de 2013. Esta decisión forma parte de una larga serie de precedentes mediante los cuales el juez constitucional colombiano ha desarrollado la doctrina de la sustitución de la Constitución. Este ensayo pretende la comprobación de dos hipótesis. De acuerdo con la primera, en contraste con otras decisiones en las que el juez constitucional ha complementado el juicio de sustitución —en tanto esquema derivado de la subsunción— con argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos, en la decisión C-579 de 2013 el juez constitucional complementó la aplicación de dicho juicio con el uso de la ponderación. Este uso complementario de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del juicio de sustitución, y de manera más específica, de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Esta primera hipótesis se encuentra vinculada a una segunda de alcance más general. Esta última hipótesis hace referencia a las relaciones que presentan las operaciones básicas de aplicación del derecho cuando estas son usadas. Según la teoría de ROBERT ALEXY, las operaciones básicas de aplicación del derecho son la subsunción, la ponderación y la comparación de casos. La hipótesis general de la investigación que se presenta afirma la existencia de una relación asimétrica de necesidad y contingencia entre el uso de los esquemas de la ponderación y de la subsunción. Esta relación asimétrica se evidencia en el uso complementario de la ponderación respecto del juicio de sustitución que emplea la Corte en la sentencia C-579 de 2013.

* El autor agradece los valiosos aportes de los asistentes al seminario “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional sobre “Marco Jurídico de la Paz” organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Latinoamericano de la Georg-August-Universität Göttingen que tuvo lugar el 7 de enero de 2014. El autor agradece también muy especialmente a los Profesores Dr. Magdalena Correa Henao y Dr. Gonzalo A. Ramírez Cleves de la Universidad Externado de Colombia por el apoyo en la elaboración del presente ensayo. Asimismo, el autor agradece al Profesor Dr. Carlos Bernal por la lectura y comentarios a la versión final de este escrito.

1. INTRODUCCIÓN

ROBERT ALEXY ha sostenido que la subsunción, la ponderación y la comparación de casos —también denominada analogía— son las tres operaciones básicas de aplicación del derecho¹. De acuerdo con su teoría, una operación —o lo que es lo mismo, una forma de argumento o un esquema de argumentación— es básica, si necesariamente debe ser realizada de acuerdo con alguna versión de un esquema general que gobierna todos los casos en los cuales la operación debe ser aplicada².

Según su perspectiva, para que una operación sea básica, el esquema general al que ella es referida debe ser formal, necesario y específico³. El carácter específico se deriva del hecho de que el esquema general se desarrolla de acuerdo con un tipo específico de regla —sea ésta lógica, como en el caso de la subsunción y de la analogía, o aritmética, como en el caso de la ponderación—⁴. Su carácter necesario se deriva del hecho de que dicho esquema debe ser empleado, en una u otra versión, en todos los casos en los cuales las normas jurídicas deban ser aplicadas⁵. Por último, su carácter formal se deriva del hecho de que el esquema general debe ser saturado⁶ por medio de diversos argumentos sustanciales que

¹ ROBERT ALEXY, “Two or Three?”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010, pág. 9; ROBERT ALEXY, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en ULFRID NEUMANN/WINFRIED HASSEMER/ULRICH SCHROTH (ed.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 100, Stuttgart, 2005, págs. 65-66.

² ROBERT ALEXY (*supra* nota 3), pág. 10.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, pág. 9.

⁵ *Ibidem*, pág. 10.

⁶ Sobre el requisito de la saturación, ROBERT ALEXY basado en PERELMANN/OLBRECHTS-TYTECA sostiene que “Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. A ello se llama el requisito de la saturación. Las premisas que necesitan ser saturadas son de distinto tipo. Con ello se corresponden maneras completamente distintas de fundamentación [...] La exigencia de saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones. Ello excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma. Siempre es necesario aducir premisas empíricas o normativas, cuya verdad o corrección puede ser en cualquier momento objeto de nuevas discusiones. La regla (J.6) debe resultar saturada de toda forma de argumentación que haya que contar entre los cánones de la interpretación e impide por ello habladurías vacías” (ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007 [1978], págs. 338-339).

normalmente presentan una estructura distinta al esquema general que se utiliza. No obstante, el hecho de que el uso de un esquema general deba estar necesariamente conectado con el uso de otros esquemas generales, no priva a dicho esquema de su carácter específico, y por lo tanto, de su carácter básico⁷. De esta forma, concluye ROBERT ALEXY, la idea de una operación básica es inclusive compatible con la versión holística más radical de la aplicación del derecho⁸.

La investigación que se presenta tiene fines meramente descriptivos. Estos fines se concentran en el análisis de los esquemas de argumentación usados por el juez constitucional en la sentencia C-579 de 2013. De acuerdo con la hipótesis de esta investigación, en contraste con otras decisiones en las que el juez constitucional ha complementado el uso de un esquema derivado de la subsunción —denominado juicio de sustitución— con argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos, en la decisión C-579 de 2013 el juez constitucional ha complementado el uso de dicho esquema con argumentos que presentan la estructura de la ponderación. Este uso complementario de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del esquema derivado inicial, y de manera más específica —como veremos más adelante— de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución.

De esta forma, la hipótesis de la investigación que se presenta se encuentra vinculada con una más general referente a las relaciones que las tres operaciones básicas señaladas presentan cuando son aplicadas⁹. Esta hipótesis se centra de manera específica en la asimetría que presenta el uso de la ponderación respecto del uso de la subsunción. En efecto, mientras que en un caso estándar el uso de la ponderación se encuentra necesariamente vinculado con el uso de la subsunción —o dicho de otra forma, mientras que el uso estándar de la operación básica de la ponderación requiere el uso de la subsunción— la solución de un caso a través de una subsunción puede ser independiente del uso de la ponderación.

La decisión que se analiza forma parte de una larga serie de precedentes por medio de los cuales el juez constitucional colombiano ha desarrollado la doctrina de la sustitución de la Constitución.

⁷ ROBERT ALEXY (*supra* nota 1), pág. 10.

⁸ *Ibidem*, pág. 11.

⁹ El estudio de las relaciones entre el uso de la ponderación y la subsunción respecto de la analogía excede los fines de este trabajo. Acerca de las relaciones entre las tres operaciones básicas de aplicación del derecho véase *in extenso Ibidem*, págs. 9-18.

Sobre la base de la tradición heredada del control judicial ejercido sobre el poder de reforma bajo la vigencia de la Constitución de 1886, el artículo 241 de la Constitución de 1991 y otras normas concordantes limitaron la competencia de la Corte Constitucional a los vicios de procedimiento en la formación de los actos de reforma. Como complemento a este control restringido, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado, desde la sentencia C-551 de 2003, la doctrina de la sustitución de la Constitución. Esta doctrina está dirigida a justificar el control constitucional sobre el ejercicio del poder de reforma, cuando éste contradice los fundamentos normativos que subyacen a las reglas de competencia que rigen su ejercicio.

La exposición originaria de la doctrina de la sustitución de la Constitución presentada en la sentencia C-551 de 2003 ha sido desarrollada por la Corte en numerosas decisiones posteriores. La jurisprudencia constitucional no solo ha explorado las diferencias existentes entre la sustitución de la Constitución y otros fenómenos normativos cercanos, sino que ha desarrollado un método propio para el ejercicio de esta forma de control de constitucionalidad de las reformas, el cual ha denominado juicio de sustitución.

Contra la doctrina de la sustitución de la Constitución se ha sostenido un argumento, derivado de uno más general, referido a la objeción democrática contra el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte¹⁰. Dados los fines meramente descriptivos de la investigación que se presenta, esta no abordará la crítica anotada. En contraste, esta investigación se enfocará, por una parte, en el análisis de la actividad desplegada por la Corte en el ejercicio del control constitucional al poder de reforma, especialmente en relación con el desarrollo de la así llamada doctrina de la sustitución de la Constitución, y por la otra, en el análisis de la decisión C-579 de 2013, la cual constituye un valioso precedente respecto de esta doctrina.

Así, el presente estudio estará dividido en dos partes. En la primera se explora la doctrina de la sustitución de la Constitución desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana. En la segunda se analiza la sentencia C-579 de 2013, especialmente en relación con el uso del juicio

¹⁰ Véase *in extenso* CARLOS BERNAL, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en JUAN CARLOS HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, 2013, págs. 403-431.

de sustitución en su forma asociada al método de ponderación. La primera parte se subdivide a su vez en dos secciones. En la primera se explora la sustitución de la Constitución como fenómeno normativo u objeto de control constitucional. En la segunda se estudia el juicio de sustitución. El análisis de la sentencia C-579 de 2013 ha sido dividido a su vez en tres partes. En estas, se analiza la norma demandada desde la perspectiva del margen de apreciación del legislador; la demanda por sustitución de la Constitución contra expresiones del inciso 4º del artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012, así como, por último, la formulación y solución al problema jurídico formulado por la Corte mediante la aplicación del juicio de sustitución en su forma asociada al método de la ponderación.

2. LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado constitucional se funda en dos principios formales a menudo contrapuestos. Por una parte, en la prevalencia del principio democrático, y por la otra, en el principio de la supremacía de la Constitución¹¹. La búsqueda de la racionalidad del poder político, que se encuentra in-

¹¹ Son principios formales, aquellas razones que obligan *prima facie* a obedecer un ejercicio de competencia como resultado de un procedimiento, y no por cuenta de su contenido (una posición parecida es defendida por JAN-REINARD SIECKMANN en *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Según SIECKMANN: “Die Grundlage für interprozedurale Strukturen bilden formelle Prinzipien, die die Bindung an das Ergebnis früherer Prozeduren statuieren... Die Funktion formeller Prinzipien im Rechtssystem ist, die Geltung von Normen als Ergebnis früherer Prozeduren unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit, also formell, zu begründen” [JAN-REINARD SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, págs. 147-148]. En contra de esta posición se ha expresado BOROWSKI, quien entiende los principios formales y las reglas de competencia no como categorías complementarias, sino en cambio, como fuentes diversas pero similares de competencia. En efecto, según este autor: “Formal principles confer power to create a goal to be optimised. This goal to be optimised represents the substantive content of the formal principle when it is subsequently balanced against competing principles. There is a striking resemblance between (1) the power conferred by competence norms to create legal norms and (2) the power conferred by formal principles to create goals to be optimized. Both species of power are exercised by performing an institutional act” [MARTIN BOROWSKI, “The Structure of Formal Principles – Rober Alexy’s ‘Law of Combination’”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010, pág. 30]). Ejemplos de principios formales son el principio del Estado de derecho, el principio democrático, el principio de garantía de los derechos, el principio de la separación de poderes, el principio de la vinculación al precedente y el de la seguridad jurídica (sobre principios formales véase ROBERT ALEXY, *Teoría de los*

mersa en la tensión entre estos dos pilares del Estado constitucional, se hace aún más evidente cuando se trata de la búsqueda de mecanismos de control sobre el ejercicio del poder de reforma.

derechos fundamentales, Madrid, 2008 (1986), págs. 112, 257, 373; ÍD., “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, págs. 279-280; JAN-REINARD SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, págs. 147-152, 193-198; MARIUS RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, 1998, págs. 184-187; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Kiel, 2003, págs. 144-185; JAN-REINARD SIECKMANN, *Recht als normatives System*, Baden-Baden, 2009, págs. 130-131, 135-141, 192-194, 200-204; MARTIN BOROWSKI, “The Structure of Formal Principles – Rober Alexy’s ‘Law of Combination’”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010, págs. 19-35; MATTHIAS KLATT/JOHANNES SCHMIDT, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, 2010, págs 57-65; JORGE A. PORTOCARRERO QUISPE, “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho del Estado*, número 27, julio a diciembre de 2011, págs. 86-102; MARTIN BOROWSKI, “Formelle Prinzipien und Gewichtsformell”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, Tübingen, págs. 151-199; JORGE A. PORTOCARRERO QUISPE, “Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, Tübingen, págs. 200-235). Algunos principios formales son fundamento o razones de normas creadoras de competencia (en relación con los principios formales como fundamentos de competencia ver especialmente VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Kiel, 2003, págs. 144-151). Así, el principio de supremacía de la Constitución sirve como fundamento a la competencia de la jurisdicción constitucional —o dicho en otras palabras, dicho principio es la razón por la cual el artículo 241 superior otorga competencia a la Corte—. Este principio es formal porque sirve de fundamento a la competencia de la Corte en su dimensión autoritativa o institucional, es decir, como razón de su existencia y como razón de validez *prima facie* de sus decisiones. No obstante, la razón por la cual aceptamos la supremacía de la Constitución como fundamento de la competencia de la Corte, radica en el hecho de que la Constitución es resultado de un procedimiento democrático. Este mismo fundamento otorga también validez *prima facie* a las decisiones legislativas. Esta es también, por lo tanto, la razón formal en la que se funda el poder de reforma. Pero, si el principio democrático es tanto la razón de la supremacía de la Constitución, como la razón formal que sustenta el poder de reforma, ¿cómo es posible justificar limitación alguna a dicho poder sustentada en la Constitución?. Esta tensión se encuentra de manera evidente vinculada a aquella referida al déficit de legitimidad democrática de la competencia de control de la Corte, ejercida sobre las decisiones que tienen su origen en el órgano legislativo. En efecto, es claro por una parte, que el control constitucional representa un ejercicio de la autoridad estatal. Pero es claro también, por la otra, que “toda autoridad estatal proviene del pueblo” (Ley Fundamental de la República Federal alemana, art. 20 [1] [1]). Dado que los miembros de la Corte no tienen origen democrático representativo y que los miembros del órgano legislativo si lo tienen —lo que permite su selección y control por parte del pueblo a través del voto—: “¿por qué la interpretación razonable que defiende la Corte debe prevalecer

En nuestra historia republicana, diversos instrumentos constitucionales han sido concebidos con el objeto de limitar este poder. Así, a lo largo del siglo XIX exigencias formales¹² y límites axiológicos expresos¹³ fueron consagrados en diversas constituciones¹⁴ con el objeto de res-

sobre la interpretación (también) razonable del legislador?” (MARK TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2009, pág. 21. Ver ROBERT ALEX, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pág. 578).

¹² Ver por ejemplo, el art. 190 de la Constitución de Cúcuta 1821. Así también los arts. 160, 161 y 162 de la Constitución de 1830 que se reproducen a su vez en los arts. 214, 215 y 216 de la Constitución de 1832; los arts. 170 y 171 de la Constitución Política de la Nueva Granada de 1843; el art. 57 de la Constitución de la Nueva Granada de 1853; el art. 70 de la Constitución para la Confederación Granadina de 1858; el art. 92 de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; y por último, el art. 209 de la Constitución Política de 1886. (Véase: “Constitución de 1821”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690>; “Constitución de 1830”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692>; “Constitución de 1832”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694>; “Constitución de 1843”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13695>; “Constitución de 1853”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696>; “Constitución de 1858”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13697>; “Constitución de 1863”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>; “Constitución de 1886”, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#20> [visitados por última vez el 23 de enero de 2014]).

¹³ Véase *in extenso* sobre clasificaciones de los límites a la reforma constitucional en especial sobre límites axiológicos textuales, cláusulas de intangibilidad o pétreas GONZALO RAMÍREZ CLEVES, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías - límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, 2003, págs. 54- 81; PEDRO DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pág. 240

¹⁴ Ver por ejemplo, el art. 190 de la Constitución de Cúcuta 1821, según el cual: “En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se tome en consideración, cuando se haya renovado, por lo menos, la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las formalidades prescritas en la sección I del título IV, será válida, y hará parte de la Constitución; pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la sección I del título I, y en la 2 del título II”. Estas secciones correspondían de manera respectiva a “La nación colombiana” y “Del gobierno de Colombia”. El art. 164 de la Constitución de 1830, conforme al cual: “El poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se

tringir el poder de reforma atribuido de manera preeminente al órgano legislativo¹⁵. Desde la introducción del acto legislativo 3 de 1910, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, se desarrolló un persistente control judicial sobre la actividad de dicho órgano¹⁶. Con fundamento en este control, si bien en diversas oportunidades la Corte Suprema de Justicia declaró su incompetencia para ejercer examen alguno sobre los actos del poder de reforma¹⁷, esta Corte desarrolló también la doctrina del control por vicios formales de los actos reformativos¹⁸. De acuerdo con esta doctrina, el poder de reforma de la Constitución es un poder constituido, cuyo ejercicio no solo puede ser objeto de la jurisdicción de la Corte, sino que debe ser ejercido de acuerdo con los procedimientos previstos

extiende a la forma de gobierno que será siempre republicana, popular, representativa, alternativa y responsable”. El art. 172 de la Constitución Política de la Nueva Granada de 1843, que reproduce el art. 218 de la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832, según el cual: “El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca a los artículos del Título tercero, que hablan de la forma de gobierno”. Dichos artículos consagraban que “el gobierno de la Nueva Granada es republicano, popular, representativo, electivo, alternativo y responsable”; el principio de la separación de poderes; el deber del gobierno de proteger la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de los granadinos; y el deber del gobierno de proteger a los granadinos en el “ejercicio de la religión católica, apostólica y romana”. (Véase: *Ibidem*).

¹⁵ Así las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1858, 1863 y 1886.

¹⁶ DIEGO LÓPEZ MEDINA, Prólogo al libro de MARIO CAJAS SARRIA, *El control judicial a la reforma consitutcional. Colombia, 1910-2007*, Cali, 2008, pág. 12.

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia declaró su incompetencia para conocer los actos de reforma en el auto del 28 de octubre de 1955 con Magistrado Ponente [en adelante M. P.] Luis Enrique Cuervo (Gaceta Judicial [en adelante “G. J.”] núm. 2159, pág. 862; en el auto de 30 de enero de 1956, M.P. Ignacio Gómez Posse, “G. J.” 2163 y 2164, págs. 9-10; en la sent. de 28 de noviembre de 1957, M. P. Guillermo Hernández Peñaloza, “G. J.” 2188-2190, págs. 433-434; y en la sent. de 16 de abril de 1971, M. P. Guillermo González Charry, “G. J.” 2340-2342, pág. 155. De la misma forma la Corte Suprema de Justicia se declaró incompetente para conocer de actos plebiscitarios en la sent. de 9 de junio de 1987, M. P. Hernando Gómez Otálora, “G. J.” 2340, pág. 616. (Véase *in extenso* MARIO CAJAS SARRIA (*supra* nota 16), págs. 37-58 y 83-85).

¹⁸ En efecto la Corte Suprema de Justicia desarrolló la doctrina del control por vicios formales de los actos reformativos a partir de la sent. de 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, “G. J.” 2397, pág. 104 y en las sents. de 3 de noviembre de 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo, “G. J.” 2405, pág. 358; de 24 de mayo de 1990 y de 9 de octubre de 1990, M. P. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, Gaceta Especial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1993, pág. 159. (Véase MARIO CAJAS SARRIA, *El control judicial a la reforma constitucional 1910-2007*, Cali, 2008, págs. 59-96).

por la Constitución¹⁹. Esta es la tradición que ha llegado hasta nosotros a partir de su consagración en el artículo 241 de la Constitución de 1991.

En efecto, sobre la base de la distinción entre vicios de inconstitucionalidad materiales y formales, el artículo 241 de la Constitución de 1991 regula una competencia diferenciada de la Corte Constitucional sobre los distintos actos sujetos a su control²⁰. De acuerdo con esta norma, mientras que en relación con el ejercicio ordinario del poder legislativo —es decir, la expedición de leyes, decretos con fuerza de ley, los proyectos y leyes estatutarias— la Corte debe examinar no sólo los posibles vicios de procedimiento en la formación de los actos, sino también la inconstitucionalidad proveniente de su contenido material; en relación con los actos de reforma²¹ —esto es, los actos legislativos y la ley de convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente— la competencia de la Corte se encuentra restringida de manera exclusiva al análisis de los posibles vicios de procedimiento en su formación.

Si bien la Corte, acogiendo una interpretación literal de la Constitución en relación con el control de los actos de reforma, ha ejercido un control restringido a la evaluación de los vicios de procedimiento en la formación de dichos actos²²; ella ha desarrollado también la doctrina de la sustitución de la Constitución. Esta doctrina está dirigida a justificar el control constitucional sobre el ejercicio del poder de reforma, cuando este contradice los fundamentos normativos que subyacen a las reglas de competencia que rigen su ejercicio, o en otras palabras, esta doctrina

¹⁹ Ver sent. de 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, “G. J.”, 2397, pág. 104.

²⁰ Ver sent. C-551 de 2003. Fundamento jurídico [en adelante F.J.] 19.

²¹ La Constitución de 1991, de modo diverso a su antecesora “ha reducido de manera importante el grado de rigidez del texto consittucional” (sent. C-1056 de 2012) al no atribuir de manera exclusiva el poder de reforma a la competencia del órgano legislativo. La Constitución de 1991 ha establecido como mecanismos reformativos además, el referendo y la asamblea constituyente (art. 374). El art. 379 y el num, 2 de su art. 241 restringen el control constitucional previo y automático a los vicios de procedimiento de los actos de convocatoria de estos nuevos mecanismos. El control constitucional ejercido sobre la convocatoria al referendo y a la asamblea constituyente es reforzado, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre las leyes que los convocan, con posterioridad a su sanción, es viable la acción pública de inconstitucionalidad sin que ello signifique que se pueda desconocer el principio de la cosa juzgada (sent.C-1056 de 2012).

²² Ver por ejemplo sents. C-222 de 1997, C-543 de 1997, C-387 de 1997, C-543 de 1998, C-487 de 2002, C-1092 de 2002, C-313 de 2004, C-372 de 2004, C-668 de 2004, C-816 de 2004 y C-332 de 2005.

desarrollada por la Corte está dirigida a la justificación del control constitucional sobre la ocurrencia de los llamados vicios de competencia²³ en el ejercicio del poder de reforma²⁴.

El primer precedente de esta doctrina se encuentra en la sentencia C-551 de 2003 resultado del control constitucional previo y automático a la ley 796 de 2006 que convocaba a un referendo para modificar la Constitución. Dada la distinción bipartita de los vicios de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución de 1991, en esta sentencia la Corte utiliza diversos argumentos dirigidos, primero, a demostrar la existencia de los vicios de competencia como una categoría tanto diversa de aquellas que inspiran la redacción del artículo 241 constitucional, como presupuesta por la propia Constitución en relación con todo acto del poder público; y segundo, a justificar la extensión de la propia competencia de la Corte en relación con el control a dichos vicios, en caso de su ocurrencia en el ejercicio del poder de reforma.

Con el objeto de demostrar la existencia de los vicios de competencia como una categoría presupuesta por la Constitución en relación con todo acto del poder público pero independiente de aquellas tenidas en cuenta

²³ Ver sent. C-551 de 2003, F.J. 15 y 21.

²⁴ En contra de la finalidad señalada de la doctrina de la sustitución de la Constitución, CARLOS BERNAL ha sostenido que “Sin duda, los artículos 241 y 379 de la Constitución autorizan a la Corte para controlar la constitucionalidad de tales reformas. No obstante, de acuerdo con estas disposiciones, la Corte solo puede declarar que una reforma es inconstitucional por vicios de procedimiento y no por vicios de contenido. La doctrina de la sustitución de la Constitución persigue eludir esta restricción mediante un argumento compuesto por cuatro premisas y una conclusión [...] solo un análisis del contenido de las reformas posibilita a la Corte establecer si la Constitución ha sido modificada o sustituida. La conclusión que se sigue de lo anterior, es que la competencia para verificar si la Constitución ha sido sustituida, comprende la competencia para controlar el contenido de las reformas constitucionales”(CARLOS BERNAL [*supra* nota 10], pág. 404). Afirmar que la Corte usa la doctrina de la sustitución de la Constitución, para justificar el ejercicio de un control material sobre los actos de reforma, deslegitima la doctrina de la sustitución de la Constitución mediante una crítica basada en un uso arbitrario del término “control material”. De hecho, la Corte ha vinculado este término al control constitucional sobre las leyes y no sobre los actos de reforma. Como se argumentará más adelante, la Corte ha hecho esfuerzos persistentes para distinguir, no sólo desde el punto de vista sustantivo sino procesal, la doctrina de la sustitución de la Constitución sobre los actos de reforma, de aquella del control material sobre el ejercicio ordinario del poder legislativo. Véase *in extenso* los capítulos dedicados a la doctrina de la sustitución de la Constitución (la sustitución de la Constitución y el juicio de sustitución) en este escrito.

de manera expresa por el artículo 241 constitucional²⁵, la Corte advierte acerca de la inconsistencia²⁶ de la expresión “vicios de procedimiento” utilizada por la Constitución con el objeto de restringir el control constitucional sobre los actos de reforma²⁷. No en vano —sostiene la Corte— dicha expresión ha sido objeto de discusión por la doctrina²⁸. La demostración de dicha inconsistencia justifica el hecho de que la Corte examine la noción correspondiente a la expresión “vicios de procedimiento” y sus presupuestos²⁹.

La Corte sostiene que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento³⁰, y que, en consecuencia, ella es un presupuesto de todo acto del poder público³¹. Dado que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido, para que un acto jurídico expedido por una autoridad sea válido, es necesario que la autoridad no solo realice el trámite señalado por el ordenamiento, sino que ella esté facultada para realizar dicho acto³².

De esta forma, la Corte sostiene que en todo acto del poder público es posible distinguir la competencia de la autoridad que dicta el acto, el procedimiento para dictarlo y el contenido material del acto mismo³³.

²⁵ Gran parte de la doctrina ha pretermitido el análisis del argumento que aquí se expone, cuya centralidad para efectos de la fundamentación de la doctrina de la sustitución de la Constitución parece indudable. Véase por ejemplo CARLOS BERNAL [*supra* nota 10)]; GONZALO RAMÍREZ CLEVES, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, junio 2006, págs. 3-7; *id.* “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad entre democracia y demagogia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, junio 2008, págs. 145-176.

²⁶ Se considera que un término es inconsistente, si dicho término es usado con distintos significados en el mismo contexto por diversos hablantes competentes. Véase *in extenso* HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pág. 194; MATTHIAS KLATT, *Making the Law Explicit*, Oxford, 2008, pág. 47.

²⁷ Sent. C-551 de 2003, F.J. 14 y 15.

²⁸ *Ibidem*, F.J. 14 y 15.

²⁹ *Ibidem*, F.J. 16.

³⁰ *Ibidem*, F.J. 22.

³¹ *Ibidem*, F.J. 21.

³² Ver arts 6º y 121 de la Const. Pol. de 1991. Ver sent. C-551 de 2003, F.J. 36.

³³ Sent. C-551 de 2003, F.J. 15. Estas distinciones son recogidas también expresamente en jurisprudencias posteriores. Así, por ejemplo, en la sent. C-1040 de 2005 la Corte argumenta: “[...] como la competencia de un órgano es el presupuesto para analizar

A estas categorías corresponden tres diversas clases de vicios, esto es, vicios de competencia, vicios de procedimiento y vicios de contenido³⁴. Como se aprecia, dado que la competencia es una condición necesaria de los actos, un vicio que la afecte constituye una categoría de vicio que puede ser diferenciada de los vicios de procedimiento y de contenido, en tanto que el vicio que atañe a la competencia se proyecta tanto sobre el contenido material, como sobre el trámite del acto³⁵.

Así, la Corte concluye que si bien la Constitución ha restringido la competencia de control de los actos de reforma al examen de los vicios de procedimiento en su formación, dado que todo procedimiento supone la competencia del órgano que lo realiza, el control de los vicios de procedimiento encargado por la Constitución a la Corte no estaría completo, si este no incluyera también el control sobre las condiciones necesarias para llevar a cabo el procedimiento, es decir, si este no incluyera también el examen de la competencia del órgano que lo realiza³⁶.

el procedimiento que dicho órgano ha de seguir para expedir una norma, el análisis de si el reformador de la Constitución actuó dentro de su órbita de competencia es una cuestión diferente y previa a la de juzgar si el procedimiento se llevó a cabo respetando las formas establecidas. También es una cuestión distinta a juzgar si el contenido material del acto acusado contradice la Constitución, lo cual escapa al control constitucional que ejerce la Corte sobre las reformas constitucionales” (sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.2).

³⁴ Una evidencia más que permite advertir que la Corte considera los vicios de competencia una categoría independiente de los vicios materiales —o de contenido— y de los formales —o de procedimiento— tenidos en cuenta de manera expresa en la redacción del art. 241 de la Constitución, se encuentra en la sent. C-816 de 2004. En dicha decisión la Corte sostuvo que dado que “la determinación del alcance de la competencia del órgano que reforma la Constitución es en principio un fundamento necesario y previo para el estudio de la legitimidad del procedimiento reformativo” (sent. C-816 de 2004, F.J. 8) el orden lógico de los vicios objeto de control constitucional haría que el control sobre los vicios de competencia fuese previo a los de procedimiento. No obstante, la Corte tiene potestad, en cumplimiento del principio de eficiencia procesal, para “entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aún cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente” (sent. C-816 de 2004, F.J. 10). Sobre la aplicación de la teoría del minimalismo constitucional en este contexto ver sent. C-816 de 2004, F.J. 10; así mismo MARIO CAJAS SARRIA (*supra* nota 16), págs. 118-122.

³⁵ Sent. C-551 de 2003, F.J. 21. La Corte advierte que ella misma había tratado los vicios de competencia como vicios materiales entre otras, en las sents. C-546 de 1993, C-531 de 1995, C-600a de 1995 y C-501 de 2001. (Ver sent. C-551 de 2003, F.J. 24).

³⁶ Según la Corte en la sent. C-551 de 2003, F.J. 22 y 23: “[...] la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre

Este primer argumento dirigido a demostrar, como vimos, la existencia de los vicios de competencia como una categoría presupuesta por la Constitución en relación con todo acto del poder público y la extensión de la competencia de la Corte en relación con el control a dichos vicios en caso de su ocurrencia en el ejercicio del poder de reforma, es complementado por un argumento de tipo literal referente a la distinción entre los conceptos de reforma y sustitución. Conforme a este argumento, dado que las autoridades públicas solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido³⁷ y que la Constitución permite expresamente su reforma y no su sustitución³⁸, entonces a las autoridades públicas les está vedado, en ejercicio de su poder de reforma, sustituir la Constitución³⁹.

Conforme a la Corte, el ejercicio del poder de reforma sustituye la Constitución cuando modifica la identidad de la Constitución en su conjunto⁴⁰. La determinación de dicha identidad debe tener en cuenta, según la Corte, los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos

viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (C-546 de 1993). En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable [...] si esta Corte no verifica la competencia del órgano que adelanta la reforma, no estaría verdaderamente controlando que el procedimiento de aprobación de la reforma se hubiera hecho en debida forma. El anterior examen muestra que cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no solo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia” (sent. C-551 de 2003, F.J. 22 y 23).

³⁷ Sent. C-551 de 2003, F.J. 36.

³⁸ En efecto, sostiene la Corte: “el artículo 374 de la Carta señala que ‘*la Constitución podrá ser reformada*’ [...]”. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución” (sent. C-551 de 2003, F.J. 34).

³⁹ Sent. C-551 de 2003, F.J. 34.

⁴⁰ *Ibidem*, F.J. 34 y 36.

que surgen del bloque de constitucionalidad⁴¹. Así, es forzoso concluir que si bien la Constitución de 1991, al no prever cláusula pétrea alguna, en reconocimiento del principio democrático otorga un amplio margen de decisión al titular del poder de reforma al permitir la modificación de todo artículo constitucional, dicho poder de reforma no debe ser usado con el objeto de reemplazar la Constitución por otra diferente, o en otras palabras, dicho poder no debe ser usado con el fin de modificar los fundamentos jurídicos que soportan su propio ejercicio⁴².

Los argumentos descritos son reforzados por la Corte principalmente mediante el uso de argumentos de tipo sistemático y doctrinal⁴³.

De acuerdo con el primero de ellos, dos posibilidades hermenéuticas del texto constitucional deben ser conciliadas en el caso del ejercicio del poder de reforma. Por una parte, la Corte ha sostenido en diversas oportunidades que la Constitución debe ser considerada un texto armónico que debe ser interpretado teniendo en cuenta los propósitos pretendidos por el constituyente⁴⁴; por otra, la misma norma constitucional ha restringido la competencia de control a los vicios de procedimiento en la formación de los actos propios del poder de reforma⁴⁵. Esta aparente dicotomía es resuelta por la Corte al sostener que las reglas de procedimiento deben ser interpretadas no de manera exegética y aislada, sino de conformidad con los principios y los valores constitucionales que ellas mismas desarrollan⁴⁶.

Y por otra, la Corte advierte que la doctrina y la jurisprudencia constitucionales distinguen entre poder constituyente originario y poder consti-

⁴¹ *Ibidem*, F.J. 39.

⁴² *Ibidem*, F.J. 34. Así, advierte la Corte: “Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (artículo primero de la Constitución Política) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma” (sent. C-551 de 2003, F.J. 39).

⁴³ La Corte también usa argumentos de derecho comparado al referirse a los límites al poder de reforma según la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de India. (Ver *ibidem*, F.J. 38).

⁴⁴ Ver *ibidem*, F.J. 6-8. Por todas ver sent. SU-1122 de 2001, F.J. 6.

⁴⁵ La Corte se refiere en especial al art. 379 de la Carta en razón al objeto de su decisión. Ver *ibidem*, F.J. 7.

⁴⁶ La Corte hace referencia de manera específica a la actividad del legislador y a la aplicación del reglamento legislativo en relación con la expedición de la ley que convoca al referendo. Ver *ibidem*, F.J. 10.

tuyente derivado⁴⁷. Esta distinción, que había sido usada como fundamento por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución de 1886 para justificar el control judicial de los actos de reforma y la restricción de dicho control a los vicios formales⁴⁸, sostiene que mientras el poder constituyente al implicar el ejercicio pleno del poder político es un poder jurídicamente ilimitado⁴⁹, el poder de reforma es un poder constituyente derivado que sólo puede ser ejercido “bajo los cauces determinados por la Constitución misma”⁵⁰, y por lo tanto, se encuentra sujeto a control⁵¹. Así, si bien podría sostenerse que la Constitución de 1991 consagró un poder de reforma omnímodo al no prever cláusulas pétreas, dicho alcance del poder de reforma debe ser rechazado porque implicaría la negación de la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado⁵².

De esta forma, debe ser aceptado que el poder de reforma consagrado en la Constitución de 1991 debe tener límites⁵³. Dicho poder, dice la Corte, “no está, por lo tanto, autorizado para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no solo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”⁵⁴.

⁴⁷ *Ibidem*, F.J. 18 y 29.

⁴⁸ Ver sents. de 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, “G. J.”, 2397, pág. 104 y de 3 de noviembre de 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo “G. J.”, 2405, pág. 358.

⁴⁹ Sent. C-551 de 2003, F.J. 29.

⁵⁰ *Ibidem*, F.J. 30.

⁵¹ *Ibidem*, F.J. 30.

⁵² *Ibidem*, F.J. 37.

⁵³ *Ibidem*, F.J. 37.

⁵⁴ *Ibidem*, F.J. 37. CARLOS BERNAL ha creído apreciar en este razonamiento de la Corte “un caso claro de *non-sequitor*”. En efecto ha sostenido: “[...] la Corte Constitucional ha señalado que la característica más prominente de esta distinción es la siguiente: mientras el poder constituyente originario no está sujeto a ningún límite jurídico, el poder constituyente derivado solo puede ejercerse en las condiciones previstas por la Constitución. La segunda parte de esta afirmación es trivial en el sentido de que la Constitución prescribe ciertas condiciones procesales para el ejercicio del poder constituyente derivado. Con todo, a partir de ello la Corte deduce que este poder no tiene competencia para

La exposición originaria de la doctrina de la sustitución de la Constitución presentada en la sentencia C-551 de 2003 ha sido complementada por la Corte en numerosas decisiones posteriores. El desarrollo de esta doctrina debe ser analizado con fundamento en dos perspectivas. Por una parte, desde el punto de vista material —o mejor, según la definición del objeto de control constitucional— la individualidad de la sustitución de la Constitución como fuente de inexecutableidad —o dicho de manera más general, como fenómeno de invalidez normativa— requiere de su distinción respecto de otros fenómenos normativos que involucran el texto constitucional, tales como la destrucción, la supresión, el quebrantamiento, la rotura, la suspensión y la violación de la Constitución. Por otra parte, desde el punto de vista procedimental —o mejor, según la definición del método de control constitucional— la supervivencia de la sustitución de la Constitución como una institución independiente, requiere de la distinción del juicio de sustitución respecto de otros tales como el control material del ejercicio ordinario del poder legislativo.

Para efectos de la descripción de la doctrina de la sustitución de la Constitución, la primera parte de esta sección estará dedicada a la definición de la sustitución de la Constitución como fuente de inexecutableidad, y la segunda, a la exposición del juicio de sustitución.

derogar ni para sustituir la Constitución. Este es un caso de *non-sequitor*. La conclusión no deriva de las premisas que la Corte aduce como soporte. No cabe duda de que el poder constituyente derivado puede cumplir todas las exigencias del procedimiento de reforma y, por medio de éste, derogar la Constitución o sustituirla por una diferente” (CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), págs. 407-408). No obstante, su conclusión es fruto de una interpretación aislada de este argumento respecto de los demás esgrimidos por la Corte en la sent. C-551 de 2003. En efecto, conforme al argumento sistemático aludido por la Corte —atrás analizado— las reglas de procedimiento deben ser interpretadas no de manera exegética y aislada, sino de conformidad con los principios y los valores constitucionales que ellas mismas desarrollan (sent. C-551 de 2003, F.J. 10). De manera tal, que si se tienen en cuenta los argumentos presentados por la Corte, es erróneo sostener que la conclusión —según la cual el poder constituyente derivado “no tiene competencia para derogar ni para sustituir la Constitución” —no se deriva de las premisas aludidas. En efecto, si se interpretan las reglas de procedimiento no de manera exegética y aislada, sino de conformidad con los principios y los valores constitucionales que ellas mismas desarrollan, forzoso será concluir que el poder constituyente derivado no puede “cumplir todas las exigencias del procedimiento de reforma y, por medio de éste, derogar la Constitución o sustituirla por una diferente”. Es claro que, so pena de sufrir vicios, el ejercicio de toda competencia no debe contradecir los fundamentos normativos de las reglas en las que se funda.

A) *La sustitución de la Constitución*

La jurisprudencia ha explorado las diferencias existentes entre la sustitución de la Constitución y otros fenómenos normativos cercanos como la destrucción, el quebrantamiento, la rotura, la suspensión y la violación de la Constitución⁵⁵.

En efecto, en la sentencia C-588 de 2009 la Corte afirmó que la destrucción de la Constitución es un fenómeno que no debe ser subsumido dentro del concepto de sustitución. La Corte sostuvo que “la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida”⁵⁶. Un ejemplo de destrucción de la Constitución tendría lugar entonces en una revolución⁵⁷ que diera lugar a una nueva formación política, que implicara por lo tanto el desconocimiento absoluto del constituyente anterior⁵⁸.

La Corte también diferencia el fenómeno de quebrantamiento del de rotura de la Constitución. Según la Corte, “el quebrantamiento de la Constitución, se define como la violación de prescripciones constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni co-

⁵⁵ En relación con los fenómenos de la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la reforma de la Constitución, este desarrollo jurisprudencial encuentra su fuente doctrinal más prominente en la *Teoría de la Constitución* de CARL SCHMITT. Véase CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, págs. 115- 134.

⁵⁶ Sent. C-588 de 2009.

⁵⁷ Dicha situación revolucionaria puede implicar o no una asamblea constituyente. Un intento por encausar el ejercicio del poder originario ha sido previsto por el art. 376 de la Constitución colombiana, cuando dicha Asamblea se “convoca expresamente para proferir una nueva Carta” (sent. C-588 de 2009). En este caso, la creación de una nueva Constitución implicará la destrucción de la antigua por desconocimiento de su poder constituyente.

⁵⁸ La Corte ha afirmado con razón que “es evidente que este modo de cambio constitucional tiene relación intrínseca con la concepción positivista de la transformación del parámetro de validez del ordenamiento jurídico, comprendido por HANS KELSEN como la hipótesis de la norma fundamental o por H. L. A. HART como la práctica social que deriva en la identificación de la regla de reconocimiento. La modificación de tanto una como otra se logra a partir de un acto revolucionario, que sustituye el poder constituyente por otro” (sent. C-303 de 2010).

locadas temporalmente fuera de vigor”⁵⁹. Un quebrantamiento de la Constitución tiene lugar, por ejemplo, “cuando el ejecutivo disuelve el Parlamento, aunque constitucionalmente no esté prevista esa disolución”⁶⁰. Por el contrario, si bien la rotura de la Constitución implica también un caso excepcional de no aplicación de una cláusula constitucional, la rotura es “autorizada por la Carta o generada mediante el cumplimiento del procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución”⁶¹. Así, v. gr., es un caso de rotura de la Constitución el establecimiento de “una inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas”⁶².

En relación con el concepto de suspensión de la Constitución, la Corte ha señalado que “esta hipótesis puede estar regulada por la propia Carta en eventos tales como los estados de excepción, pero también puede producirse sin que medie prescripción legal-constitucional alguna que prevea tal hipótesis, que derivaría en una suspensión inconstitucional de la Constitución, por ejemplo mediante la utilización de los mecanismos de reforma constitucional y en eventualidades diferentes a aquellas excepcionales que, según la Constitución, autorizan suspenderla con el cumplimiento riguroso de las condiciones establecidas en el ordenamiento superior del Estado”⁶³. Así, la Corte sostiene que esta última eventualidad podría configurar un caso de sustitución cuando la suspensión implica el ejercicio abusivo del poder de reforma. De forma tal que “sustitución y suspensión son conceptos perfectamente conciliables, si bien hay que advertir que, en los supuestos de suspensión producida por vía de reforma constitucional, el juicio de sustitución adquiere singular relevancia y ha de ser estricto, dadas las connotaciones de la figura comentada”⁶⁴.

Por otra parte, la Corte también ha mantenido una distinción que permite fundamentar la independencia del juicio de sustitución del de control material del ejercicio ordinario del poder legislativo. Esta distinción es la que se hace entre violación a la Constitución y su sustitución. En efecto, la Corte ha sostenido que la diferencia entre estos dos fenómenos normativos “no es de grado sino de naturaleza”⁶⁵. La Corte ha afirmado

⁵⁹ Sent. C-588 de 2009.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Ejemplo de la Corte en la sent. C-1200 de 2003.

⁶³ Sent. C-588 de 2009.

⁶⁴ *Ibidem*. Ver también sent. C-141 de 2010.

⁶⁵ Sent. C-1200 de 2003.

que “la violación de la Constitución consiste en la contradicción entre la norma superior y otra norma considerada inferior y sujeta a lo dispuesto por la norma superior”⁶⁶; así, por lo tanto, “si se aplicara el concepto de violación al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el hecho de ser reforma del texto original. Esta conclusión es inadmisibles no solo en teoría sino en virtud de lo dispuesto por el artículo 374 de la Carta”⁶⁷.

Esta tarea, realizada por la Corte, dirigida a la diferenciación de la sustitución de la Constitución de otros fenómenos normativos permite advertir la existencia de un rasgo común entre la reforma y la sustitución de la Constitución. Este rasgo común se encuentra en el ejercicio formal del poder de reforma como condición necesaria de estos fenómenos⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ Este rasgo común pone de manifiesto que el ejercicio formal del poder de reforma es una condición necesaria mas no suficiente de la reforma de la Constitución. En efecto, los actos de reforma requieren también el ejercicio material de dicho poder. No obstante, como veremos, en tanto ejercicio de competencia, el ejercicio del poder de reforma conlleva el deber de presunción de su corrección por sus destinatarios y, por lo tanto, el deber de estos de presumir su ejercicio material. Desde esta perspectiva, como se analizará más adelante, la declaratoria de inexecutable por sustitución de la Constitución, por el juez constitucional, lleva consigo desvirtuar la presunción del ejercicio material del poder de reforma y, por lo tanto, desvirtuar la propia existencia de un acto de reforma. Así, en sent. C-1056 de 2012, respecto de los requisitos que se exigen a las demandas de inexecutable por sustitución, la Corte ha establecido que dichos requisitos pretenden “garantizar que la sola existencia de esta posibilidad de control no se traduzca en el frecuente e injustificado cuestionamiento ciudadano a la labor que el constituyente secundario hubiere cumplido en legítimo ejercicio de sus competencias, *circunstancia que se presume, y que en consecuencia debe ser debidamente desvirtuada por el actor*” (cursivas fuera de texto; sent. C-1056 de 2012). De manera expresa, la jurisprudencia (sent. C-1056 de 2012) acogió la distinción entre significado formal y material del concepto de reforma constitucional concebida por KARL LOEWENSTEIN. Según este autor, en un sentido formal se entiende por reforma constitucional “la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe al momento de realizar el cambio de la Constitución”, mientras que en sentido puramente material se entiende por reforma “el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido” (KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 164). En este sentido, según la sent. C-1056 de 2012: “[...] esta contextualización permite además apreciar la diferencia existente entre las auténti-

En efecto, por una parte, ni la destrucción, ni el quebrantamiento, ni la violación de la Constitución implican el ejercicio del poder de reforma y, por la otra, dicho ejercicio no es necesario sino eventual en relación con los casos de la rotura y de la suspensión de la Constitución⁶⁹.

En efecto, tanto los actos de reforma como los actos de sustitución de la Constitución son actos llevados a cabo por el titular del poder de reforma de la Constitución⁷⁰. Los destinatarios de dichos actos deben presumir, conforme a su origen, que tales actos son ejercicios materiales de dicho poder o competencia⁷¹. No obstante, con fundamento en la doctrina de la sustitución de la Constitución, esta presunción de corrección es desvirtuada por el juez constitucional cuando declara que el titular del poder de reforma ha llevado a cabo el ejercicio de su poder con violación de los fundamentos de las reglas de competencia que regulan su ejercicio;

cas reformas a la Constitución y las demás situaciones en las que, aunque formalmente se observen los trámites propios de aquéllas, ocurre en realidad algo diferente” (sent. C-1056 de 2012). Como sostuvo la Corte en la sentencia C-588 de 2009 acerca de la experiencia alemana que condujo a la inclusión del artículo 79.1 en la Ley Fundamental de Bonn, más allá de la concreta situación que explica el origen de dicho artículo “de la Constitución alemana, lo importante es destacar, en sentido general y con fundamento en esa particular experiencia, que no basta respetar las formas procedimentales para que, inexorablemente, se le confiera la categoría de reforma constitucional a cualquier resultado de alguna modificación” a la Constitución (sent. C-588 de 2009).

⁶⁹ La doctrina de la sustitución de la Constitución implica que la supresión de la Constitución deba ser entendida como una especie de sustitución, correspondiente a su versión más severa. En efecto, la Corte ha sostenido que a diferencia de la destrucción, “la supresión de la Constitución conserva el poder constituyente en que ésta se basaba”. Aunque la supresión implica también el resquebrajamiento de la continuidad jurídica por un cambio total de la Carta, en la supresión a la Constitución subsiste el poder constituyente que fundaba la Constitución anterior. El órgano reformador actúa en este caso “como si se tratara de un nuevo poder constituyente originario y, claro está, por fuera de los límites impuestos por el poder que estableció la Constitución suprimida” (sent. C-588 de 2009). La Corte advierte que en el fenómeno de la supresión “la conservación de la referencia al poder constituyente en que se basaba la Constitución suprimida aproxima esta noción al concepto de sustitución de la Carta [...] pero en la modalidad de sustitución total” (sent. C-588 de 2009).

⁷⁰ En el caso de la Constitución colombiana el titular del poder de reforma es tanto el Congreso como el constituyente originario en el caso de los mecanismos reformativos del referendo y la asamblea constituyente (Constitución de 1991, art. 374).

⁷¹ Por ello, según la Corte (sent. C-888 de 2004) “[...] el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma”.

es decir, cuando el juez constitucional declara que el ejercicio del poder de reforma “es de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución original fue reemplazada por otra, so pretexto de reformarla”⁷². En este caso, el acto en cuestión, según la doctrina de la Corte, no es más un acto de reforma de la Constitución sino, por el contrario, un acto de sustitución y, por lo tanto, un acto inexecutable por vicios de competencia⁷³.

No obstante, “la magnitud y trascendencia” de la modificación constitucional es un criterio necesariamente vago para distinguir entre la sustitución y la reforma de la Constitución⁷⁴. Dicho problema de vaguedad⁷⁵ ha conducido a la Corte⁷⁶ a la distinción entre sustituciones totales —es

⁷² Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3. Así también la sent. C-1040 de 2005: “el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles” (C-1040 de 2005). Ver también sents. C-153 de 2007 y C-970 de 2004, entre otras.

⁷³ Sent. C-888 de 2004.

⁷⁴ La pregunta acerca de la vaguedad del criterio de distinción entre las dos figuras podría ser expresada como sigue: ¿qué magnitud o trascendencia debe presentar una modificación de la Constitución para que pueda ser calificada como sustitución de la Constitución y no como una reforma? El problema de vaguedad es tan profundo —o mejor, la penumbra del significado es tan extensa— que afecta de manera necesaria al concepto mismo de vicio de competencia, y con ello a la propia razón de la sustitución.

⁷⁵ Una expresión es vaga cuando, según su regla de uso, no se puede decir si un caso está o no referido por la expresión y, por lo tanto, es posible decir, según la regla de uso de una expresión vaga, tanto que un caso está, como que no está referido por la misma. Véase *in extenso* SCOTT SOAMES, “What Vagueness and Inconsistency Tell Us about Interpretation”, en ANDREI MARMOR/SCOTT SOAMES, *The Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2013, págs., 31-57; STEWART SHAPIRO, *Vagueness in Context*, Oxford, 2006; TIMOTHY ENDICOTT, “The Value of Vagueness”, en VIJAY KUMAR BHATIA/JAN ENGBERG/MAURIZIO GOTTI/DOROTHEE HELLER (eds.), *Vagueness in Normative Texts*, Bern, 2005, págs. 27-48; LAWRENCE M. SOLAN, “Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation”, en VIJAY KUMAR BHATIA/JAN ENGBERG/MAURIZIO GOTTI/DOROTHEE HELLER (eds.), *Vagueness in Normative Texts*, Bern, 2005, págs. 73-96; TIMOTHY ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2001; ROY SORENSEN, “Vagueness has no Function in Law”, en *Legal Theory*, 7, 04, diciembre 2001, págs. 387-417; JEREMY WALDRON, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, Artículo 3, 1994, págs. 509-540; ROBERT ALEXY, “Die logische Analyse juristischer Entscheidung”, en WINFRIED HASSEMER/ARTHUR KAUFMANN/ULFRIED NEUMANN (eds.), *Argumentation und Recht*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 14, Stuttgart, 1980, pág. 205; GENARO CARRIÓ, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires, Astrea, 1971, pág. 18.

⁷⁶ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3.

decir, supresiones— y sustituciones parciales de la Constitución⁷⁷. Esta diferenciación es resultado de la aplicación de un modelo triádico, con el objeto de identificar la vaguedad de la expresión señalada⁷⁸. Este modelo distingue tres tipos de casos de posibles modificaciones constitucionales según su relación con el concepto de sustitución. Así, de acuerdo con

⁷⁷ Con fundamento en el criterio de duración de la sustitución, la Corte también ha distinguido entre sustituciones permanentes y transitorias, dado que el cambio, total o parcial, puede ser de tal magnitud que impida “de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria” (sent. C-1040 de 2005). Ver también sents. C-588 de 2009 y C-141 de 2010, entre otras.

⁷⁸ Como han expuesto KOCH y RÜSSMANN, el término vaguedad puede ser descrito por medio de un modelo triádico de significado (*Semantisches Drei-Bereiche-Modell*). De acuerdo con este modelo, existen tres categorías de individuos en tanto referencia a una expresión dada:

1) Existen individuos a los cuales de manera indudable debe ser aplicada dicha expresión (estos son llamados, candidatos positivos).

2) Existen individuos a los cuales de manera indudable no debe ser aplicada dicha expresión (estos son denominados candidatos negativos).

3) Existen individuos respecto a los cuales es debatible si dicha expresión puede o no ser aplicada (estos son llamados, candidatos neutrales).

Véase MATTHIAS KLATT (*supra* nota 28), pág. 48; HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜSSMANN (*supra* nota 28), pág. 195; ROBERT ALEXY (*supra* nota 8), págs. 324-326; GENARO CARRIÓ (*supra* nota 77), pág. 18. Críticas contra el modelo triádico de significado (*Semantisches Drei-Bereiche-Modell*) han sido presentadas por ULFRID NEUMANN. Véase ULFRID NEUMANN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, Heidelberg, 1979, págs. 72-77.

En el ámbito germano, una propuesta cercana al modelo triádico que se comenta, fue formulada por WALTER JELLINEK, quien distinguió los así llamados “conceptos indefinidos” (*unbestimmte Begriffe*) en tres grupos que correspondían a las “esferas” de la “certeza positiva” (*positive Gewißheit*), la “certeza negativa” (*negative Gewißheit*) y la “duda posible” (*mögliche Zweifel*). El modelo triádico perfecciona el binario propuesto por PHILIPP HECK (MARTIN BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, 2006, pág. 277) de acuerdo con el cual, la estructura básica común de los conceptos jurídicos puede ser ilustrada por medio de la metáfora consistente en la existencia de un núcleo (*Begriffskern*) y un halo (*Begriffshof*) de significado. De manera tal que, de acuerdo con dicha metáfora, mientras el núcleo de significado está comprendido por todo hecho que puede ser asignado al término de manera inequívoca, el halo de significado o campo difuso del término está compuesto por hechos que solo pueden ser asignados al término de manera dudosa. Así, un concepto jurídico indeterminado puede ser distinguido por el hecho de que su halo de significado es inusualmente amplio en relación con el tamaño de su núcleo (PHILIPP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, págs. 46, 143; ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung um Privatrecht*, Tübingen, 2004, págs. 26-28).

este modelo, existen casos de modificaciones constitucionales que deben ser necesariamente subsumidos en el concepto de sustitución de la Constitución; casos de modificaciones constitucionales que necesariamente deben ser excluidos del concepto de sustitución de la Constitución y, por último, casos de modificaciones constitucionales que podrían o no ser subsumidos en el concepto de sustitución. Estos últimos casos de modificaciones constitucionales se encuentran en la zona de penumbra del significado⁷⁹ que la Corte denomina como sustitución parcial.

En efecto, a partir del análisis de la Corte, la doctrina subraya que un caso que debe ser necesariamente subsumido dentro del concepto de sustitución de la Constitución es la modificación constitucional que implica la negación del concepto mismo de Constitución⁸⁰. De acuerdo con el uso actual y la tradición liberal, el concepto aceptado de Consti-

⁷⁹ H. L. A. HART, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (1961), págs. 157-169. De acuerdo con la conocida cita de HART: “[...] The sight of this school may be presented in the following example. A legal rule forbids you to take a vehicle into the public park. Plainly this forbids an automobile, but what about bicycles, roller skates, toy automobiles? What about airplanes? Are these, as we say to be called ‘vehicles’ for the purpose of the rule or not? If we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behavior be regulated by rules, then the general words we use-like ‘vehicle’ in the case I consider-must have some standard instance in which no doubts are felt about its application. There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case. Human invention and natural processes continually throw up such variants on the familiar, and if we are to say that these ranges of facts do or do not fall under existing rules, then the classifier must make a decision which is not dictated to him, for the facts and phenomena to which we fit our words and apply our rules are as it were dumb. The toy automobile cannot speak up and say, ‘I am a vehicle for the purpose of this legal rule’, nor can the roller skates chorus, ‘We are not a vehicle’. Fact situations do not await us neatly labeled, creased, and folded, nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision. We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning ‘problems of the penumbra’; they are always with us whether in relation to such trivial things as the regulation of the use of the public park or in relation to the multidimensional generalities of a constitution” (*Id.*, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol 71, 1958, pág. 602).

⁸⁰ Ver CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 423; GONZALO RAMÍREZ CLEVES (*supra* nota 25), pág. 4.

tución presupone un ordenamiento compuesto por dos tipos de principios. Toda Constitución presupone como mínimo la consagración de principios materiales que implican inmunidades subjetivas universales en la forma de derechos y principios formales dirigidos a su protección. Estos principios formales o procedimentales se refieren a la obligación de garantía de los derechos, al principio del Estado de derecho y al de la separación de poderes⁸¹. Así, una modificación a la Constitución que suponga la negación de alguno de estos elementos mínimos que constituyen el núcleo de significado aceptado del concepto de Constitución implicará de manera necesaria una sustitución —y más exactamente una supresión— de la Constitución y no una reforma de ella⁸².

Por otra parte, la Corte ha dado ejemplos de modificaciones constitucionales que necesariamente deben ser excluidas del concepto de sustitución⁸³. Estos ejemplos se refieren a reformulaciones positivas —es decir, al “cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial”⁸⁴— reconceptualizaciones —estas son, “el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución”⁸⁵— excepciones específicas —es decir, “la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general”⁸⁶— y limitaciones o restricciones —esto es, “la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados”⁸⁷.

Por último, la Corte ha aceptado que el reemplazo de ciertos elementos definitorios de la organización política⁸⁸, puede implicar una sustitución

⁸¹ En efecto, el art. II de la Declaración del Hombre y del Ciudadano establece como fines materiales de toda asociación política la conservación de los derechos humanos. Al mismo tiempo, el art. XVI de la misma Declaración, establece que no tiene Constitución, aquella sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida.

⁸² Ver CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 423; GONZALO RAMÍREZ CLEVES (*supra* nota 25), pág. 4.

⁸³ Según la Corte: “no representan sustituciones parciales los cambios que reforman la Constitución y que, si bien refieren a asuntos importantes, no transforman la forma de la organización política —en todo o en alguno de sus componentes definitorios esenciales— en otra opuesta (monarquía parlamentaria) o integralmente diferente (república parlamentaria)” (sent. C-1200 de 2003, F.J. 3).

⁸⁴ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

parcial de la Constitución, mas no su sustitución *in toto*. Así sostiene la Corte, sería obvio que la Constitución de 1991 ha sido sustituida por otra diferente aun cuando existiera una sustitución parcial, como por ejemplo “si Colombia dejara de ser una república para transformarse en una monarquía parlamentaria, pero continuara siendo democrática, pluralista, respetuosa de la dignidad humana y sujeta al Estado social de derecho”⁸⁹.

Con todo, la definición de aquello que puede constituir una sustitución parcial de la Constitución cae en el campo de lo argumentativamente posible. Ella depende tanto de lo que pueda ser definido como aspecto esencial de nuestra Constitución vigente, como de la determinación de la magnitud o trascendencia de la modificación constitucional efectuada. En tanto que la vaguedad de ambos elementos puede conducir a una restricción injustificada del poder de reforma mediante el ejercicio de la competencia de control por la Corte⁹⁰, se hace necesaria la creación de un método que permita distinguir de manera razonada entre “reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella”, y sustituciones a la Constitución, en las cuales “las nuevas instituciones resultan de tal modo incompatibles con la Constitución anterior que unas y otras no pueden coexistir en el tiempo y en el espacio”⁹¹. Este método es denominado por la Corte como juicio de sustitución⁹².

B) *El juicio de sustitución*

La Corte presentó el método para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución⁹³ en la sentencia

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.3.

⁹² Aunque como veremos este método fue presentado por la Corte en las sents. C- 970 y C-971 de 2004, la preocupación por la elaboración de este método había sido expuesta ya en el salvamento de voto a la sent. C-816 de 2004 por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³ Este método es denominado test o juicio de sustitución. Otros test usados por la Corte Constitucional colombiana son el test de la igualdad (C-093 de 2001); el test de *habeas data* (T-029 de 2002), el test de efectividad de reforma constitucional (C-588 de 2009) y el test de ponderación o razonabilidad (entre otras en las sents. T-425 de 1995, SU.257 de 1997, C-475 de 1997, SU.642 de 1998, SU.337 de 1999, C-1110 de 2000, C-647 de 2001, C-711 de 2001, C-1064 de 2001, C-1098 de 2001, C-1287 de

C-970 de 2004⁹⁴. Este método supone la existencia de un género común de actos dirigidos a la modificación de la Constitución y caracterizados por el ejercicio formal del poder de reforma. Como ya se analizó, dicho rasgo común es compartido tanto por los actos de reforma, como por los de sustitución de la Constitución⁹⁵. Conforme a la exposición de la

2001, C-181 de 2002, C-247 de 2002, C-317 de 2002, C-374 de 2002, C-489 de 2002, C-802 de 2002, C-205 de 2003, C-254 de 2003, C-619 de 2003, SU.975 de 2003, C-799 de 2003, C-127 de 2003, C-1034 de 2003, C-014 de 2004, C-039 de 2004, C-131 de 2004, C-229 de 2004, C-507 de 2004, C-571 de 2004, C-179 de 2005, C-319 de 2006, C-370 de 2006, C-154 de 2007, SU.891 de 2007, C-210 de 2007, C-070 de 2009, C-350 de 2009, C-417 de 2009, C-749 de 2009, C-182 de 2010, C-936 de 2010, C-645 de 2011, C-122 de 2012, C-306 de 2012, C-315 de 2012, C-889 de 2012, C-068 de 2013). El test de efectividad fue introducido por la sent. C-588 de 2009. Este test tiene por objeto verificar, por una parte, “si las normas constitucionales a [*sic*] reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma”, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, dice la Corte, “[...] entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular”. Por otra parte, dicho test tiene por objeto “impedir que a través de la reforma a la Constitución se establezcan normas puramente singulares o adoptadas exclusivamente para ser aplicadas a unos sujetos determinados y concretos” (sent. C-588 de 2009). Sostiene la Corte que las normas de carácter *ad hoc* dirigidas a favorecer, o desmejorar las condiciones de un grupo específico de personas, violan el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener las normas constitucionales (sent. C-574 de 2011. Ver también sent. C-249 de 2012). En este sentido, sostuvo la Corte en sent. C-1056 de 2012, que “el hallazgo de que las nuevas normas superiores carecen de ese sentido de generalidad constituye un indicio de su posible carácter sustitutivo de los textos constitucionales” (sent. C-1056 de 2012). Así, “este criterio ha resultado determinante en el esclarecimiento del carácter sustitutivo de las reglas contenidas en los actos legislativos 1 de 2008 y 4 de 2011 (sents. C-588 de 2009 y C-249 de 2012, respectivamente), y podría entenderse también implícitamente aplicado en el caso del referendo constitucional convocado mediante ley 1354 de 2009 y sobre cuya exequibilidad decidió la Corte en la sent. C-141 de 2010” (sent. C-1056 de 2012).

⁹⁴ Una propuesta para la elaboración de este método había sido ya presentada en el salvamento de voto a la sent. C-816 de 2004 por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁵ La suposición de este género común de actos dirigidos a la modificación de la Constitución por parte de la Corte, es evidenciada por los requerimientos de la expresión formal del juicio de sustitución. En efecto, el esquema deductivo completo de las especies que componen el género supuesto, puede ser expresado como sigue:

- (1) $\forall_x [R_x \vee S_x]$
 - (2) $\forall_x [\neg I_x \rightarrow S_x]$
 - (3) $\neg I_a$
- $\therefore S_a$

Sean:

x : *modificación a la Constitución*

R : *reforma a la Constitución*

S : *sustitución de la Constitución*

I : *aspectos definitorios de identidad de la Constitución*

Así:

(1) Para toda modificación a la Constitución vale que, o bien es una reforma, o bien es una sustitución de la Constitución

(2) Para toda modificación a la Constitución vale que, si la modificación niega aspectos definitorios de la identidad de la Constitución, entonces es una sustitución de la Constitución

(3) La modificación de la Constitución a niega aspectos definitorios de la identidad de la Constitución

Luego, la modificación a es una sustitución de la Constitución

El complemento de este esquema puede expresarse como:

$$(1) \forall x [R_x \vee S_x]$$

$$(4) \forall x [I_x \rightarrow Rx]$$

$$(5) I_a$$

$$\therefore R_a$$

Así:

(1) Para toda modificación a la Constitución vale que, o bien es una reforma, o bien es una sustitución de la Constitución

(4) Para toda modificación a la Constitución vale que, si la modificación no niega aspectos definitorios de la identidad de la Constitución, entonces es una reforma a la Constitución

(5) La modificación de la Constitución a no niega aspectos definitorios de la identidad de la Constitución

Luego, la modificación a es una reforma a la Constitución

CARLOS BERNAL ha expuesto una expresión formal del juicio de sustitución que, sin embargo, no elude el uso inconsistente del término “reforma”. Dicho uso se evidencia en la asignación del término “reforma” tanto al género común de actos dirigidos a la modificación de la Constitución que suponen el ejercicio formal del poder de reforma, como a la especie de actos que suponen también el ejercicio material de dicho poder. De dicha inconsistencia se desprende la contradicción que significa sostener que “la Corte Constitucional debe considerar como una sustitución de la Constitución a cualquier reforma que satisfaga la condición de reemplazar un elemento definitorio de la identidad de la Constitución colombiana” (CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 410). Así, según esta proposición, son casos de reforma a la Constitución tanto aquellos que no “reemplazan un elemento definitorio de la identidad de la Constitución colombiana”, como aquéllos que sí lo hacen —en tanto que una sustitución de la Constitución es “cualquier reforma que satisfaga la condición de reemplazar un elemento definitorio de la identidad de la Constitución colombiana”— (CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 410).

Corte⁹⁶, la operación básica⁹⁷ que sirve de sustento para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución, corresponde a un esquema deductivo compuesto por tres elementos: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión⁹⁸.

La premisa mayor del juicio de sustitución de la Constitución supone una regla que puede ser expresada de la siguiente forma:

*Toda modificación a la Constitución que reemplace un aspecto definitorio de la identidad de la Constitución, es una sustitución de la Constitución*⁹⁹.

Así conforme a la Corte, la justificación externa de la premisa mayor del juicio de sustitución de la Carta requiere la enunciación de “aque- llos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución” que se supone han sido sustituidos por el acto que la modifica. Según la Corte, la enun- ciación de dichos aspectos permite al juez constitucional “establecer los pará- metros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado”¹⁰⁰. La Corte advierte, sin embargo, que la enunciación de estos aspectos debe ser específica, es decir, se trata de plantear “la manera parti- cular como un elemento definitorio ha sido configurado por la Constitución colombiana”¹⁰¹, el cual por consiguiente, “hace parte de su identidad”¹⁰².

Sin embargo, la Corte ha reconocido que la elaboración de la doctrina de la sustitución de la Constitución es un proceso inacabado¹⁰³, respecto

⁹⁶ Sents. C-970 y C-971 de 2004, C-1040 de 2005.

⁹⁷ ROBERT ALEXY (*supra* nota 1), pág. 9.

⁹⁸ Esta operación básica corresponde a la subsunción (ROBERT ALEXY (*supra* nota 3), pág. 9).

⁹⁹ La premisa mayor del juicio de sustitución supone la premisa (1) expresada en el esquema formal. Un lector atento notará la diferencia entre los verbos negar y reemplazar utilizados en estos enunciados. Este último verbo es utilizado en la jurisprudencia como sinónimo de sustitución. En la representación formal del juicio de sustitución se usa como caso paradigmático aquella sustitución que implica la negación de la identidad de la Constitución. Como se verá, dicha negación no es necesaria pero sí suficiente al juicio de sustitución. Por otra parte, resultado de la *summa divisio* de los actos modificatorios que se deduce de la actividad de la Corte, a esta proposición corresponde una proposición que expresa el complemento del conjunto actos modificatorios: *Toda modificación a la Constitución que no reemplace un aspecto definitorio de la identidad de la Consti- tución, es una reforma a la Constitución.*

¹⁰⁰ Sent. C-970 de 2004, F.J. 4.1.

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ Así, por ejemplo, según la Corte (sent. C-141 de 2010), la sustitución de la Constitución no se trata de “un concepto completo, acabado o definitivamente agotado

del cual “ha sido necesario que este tribunal identifique de manera puntual y progresiva aquellos aspectos y elementos a los que debe reconocerse esta trascendencia, a partir de lo cual deberá existir cada vez más claridad acerca de cuáles son esas temáticas”¹⁰⁴. En consecuencia, la Corte hasta ahora “no ha delimitado de manera estricta cuáles son aquellos principios o valores consustanciales a la Constitución o aquellos elementos del bloque de constitucionalidad que no pueden ser sustituidos o derogados por el poder de reforma”¹⁰⁵. No obstante, la Corte “sí ha venido estableciendo a través del análisis de cada caso concreto, cuáles son aquellos elementos que pueden entenderse como axiales o consustanciales a la Constitución de 1991 y que de derogarse o suprimirse integralmente supondrían un cambio o sustitución de la Constitución por otra diferente”¹⁰⁶.

Es verdad que la definición de cierto modelo político por parte de la doctrina, como interpretación correcta del texto constitucional, puede ser un instrumento valioso de guía para la Corte en la determinación de los elementos esenciales de la Constitución¹⁰⁷. No obstante, puede ser controvertido, en todo caso, si dicha aspiración filosófico-política debe ser una idea regulativa¹⁰⁸ de tal tarea jurisprudencial. En efecto, es dudoso si un cierto modelo político debe subyacer —o, si de hecho, subyace— a las decisiones de la Corte en esta materia, de manera tal que dichas decisiones puedan ser consideradas un todo armónico correspondiente al modelo

que, por ejemplo, permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan” (sent.C-141 de 2010). Las situaciones concretas estudiadas sólo le han permitido a la Corte “sentar unas premisas a partir de las cuales la Corte, cuando el caso concreto sometido a su consideración así lo exija, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional” (sent. C-1040 de 2005). Así, precisa la Corte, “el proceso de elaboración doctrinaria sobre la materia se encuentra en curso” y “a medida que se le presenten casos diversos a la Corte”, conforme a las premisas que de manera general se han fijado, “están abiertas algunas opciones interpretativas en torno a los elementos y las condiciones en las cuales cabría predicar la existencia de un vicio competencial debido a una sustitución de la Constitución” (sent. C-1040 de 2005).

¹⁰⁴ Sent. C-1056 de 2012.

¹⁰⁵ Sent. C-249 de 2012.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, CARLOS BERNAL ha propuesto un argumento normativo, de acuerdo con el cual “en la dimensión ideal, la *differentia specifica* de la Constitución colombiana consiste en que ella pretende institucionalizar en el derecho un sistema político correcto. Este sistema es una democracia deliberativa” (CARLOS BERNAL [*supra* nota 10], pág. 426).

¹⁰⁸ KANT, *Crítica de la razón pura*, A 509, 644; B 537, 672.

teórico político elegido. De hecho, la exigencia de una preconcepción tal, traslada los problemas de vaguedad —propios de la definición del criterio de distinción entre los casos de sustitución y de reforma— a la búsqueda de un acuerdo definitorio de una cierta perspectiva filosófico política dirigida a la interpretación del texto constitucional. La búsqueda de tal acuerdo podría, no obstante, ser estéril; debido al hecho de que ella conduciría a una solución limitada. Pues, tal acuerdo definitorio privilegiaría una cierta posibilidad interpretativa del texto constitucional dentro de otras posibles. Como se verá más adelante, más que en la predeterminación de un cierto modelo político acorde con una cierta interpretación del texto constitucional, la Corte ha basado su trabajo de definición de los elementos esenciales de la Constitución en la búsqueda de coherencia mediante del respeto al precedente constitucional¹⁰⁹.

Así, por ejemplo, la Corte sostuvo que el principio de la separación de poderes constituye un elemento definitorio de la identidad de la Constitución (sents. C-970¹¹⁰ y C-971 de 2004¹¹¹, C-1040 de 2005¹¹², C-141

¹⁰⁹ Sobre la importancia de la vinculación al precedente para el logro de coherencia del sistema jurídico véase ROBERT ALEXY/RALF DREIER, “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany”, en D. NEIL MACCORMICK/ROBERT SUMMERS, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, 1991, págs. 73-121; D. NEIL MACCORMICK/ROBERT SUMMERS, “Interpretation and Justification”, en *ibidem*, págs. 511-544. La Corte se ha pronunciado sobre el principio de vinculación al precedente entre otras decisiones en las sents: T-547 de 1993, T-231 de 1994, T-123 de 1995, C-586 de 1995, T-345 de 1996, C-447 de 1997, C-252 de 2001, C-836 de 2001, T-054 de 2003, T-766 de 2008.

¹¹⁰ Esta decisión declaró la exequibilidad del inc. 2º del art. 4º transitorio del Acto Legislativo 3 de 2002 que otorgaba al Congreso de la República un cierto plazo para expedir las leyes necesarias para poner en práctica el sistema penal acusatorio. De manera suplementaria, este artículo otorgaba también al presidente de la República facultades extraordinarias por un cierto tiempo para expedir dichas leyes, en caso de que el Congreso no lo hiciese.

¹¹¹ Esta sentencia declaró la exequibilidad del párrafo transitorio del art. 3º del acto legislativo 1 de 2003, “por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones”.

¹¹² Por medio de esta decisión, la Corte declaró la exequibilidad del acto legislativo 2 de 2004, con excepción del inc. 3º del párrafo transitorio del art. 4º. Este Acto Legislativo, que permite la reelección inmediata del presidente de la República por una sola vez, regulaba también, en el inciso declarado inexecutable, que en caso de que el Congreso no expidiese la ley de garantías electorales en un término señalado o el proyecto de esta ley fuese declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en cierto plazo debía reglamentar transitoriamente la materia.

de 2010¹¹³ y C-1056 de 2012¹¹⁴). En complemento, la Corte afirmó en la sentencia C-757 de 2008¹¹⁵, que el principio del bicameralismo es una expresión del principio de la separación de poderes y, por lo tanto, insustituible¹¹⁶.

La Corte reconoció en la sentencia C-141 de 2010 que además del principio de la separación de poderes, el derecho a la igualdad para ser elegido, el carácter general y abstracto de las leyes, así como el principio democrático —del cual se derivan a su vez el sistema de frenos y contrapesos, la regla de alternación en el ejercicio del poder público y la existencia de períodos preestablecidos de gobierno— son ejes estructurales de la Constitución¹¹⁷.

¹¹³ Esta sentencia declaró la inexecutable de la ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo por medio del cual se sometía a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional que permitía la reelección por un único período constitucional, para aquel ciudadano que hubiese sido elegido presidente de la República por dos períodos constitucionales anteriores.

¹¹⁴ Esta decisión declaró la inexecutable del art. 1º del acto legislativo 1 de 2011, por medio del cual se adicionaba al art. 183 de la Constitución Política el inciso siguiente: “[...] en lo referido al conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos”.

¹¹⁵ La Corte declara en este caso la executable del Acto legislativo 1 de 2007 que amplía la moción de censura a los superintendentes y directores de los departamentos administrativos, y la posibilidad de citar a sesiones a estos funcionarios para efectuar el control político so pena de sanción.

¹¹⁶ Así, según la Corte en sent. C-757 de 2008: “El cambio introducido por el acto legislativo 1 de 2007 en la operación de la moción de censura es un cambio importante que flexibiliza el ejercicio de este instrumento de control político e inclina en este sentido la balanza a favor del legislativo, pero no puede decirse que el mismo suprima un principio definitorio de la identidad de la Carta de 1991, como es el de la separación de poderes que, de hecho, en cuanto hace a una de sus expresiones, cual es la del bicameralismo, no estaba configurado de un modo absoluto, sino matizado, por la iniciativa de cada una de las cámaras para proponer la moción de censura y la decisión de la misma en el Congreso reunido en pleno” (sent. C-757 de 2008).

¹¹⁷ Según la sent. C-141 de 2010: “El principio democrático constituye un elemento esencial de la Constitución de 1991 y se desprende del texto constitucional que Colombia es una democracia participativa, representativa y pluralista, rasgos definitorios éstos ligados indisolublemente a la realización de elecciones transparentes, periódicas, inclusivas, competitivas e igualitarias, de donde la idea misma de representación va ligada por lo tanto a los períodos fijos y a las elecciones periódicas, en que la alternación cobra una doble dimensión: (i) como eje del esquema democrático en la que toda autoridad es rotatoria y no hay previstos cargos de elección popular vitalicios; y (ii) como límite al poder político” (sent. C-141 de 2010).

En el mismo sentido, la Corte afirmó en la sentencia C-1056 de 2012 que además de la separación de poderes y el principio democrático, la prevalencia del interés general debe ser definida como un elemento esencial de la Carta de 1991¹¹⁸. De manera complementaria, en la sentencia C-303 de 2010¹¹⁹, la Corte afirmó asimismo que la democracia participativa y la soberanía popular son también ejes definitorios de este ordenamiento superior.

Por su parte, en las sentencias C-588 de 2009¹²⁰ y C-249 de 2012¹²¹, la Corte sostuvo que la carrera administrativa, así como sus componentes

¹¹⁸ Según la sent. C-1056 de 2012: “la prevalencia del interés general es un criterio determinante de las decisiones públicas, pues es justamente la razón que explica por qué todas ellas han de ser adoptadas según el querer del mayor número de personas partícipes, en desarrollo del principio democrático. La superlativa importancia de este principio en todos los escenarios de la vida nacional queda demostrada al observar que, más allá de lo previsto en el artículo primero superior, pero en clara reiteración de ese mandato, un buen número de otros preceptos constitucionales aluden a él (o a conceptos análogos o cercanos tales como bien común, utilidad pública o interés nacional), como referente y razón de ser de varias de las más importantes decisiones colectivas [...] Con todo, al acotar el contenido de este principio la Corte ha precisado que aquel no implica el ciego predominio de los intereses o voluntades mayoritarias sobre cualquier otra consideración, pues sin duda podría haber excepciones en las que se justifique un resultado diferente, por ejemplo cuando se busca hacer efectivos el principio de pluralismo (también previsto en el artículo primero superior) o el de la diversidad étnica y cultural (artículo 7º *ibíd.*), o en ciertas situaciones para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, que no en todos los casos deben ceder de manera automática ante el solo interés de las mayorías. Empero, podría concluirse que esas no serían en realidad excepciones, sino más bien consideraciones adicionales, que en tal medida no impiden ratificar la regla general, según la cual el interés común deberá primar, especialmente en lo que tiene que ver con la actuación de los servidores públicos” (sent. C-1056 de 2012).

¹¹⁹ En esta sent. la Corte declara exequible el parágrafo transitorio 1 del acto legislativo 1 de 2009 que permitía la inscripción de los miembros de corporaciones públicas en un partido distinto al que los avaló, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigencia del acto legislativo y por una sola vez.

¹²⁰ Esta decisión declaró inexecutable en su totalidad el acto legislativo 1 de 2008, por medio del cual se le otorgaban facultades a la Comisión Nacional del Servicio Civil para hacer cumplir los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados.

¹²¹ Esta sentencia declara la inexecutable del acto legislativo 4 de 2011 por medio del cual se le ordenaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de acuerdo con cierta regulación, la homologación de las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público a las condiciones de mérito, experiencia y estudios adicionales de quienes estuviesen ocupando, en calidad de provisionales o por encargo, cargos de carrera administrativa.

de mérito e igualdad, son principios estructurales de la Constitución de 1991. A su vez, en la decisión C-288 de 2012¹²², la Corte sostuvo que el núcleo dogmático que corresponde a la cláusula del Estado social y democrático de derecho es criterio ordenador e identificador del Estado. Por último, la Corte (sent. C-010 de 2013¹²³), declaró como elemento definitorio del modelo constitucional, la definición del Estado colombiano como unitario con descentralización y autonomía de sus entidades territoriales.

La premisa menor del esquema, planteado por la Corte, corresponde al examen del acto acusado con el objeto de “establecer cual es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de los cuales se han aislado los parámetros normativos para el control”¹²⁴.

La conclusión del esquema deductivo propuesto por la Corte proviene de la comparación de la premisa menor con la premisa mayor. Dicha comparación debe permitir verificar “si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente”¹²⁵. En otras palabras, dicha comparación no tiene por objeto verificar si la reforma introduce un elemento distinto de aquél que identifica la Constitución, “lo cual siempre ocurrirá”¹²⁶, sino verificar si dichos elementos “son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”¹²⁷. De esta manera se habrá verificado si el ejercicio del poder de reforma “ha incurrido o no en un vicio de competencia”¹²⁸.

La sentencia C-1040 de 2005 especificó ciertas cargas argumentativas que deben ser cumplidas por la Corte en la construcción del juicio de sustitución¹²⁹. Estas cargas se refieren especialmente a la premisa mayor y a la conclusión del esquema deductivo previsto¹³⁰.

¹²² En esta decisión, la Corte declaró la exequibilidad del acto legislativo 3 de 2011, por el cual se integra a la Constitución el principio de la sostenibilidad fiscal.

¹²³ En esta sentencia la Corte decidió la exequibilidad del acto legislativo 5 de 2011 por medio del cual “se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”.

¹²⁴ Sent. C-970 de 2004, F.J. 4.2.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.2.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Sent. C-970 de 2004, F.J. 4.3.

¹²⁹ El antecedente de la exposición de estas cargas se encuentra en el salvamento de voto a la sent. C-816 de 2004 por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁰ CARLOS BERNAL ha sostenido la tesis de la discontinuidad del juicio de sustitución, en virtud de la cual la Corte ha presentado dos versiones distintas de este juicio. La

Las cargas argumentativas impuestas en relación con la construcción de la premisa mayor del juicio de sustitución responden a la preocupación de la Corte por evitar los peligros que se pueden derivar tanto de la vaguedad del criterio usado por la jurisprudencia para distinguir los casos de sustitución de aquellos que constituyen reforma de la Constitución, como de una deficiente diferenciación del juicio de sustitución del de control material. Estos peligros —que implican la restricción injustificada del poder de reforma como consecuencia del ejercicio del control por la Corte— corresponden respectivamente al subjetivismo en la definición del objeto de control y a la petrificación de ciertas cláusulas constitucionales¹³¹.

Para evitar lo primero, la decisión C-1040 de 2005 impone a la Corte tres cargas argumentativas: (a) enunciar con suma claridad cuál es el elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 que fue reemplazado por otro integralmente distinto; (b) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y (c) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada¹³².

Con el objeto de evitar la posible petrificación de cláusulas constitucionales por medio de la actividad jurisprudencial —lo cual conduciría a la violación de la restricción a los vicios de procedimiento establecida al control constitucional por los numerales 1, 2 y 3 del artículo 241 y por

primera en la sent. C-970 de 2004 y la segunda en la sent. C-1040 de 2005 (CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 410). Esta tesis, no obstante, es incorrecta. En efecto, no parece existir evidencia alguna en esta última sentencia que indique que la Corte pretende o haya de hecho presentado un test diverso. Por el contrario, la evidencia que indica que la Corte tan sólo complementa el test por ella previsto en decisiones anteriores es poco menos que abrumadora. En efecto, la Corte advierte que los criterios fijados en la sent. C-551 de 2003 “son parámetros obligados de referencia para posteriores decisiones en las que deba abordarse el examen de cargos por sustitución de Constitución. Y ello fue lo que ocurrió en las sents. C-970 y C- 971 de 2004. A partir de las anteriores premisas, y como presupuesto para determinar si el acto acusado representa en todo o en parte una sustitución de la Carta de 1991, sintetiza la Corte a continuación la jurisprudencia constitucional relativa a la sustitución de la Constitución y describe el método que, de acuerdo con esa misma jurisprudencia, habrá de ser aplicado para definir si el Congreso en lugar de reformar la Constitución la ha sustituido en todo o en parte[...] esta Corporación ha delineado los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales o parciales de la Carta” (Sent. C-970 de 2004, F.J. 7.10.1; 7.10.2).

¹³¹ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3.

¹³² Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.3.

el artículo 379 de la Constitución— la decisión C-1040 de 2005 impuso a la Corte, por una parte, verificar que ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 sea irreductible a un artículo de la Constitución. Dicha carga tiene por objeto evitar que el artículo singular en el que puede ser subsumido el elemento que se identifica “sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material”¹³³. Así, es posible deducir que, para la Corte, constituye una condición necesaria de un elemento esencial definitorio de la Constitución, el hecho de que dicho elemento se deduzca de varias disposiciones constitucionales¹³⁴. Por otra parte, la sentencia C-1040 de 2005 impuso a la Corte verificar que la enunciación analítica del elemento esencial definitorio de la Constitución “no equivale a fijar límites materiales intocables al poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte”¹³⁵.

En la conclusión del juicio de sustitución, la Corte se impone a sí misma dos cargas adicionales. En ejercicio de su actividad, la Corte debe, por una parte, determinar si el elemento esencial definido en la premisa mayor ha sido “reemplazado por otro —no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado—”¹³⁶ y, por la otra, verificar “si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior”¹³⁷.

Para la Corte, la incompatibilidad de la modificación a la Constitución, que implica la sustitución, puede ser apreciada en la imposibilidad de armonizar el contenido normativo de dicho acto con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por él y “que reflejan aspectos

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 411. Esta exigencia parecería sin embargo supérflua al haber sido tenida en cuenta también por la carga descrita en el inc. 2. No obstante, esta duplicación aparente de la exigencia parece fundarse en los diversos fines que ella cumple. Por una parte, evitar la subjetividad de la definición del objeto de control por medio de la publicidad en los fundamentos que se usan para advertir que un elemento es esencial a la Constitución y, por otra parte, evitar la petrificación de cláusulas mediante la definición del elemento esencial como deducible a partir de varias normas constitucionales.

¹³⁵ Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.3.

¹³⁶ *Ibidem.*

¹³⁷ *Ibidem.*

claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante”¹³⁸.

De esta forma, implícitamente la Corte sostiene que el juicio de sustitución se funda en una interpretación sistemática del texto constitucional¹³⁹ que supone que aquello que constituye su identidad o su sistema normativo mínimo forma un conjunto de enunciados normativos compatibles entre sí. De manera tal que la introducción de un elemento no compatible con dichos enunciados, implica la ruptura del sistema por entrañar una imposibilidad de tipo práctico, o de manera más específica, de tipo político.

Si bien la doctrina ha hablado de “imposibilidad lógica”¹⁴⁰ como interpretación apropiada para el término incompatibilidad que usa la Corte, dicho tipo de imposibilidad no parece necesaria para demostrar la sustitución. En efecto, si por imposibilidad lógica se entiende la carencia de sentido¹⁴¹, entonces es claro que evidenciará que un enunciado normativo es incompatible con un conjunto de enunciados que aisladamente considerados son compatibles entre sí, aquella situación en la cual la introducción de dicho enunciado normativo en tal conjunto, haga posible expresar un enunciado que, no obstante ser carente de sentido, describa el conjunto de enunciados que incluye el nuevo enunciado introducido¹⁴².

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Sent. C-551 de 2003, F.J. 10.

¹⁴⁰ CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 411.

¹⁴¹ WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 4.461; 4.4611; 4.1272.

¹⁴² Esta es precisamente la estrategia de la demanda contra expresiones del inc. 4º del art. 1º del acto legislativo 1 de 2012 que se analiza más adelante. De acuerdo con ella, si se incorporase esta reforma a la Constitución, existiría entonces una contradicción en dicho ordenamiento. Según el actor, por una parte, la Constitución contiene una cierta regla de carácter universal ($\forall x$); y por la otra, la reforma que se demanda, introduce en la Constitución una regla con el mismo contenido deóntico de aquella pero con carácter particular ($\exists x$). Dado que la expresión “algunos” es sinónimo de la expresión “no todos” ($\exists x \leftrightarrow \neg \forall x$), es posible concluir que la reforma introduce en la Constitución una regla que corresponde a la negación de aquella universal perteneciente a dicho ordenamiento ($\neg \forall x$). De manera tal que si subsistiesen ambas reglas en la Constitución podría expresarse un sinsentido que sin embargo describiese la Constitución, algo tan teratológico como “la Constitución colombiana obliga a investigar y juzgar *todos* y *no todos* los hechos que constituyan graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario”. Para resolver esta contradicción, es necesario aplicar por subsunción la metarregla *lex superior derogat legi inferiori*, en virtud de la cual, dado que la regla universal corresponde a un elemento esencial de la Constitución, entonces debe prevalecer sobre la regla particular que pretende ser introducida por la reforma.

Esta prueba de carencia de sentido¹⁴³ no parece, sin embargo, necesaria para demostrar la existencia de una sustitución de la Constitución.

En efecto, solo si la Constitución se entiende como un conjunto de reglas¹⁴⁴, entonces la incompatibilidad, entendida como contradicción, implicará siempre la exclusión del ejercicio del poder de reforma que contradice un elemento esencial de la Constitución. Pero, las Constituciones —al menos en su contenido mínimo— no son conjuntos de reglas. De hecho, ni siquiera la existencia de una mera tensión o de una colisión entre el nuevo elemento y otros elementos esenciales “puede ser un indicio apropiado de que la Constitución ha sido reemplazada, porque las tensiones o colisiones son normales en cualquier sistema constitucional”¹⁴⁵. De maneral tal, que la definición del criterio concreto que permite determinar la diferencia entre un acto de reforma y uno de sustitución de la Constitución, es decir, la asignación de significado a los términos “magnitud y trascendencia” en relación con una modificación constitucional, es necesariamente un asunto de ponderación. Una ponderación que estará, entonces, dirigida a determinar la magnitud o trascendencia razonable o justificada de la modificación de un elemento esencial de la Constitución, causada por el ejercicio del poder de reforma¹⁴⁶.

Dada la contradicción existente entre ésta con aquella universal de orden superior, esta última regla debe ser declarada inválida —o lo que es lo mismo, inexecutable por vicios de competencia—.

¹⁴³ Es claro que la posible expresión de los sinsentidos anotados depende del significado asignado a los conceptos incorporados; que son, por su naturaleza, son “esencialmente controvertidos” (sobre conceptos esencialmente controvertidos véase *in extenso* por ejemplo DAVID COLLIER/FERNANDO D. HIDALGO/ANDRA O. MACIUCEANU, “Essentially Contested Concepts: Debate and Applications”, en *Journal of Political Ideologies*, vol. 11, núm. 3, 2006, págs. 211-246).

¹⁴⁴ Según la tesis de la separación fuerte entre reglas y principios (MARTIN BOROWSKI [*supra* nota 77], pág. 197) existe una diferencia estructural, y no meramente gradual, entre estos dos tipos de normas. Esta tesis puede ser sintetizada en la máxima “toda norma es o bien una regla o un principio” (ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pág. 295). Mientras las reglas son normas que contienen mandatos definitivos —esto es, que al ser subsumida la descripción de una conducta bajo su supuesto de hecho, se debe imputar la consecuencia prevista por la norma— los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (ROBERT ALEXY (*supra* nota 13), pág. 67; *Id.* (*supra* nota 13), págs. 268-269).

¹⁴⁵ CARLOS BERNAL (*supra* nota 10), pág. 411.

¹⁴⁶ Como se analiza más adelante, la incorporación coordinada del uso de la ponderación al juicio de sustitución es la solución al problema de vaguedad del criterio de

En efecto, si se acepta la estructura de principio de todo elemento esencial de la Constitución, entonces la determinación de su magnitud o de la trascendencia razonable o justificada de la intervención en dicho elemento esencial, causada por el ejercicio del poder de reforma, debe ser regida por la ley de ponderación. Según dicha ley, “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁴⁷. Conforme a esta tesis, puede sostenerse así mismo en este caso que, cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de restricción del elemento esencial de la Constitución, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del principio que persigue el acto de reforma.

Por otra parte, la Corte sostuvo (sent. C-551 de 2003), que en tanto toda reforma constitucional implica la introducción de un contenido contrario a la Constitución vigente¹⁴⁸, es una consecuencia necesaria del mecanismo de reforma constitucional la restricción del control constitucional sobre los actos de reforma a los vicios de procedimiento¹⁴⁹. Dicha restricción implica para la Corte la necesidad de diferenciar el juicio de sustitución del control constitucional material. Esta diferenciación ha sido sustentada por la Corte al menos mediante dos argumentos. Según el primero de ellos, que atañe al rango constitucional del poder de reforma, “en el caso de las reformas constitucionales un control material supondría la confrontación de dos normas que en realidad tienen un mismo nivel jerárquico-normativo, lo que de suyo resulta imposible”¹⁵⁰. Según el segundo, de orden literal, “el artículo 241 expresamente excluye la posibilidad de control material por parte de esta Corporación sobre las reformas constitucionales, al restringir ese análisis a los posibles vicios de procedimiento en su formación”¹⁵¹.

La Corte ha advertido, por otra parte, que una deficiente diferenciación del juicio de sustitución del control constitucional material puede contribuir a que el ejercicio de la competencia de control, en cabeza de la Corte, restrinja o anule de manera injustificada el poder de reforma me-

diferenciación entre los casos de reforma y de sustitución de la Constitución empleada por la Corte en la sent. C-579 de 2013.

¹⁴⁷ ROBERT ALEXY (*supra* nota 11), pág. 138.

¹⁴⁸ Así también sent. C-1056 de 2012.

¹⁴⁹ Sent. C-551 de 2003, F.J. 13.

¹⁵⁰ Sent. C-1056 de 2012.

¹⁵¹ *Ibidem*.

dian­te la petrifi­ca­ción de ciertas cláusulas explí­ci­tas o su­pue­stas en re­la­ción con el orde­na­mien­to cons­ti­tu­cional¹⁵². La petrifi­ca­ción de dichas cláusulas cam­bia­ría la na­tu­ra­leza del con­trol que la Con­sti­tu­ción per­mite en re­la­ción con el po­der de re­for­ma¹⁵³, en tan­to que dicho con­trol im­pli­ca­ría en­ton­ces uno de na­tu­ra­leza ma­te­rial. Ade­más, al no exis­tir cláusulas pé­treas pre­vis­tas en la Con­sti­tu­ción, éstas se­rían creación de un po­der con­sti­tu­ido —como es el po­der de la Corte—. Lo cual se­ría con­tra­rio in­va­ria­ble­mente al ar­gu­men­to doctri­nal usado por la Corte para fun­da­men­tar la doctri­na de la sus­ti­tu­ción¹⁵⁴.

Para elu­dir el pe­li­gro que su­pone una de­fi­ciente di­fe­ren­cia­ción del juicio de sus­ti­tu­ción del con­trol cons­ti­tu­cional ma­te­rial, la Corte re­qui­ere ga­ran­ti­zar la iden­ti­dad de un mé­todo que per­mita “de­ter­mi­nar cuán­do se pre­sen­ta una sus­ti­tu­ción de la Con­sti­tu­ción”¹⁵⁵ y, al mis­mo tie­mpo, evite que “al res­pon­der a esa pre­gun­ta se ter­mine efec­tuando un con­trol de vio­la­ción de la Con­sti­tu­ción como el con­trol de fon­do or­di­na­rio que ejer­ce sobre las le­yes in­fe­rio­res a la Carta”¹⁵⁶.

La Corte afir­ma que el es­que­ma for­mal pre­sen­ta­do —es decir, el juicio de sus­ti­tu­ción— tie­ne una iden­ti­dad pro­pia, que per­mite dis­tinguir­lo de otros juicios es­pe­cial­mente de con­trol ma­te­rial, como el or­di­na­rio y el de in­tan­gi­bi­li­dad¹⁵⁷. Así, la Corte sub­rayó en la sen­ten­cia C-1040 de 2005, que “las di­fe­ren­cias fun­da­men­ta­les que dis­tinguen al juicio de sus­ti­tu­ción de los otros dos men­ciona­dos, re­si­den en que la pre­mis­a ma­yor del juicio de sus­ti­tu­ción no está es­pe­cí­fi­ca­mente plas­mada en un ar­tí­cu­lo de la Con­sti­tu­ción, sino que es toda la Con­sti­tu­ción en­ten­di­da a la luz de los ele­men­tos esen­cia­les que de­fi­nen su iden­ti­dad. Ade­más, en el juicio de sus­ti­tu­ción no se ve­ri­fi­ca si exis­te una con­tra­dic­ción en­tre nor­mas —como

¹⁵² Sent. C-551 de 2003, F.J. 13.

¹⁵³ Como hemos visto, de manera específica los num. 1, 2 y 3 del art. 241 y el art. 379 de la Constitución, restringen el control constitucional de los actos de reforma a los vicios de procedimiento en su formación. Al respecto ver sents. C-1200 de 2003, (F.J. 3), C-668 de 2004 y C-242 de 2005.

¹⁵⁴ Sobre este argumento ver sent. C-551 de 2003, F.J. 18 y 29.

¹⁵⁵ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ La Corte denomina juicio de control material a aquellos juicios en los que o bien se verifica si existe una contradicción entre normas —como en el juicio de control material ordinario sobre los casos de violación de la Constitución— o se registra si se presenta una violación de un principio o regla intocable —como en el juicio de intangibilidad en el caso de la existencia de cláusulas de intangibilidad o pétreas en la Constitución— (sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.3).

sucede típicamente en el control material ordinario— ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable —como sucede en el juicio de intangibilidad— sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si este reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”¹⁵⁸.

La identidad del juicio de sustitución se refleja en los requisitos impuestos a la demanda de inxequibilidad contra los actos de reforma por cargos de sustitución. En efecto, dado que cuando el control de constitucionalidad no es oficioso, su alcance depende de los elementos que le proporcione la demanda¹⁵⁹, la Corte ha impuesto ciertos requisitos, cuando se eleva por cargos de sustitución de la Constitución. Dichos requisitos se fundan en la esquema formal que corresponde al juicio de sustitución ¹⁶⁰.

Así, la Corte (sent. C-303 de 2010) sostuvo que para el caso de este tipo de demandas “el actor o actora debe cumplir con una carga argumentativa mínima, la cual está dirigida a demostrar”¹⁶¹ por una parte, “cómo el parámetro de control está conformado por un eje definitorio de la Constitución y no por una norma constitucional en particular, pues en este caso lo que se buscaría es que la Corte ejerza un control material”¹⁶², y por la otra, la forma como “la norma acusada subvierte, de forma integral, esa característica que otorga identidad [a la Constitución], de modo que el texto resultante deba comprenderse como un nuevo orden constitucional, que sustituye al reformado”¹⁶³.

¹⁵⁸ Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.2

¹⁵⁹ Sent. C-682 de 2009. En relación con el ejercicio del poder de reforma, el control de constitucionalidad de acuerdo con la Constitución colombiana de 1991 puede ser simple o reforzado. El control de constitucionalidad simple se funda en la acción de inconstitucionalidad o inxequibilidad que puede ser impulsada por cualquier ciudadano contra los actos legislativos, es decir, actos reformativos de la Constitución aprobados por el Congreso. El control de constitucionalidad reforzado en relación con el ejercicio del poder de reforma tiene lugar en relación con la ley que convoca al referendo o a la asamblea constituyente. En relación con esta ley, la Constitución ha previsto además de la acción de inconstitucionalidad, un control previo y automático que debe ejercer la Corte Constitucional.

¹⁶⁰ En este sentido ver sent. C-1056 de 2012.

¹⁶¹ Sent. C-303 de 2010.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

De la misma forma, dada la congruencia que debe existir entre lo que se demanda y el fallo de exequibilidad cuando el control de constitucionalidad no es iniciado de oficio, se han impuesto cargas argumentativas a quien eleva cargos por sustitución de la Constitución, que persiguen las mismas finalidades de aquellas cargas impuestas a la Corte. Esto es, superar la vaguedad tanto de la definición de los elementos esenciales del orden constitucional, como del criterio diferenciador entre la sustitución y la reforma a la Constitución¹⁶⁴. Así, la Corte ha sostenido que la carga argumentativa impuesta al actor en este caso debe ser mucho mayor a la usual, “para demostrar si so pretexto de la reforma, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente, para lo cual el ciudadano debe concretar y especificar con claridad y no de manera genérica, la magnitud y trascendencia de dicha reforma”¹⁶⁵. En concordancia, para la Corte no basta en este caso argumentar simplemente “que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior”¹⁶⁶. Aquel que demanda la inconstitucionalidad de un acto de reforma, debe “demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Pero no solo ello. Según la Corte (sent. C-1056 de 2012), dichas exigencias pretenden “garantizar que la sola existencia de esta posibilidad de control no se traduzca en el frecuente e injustificado cuestionamiento ciudadano a la labor que el constituyente secundario hubiere cumplido en legítimo ejercicio de sus competencias, circunstancia que se presume, y que en consecuencia debe ser debidamente desvirtuada por el actor”.

¹⁶⁵ Sent. 574 de 2011. Así también sents. C-846 de 2012 y C-1056 de 2012.

¹⁶⁶ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3.

¹⁶⁷ Sent. C-1200 de 2003, F.J. 3. Así también, ver sents. C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-242 de 2005, C-986 de 2006, C-153 de 2007 y C-216 de 2007. Y según la Corte (sent. C-888 de 2004): “En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma [...]. La exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que este considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no solo con el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo segundo del decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos. En otras palabras, el carácter público que desde siempre ha caracterizado a la acción de inconstitucionalidad, de manera alguna riñe con la exigencia de un mínimo de rigor en la acusación que el ciudadano dirige contra una norma jurídica de rango constitucional”.

Con fundamento en estas exigencias, la Corte Constitucional se ha declarado inhibida de fallar por ineptitud de la demanda, y de manera particular, porque “no se presentaron los cargos de una manera clara, pertinente, concreta, congruente ni específica en la determinación del principio estructural y las razones de la sustitución”¹⁶⁸.

Por otra parte, la Corte ha señalado que cuando en la demanda de inconstitucionalidad no se establece la proposición jurídica completa correspondiente a aquello que se demanda, se está vulnerando el principio de suficiencia que “consiste en la necesidad de que los actores formulen los cargos exponiendo todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche, y presenten los argumentos que, aunque no logren *prima facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada”¹⁶⁹.

De esta forma, en los casos de demandas por sustitución de la Constitución, la Corte no puede “construir oficiosamente los cargos de la demanda, cuando estos no cumplen con la carga argumentativa suficiente que demuestre que un principio axial se está sustituyendo por otro”¹⁷⁰. Esta prohibición corresponde a la carga mínima de argumentación general impuesta a quien demanda la inconstitucionalidad, pues en virtud de esta acción “la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aun inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio *pro actione*, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”¹⁷¹.

Esta prohibición hace que la integración de la unidad normativa de la demanda por parte de la Corte sea excepcional y solo proceda cuando “se torna indispensable para evitar un fallo inocuo o cuando resulta necesaria para poder efectuar un pronunciamiento de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por quien ejerce la acción pública de inconstitucionalidad”¹⁷².

¹⁶⁸ Sent. C-574 de 2011. Así también, ver sents. C-1200 de 2003, C-181 de 2006, C-472 de 2006, C-986 de 2006, C-153 de 2007, C-178 de 2007, C-180 de 2007, C-216 de 2007, C-293 de 2007, C-574 de 2011, C-132 de 2012, C-243 de 2012, C-317 de 2012 y C-846 de 2012.

¹⁶⁹ Sent. C-574 de 2011. Ver sents. C-1052 de 2004 y C-370 de 2006.

¹⁷⁰ Sent. C-574 de 2011.

¹⁷¹ Sent. C-682 de 2009.

¹⁷² Sent. C-574 de 2011. Así también, ver sents. C-320 de 1997, C-1148 de 2008, C-027 de 2009 y C-682 de 2009.

C) *Conclusión parcial*

Con fundamento en la descripción presentada es posible concluir que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado —como complemento al control restringido a los vicios de procedimiento en la formación de los actos de reforma previsto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 241 y en el artículo 379 de la Constitución— una doctrina dirigida a justificar el control constitucional sobre la ocurrencia de los así llamados vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma. Dichos vicios acaecen en relación con el ejercicio de dicho poder, cuando su ejercicio contradice los fundamentos normativos que subyacen a las reglas de competencia que lo rigen.

La exposición originaria de la doctrina de la sustitución de la Constitución presentada en la sentencia C-551 de 2003 ha sido desarrollada por la Corte en numerosas decisiones posteriores.

La jurisprudencia constitucional ha explorado las diferencias que existen entre la sustitución de la Constitución y otros fenómenos normativos cercanos, tales como la destrucción, el quebrantamiento, la rotura, la suspensión y la violación de la Constitución. Este ejercicio de individualización de la figura en estudio realizado por la Corte, permite advertir no obstante un rasgo común entre los casos de reforma y los de sustitución de la Constitución. Dicho rasgo común corresponde al ejercicio formal del poder de reforma, como condición necesaria de estos eventos.

La existencia de este rasgo común le ha exigido a la Corte definir un criterio que permita distinguir los casos de sustitución de los de reforma a la Constitución. El criterio usado por la Corte, para lograr esta distinción, ha sido el de la magnitud y trascendencia de la modificación de la Constitución. La búsqueda de la identificación de la vaguedad de este criterio ha conducido a la Corte a diferenciar las sustituciones totales de las sustituciones parciales de la Constitución. Si bien la doctrina ha afirmado que la primera de estas categorías asegura la existencia de casos de modificaciones constitucionales que, al negar el significado aceptado de Constitución, deben ser necesariamente subsumidos dentro del concepto de sustitución, es discutible no obstante, la definición de lo que puede constituir una sustitución parcial de la Constitución y no su reforma. En efecto, dicha definición depende tanto de lo que pueda ser precisado como aspecto esencial de nuestra Constitución vigente, como de la determinación de la magnitud o trascendencia de la modificación constitucional efectuada.

De esta manera, la Corte estima necesario crear un método que permita distinguir de manera razonada los casos de reforma de los casos de sustitución parcial de la Constitución. El método, diseñado por la Corte para lograr esta distinción, corresponde a la operación básica de la subsunción. De acuerdo con dicha operación básica, el método diseñado por la Corte está compuesto por tres elementos: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.

Conforme a la Corte, la justificación externa de la premisa mayor del juicio de sustitución de la Constitución requiere la enunciación de los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución, que se supone han sido sustituidos por el ejercicio del poder de reforma. La premisa menor, a su vez, corresponde al examen del acto acusado con el objeto de establecer cuál es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios de la Constitución. Por su parte, la conclusión del esquema deductivo propuesto por la Corte corresponde a la comparación de la premisa menor con la premisa mayor con el objeto de verificar si la reforma reemplaza el elemento esencial de la Constitución definido en la primera de estas premisas.

La Corte ha especificado además ciertas cargas argumentativas que deben ser cumplidas por ella misma en la construcción del juicio de sustitución. Estas cargas afectan especialmente la premisa mayor y la conclusión del esquema deductivo previsto.

Así mismo, los requisitos impuestos a quien demanda la inexecutable del acto de reforma por cargos de sustitución se fundan tanto en las exigencias generales que integran la identidad del juicio de sustitución —que permiten por demás distinguirlo de otros juicios especialmente de control material— como en las cargas argumentativas especiales que se ha impuesto la Corte para la construcción del juicio de sustitución.

Dado que, por una parte, la Constitución —al menos en su contenido mínimo— no es un conjunto de reglas, y que, por la otra, las cargas argumentativas impuestas a la Corte —y en consecuencia, también a quien demanda— en relación con el juicio de sustitución, exigen que se deba demostrar una magnitud y trascendencia de la modificación de la Constitución tal, que el nuevo elemento introducido por el acto de reforma resulte incompatible con la identidad de la Constitución, entonces la asignación de significado a aquello que resulta incompatible —o en otras palabras, la determinación de la magnitud o la trascendencia razonable o justificada de la modificación de un elemento esencial de la Constitución— es necesariamente un asunto de ponderación. Esta

es precisamente la solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución, adoptada por la sentencia C-579 de 2013 que se analiza en el siguiente apartado.

3. LA SENTENCIA C-579 DE 2013 Y LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La sentencia C-579 de 2013 resuelve la demanda de inexequibidad por sustitución de la Constitución presentada contra expresiones del inciso 4º del artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012, “por medio del cual se establecen los instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”¹⁷³. El estudio de dicha demanda, el problema jurídico y su solución por la Corte exige la interpretación teleológica del artículo 1º de la reforma a la Constitución demandada; esto es, su consideración de acuerdo con la determinación de los márgenes de discrecionalidad de la actividad legislativa futura que plantea.

A) *El artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012 y los márgenes estructurales de acción del legislador*¹⁷⁴

En efecto, el artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012 introduce un artículo transitorio en la Constitución que determina el marco jurídico para

¹⁷³ Preámbulo, acto legislativo 1 de 2012.

¹⁷⁴ El análisis que a continuación se presenta parte del estudio de los márgenes estructurales de acción propuesto por ROBERT ALEXY. Conforme a su teoría, el concepto formal de márgenes de acción se encuentra vinculado a la idea de un orden marco. Según esta noción, “una Constitución establece un marco dentro del cual puede actuar el legislador, si le prohíbe algo —por ejemplo, mediante los derechos de defensa—, si le ordena algo —por ejemplo, mediante los derechos de protección— y si confía lo demás a su discrecionalidad, es decir, ni lo prohíbe ni lo ordena. Lo prohibido puede distinguirse como lo constitucionalmente imposible, lo ordenado como lo constitucionalmente necesario y lo discrecional como lo constitucionalmente posible. Lo discrecional o lo posible es lo que se ubica dentro del marco; unidos, lo prohibido o imposible y lo ordenado o necesario, conforman el marco. Sobre esta base, el concepto de margen de acción se define de suyo: todo y solo lo discrecional es aquello que conforma el margen de acción” (ROBERT ALEXY, “Derecho constitucional y derecho ordinario, Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003, págs. 54-55). Conforme a su análisis, el margen de acción puede ser estructural o epistémico. Mientras que “el margen de acción estructural no se define por medio de nada diferente a la ausencia de mandatos y prohibiciones definitivos” (*ibidem*, 58), “el margen de acción epistémico o cognitivo es de una índole totalmente diferente.

la adopción de una ley estatutaria que regulará la adopción de diversos instrumentos de justicia transicional¹⁷⁵. Dicho artículo se presenta así como un límite impuesto por el poder constituyente derivado al margen de apreciación del legislador. En este sentido, la disposición demandada define tanto los fines posibles, como los medios elegibles dentro de la actividad legislativa.

Conforme al acto legislativo, es discrecional elegir si se regulan o no las materias objeto de él¹⁷⁶. No obstante, si o bien se eligiere regular dichas materias¹⁷⁷, o bien se eligiere alcanzar los fines propuestos por

Este margen no se origina a partir de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, sino a partir de los límites de la capacidad para conocer, por una parte, lo que la Constitución ordena y prohíbe, y por otra, lo que la Constitución no ordena ni prohíbe, es decir, establece como discrecional” (*ibidem*, págs. 58-59). Según ROBERT ALEXY, “existen tres márgenes de acción estructurales: el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación” (*ibidem*, pág. 59). El legislador tiene un margen para fijar fines “cuando el derecho [fundamental] contiene una reserva competencial de intervención que no define las razones para la intervención legislativa o las enuncia, pero no ordena que se produzca la intervención sino que sólo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones” (*ibidem*, pág. 60). El margen para la elección de medios existe, “cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas” (*ibidem*, pág. 61). Así, “si el legislador debe perseguir un fin y tiene a su disposición varios medios que son igualmente idóneos, la elección del medio adecuado en principio se confía a su discrecionalidad” (*ibidem*). Por último, el margen para la ponderación sólo existe cuando la Constitución no define de antemano solución alguna a un conflicto entre principios, y por lo tanto, confía su solución “a la discrecionalidad de los poderes públicos” (*ibidem*, pág. 72). Una influencia importante de esta teoría puede ser observada en los trabajos de VIRGILIO AFONSO DA SILVA y MATTHIAS KLATT/JOHANNES SCHMIDT. Véase VIRGILIO AFONSO DA SILVA (*supra* nota 11), esp. págs. 123-134; MATTHIAS KLATT/JOHANNES SCHMIDT (*supra* nota 11).

¹⁷⁵ Es de advertir que a esta interpretación de los límites al margen de apreciación del legislador impuestos por el art. 1º del acto legislativo 1 de 2012 debe ser complementada mediante criterios obligatorios de interpretación de la reforma impuestos por la Corte en la sent. C-579 de 2013. Dichos criterios son comentados en el último capítulo de este escrito dedicado al análisis de la *ratio decidendi* de esta sentencia.

¹⁷⁶ En efecto, el marco no establece ninguna obligación de regulación de las materias que trata. El art. 2º impone si una obligación de regulación determinando un plazo al poder legislativo para proferir todas las leyes que regulen la aplicación de los instrumentos penales establecidos en el inc. 4º del art. 1º del acto legislativo. Pero dicha obligación se encuentra sujeta, de acuerdo con el art. 2º, a la condición de que el gobierno nacional presente al Congreso de la República el primer proyecto de ley que autorice la aplicación de dichos instrumentos.

¹⁷⁷ La obligación de regular las materias de las que trata el marco regulatorio previsto por el acto legislativo 1 de 2012, por parte del poder legislativo, tiene como con-

dicho acto¹⁷⁸, el legislador debe cumplir con las limitaciones previstas en él. Así, en relación con las limitaciones teleológicas al margen de apreciación legislativa, el contenido normativo de la reforma se presenta como el resultado de una ponderación entre dos fines contrapuestos. Conforme al marco, la regulación por parte del legislador de los instrumentos de justicia transicional debe, por una parte, “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos”, y por la otra, “garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”¹⁷⁹.

Respecto a los límites del margen de apreciación del legislador impuestos por el ordenamiento en relación con la escogencia de los medios posibles para el logro de los fines obligatorios descritos, es posible distinguir dos planos de análisis.

Desde el punto de vista formal, el numeral 1 del artículo 152 de la Constitución y normas concordantes imponen al legislador la expedición de leyes estatutarias para la regulación “de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”¹⁸⁰. En este sentido, la previsión del artículo 1º que impone la regulación de los instrumentos de justicia transicional por medio de una ley estatutaria, es tan solo el desarrollo de una obligación impuesta por una norma superior¹⁸¹.

dición, la presentación del proyecto de ley estatutaria por el gobierno nacional. No obstante, conforme al principio de supremacía de la Constitución, nada obsta para que dicha iniciativa tenga origen o bien popular, o bien “en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros” (Const. Pol., art. 154 inc. 1º y sents. C-180 de 1994 y C-385 de 1997). En efecto, las materias a las que se refiere el marco no forman parte de aquellas de iniciativa gubernamental reservada previstas por los nums. 3, 7, 9, 11, 22 y lits. a, b, e del num. 19 del art. 150 de la Const. (ver inc. 2º del art. 154 de la Const.).

¹⁷⁸ En tanto el logro de dichos fines implica la expedición de una ley estatutaria, el legislador no podría por ejemplo elegir expedir una ley estatutaria para alcanzar estos fines y no aplicar el marco definido por el acto legislativo 1 de 2012. De manera tal, que si el legislador (por iniciativa propia, popular o del gobierno nacional) elige alcanzar los fines propuestos por el marco, tendrá de manera imperativa que aplicarlo, salvo claro está que se ejerciese de nuevo el poder de reforma de la Constitución para estos fines.

¹⁷⁹ Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º.

¹⁸⁰ Cons. Pol., art 152 num. 1.

¹⁸¹ En este sentido, el uso del verbo modal “poder” en la expresión de la norma demandada, en virtud de la cual, “[...] en el marco de la justicia transicional, el Congreso

Desde el punto de vista material, las limitaciones —presupuestas o explícitamente formuladas en la disposición que se analiza— al margen de apreciación del legislador referentes a la escogencia de los medios posibles para el logro de los fines contrapuestos descritos, pueden ser clasificadas como generales y especiales.

Las limitaciones materiales generales se refieren al deber que tiene el legislador —para la expedición de la ley estatutaria— de escoger la justicia transicional y la concepción a ella subyacente —conforme a la decisión previa del creador del acto legislativo— como medio para lograr los cometidos impuestos por el marco. Las limitaciones materiales especiales se refieren al margen de apreciación del legislador referente a la definición de los medios elegibles para lograr los fines impuestos de acuerdo con la concepción de justicia transicional previamente escogida. Dichos márgenes materiales especiales pueden ser clasificados a su vez en limitados y restringidos¹⁸². Así, el margen de apreciación del legislador es limitado cuando, no obstante la definición de los límites impuestos a su tarea, le es posible escoger entre diversas opciones normativas posibles. El margen de apreciación del legislador es restringido, cuando al legislador no le es permitido escoger entre diversas opciones sino que, por el contrario, se le impone la obligación de regular solo una de las opciones posibles previamente definida.

Así por ejemplo, las limitaciones materiales especiales le permiten al legislador¹⁸³, dentro de su margen de apreciación, no obstante, definir un

de la República, por iniciativa del gobierno nacional *podrá* mediante ley estatutaria [...]” es inane respecto a la función del legislador mas no en relación con la actividad del poder ejecutivo. Dicho de otra forma, el verbo modal “poder” en esta expresión, alude a una facultad del poder ejecutivo en virtud del art. 154 de la Const., pero dicho verbo en esta expresión no alude a una facultad en relación con el órgano legislativo. Esto debido a que la expedición de leyes estatutarias no es facultativa sino obligatoria para el Congreso con ocasión del ámbito especial de materias que este tipo de leyes regulan, así según la sent. C-748 de 2011, “Las leyes estatutarias constituyen un tipo de leyes de especial jerarquía, que tienen como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regula, [entre ellas] los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección”. Así, la escogencia formal del instrumento jurídico para lograr los fines contrapuestos impuestos por el acto legislativo, se encuentra por fuera del margen de apreciación del legislador con fundamento en normas superiores.

¹⁸² Esta diferenciación se basa en el significado usual de estos términos. En efecto, según la Real Academia de la Lengua Española, restringir es “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites” <http://lema.rae.es/drae/?val=restringir> (visitado por última vez el 3 de febrero de 2014).

¹⁸³ Según el art. 1º del acto legislativo 1 de 2012: “Una ley estatutaria *podrá* autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para

tratamiento diferenciado para los diversos actores del conflicto, incluidos los agentes del Estado¹⁸⁴.

En contraste, el marco impone un margen de apreciación restringido respecto del factor subjetivo para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional. En efecto, el párrafo 1º del artículo 1º de la reforma, restringe la aplicación de dichos instrumentos solo a aquellos miembros de los grupos armados al margen de la ley que se desmovilicen bien de manera colectiva, en el marco de un acuerdo de paz, bien de manera individual, de acuerdo no sólo con los procedimientos establecidos sino con la autorización del gobierno nacional. Así mismo, el párrafo 2º de este artículo prohíbe la aplicación de los instrumentos de justicia transicional “a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno”, y “a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo”¹⁸⁵.

Respecto de las limitaciones materiales especiales, es de advertir que el marco define además los medios que deben ser regulados por el legislador para poder garantizar los deberes de investigación, sanción, reparación y verdad. En relación con los dos primeros, el margen de apreciación no se limita a instrumentos de carácter judicial. Sin embargo, en relación con la garantía de los deberes de esclarecimiento de la verdad y reparación a las víctimas concurre un margen restringido de apreciación legislativa. En este caso, la norma impone al legislador el deber de regular mecanismos de carácter extrajudicial. En especial, el marco impone la obligación de crear una comisión de la verdad. El margen de apreciación legislativa respecto de ella, se limita a definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. Es facultativo, no obstante, que dentro de las obligaciones de dicha Comisión, el legislativo imponga la formulación de recomendaciones para aplicar los instrumentos de justicia transicional —que incluye la aplicación de los criterios de selección¹⁸⁶.

los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo” (cursivas fuera de texto). La afirmación anterior se evidencia con el uso del verbo modal “podrá” en la disposición demandada.

¹⁸⁴ El marco aclara en relación con estos últimos que dicho tratamiento diferenciado tendrá lugar “[...] solo en relación con su participación en el conflicto” (acto legislativo 1 de 2012, art. 1º).

¹⁸⁵ Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º par. 2º.

¹⁸⁶ En efecto, el art. 1º del acto legislativo establece: “Una Ley *deberá* crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El man-

Dado que conforme al marco, por una parte, el legislador tiene la obligación de regular instrumentos de justicia transicional por medio de una ley estatutaria, y que, por la otra, los criterios de priorización y selección de delitos son inherentes a los instrumentos de justicia transicional, entonces, en relación con estos criterios ha sido previsto un margen restringido de apreciación. Dicho margen restringido obliga al legislador, a regular los criterios de selección y al Fiscal General de la Nación, a establecer criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal sobre los delitos seleccionados¹⁸⁷.

La reforma constitucional restringe el margen de apreciación legislativo en relación con la determinación de los criterios de selección de las infracciones penales. Por una parte, el marco define los fines específicos que debe perseguir la definición de dichos criterios, esto es, “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”¹⁸⁸. Por otra parte, dicha regulación determina los factores que debe tener en cuenta el órgano legislativo en la definición de tales criterios, esto es “la gravedad y representatividad de los casos”¹⁸⁹.

La restricción material al margen de apreciación del órgano legislativo en relación con la escogencia de los medios posibles, se ve reflejada además en la imposición, por parte del marco, de la obligación¹⁹⁰, en cabeza del órgano legislativo, de “establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumpli-

dato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de criterios de selección” (cursivas fuera de texto).

¹⁸⁷ Como se verá más adelante, la Corte ha aclarado en la sent. C-579 de 2013 de manera específica este margen restringido de apreciación legislativa.

¹⁸⁸ Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º.

¹⁸⁹ *Ibidem*. Como se verá más adelante, este margen restringido de apreciación del legislativo fue esclarecido por la Corte en sent. C-579 de 2013.

¹⁹⁰ Como se dijo anteriormente, el uso del verbo modal “poder” en la expresión de la norma demandada, en virtud de la cual, “[...] en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional *podrá* mediante ley estatutaria [...]” (cursivas fuera de texto) es inane respecto a la función del legislador mas no en relación con la actividad del poder ejecutivo.

miento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”¹⁹¹.

En tanto que el marco se presenta como el resultado de una ponderación entre dos fines obligatorios contrapuestos, la optimización de dichos fines garantiza el respeto a su contenido mínimo¹⁹². En este sentido, si bien es posible el uso de instrumentos de justicia transicional para “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos”, su aplicación solo es posible si se mantiene el contenido mínimo o núcleo esencial de la obligación dirigida a “garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”¹⁹³. En este sentido, el marco restringe el margen de apreciación del legislador para regular el tratamiento penal especial descrito mediante la imposición del cumplimiento de ciertas condiciones que no están enumeradas taxativamente en el Acto Legislativo, tales como “la dejación de las armas; el reconocimiento de la responsabilidad; la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas; la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”¹⁹⁴.

Como conclusión, en la página siguiente se presenta un esquema explicativo resultado del análisis de los límites al margen de apreciación del legislador definidos por el artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012.

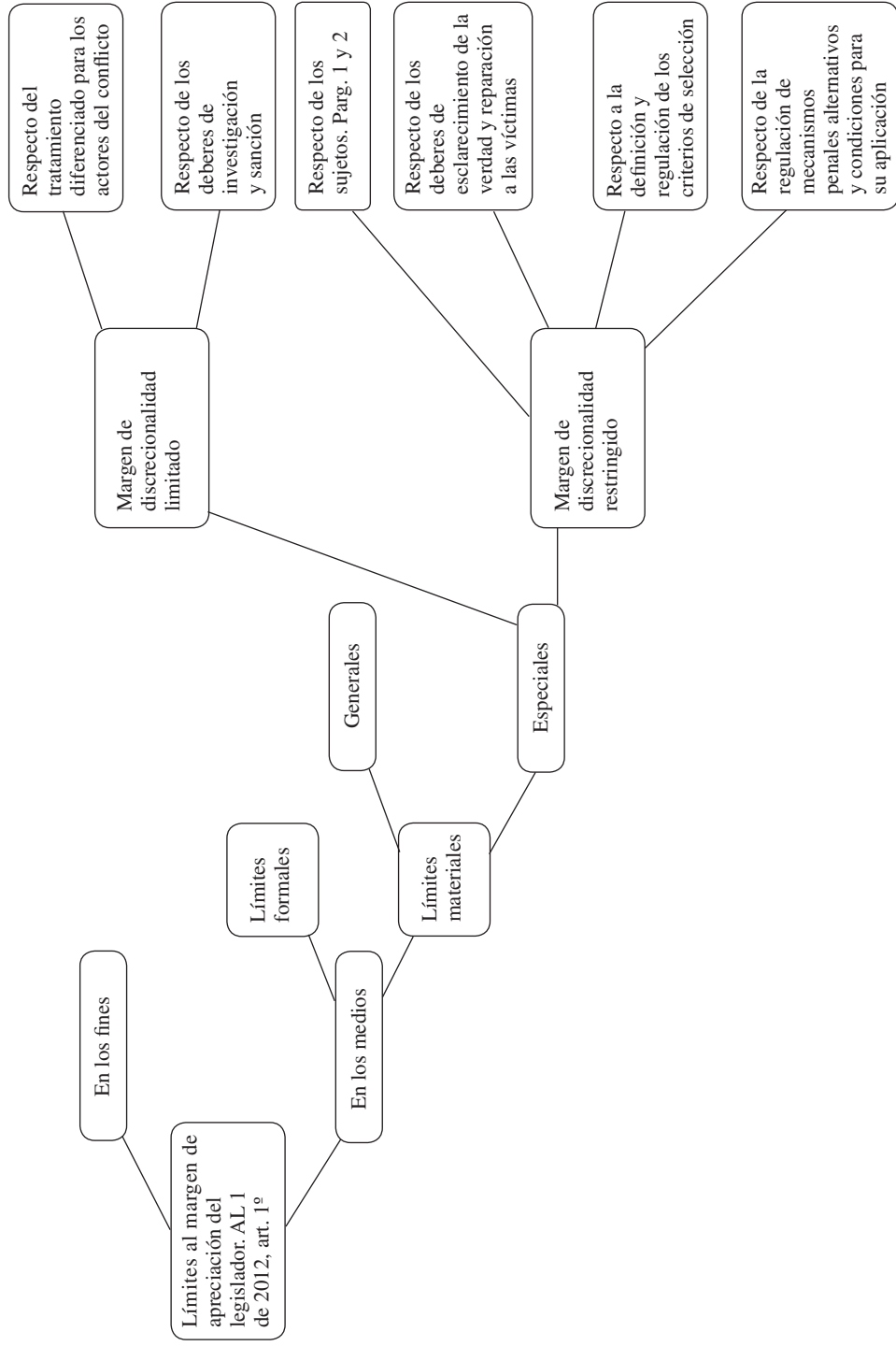
¹⁹¹ Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º. Como se verá más adelante, este margen restringido de apreciación del legislativo fue aclarado por la Corte en sent. C-579 de 2013.

¹⁹² ROBERT ALEXY (*supra* nota 11), págs. 257-262.

¹⁹³ Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º.

¹⁹⁴ *Ibidem*. Como se verá más adelante, este margen restringido de apreciación del legislativo fue aclarado por la Corte en sent. C-579 de 2013.

Límites al margen de apreciación del legislador. Esquema correspondiente al análisis del artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012



B) *La demanda por sustitución de la Constitución contra expresiones del inciso 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012*

La demanda contra el acto legislativo 1 de 2012 consideraba que, para que este pudiera ser incorporado a la Constitución, era necesario declarar la inexequibilidad de algunas de sus expresiones¹⁹⁵. En efecto, como vimos, la reforma constitucional incorporada por este acto restringe el margen de apreciación del órgano legislativo en relación con la determinación de los criterios de selección de los delitos, al determinar los fines específicos que debe perseguir la definición de dichos criterios; esto es, “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos* responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra *cometidos de manera sistemática*”¹⁹⁶ (cursivas fuera de texto). Además, como ya se analizó, dicha reforma establece un límite material al margen de apreciación legislativo en relación con la escogencia de los medios para lograr los fines de consecución imperativa, al imponer la obligación en cabeza del órgano legislativo de “autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de *todos los* casos no seleccionados”¹⁹⁷ (cursivas fuera de texto).

De manera tal que según la demanda, la supresión de las expresiones “máximos” y “cometidos de manera sistemática” —referidas a la primera limitación— y la expresión “todos los” —referida a la segunda— permi-

¹⁹⁵ Demanda al art. 1º del Acto Legislativo 1 de 2012.

¹⁹⁶ Así, según el párrafo 4º del art. 1º del Acto Legislativo 1 de 2012: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

¹⁹⁷ Acto Legislativo 1 de 2012, art. 1º.

tiría garantizar la vigencia del deber estatal de investigar y juzgar todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Este deber, que alega el actor, constituye un pilar fundamental del orden constitucional.

Como resultado de las cargas argumentativas impuestas por el juicio de sustitución¹⁹⁸, la demanda de inexecutableidad contra el art. 1º del acto legislativo 1 de 2012 pretende primero, demostrar el eje definitorio de la Constitución supuestamente reemplazado, y segundo, la descripción del elemento introducido por el acto legislativo demandado. Dicha exposición tiene por fin, como vimos, demostrar que el elemento introducido por la modificación constitucional reemplaza el elemento definitorio de la Carta por otro opuesto, integralmente diferente, al punto que resulta incompatible¹⁹⁹.

Según la demanda, uno de los rasgos característicos de la Carta Política de 1991 es la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas residentes en Colombia²⁰⁰. A partir de dicha obligación de alcance general se desprende el deber específico de investigar y juzgar de oficio y con la debida diligencia todos los hechos que constituyan una infracción grave a tales derechos. Así, según la demanda “el respeto y garantía de los derechos fundamentales de todas las personas residentes en Colombia exige que las autoridades estatales investiguen y juzguen todas las violaciones graves a los derechos humanos, incluidas las infracciones graves al derecho internacional humanitario”²⁰¹.

Así, según la demanda, es un pilar fundamental de la Constitución Política, “El deber del Estado colombiano de garantizar los derechos hu-

¹⁹⁸ Estas cargas fueron analizadas en el apartado anterior dedicado al juicio de sustitución.

¹⁹⁹ Sent. C-1040 de 2005, F.J. 7.10.2.

²⁰⁰ Este rasgo se desprende no solo de diferentes disposiciones de la Constitución, sino de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que se integran en el bloque de constitucionalidad.

²⁰¹ Según la demanda, “La obligación de investigar y juzgar tiene una relación inescindible con el derecho de acceso a un recurso efectivo: es mediante la primera como se satisface el segundo. Esta obligación de investigar y juzgar adquiere especial relevancia cuando se trata de determinadas violaciones a los derechos humanos que revisten cierta gravedad, caso en el cual ha sido reconocida incluso como una obligación de *ius cogens*”. Corte IDH. Caso La Cantuta c/. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 29 noviembre de 2006. Serie C núm. 162, párr. 157. Ver también Caso Goiburú y otros c/. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 22 septiembre 2006. Serie C núm. 153 párr. 128 (demanda al art. 1º del acto legislativo 1 de 2012).

manos, y por consiguiente, de investigar todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y de juzgar a sus responsables”²⁰².

Conforme a la demanda, este deber es un elemento fundamental en el diseño constitucional colombiano, el cual, por una parte, consagra como propósito esencial del Estado la vigencia de un orden justo; y por la otra, reconoce el derecho de acceso a la justicia, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Este propósito y derechos no podrán lograrse, sostiene la demanda, si no se investigan y juzgan con seriedad todas las graves violaciones a los derechos humanos y todas las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en la jurisdicción del Estado colombiano²⁰³.

Según el actor, existe un amplio referente normativo en el que se plasma el deber del Estado de proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia y, por consiguiente, la obligación de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción, por lo que sería erróneo asumir que tal elemento puede reducirse a una única disposición de la Constitución. Dicho pilar tiene fundamento en el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 12, 29, 93, 228 y 229 de la Constitución²⁰⁴, y varios tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad²⁰⁵.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Además sents. C-979 de 2005, C-370 de 2006 y C- 936 de 2010.

²⁰⁵ La demanda contiene una extensa lista de fuentes supranacionales. Así: arts. 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros *c/*. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas, sent. de 24 octubre 2012 Serie C núm. 251, punto resolutivo núm. 2. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro *c/*. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 4 septiembre 2012 Serie C núm. 250, párr. 257 lit. c). Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares *c/*. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. 3 septiembre 2012 Serie C núm. 248. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro *c/*. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 4 septiembre 2012 Serie C núm. 250, punto resolutivo núm. 2. Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros *c/*. Venezuela. Fondo y Reparaciones, sent. 3 septiembre 2012 Serie C núm. 249, punto resolutivo núm. 2. Corte IDH. Caso Familia Barrios *c/*. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 24 noviembre 2011. Serie C núm. 237, párr. 144. Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas *c/*. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sent. de 26 mayo 2010. Serie C núm. 213, párr. 118. Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal *c/*. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

y Costas, sent. de 12 agosto 2008. Serie C núm. 186, párr. 115. Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela *c/* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 11 mayo 2007. Serie C núm. 163, párr. 194. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *c/* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 31 enero 2006. Serie C núm. 140, párr. 145. Corte IDH. Caso La Cantuta *c/* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 29 noviembre 2006. Serie C núm. 162, párr. 157. Corte IDH. Caso Goiburú y otros *c/* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 22 septiembre 2006. Serie C núm. 153 párr. 128. Corte IDH. Caso Molina Theissen. Reparaciones, sent. de 3 julio 2004. Serie C núm. 108, párr. 84. Corte IDH. Caso Comerciantes *c/* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 5 julio 2004. Serie C núm. 109, párr. 193. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez, sent. de 7 junio 2003. Serie C núm. 99, párr. 121. Corte IDH. Caso Cantos, sent. de 28 noviembre 2002. Serie C núm. 97, párr. 52. Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sent. de 21 junio 2002. Serie C núm. 94, párr. 150. Corte IDH. Caso Barrios Altos, sent. de 14 marzo 2001. Serie C núm. 75, párr. 41. Corte IDH. Caso Durand y Ugarte *c/* Perú. Fondo, sent. de 16 agosto 2000. Serie C núm. 68, párr. 123. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo. Reparaciones, sent. de 27 noviembre 1998. Serie C núm. 42, párr. 169. Corte IDH. Caso Godínez Cruz *c/* Honduras. Fondo, sent. de 20 enero 1989. Serie C núm. 5, párr. 188. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, Fondo, sent. de 29 julio 1988. Serie C núm. 4, párr. 177. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares, sent. de 26 junio 1987. Serie C núm. 1, párr. 91. Corte IDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares, sent. de 26 junio 1987. Serie C núm. 2, párr. 90. Corte IDH. Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares, sent. de 26 junio 1987. Serie C núm. 3, párr. 93. Arts. 2.1 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos, en la Observación General núm 31 de 26 mayo de 2004, párrs. 15, 17. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Nydia Erika Bautista *c/* Colombia, Comunicación núm. 563/1993, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Federico Andreu *c/* Colombia, Comunicación núm. 563/1993, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Basilio Laureano Atachahua *c/* Perú, Comunicación núm. 540/1993, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993 (1996). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Luis Jiménez *c/* Colombia, párr. 9, CCPR/C/74/D/859/1999, 15 abril 2002 Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Coronel Navarro y otros. CCPR/C/76/D/778/1997, 29 noviembre 2002 Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General núm. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Colombia. párrafo 12, CCPR/C/COL/CO/6, 99º período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 julio 2010. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará. Brasil, en 1994, aprobada mediante la ley 707 de 2001, revisada mediante la sent. C-580 de 2002. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la ley 406 de 1997, declarada exequible mediante sent. C-351 de 1998. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la ley 70

No obstante, la demanda considera que el pilar de la Constitución alegado, es decir, el deber del Estado de proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia y, por consiguiente, de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción, presenta una estructura lógica dual²⁰⁶.

Por una parte, la demanda sostiene de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado presenta la estructura de un principio en relación con el deber general del Estado de proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia. Por ello, en ella se afirma que sos-

de 1986. Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, aprobada por Colombia mediante la ley 28 de 1959. Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 junio 1998, aprobado mediante la ley 742 de 2002, revisada mediante sent. C-578 de 2002. Comité contra la Tortura, Sr. Kepa Urra Guridi *c/* Spain, Comunicación núm. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Encarnación Blanco Abad *c/* España. Communication núm. 59/1996, U.N. Doc. CAT/C/20/D/59/1996 (1998). Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Henri Unai Parot *c/* España. Comunicación núm. 6/1990, U.N. Doc. A/50/44 at 62 (1995). CPI, Fiscalía *c/* Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-1497, Sala de Apelaciones, 2009, párr. 78, citado en la Solicitud para abrir investigación por la situación de Kenya, de 26 noviembre 2009, párr. 52 y Autorización para la apertura de investigación de la situación de Kenya, SCP II, 2010. pág. 52.

²⁰⁶ Esta estructura puede ser entendida también por medio del esquema que diferencia entre una periferia y un núcleo duro, contenido mínimo o irreductible de un derecho fundamental. Este esquema explicativo es defendido por las así denominadas teorías mixtas del contenido esencial. Según estas teorías, las intervenciones del legislador “deben ser en todo caso proporcionadas, es decir, deben estar justificadas por razones relevantes, y deben poder superar los tres juicios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con todo, esta zona periférica se distingue de la nuclear, en donde las intervenciones del legislador nunca son admisibles, independientemente de si están o no justificadas, de si son o no proporcionadas” (CARLOS BERNAL, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007 (2003), pág. 426).

Nótese que la demanda no alega (como no podría) la violación específica de un derecho fundamental, sino la sustitución de un pilar esencial de la Constitución. La pregunta que surge es ¿qué estructura lógico normativa presenta el pilar esencial de la Constitución alegado? O dicho de otra forma: ¿admite ese pilar una cierta restricción causada por el ejercicio del poder de reforma y hasta que punto tal restricción es justificable sin que dicho pilar sea reemplazado? O en otras palabras, ¿qué núcleo duro, contenido mínimo o irreductible, es decir, que no admite una intervención justificada, es posible definir en relación con el pilar esencial alegado en las circunstancias del caso?

tener que este pilar es esencial a la Constitución “no equivale a afirmar que cualquier modificación a él deba considerarse un exceso del poder de reforma. En nuestra opinión, la argumentación desarrollada no lleva a sostener que se trata de un elemento inmodificable”²⁰⁷.

Por otra parte, el actor sostiene de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado tiene la estructura de una regla en relación con el deber del Estado de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción. Por ello advierte que lo único que “se ha afirmado en la demanda es que no puede el Estado renunciar de antemano a investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos y a las infracciones al derecho internacional humanitario, pues ello implicaría una negación del acceso a la justicia y de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como una abdicación del propósito de lograr la vigencia de un orden justo”²⁰⁸.

De esta forma la demanda concluye que “consideramos que sí es admisible que se reforme o se regule el deber de investigación y juzgamiento, entre otras con el fin de que estas tareas se realicen con mayor eficacia [...] pero llamamos la atención respecto de que esta facultad encuentra ciertos límites precisos en los pilares de la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En especial, el legislador no puede autorizar la renuncia a la investigación y juzgamiento penal de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, ya que este deber es esencial a la Constitución Política y es una parte estructural de obligaciones internacionales que integran el bloque de constitucionalidad”²⁰⁹.

Según la demanda, el acto legislativo 1 de 2012 introdujo tres elementos normativos que modifican el pilar esencial de la Constitución mencionado. Dos de estos elementos normativos deben ser leídos en conjunto para demostrar la manera como modifican el deber estatal de investigación y juzgamiento, mientras que el otro en sí mismo supone una modificación de dicho deber²¹⁰.

Los dos elementos normativos que deben ser analizados de manera conjunta, corresponden:

²⁰⁷ Demanda al art. 1º del acto legislativo 1 de 2012.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

Por una parte, a la restricción del margen de apreciación del órgano legislativo en relación con la determinación de los criterios de selección de los delitos, mediante la definición de los fines específicos que debe perseguir la definición de dichos criterios; esto es, “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”²¹¹.

Por la otra, al límite material impuesto al margen de apreciación estructural del órgano legislativo en relación con la escogencia de los medios para lograr los fines impuestos, es decir, a la obligación que tiene el órgano legislativo de “autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”²¹².

La limitación en el margen de apreciación del legislador en relación con la determinación de los criterios de selección de los delitos que deben ser investigados y juzgados, junto con la obligación de autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal en relación con los delitos no seleccionados, hace que la obligación universal de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, sea convertida por obra de la reforma en una obligación particular. Dicho en otras palabras, la demanda sostiene que una regla de carácter general de rango constitucional, cuyo contenido se refiere al núcleo del deber de garantizar los derechos humanos, ha sido sustituida, por causa de la reforma, por una regla particular.

²¹¹ Así, según el párr. 4 del art. 1º del AL 1 de 2012: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El fiscal general de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

²¹² Acto legislativo 1 de 2012, art. 1º.

Ahora, dado que la expresión “algunos” es sinónima de la expresión “no todos”²¹³, debemos concluir de manera forzosa que, conforme a la demanda, la regla universal original de rango constitucional ha sido trocada por su negación²¹⁴. Dado que dicha regla constituye un pilar fundamental de rango constitucional, la introducción de su negación implica una sustitución de la Constitución.

Así, según la demanda, “queda claro que la manera como está prevista la selección [de delitos] en el acto legislativo 1 de 2012 conduciría a que no todos los responsables de violaciones de derechos humanos serán

²¹³ Dicho de manera más precisa, dada la bicondicionalidad entre un cuantificador particular y la negación de un cuantificador universal:

$$\exists_x \leftrightarrow \neg \forall_x$$

debemos concluir de manera forzosa que, conforme a la demanda, la regla universal original de rango constitucional ha sido trocada por su negación, como se expresa en el siguiente pie de página.

²¹⁴ Así, según la demanda, la estructura lógica de la regla de rango constitucional original, que correspondía a la expresión:

$$\forall_x [T_x \rightarrow OR_x]$$

ha sido trocada por una regla, cuya estructura lógica corresponde a la expresión:

$$\exists_x [T_x \rightarrow OR_x]$$

Dado que, por definición:

$$\exists_x \leftrightarrow \forall_x$$

Entonces:

$$(\exists_x [T_x \rightarrow OR_x]) \leftrightarrow (\neg \forall_x [T_x \leftrightarrow OR_x])$$

Dado que:

$$\exists_x [T_x \rightarrow OR_x]$$

Entonces:

$$\neg \forall_x [T_x \rightarrow OR_x]$$

Así, concluye la demanda, la regla universal original de rango constitucional ha sido trocada por su negación. Dado que la regla universal original de rango constitucional corresponde a un elemento esencial de la Constitución, entonces —con fundamento en la aplicación por subsunción de la metarregla *lex superior derogat legi inferiori*— la regla universal que corresponde a un elemento esencial de la Constitución, debe prevalecer sobre la regla particular que pretende ser introducida por la reforma.

investigados y sancionados. Con esto, puede concluirse que se instaura una nueva regla en lo concerniente a la investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos, a saber:

”Es deber del Estado colombiano garantizar los derechos de *algunas* de las personas residentes en Colombia e investigar *algunas* de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y juzgar solo a *algunos* de sus responsables”²¹⁵.

Sostiene la demanda, que “con esta nueva regla el Congreso puede ya no solo regular los deberes estatales de investigación y juzgamiento [...], sino eliminarlos. Cuando regule la expresión «máximos responsables», el Congreso necesariamente excluirá a algunos de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario de los deberes de investigación y juzgamiento, al impedirles a las autoridades que adelanten investigaciones penales en su contra”²¹⁶.

Por otra parte, la demanda sostiene que el elemento normativo introducido por el Acto Legislativo 1 de 2012 que en sí mismo supone una modificación trascendental al pilar esencial de la Constitución que se refiere al deber estatal de investigación y juzgamiento, corresponde a una restricción al margen de apreciación del órgano legislativo en relación con la determinación de los criterios de selección de los delitos, mediante la definición de los fines específicos que debe perseguir la definición de dichos criterios; esto es, de manera específica la expresión, “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los [...] crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.

Según la demanda, esta disposición restringe de manera injustificada “el universo de conductas que dan lugar al deber de respeto y garantía de los derechos de todas las personas residentes en Colombia y la consiguiente obligación de investigación y juzgamiento por el Estado colombiano, creando así la siguiente regla:

”El Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar todas las conductas que constituyan crímenes de guerra, sino tan solo aquellas conductas que constituyan crímenes de guerra cometidas de manera sistemática”²¹⁷.

²¹⁵ Demanda al art. 1º del acto legislativo 1 de 2012.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*.

Así, según el actor, “en el caso de que el Congreso ejerza la potestad que le ha sido conferida de autorizar la renuncia a la persecución judicial penal de las conductas no seleccionadas, entre las cuales podrían encontrarse los crímenes de guerra que no hayan sido cometidos de manera sistemática, las víctimas de tales conductas no tendrían la oportunidad de acudir a un proceso penal para conocer los hechos en los que ocurrieron tales crímenes y quiénes fueron sus responsables, ni de aportar pruebas para contribuir a la imposición de una sanción penal”²¹⁸.

A partir de este análisis, el demandante afirma, de nuevo, que el acto legislativo ha incurrido en una sustitución de la Constitución al introducir una negación al pilar fundamental arriba descrito²¹⁹.

Conforme a las exigencias formales previstas en virtud del juicio de sustitución, la demanda concluye, a partir de la comparación de las dos premisas descritas, que las dos reglas introducidas por el acto legislativo 1 de 2012 son incompatibles con el pilar constitucional descrito, establecido originariamente por la Constitución de 1991²²⁰. Con fundamento en los precedentes constitucionales que desarrollan la doctrina de la sustitución de la Constitución, la demanda señala que, si bien la modificación es temporal, ella implica en todo caso una sustitución a la Constitución²²¹.

Por su parte, la Corte con fundamento en la evaluación de las cargas argumentativas impuestas a las demandas de inexecutable por

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Esto es: “El deber del Estado colombiano de garantizar los derechos humanos, y por consiguiente, de investigar todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y de juzgar a sus responsables” (demanda al art. 1º del acto legislativo 1 de 2012).

²²⁰ Las dos reglas introducidas por la reforma corresponden según la demanda a:

1. El Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar a todos los responsables de violaciones de derechos humanos sino solo a algunos, que son aquellos considerados como máximos responsables.

2. El Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar todas las conductas que constituyan crímenes de guerra, sino tan solo aquellas conductas que constituyan crímenes de guerra cometidas de manera sistemática.

Estas reglas son “radicalmente opuestas al pilar establecido originariamente por la Constitución de 1991, según el cual: es deber del Estado garantizar los derechos de todas las personas residentes en Colombia y, por consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción” (demanda al art. 1º del acto legislativo 1 de 2012).

²²¹ *Ibidem*.

sustitución de la Constitución, ya analizadas²²², admite que la demanda, presentada contra las expresiones incluidas en el inciso 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, cumple los requisitos de certeza²²³, claridad²²⁴, pertinencia²²⁵ y suficiencia²²⁶. No obstante, la Corte advierte que la demanda adolece de la debida integración de la unidad normativa exigida²²⁷.

Como se analizó atrás²²⁸, en diversas sentencias la Corte ha reconocido la regla general en virtud de la cual, la Corte desborda su competencia cuando o bien selecciona las materias acerca de las cuales va a pronunciarse, o bien infiere o construye por sí misma los cargos de inconstitucionalidad²²⁹. No obstante esta regla, la Corte puede integrar de manera excepcional la unidad normativa²³⁰, cuando con ello evita un fallo inocuo²³¹ o la generación de “incertidumbre acerca del contenido armónico o integrado de la norma legal objeto de análisis”²³². Así, la integración de la unidad normativa del objeto de control es tanto una carga para el demandante, como un deber para el juez constitucional, dirigido a la cabal identificación de dicho objeto conforme a la “unidad indisoluble creada por el derecho”²³³. Pero no solo ello, dicha integración es una garantía que opera a favor de la coherencia del orden jurídico, pues “su conformación

²²² Véase *in extenso* el apartado sobre juicio de sustitución en este escrito.

²²³ Por cuanto la justificación externa de las premisas mayor y menor del juicio de sustitución presentada en la demanda se encuentran demostradas (sent. C-579 de 2013).

²²⁴ Por cuanto el actor expone de manera comprensible y razonada sus argumentos (sent. C-579 de 2013).

²²⁵ Por cuanto los reproches realizados a la norma corresponden a fundamentos de origen constitucional (sent. C-579 de 2013).

²²⁶ Por cuanto los fundamentos de la demanda son lo suficientemente serios como para haber “generado una duda, sobre si las expresiones demandadas sustituyen un pilar fundamental de la Constitución o simplemente constituyen una modificación o reforma” (sobre este requisito ver sents. C-929 de 2007, C-149 de 2009, C-646 de 2010, C-819 de 2011, C- 913 de 2011 y C- 055 de 2013). La Corte afirma que la prueba de la suficiencia de la demanda se encuentra en el debate generado con ocasión del problema jurídico, del cual la audiencia pública ha sido testigo (sent. C-579 de 2013).

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Ver el apartado dedicado al juicio de sustitución de la Constitución.

²²⁹ Sent. C-682 de 2009.

²³⁰ Sent. C-761 de 2009.

²³¹ Sent. C-574 de 2011.

²³² Sent. C-579 de 2013.

²³³ Sent. C-761 de 2009.

determina que el poder del juez constitucional para resolver un asunto en sus problemas jurídicos sustanciales, pueda efectuarse sobre todos los elementos que estructuran una determinada construcción jurídica”²³⁴.

A partir de estos fundamentos, la Corte procedió a completar el contenido deóntico²³⁵ de las expresiones demandadas. La Corte advierte que el problema jurídico planteado en la demanda hace imprescindible que se analice el resto del inciso 4º, pues las expresiones, que se pretende inexecutable, forman parte de un sistema de justicia penal transicional integral²³⁶. La Corte acepta con esta afirmación la concepción holística subyacente a la creación del poder constituyente derivado. Conforme a esta concepción, ninguno de los elementos normativos regulados por el acto legislativo debe ser interpretado de manera aislada. Por el contrario, de acuerdo con esta concepción, cada expresión usada por el constituyente derivado se encuentra vinculada de manera inescindible, de manera tal que una interpretación correcta de cada una de ellas debe respetar el horizonte de significado previsto por el marco²³⁷.

C) *Esclareciendo los márgenes estructurales de acción del legislador. Análisis de la “ratio decidendi” de la sentencia C-579 de 2013*

Una vez definido el objeto de control, la Corte se enfrenta a la definición del problema jurídico. No obstante, el problema evidente inicialmente planteado por la demanda —esto es, si sustituye la Constitución la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Según la sent. C-539 de 1999, “La integración de la unidad normativa procede en los siguientes eventos: cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo; cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad” (sent. C-539 de 1999. Ver también sents. C-055 de 2010, C-533 de 2010, C-879 de 2011, C-889 de 2012, C-1017 de 2012 y C-579 de 2013).

²³⁶ Sent. C-579 de 2013.

²³⁷ *Ibidem*.

cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás²³⁸ —es reconducido por la Corte al problema de definir la magnitud o trascendencia de la intervención en un elemento esencial de orden constitucional por el poder de reforma.

La formulación de este problema requiere, sin embargo, responder primero a la pregunta referida a la estructura de los elementos esenciales de la Constitución.

En efecto, si los elementos esenciales de la Constitución tienen la estructura de reglas —como pretende el demandante— entonces dichos elementos no admitirán restricción alguna; y, por lo tanto, toda incompatibilidad que dichos elementos presenten con el elemento introducido por el ejercicio formal del poder de reforma implicará siempre un fundamento suficiente para sostener que dicha reforma debe ser considerada una sustitución de la Constitución.

En contraste, si se considera que los elementos esenciales de la Constitución tienen la estructura de principios, entonces dichos elementos admitirán restricciones; y entonces, no toda incompatibilidad que dichos elementos presenten con el elemento introducido por el ejercicio formal del poder de reforma implicará siempre un fundamento suficiente para sostener que dicha reforma debe ser considerada una sustitución de la Constitución. En efecto, la pregunta acerca de la incompatibilidad admisible entre la modificación de la Constitución y el elemento esencial de la Constitución afectado con dicha modificación, debe ser reconducida entonces al problema de la determinación de la magnitud o trascendencia razonable o justificada de la intervención en dicho elemento esencial de la Constitución causada por el ejercicio del poder de reforma. Así, la determinación de la razonabilidad o justificación de la magnitud o trascendencia de dicha intervención permitirá definir si el ejercicio formal del poder de reforma contradujo los fundamentos normativos que subyacen a las reglas de competencia que rigen su ejercicio —o en otras palabras, si dicho ejercicio formal del poder de reforma ha dado lugar a una sustitución de la Constitución, o lo que es lo mismo, si dicho ejercicio del poder de reforma debe ser declarado inexecutable por sufrir de vicios de competencia—²³⁹.

En contra de lo establecido en la demanda, la Corte sostiene que tanto el elemento esencial de la Constitución, atinente al caso, como el

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Véase *in extenso* la sección de este escrito dedicada a la sustitución de la Constitución.

fin contrapuesto a él perseguido por la reforma que se demanda, tienen la estructura de principios²⁴⁰. Dada la estructura de estos elementos normativos, la definición del criterio que permite determinar si la reforma que se analiza sufre vicios de competencia es, para la Corte, necesariamente un asunto de ponderación.

Así, la Corte reformula la premisa mayor propuesta en la demanda, y sostiene que el elemento esencial de la Constitución reconocido por ella es “el compromiso del Estado social y democrático de derecho con el respeto, protección y garantía de los derechos de la sociedad y de las víctimas”²⁴¹. La Corte sostiene además, que a partir de este pilar fundamental se derivan las obligaciones de: (i) prevenir la vulneración de los derechos de la sociedad y de las víctimas —es decir, la garantía de no repetición—; (ii) crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de tales derechos en casos de amenaza o vulneración —denominada también como obligación de tutela efectiva—; (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos —esto es, la obligación de reparación y verdad—; e (iv) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario —también llamada obligación de justicia—²⁴². Según la Corte, las normas de las cuales se derivan las obligaciones señaladas, que se deducen a su vez del pilar constitucional, presentan también la estructura de principios²⁴³.

Para la Corte, la premisa menor consiste en la búsqueda de la paz, estable y duradera. Este fin debe ser logrado²⁴⁴ por el legislador futuro

²⁴⁰ En efecto, según la Corte (sent. C-579 de 2013): “La garantía de los derechos humanos y sus consecuencias, como la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar sus graves violaciones, tienen la naturaleza de principios por los siguientes motivos: (i) dan fundamento o valor al Estado de derecho mismo, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; (ii) contemplan obligaciones generales que no generan obligaciones rígidas sino que buscan alcanzar su más alta satisfacción; (iii) tanto en el ámbito internacional como en la Constitución se contemplan como principios”.

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ *Ibidem.*

²⁴⁴ Un lector atento apreciará el uso sinonímico de las expresiones principios y mandatos de realización de fines implícito en las líneas de este escrito. Este uso sinonímico se basa en la concepción triádica —*threefold conception*— de principio defendida por CARSTEN BÄCKER a partir de los aportes de SIECKMANN. Según CARSTEN: “[...] a threefold conception of principles arises: First, there is the *principle statement* in the natural language giving expression to a principle as a norm. Second, there is the *principle as a norm that demands the realization of an aim to the greatest extent possible*, and

conforme a las limitaciones en su margen de apreciación establecidas por la reforma²⁴⁵, por una parte, por medio de la focalización de los esfuerzos de la investigación penal en los máximos responsables y en todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, teniendo en cuenta los criterios de gravedad y representatividad; y por la otra, mediante la autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena²⁴⁶.

Conforme a la Corte, estos medios —es decir, las limitaciones al margen de apreciación del legislador impuestas por la reforma constitucional que se analiza— solo pueden ser justificados dentro del marco de un sistema de justicia transicional²⁴⁷. De manera tal que el análisis de la justificación de dichos medios implica primero el análisis de la justificación de tal sistema.

Por una parte, dado que, como vimos, el pilar fundamental definido en la premisa mayor del juicio de sustitución, conforme a su estructura, admite restricciones²⁴⁸ y, por la otra, dado que estas posibles restricciones se justifican en aras del logro de “la paz estable y duradera y la sustracción del país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley”²⁴⁹, la Corte concluye que la adopción del sistema de justicia transicional previsto por la reforma se encuentra

this by way of optimization. Finally, third, there is the *aim of the principle* as the aim of optimization to be realized to the greatest extent possible” (CARSTEN BÄCKER, “Rules Principles and Defeasibility”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010, pág. 91).

²⁴⁵ Véase *in extenso* la sección dedicada al análisis del art. 1º del acto legislativo 1 de 2012 y los márgenes estructurales de acción del legislador.

²⁴⁶ Sent. C-579 de 2013.

²⁴⁷ C-579 de 2013.

²⁴⁸ Según la Corte (sent. C-579 de 2013) “[...] el derecho internacional de los derechos humanos demanda de los Estados actuar con debida diligencia en cumplimiento de su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, es decir, la comunidad internacional reconoce que en virtud de ese deber no se pueden demandar resultados concretos, pero sí una actuación y la adopción de medidas con un estándar alto de diligencia” (sent. C-579 de 2013).

²⁴⁹ Sent. C-579 de 2013.

justificada, o dicho en otras palabras, la Corte concluye que dicha adopción no implica el reemplazo del elemento esencial de la Constitución definido en la premisa mayor del juicio de sustitución, porque el grado de no satisfacción o de restricción de dicho elemento esencial, se justifica en razón a la importancia de la satisfacción del principio que persigue el acto de reforma. En efecto, sostiene la Corte, que “los componentes del deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación, cuando ellas resulten en ganancias mayores en términos de otros principios constitucionales como la obtención de la paz y la construcción de la verdad en un contexto de conflicto”²⁵⁰.

La Corte estima que la interpretación de los medios previstos por la reforma para el logro del fin que justifica la adopción del sistema de justicia transicional —o en otras palabras, las limitaciones al margen de apreciación del legislador impuestas por la modificación constitucional que se analiza— debe tener lugar dentro del horizonte de significado determinado por su pertenencia a dicho sistema. Para ello, la Corte procede a analizar cómo opera la ponderación de las obligaciones que se derivan del pilar constitucional definido en la premisa mayor del juicio de sustitución, dentro del sistema de justicia transicional definido por el ejercicio del poder de reforma²⁵¹. Según la Corte, las normas de las cuales se derivan dichas obligaciones, como vimos, presentan también la estructura de principios y su ponderación debe justificar los medios diseñados por el marco²⁵².

²⁵⁰ *Ibidem*. En atención a la carga de coherencia externa en la construcción del juicio de ponderación, la Corte señala que el antecedente de su decisión se encuentra en las sents. C-771 de 2011, C-052 de 2012, C-253 A de 2012, C-781 de 2012, y especialmente en la decisión C-370 de 2006.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² En efecto, según la Corte, los procesos de justicia transicional suponen necesariamente “ejercicios de ponderación entre diversos principios constitucionales” (sent. C-579 de 2013). Así, afirma la Corte, “la justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros, es decir, importantes valores y principios constitucionales” (sent. C-579 de 2013). De manera tal que el empleo de mecanismos de justicia transicional genera “constantes colisiones entre las obligaciones del Estado, como las derivadas del deber de garantía de los derechos”. (sent.

Así, de manera específica respecto de la restricción al margen de apreciación del legislador en relación con la definición y regulación de los criterios de selección de los delitos, la Corte concluye, con fundamento en el juicio de ponderación, que la incorporación a la Constitución de la estrategia dirigida a agrupar las graves violaciones de derechos humanos en los denominados “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables se encuentra justificada. Dado que, por una parte, dicha estrategia contribuye de manera eficaz al logro de la garantía de no repetición, al contribuir tanto a la disolución de las macroestructuras de criminalidad, como a la investigación y revelación de los patrones de violaciones masivas a los derechos humanos, y, por la otra, dado que dicha estrategia no significa “que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados sólo quienes cumplieron un rol esencial en su comisión”²⁵³.

La Corte concluye también que “es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán” los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática²⁵⁴. Al analizar la renuncia condicionada a la persecución penal, la Corte sostuvo que esta se justifica, dado que desde su creación se encuentra limitada al no ser aplicable a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. Además, la Corte sostuvo “que la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma”²⁵⁵.

Para la Corte, la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica como resultado de la ponderación entre la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con la garantía de no repetición de dichas violaciones²⁵⁶. La Corte concluye que “los mecanismos de suspensión con-

C-579 de 2013). Tales colisiones, estima la Corte, obligan a llevar a cabo ejercicios de ponderación. El reto de los Estados es precisamente, “diseñar modelos transicionales que no desconozcan los contenidos mínimos de cada deber y que contengan un justo balance de los principios en pugna” (sent. C-579 de 2013).

²⁵³ *Ibidem.*

²⁵⁴ *Ibidem.*

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ *Ibidem.*

dicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.

Por último, la Corte introduce diversos criterios obligatorios de interpretación del acto legislativo, que complementan los límites al margen de discrecionalidad del legislador previstos en la reforma²⁵⁷. Entre dichos criterios destacan por su labor de complementación a dichos límites los siguientes:

Primero, la Corte sostiene que con fundamento en el elemento esencial de la Constitución definido en la premisa mayor del juicio de sustitución —que forma parte a su vez de los fines perseguidos por el marco—²⁵⁸, el legislador en desarrollo de su tarea debe garantizar que todas las víctimas “tengan como mínimo las siguientes garantías: (i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se garantice a través de [*sic*] mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral; y (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares”²⁵⁹.

Segundo, la Corte aclara el margen de apreciación restringido impuesto por la reforma respecto al factor subjetivo para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional. En efecto, ella sostiene que para que sea aplicable el marco definido por la reforma se debe exigir la terminación del conflicto armado “respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y la no comisión de nuevos delitos en los casos de desmovilización individual”²⁶⁰.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Véase *in extenso* el apartado dedicado al análisis del art. 1º del acto legislativo 1 de 2012 y los márgenes estructurales de acción del legislador en este escrito.

²⁵⁹ Sent. C-579 de 2013.

²⁶⁰ *Ibidem*.

Tercero, la Corte aclara que “dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, la ley estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización”²⁶¹.

Cuarto, la Corte pormenoriza el margen de apreciación restringido del legislador en la determinación de los criterios de selección de los delitos al establecer que dada su gravedad y representatividad “deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”²⁶².

Quinto, la Corte establece como condición para que puedan ser aplicados los criterios de selección y priorización, condiciones que solo habían sido previstas para la regulación del tratamiento penal especial, esto es, que el grupo armado contribuya “de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad”²⁶³.

Por último, la Corte aclara en relación con el margen restringido de apreciación del legislativo con referencia a la escogencia de los medios posibles, que “el mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”²⁶⁴.

Así, conforme al análisis de los límites al margen de apreciación impuestos por el artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012, la demanda por sustitución de la Constitución contra expresiones del inciso 4º de dicho artículo; la formulación del problema jurídico y su solución por la Corte, es posible concluir que el juez constitucional en la decisión C-579 de 2013 ha complementado el uso del juicio de sustitución con el empleo del juicio de ponderación. Este uso complementario de la ponderación ha tenido por objeto la búsqueda de una solución a los problemas de va-

²⁶¹ *Ibidem.*

²⁶² *Ibidem.*

²⁶³ *Ibidem.*

²⁶⁴ *Ibidem.*

guedad propios del criterio que permite distinguir los casos de sustitución de los de reforma a la Constitución.

Conclusión

En una serie de escritos ROBERT ALEXY ha sostenido que la subsunción, la ponderación y la comparación de casos —también denominada analogía— son las tres operaciones básicas de aplicación del derecho²⁶⁵. De acuerdo con su teoría, una operación —o lo que es lo mismo, una forma de argumento o un esquema de argumentación— es básica, si necesariamente debe ser realizada de acuerdo con alguna versión de un esquema general que gobierna todos los casos en los cuales la operación debe ser aplicada²⁶⁶.

Según su perspectiva, para que una operación sea básica, el esquema general al que se refiere debe ser formal, necesario y específico²⁶⁷. El carácter específico se deriva del hecho de que el esquema general se desarrolla de acuerdo con un tipo específico de regla —sea esta lógica, como en el caso de la subsunción y de la analogía, o aritmética, como en el caso de la ponderación—²⁶⁸. Su carácter necesario se deriva del hecho de que dicho esquema debe ser empleado, en una u otra versión, en todos los casos en los cuales las normas jurídicas deban ser aplicadas²⁶⁹. Por último, su carácter formal se deriva del hecho de que el esquema general debe ser saturado²⁷⁰ por medio de diversos argumentos sustanciales que normalmente presentan una estructura distinta al esquema general que se utiliza. No obstante, el hecho de que el uso de un esquema general deba estar necesariamente conectado con el uso de otros esquemas generales, no priva a dicho esquema de su carácter específico y, por lo tanto, de su carácter básico²⁷¹.

Con todo, las conexiones necesarias entre los esquemas generales, cuando estos son aplicados, no son simétricas. De hecho, si dichas conexiones fuesen simétricas, entonces no solo los argumentos complementarios de la subsunción podrían presentar la estructura de otras

²⁶⁵ ROBERT ALEXY (*supra* nota 1), pág. 9.

²⁶⁶ *Ibidem*, pág. 10.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*, pág. 9.

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 10.

²⁷⁰ ROBERT ALEXY (*supra* nota 6), págs. 338-339.

²⁷¹ ROBERT ALEXY (*supra* nota 1), pág. 10.

subsunciones, de ponderaciones o de analogías, sino que los argumentos complementarios de la ponderación podrían presentar a su vez la estructura de otras ponderaciones, de analogías o de subsunciones, y los argumentos complementarios de una analogía podrían presentar la estructura de otras analogías, de subsunciones o de ponderaciones²⁷².

No obstante, el uso de la ponderación y de la subsunción tienen relación asimétrica. En otras palabras, mientras que la relación que presenta la ponderación respecto de la subsunción es necesaria, la relación que presenta la subsunción respecto de la ponderación es contingente. En efecto, como ROBERT ALEXY ha señalado, la solución de un caso mediante la ponderación requiere el uso de la operación básica de la subsunción. Este uso necesario se encuentra tanto en las subsunciones que suponen el punto de partida de la ponderación, como aquella que supone el punto de llegada o su resultado. Dado que los principios mantienen abiertas las condiciones de su aplicación²⁷³, se requiere como paso previo a toda ponderación, la subsunción del caso de manera respectiva en cada una de las reglas que se deducen de cada uno de los principios contrapuestos. La subsunción final tiene lugar con fundamento en la regla adscrita²⁷⁴ que se apoya en el juicio de ponderación en tanto resultado de este²⁷⁵.

²⁷² El estudio de las relaciones entre el uso de la ponderación y la subsunción respecto de la analogía excede los fines de este trabajo. Acerca de las relaciones entre las tres operaciones básicas de aplicación del derecho véase *in extenso supra* nota 1, págs. 9-18.

²⁷³ Esta idea ha sido especialmente resaltada por ATIENZA/RUIZ MANERO quienes sin embargo mantienen la distinción entre directrices o normas programáticas y principios en sentido estricto. Ver MANUEL ATIENZA/JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2007 (2004), págs. 30-31.

²⁷⁴ ROBERT ALEXY (*supra* nota 11), págs. 49-54. CARLOS BERNAL PULIDO (*supra* nota 208), págs. 114-133.

²⁷⁵ Así, según ALEXY: “In standard cases, where only two principles are involved, balancing begins with the subsumption of the case under two competing principles (P_i , P_j), and continues with an assignment of values, first, to the intensity of interferences (I_i , I_j) with P_i and P_j , second, to the abstract weights (W_i , W_j) of both principles, and third, to the degree of reliability of the empirical assumption (R_i , R_j) respecting what the measure in question means for the non-realization of P_i and the realization of P_j . Once numbers are assigned to these variables, calculation of the concrete weight of P_i ($W_{i,j}$) is no more difficult than deduction, once the class of premises is complete. Let us assume that under the circumstances of the case (C), the concrete weight ($W_{i,j}$) of P_i is greater than 1. P_i , then, takes precedence over P_j under the circumstances of the case (C): (P_iPP_j). According to the law of competing principles, this means that a rule is valid that has (C) as its *protasis* and the legal consequences (Q) of P_i in the concrete case as its *apodosis*: $C \rightarrow Q$. The case can now be subsumed under this rule. This shows that subsumption stands only at the beginning of balancing but also at the end” (ROBERT ALEXY (*supra* nota 1), pág. 11).

En contraste, la solución de un caso por medio de la subsunción es independiente del uso de la ponderación. Los argumentos sustanciales que normalmente acompañan el uso de la subsunción pueden tener la estructura de cualquiera de las operaciones básicas de aplicación del derecho.

Esta relación asimétrica entre el uso de la ponderación y el de la subsunción ha conducido a negar el carácter básico de la ponderación, al suponer su reducción a la subsunción²⁷⁶. En efecto, como vimos, según la teoría de ROBERT ALEXY, el carácter básico de una operación se deriva, entre otros requisitos, del hecho de que el esquema general al cual ella es referida sea específico —o en otras palabras, que no sea reducible a otro—. Así, si el esquema general al cual se refiere la ponderación fuese reducible al de la subsunción, la ponderación no podría ser más una operación básica. No obstante, el hecho de que la solución de un caso mediante la ponderación requiera el uso de la subsunción, no es ningún indicio que permita negar el carácter básico de la ponderación. En efecto, en tanto que la relación asimétrica se refiere al uso de las operaciones básicas y no a su descripción²⁷⁷, los requisitos básicos que hacen de la ponderación y de la subsunción operaciones básicas —esto es, que el esquema general al que se encuentran referidas sea formal, necesario y específico— permanecen incólumes.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha desarrollado —como complemento al control restringido a los vicios de procedimiento en la formación de los actos de reforma previsto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 241 y en el artículo 379 de la Constitución— una doctrina diri-

²⁷⁶ Esta posición es defendida por JOSÉ JUAN MORESO en “Conflictos entre principios constitucionales”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, págs. 99-121.

²⁷⁷ A mi parecer la posición de JOSÉ JUAN MORESO según la cual la ponderación es reducible a la subsunción confunde precisamente los planos descriptivo y prescriptivo anotados. En efecto, según su posición: “La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de *subsunción*. [...] En relación con la *movilidad* de las jerarquías mi posición es más matizada: dado que hay diversas jerarquizaciones ideales de nuestros principios en conflicto, hay algún grado de indeterminación en la aplicación de los principios en conflicto, pero la movilidad no supone la incapacidad de convertir la ponderación en una operación de *subsunción*. La racionalidad subsuntiva es, en mi opinión, un presupuesto necesario para la justificación de todas nuestras decisiones” (JOSÉ JUAN MORESO (*supra* nota 278), esp. págs. 99, 120-121).

gida a justificar el control constitucional sobre la ocurrencia de los vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma. Dichos vicios acaecen en relación con el ejercicio de dicho poder, cuando su ejercicio contradice los fundamentos normativos que subyacen a las reglas de competencia que lo rigen.

La exposición originaria de la doctrina de la sustitución de la Constitución presentada en la sentencia C-551 de 2003 ha sido desarrollada por la Corte en numerosas decisiones posteriores.

La jurisprudencia constitucional ha explorado las diferencias que existen entre la sustitución de la Constitución y otros fenómenos normativos cercanos, tales como la destrucción, el quebrantamiento, la rotura, la suspensión y la violación de la Constitución. Este ejercicio de individualización de la sustitución de la Constitución realizado por la Corte, permite advertir no obstante un rasgo común entre los casos de reforma y los de sustitución de la Constitución. Dicho rasgo común corresponde al ejercicio formal del poder de reforma, como condición necesaria de estos eventos.

La existencia de este rasgo común le ha exigido a la Corte definir un criterio que permita distinguir los casos de sustitución de los de reforma a la Constitución. El criterio usado por la Corte, para lograr esta distinción, ha sido el de la magnitud y trascendencia de la modificación de la Constitución. La búsqueda de una solución a la vaguedad de este criterio ha conducido a la Corte a la distinción entre sustituciones totales y sustituciones parciales de la Constitución. Si bien la doctrina ha afirmado que la primera categoría asegura la existencia de casos de modificaciones constitucionales que, al negar el significado aceptado de Constitución, deben ser necesariamente subsumidos dentro del concepto de sustitución, no obstante es discutible la definición de aquello que puede constituir una sustitución parcial de la Constitución y no su reforma. En efecto, dicha definición depende tanto de lo que pueda ser precisado como aspecto esencial de nuestra Constitución vigente, como de la determinación de la magnitud o trascendencia de la modificación constitucional efectuada.

De esta manera, la Corte estima necesario crear un método que permita distinguir de manera razonada entre los casos de reforma y los casos de sustitución parcial de la Constitución. El método, diseñado por la Corte para lograr esta distinción, corresponde a la operación básica de la subsunción. De acuerdo con dicha operación básica, el método diseñado por la Corte está compuesto por tres elementos: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.

Conforme a la Corte, la justificación externa de la premisa mayor del juicio de sustitución de la Constitución requiere enunciar los aspectos definitorios de su identidad, que se supone han sido sustituidos por el ejercicio del poder de reforma. La premisa menor, a su vez, corresponde al examen del acto acusado con el objeto de establecer cuál es su alcance jurídico en relación con los elementos definitorios de la Constitución. Por su parte, la conclusión del esquema deductivo propuesto por la Corte corresponde a la comparación de la premisa menor con la premisa mayor con el objeto de verificar si la reforma reemplaza el elemento esencial de la Constitución definido en la primera de estas premisas.

La Corte ha especificado además ciertas cargas argumentativas que deben ser cumplidas por ella en la construcción del juicio de sustitución. Estas cargas afectan especialmente la premisa mayor y la conclusión del esquema deductivo previsto.

Así mismo, los requisitos impuestos a quien demanda la inexecutable del acto de reforma por cargos de sustitución se fundan tanto en las exigencias generales que integran la identidad del juicio de sustitución —que permiten por demás distinguirlo de otros juicios especialmente de control material— como en las cargas argumentativas especiales que se ha impuesto la Corte para la construcción del juicio de sustitución.

Dado que, por una parte, la Constitución —al menos en su contenido mínimo— no es un conjunto de reglas, y que por la otra, las cargas argumentativas impuestas a la Corte —y en consecuencia, también a quien demanda— en relación con el juicio de sustitución, exigen que se deba demostrar una magnitud y trascendencia de la modificación de la Constitución tal, que el nuevo elemento introducido por el acto de reforma resulte incompatible con la identidad de la Constitución, entonces la asignación de significado de aquello que resulta incompatible —o en otras palabras, la determinación de la magnitud o trascendencia razonable de la modificación de un elemento esencial de la Constitución— es necesariamente un asunto de ponderación. Esta es precisamente la solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución, adoptada por la sentencia C-579 de 2013.

Dicha decisión resuelve la demanda de inexecutable por sustitución de la Constitución presentada contra el artículo 1º del acto legislativo 1 de 2012.

La disposición demandada introduce un artículo transitorio en la Constitución que determina el marco jurídico para acordar una ley es-

tatutaria que regulará la adopción de diversos instrumentos de justicia transicional. Dicho artículo se presenta así como un límite impuesto por el poder constituyente derivado al margen de apreciación del legislador. En este sentido, la disposición demandada define tanto los fines posibles, como los medios elegibles dentro de la actividad legislativa.

Las limitaciones al margen de apreciación del legislador establecidas en dicho marco son teleológicas y de medio.

En relación con las primeras, el marco se presenta como el resultado de una ponderación entre dos fines contrapuestos que deben ser, por lo tanto, necesariamente perseguidos por el legislador en la regulación de las materias objeto del acto legislativo. Estos fines son, por una parte, “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos”; y por la otra, “garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

En relación con la definición de los medios razonables, las limitaciones al margen de discrecionalidad del legislador pueden clasificarse como formales y materiales.

Desde el punto de vista formal, el numeral 1 del artículo 152 de la Constitución y normas concordantes, como el propio acto legislativo que se analiza, imponen al legislador la expedición de leyes estatutarias para regular “los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

Desde el punto de vista material, las limitaciones —presupuestas o explícitamente formuladas en la disposición demandada— al margen de apreciación del legislador referentes a la escogencia de los medios posibles para lograr los fines contrapuestos descritos pueden ser clasificadas como generales y especiales.

Las limitaciones materiales generales se refieren al deber que tiene el legislador —para la expedición de la ley estatutaria— de escoger la justicia transicional y la concepción a ella subyacente —conforme a la decisión previa del creador del acto legislativo— como medio para lograr los cometidos impuestos por el marco.

Las limitaciones materiales especiales se refieren al margen de apreciación estructural del legislador referente a la definición de los medios elegibles para el logro de los fines impuestos de acuerdo con la concepción de justicia transicional previamente escogida.

Dichos márgenes materiales especiales pueden ser clasificados a su vez en limitados y restringidos.

Así, el margen de apreciación del legislador es limitado, por una parte, respecto de la regulación de un tratamiento diferenciado para los diversos actores del conflicto; y por la otra, en relación con la regulación de los deberes de investigación y sanción.

En contraste, el marco impone un margen de apreciación restringido respecto al factor subjetivo para aplicar los instrumentos de justicia transicional; en relación con el deber de regular las obligaciones de esclarecimiento de la verdad y reparación a las víctimas; con referencia a la obligación de definir y regular los criterios de selección de los delitos y, por último, respecto del deber de regular mecanismos penales alternativos y las condiciones para su aplicación.

La demanda contra el acto legislativo 1 de 2012 consideraba, que para que este pudiera ser incorporado a la Constitución, era necesario declarar la inexequibilidad de algunas de sus expresiones. Dicha inexequibilidad se sustentaba en el hecho de que el pilar de la Constitución alegado presentaba una estructura dual, que hacía que su contenido mínimo tuviera la estructura de una regla.

En efecto, la demanda sostenía de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado presentaba la estructura de un principio en relación con el deber general del Estado de proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia. No obstante, el actor afirmaba de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado tenía la estructura de una regla en relación con el deber del Estado de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción.

Al reformular el problema jurídico planteado en la demanda, la Corte aborda la cuestión relativa a la definición de la magnitud o trascendencia de la intervención en un elemento esencial de orden constitucional por parte del poder de reforma. La formulación de esta cuestión requiere, sin embargo, responder primero a la pregunta referida a la estructura de los elementos esenciales de la Constitución.

En efecto, si los elementos esenciales de la Constitución tienen la estructura de reglas —como pretende el demandante— entonces dichos elementos no admitirán restricción alguna; y por lo tanto, toda incompatibilidad que dichos elementos presenten con aquel elemento introducido por el ejercicio formal del poder de reforma implicará siempre un fundamento suficiente para sostener que dicha reforma debe ser considerada una sustitución de la Constitución.

En contraste, si se considera que los elementos esenciales de la Constitución tienen la estructura de principios, entonces dichos elementos admitirán restricciones; y entonces, no toda incompatibilidad que dichos elementos presenten con aquel elemento introducido por el ejercicio formal del poder de reforma implicará siempre un fundamento suficiente para sostener que dicha reforma debe ser considerada una sustitución de la Constitución. En efecto, la pregunta acerca de la incompatibilidad aceptable entre la modificación de la Constitución y el elemento esencial de la Constitución afectado con dicha modificación, debe ser reconducida entonces al problema de la determinación de la magnitud o trascendencia razonable o justificada de la intervención en dicho elemento esencial de la Constitución causada por el ejercicio del poder de reforma. Así, la determinación de la razonabilidad o justificación de la magnitud o trascendencia de dicha intervención permitirá definir si el ejercicio formal del poder de reforma ha dado lugar a una sustitución de la Constitución.

En contra de lo establecido en la demanda, la Corte sostiene que tanto el elemento esencial de la Constitución, atinente al caso, como el fin contrapuesto a él perseguido por la reforma que se demanda, tienen la estructura de principios. Dada la estructura de estos elementos normativos, la definición del criterio que permite determinar si la reforma que se analiza sufre vicios de competencia es, para la Corte, necesariamente un asunto de ponderación.

Así, el juez constitucional complementa el uso de un esquema derivado de la subsunción —como lo es el juicio de sustitución— mediante el empleo del juicio de ponderación. Este uso de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del esquema derivado inicial, y de manera más específica de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios del criterio que permite distinguir los casos de sustitución de aquellos de reforma a la Constitución.

En tanto que el juicio de sustitución es una derivación del esquema básico de la subsunción, dicho juicio de sustitución presenta una relación contingente respecto de la ponderación. De hecho, el juicio de sustitución puede apoyarse también en argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos o analogía. Como es obvio, dichos argumentos son típicamente utilizados en la aplicación precedente²⁷⁸.

²⁷⁸ Algunos ejemplos de este uso complementario de argumentos comparativos para la solución de cargos de sustitución de la Constitución pueden ser encontrados en las sents. C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-757 de 2008, C-141 de 2010, C-303 de 2010, C-249 de 2012 y C-1056 de 2012.

Otra hipótesis acerca de la interacción propuesta por la Corte, en este fallo, entre el juicio de sustitución y el de ponderación —que niega la relación de complementariedad entre ellos que pretendo demostrar— es la de reemplazar²⁷⁹. Según esta hipótesis la Corte, en la sentencia C-579 de 2013, no ha utilizado más un modelo deductivo sino en cambio solo una ponderación. No obstante, estimo que esta hipótesis no es correcta. En efecto, de acuerdo con la argumentación ofrecida por la Corte en su decisión, la ponderación aporta un argumento que permite dar una solución al caso, pero dentro del contexto planteado por la aplicación del juicio de sustitución. En otras palabras, la pregunta que se pretende responder en este caso con la ponderación —esto es: ¿cuál es la magnitud o trascendencia razonable o justificada de la modificación al elemento esencial de la Constitución definido en la premisa mayor del juicio de sustitución causada por el ejercicio del poder de reforma?— solo tiene sentido dentro del contexto del modelo deductivo propuesto por el juicio de sustitución²⁸⁰.

En efecto, si bien un caso estándar de ponderación supone como punto de partida la subsunción del caso en cada una de las reglas que se deducen de cada uno de los principios contrapuestos²⁸¹, la diferencia esencial con la ponderación usada con el objeto de resolver el juicio de sustitución radica en el hecho de que dichos principios contrapuestos deben corresponder a la definición de las premisas mayor y menor del juicio de sustitución. Esto implica que cuando el juez constitucional usa el juicio de ponderación con el objeto de resolver uno de sustitución, las reglas que se deben deducir de los principios contrapuestos para llevar a cabo las subsunciones que el punto de partida de la ponderación exige, no son independientes entre sí, sino que, por el contrario, guardan entre ellas una relación deductiva definida por el juicio de sustitución.

Así, en relación con el caso de la sentencia C-579 de 2013, dado que el pilar fundamental definido en la premisa mayor del juicio de sustitución —conforme a su estructura— admite restricciones, y dado que estas posibles restricciones se justifican en aras del logro de “la paz estable y duradera y la sustracción del país del conflicto por medio de la

²⁷⁹ Agradezco especialmente al Profesor Dr. KAI AMBOS el haber sugerido esta posible interpretación de los métodos de solución al caso resuelto por la Corte en la sent. C-579 de 2013.

²⁸⁰ Tal como el diagnóstico de un médico no deja de ser su diagnóstico aun si se apoya sobre pruebas que no provienen de su propia opinión.

²⁸¹ Al respecto véase *supra* nota 275.

desmovilización de los grupos armados al margen de la ley”²⁸², la Corte concluye que la adopción del sistema de justicia transicional previsto por la reforma no implica reemplazar el elemento esencial de la Constitución definido en la premisa mayor del juicio de sustitución, porque el grado de no satisfacción o de restricción de dicho elemento esencial, se justifica en razón a la importancia de la satisfacción del principio que persigue el acto de reforma.

En la sentencia C-579 de 2013, la Corte concluye, con fundamento en el juicio de ponderación, por una parte, que la incorporación en la Constitución de la estrategia dirigida a agrupar las graves violaciones de derechos humanos en los así denominados “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables se encuentra justificada; y por la otra, que la aplicación especial a las reglas de juzgamiento se encuentra también justificada siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Por último, la Corte introduce en esta sentencia diversos criterios obligatorios de interpretación del acto legislativo, que complementan los límites al margen de discrecionalidad del legislador previstos en la reforma.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT: “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en ULFRID NEUMANN/WINFRIED HASSEMER/ULRICH SCHROTH (ed.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 100, Stuttgart, 2005.
- “Balancing, Constitutional Review and Representation”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005.
 - “Derecho constitucional y derecho ordinario Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 2003.
 - “Die logische Analyse juristischer Entscheidung”, en WINFRIED HASSEMER/ARTHUR KAUFMANN/ULFRID NEUMANN (eds.), *Argumentation und Recht*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 14, Stuttgart, 1980.
 - “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, 1995.

²⁸² Sent. C-579 de 2013.

- “On the Structure of Legal Principles”, en *Ratio Iuris*, núm 13, 2000.
 - *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Lima, 2007 (1978).
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2008 (1986).
 - “Two or Three?”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010.
- ALEXY, ROBERT / DREIER, RALF: “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany”, en D. NEIL MACCORMICK/ROBERT SUMMERS, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, 1991.
- ATIENZA, MANUEL / RUIZ MANERO, JUAN: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2007 (2004).
- BÄCKER, CARSTEN: “Rules Principles and Defeasibility”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010.
- BERNAL, CARLOS: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (2003).
- “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en JUAN CARLOS HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, 2013.
- BOROWSKI, MARTIN: *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, 2006.
- “Formelle Prinzipien und Gewichtsformell”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, Tübingen.
 - “The Structure of Formal Principles – Rober Alexy’s Law of Combination”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Suplemento 119, Stuttgart, 2010.
- CAJAS SARRIA, MARIO: *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*, Cali, 2008.
- CARRIÓ, GENARO: *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires, Astrea 1971.
- COLLIER, DAVID / HIDALGO, FERNANDO D. / MACIUCEANU, ANDRA O.: “Essentially Contested Concepts: Debate and Applications”, en *Journal of Political Ideologies*, vol. 11, núm. 3, 2006.
- DA SILVA, VIRGÍLIO AFONSO: *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Kiel, 2003.

- DE VEGA GARCÍA, PEDRO: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- ENDICOTT, TIMOTHY: “The Value of Vagueness”, en VIJAY KUMAR BHATIA/JAN ENGBERG/MAURIZIO GOTTI/DOROTHEE HELLER (eds.), *Vagueness in Normative Texts*, Bern, 2005.
- *Vagueness in Law*, Oxford, 2001.
- HART, H. L. A.: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (1961).
- HECK, PHILIPP: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914.
- KANT, IMMANUEL: *Crítica de la razón pura*, Madrid, Tecnos, 1998 (1781).
- KLATT, MATTHIAS: *Making the Law Explicit*, Oxford, 2008.
- KLATT, MATTHIAS / SCHMIDT, JOHANNES: *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, 2010.
- KOCH, HANS-JOACHIM / RÜSSMANN, HELMUT: *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982.
- MACCORMICK, D. NEIL / SUMMERS, ROBERT: “Interpretation and Justification”, en D. Neil MACCORMICK/ROBERT SUMMERS, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Burlington, 1991.
- MORESO, JOSÉ JUAN: “Conflictos entre principios constitucionales”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trola, 2003.
- NEUMANN, ULFRID: *Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, Heidelberg, 1979.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE A.: “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 27, julio a diciembre de 2011.
- “Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, Tübingen.
- RAABE, MARIUS: *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, 1998.
- RAMÍREZ CLEVES, GONZALO: “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, junio 2006.
- *Los límites a la reforma constitucional y las garantías. Límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, 2003.
- “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad entre democracia y demagogia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, junio 2008.
- RÖTHEL, ANNE: *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen, 2004.

- SCHMITT, CARL: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- SHAPIRO, STEWART: *Vagueness in Context*, Oxford, 2006.
- SIECKMANN, JAN-REINARD: *Recht als normatives System*, Baden-Baden, 2009.
- *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990.
- SOAMES, SCOTT: “What Vagueness and Inconsistency Tell Us about Interpretation”, en ANDREI MARMOR/SCOTT SOAMES, *The Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, 2013.
- SOLAN, LAWRENCE M.: “Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation”, en VIJAY KUMAR BHATIA/JAN ENGBERG/MAURIZIO GOTTI/DOROTHEE HELLER (eds.), *Vagueness in Normative Texts*, Bern, 2005.
- SORENSEN, ROY: “Vagueness has no Function in Law”, en *Legal Theory*, 7, 04, Diciembre 2001.
- TUSHNET, MARK: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2009.
- WALDRON, JEREMY: “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, en *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, art. 3, 1994.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, Gredos, 2009 (1921).
- “Constitución de 1821”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1830”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1832”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1843”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13695> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1853”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1858”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13697> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1863”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- “Constitución de 1886”. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#20> (visitado por última vez el 23 de enero de 2014).
- Real Academia de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=restringir> (visitado por última vez el 3 de febrero de 2014).

LISTA DE SENTENCIAS Y AUTOS CONSULTADOS

Sentencias

C-579 de 2013	C-182 de 2010	C-181 de 2006	C-127 de 2003
C-068 de 2013	C-141 de 2010	C-1040 de 2005	C-1092 de 2002
C- 055 de 2013	C-055 de 2010	C-242 de 2005	C-802 de 2002
C-1056 de 2012	C-761 de 2009	C-332 de 2005	C-489 de 2002
C-1017 de 2012	C-749 de 2009	C-179 de 2005	C-487 de 2002
C-889 de 2012	C-682 de 2009	C-1052 de 2004	C-374 de 2002
C-781 de 2012	C-588 de 2009	C-970 de 2004	C-317 de 2002
C-846 de 2012	C-417 de 2009	C-971 de 2004	C-247 de 2002
C-317 de 2012	C-350 de 2009	C-888 de 2004	C-181 de 2002
C-315 de 2012	C-149 de 2009	C-816 de 2004	SU-1122 de 2001
C-306 de 2012	C-070 de 2009	C-668 de 2004	C-1098 de 2001
C-253 de 2012	C-027 de 2009	C-572 de 2004	C-1064 de 2001
C-249 de 2012	C-1148 de 2008	C-571 de 2004	C-1287 de 2001
C-243 de 2012	C-757 de 2008	C-507 de 2004	C-836 de 2001
C-132 de 2012	C-929 de 2007	C-372 de 2004	C-711 de 2001
C-122 de 2012	SU-891 de 2007	C-313 de 2004	C-647 de 2001
C-052 de 2012	C-293 de 2007	C-229 de 2004	C-501 de 2001
C- 913 de 2011	C-216 de 2007	C-131 de 2004	C-252 de 2001
C-879 de 2011	C-210 de 2007	C-039 de 2004	C-093 de 2001
C-819 de 2011	C-180 de 2007	C-014 de 2004	C-1110 de 2000
C-771 de 2011	C-178 de 2007	C-1200 de 2003	C-539 de 1999
C-748 de 2011	C-153 de 2007	C-1034 de 2003	SU-337 de 1999
C-645 de 2011	C-154 de 2007	SU-975 de 2003	SU-642 de 1998
C-574 de 2011	C-153 de 2007	C-799 de 2003	C-543 de 1998
C-936 de 2010	C-986 de 2006	C-619 de 2003	C-543 de 1997
C-646 de 2010	C-472 de 2006	C-551 de 2003	C-447 de 1997
C-533 de 2010	C-370 de 2006	C-254 de 2003	C-475 de 1997
C-303 de 2010	C-319 de 2006	C-205 de 2003	C-387 de 1997

C-385 de 1997	C-600a de 1995	C-546 de 1993	T-345 de 1996
C-320 de 1997	C-586 de 1995	T-766 de 2008	T-425 de 1995
SU.257 de 1997	C-531 de 1995	T-054 de 2003	T-123 de 1995
C-222 de 1997	C-180 de 1994	T-029 de 2002	T-231 de 1994
			T-547 de 1993

Sentencia de 9 de octubre de 1990, M. P. Hernández Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, Gaceta Especial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1993.

Sentencia de 9 de junio de 1987, M. P. Hernando Gómez Otálora, "G. J." 2340.

Sentencia de 3 de noviembre de 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo, "G. J.", 2405.

Sentencia de 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, "G. J.", 2397.

Sentencia de 16 de abril de 1971, M. P. Guillermo González Charry, "G. J.", 2340-2342

Sentencia de 28 de noviembre de 1957, M. P. Guillermo Hernández Peñaloza, "G. J.", 2188-2189.

Auto de 28 de octubre de 1955, M. P. Luis Enrique Cuervo, "G. J.", 2159

Auto de 30 de enero de 1956, M. P. Ignacio Gómez Posse, "G. J.", 2163 y 2164.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO CATEGORÍA CONSTITUCIONAL

NELSON CAMILO SÁNCHEZ
CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ

Resumen: Este ensayo analiza el concepto de justicia transicional adoptado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-579 de 2013, a partir del cual dicho tribunal evaluó la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, más conocido como Marco Legal para la Paz. Con este objetivo, se analiza el contenido relevante de la sentencia, comparando su texto con la jurisprudencia previa de la Corte sobre el tema, la experiencia comparada en materia de justicia transicional de la que hace uso la propia Corte, y la recopilación histórica que se hace en la sentencia respecto de medidas de amnistía e indulto desarrolladas por el constitucionalismo colombiano. El capítulo presenta las tendencias comunes de la jurisprudencia colombiana y la experiencia comparada que se ratifican en esta decisión, así como las características novedosas que aporta esta sentencia en la línea jurisprudencial colombiana sobre la relación entre justicia constitucional y medidas de justicia transicional.

1. INTRODUCCIÓN

En los estudios clásicos sobre transición hacia la democracia en América Latina, politólogos como JUAN LINZ y GUILLERMO O'DONNELL¹ tenían una preocupación particular por el lenguaje constitucional de dichas transiciones. A su juicio, el modelo constitucional que adoptara la sociedad que buscaba salir de la represión era fundamental para evitar su repetición. Por ello, el diseño constitucional era central en las discusiones de la transición. Cuestiones como participación política, régimen de

¹ GUILLERMO O'DONNELL/PHILIPPE SCHMITTER/LAURENCE WHITEHEAD (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule: Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1986; JUAN LINZ, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown & Reequilibration*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1978.

partidos y, en general, las cuestiones asociadas al régimen político tenían relevancia manifiesta en este análisis.

Con el auge de los mecanismos específicos asociados a la justicia transicional, especialmente con la trascendental influencia internacional del modelo de la Comisión de la Verdad en Suráfrica, buena parte de los estudios en este campo pasaron a concentrarse en estos mecanismos. La prioridad se volcó a cómo desarrollar arreglos institucionales adecuados para enfrentar la agenda de los crímenes del pasado. Una prolífica producción en este sentido ha sido construida en los últimos años y va en aumento².

En la actualidad, la experiencia ha demostrado la necesidad de integrar estos dos procesos de reforma. Tanto el diseño constitucional de la sociedad en transición como los mecanismos excepcionales que tienden a enfrentar los legados del pasado tienen una relación intrínseca. Por un lado, las instituciones constitucionales pueden cumplir un papel fundamental e irremplazable para adelantar los objetivos de la transición. Así, en sistemas políticos y jurídicos constituidos, la discusión sobre la viabilidad y pertinencia de ciertos mecanismos excepcionales dependerá del margen de maniobra constitucional que tengan.

Este es, precisamente, uno de los temas centrales de la discusión de las medidas introducidas en el ordenamiento colombiano con el rótulo de “Marco Legal para la Paz”. Además de las discusiones éticas y políticas sobre la viabilidad de dicha medida en el contexto colombiano, la discusión técnico-jurídica sobre la constitucionalidad de esta medida es extensa. En este ensayo abordaremos uno de los puntos de esa discusión jurídica, particularmente el relacionado con la pregunta de cuál es el estatus de constitucionalidad de la idea de la justicia transicional y cuál modelo de transición podría ser admisible con fundamento en las normas constitucionales vigentes.

Para este análisis, dividiremos el trabajo en tres partes que siguen la estructura de la lógica argumentativa de la sentencia C-579 de 2013. En

² La literatura es muy amplia, para algunos textos representativos ver: ELIZABETH JELIN, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores/Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2002 (sobre memoria histórica); MARK FREEMAN, *Necessary evils: Amnesties and the Search for Justice*, New York, Cambridge University Press, 2009 (sobre estándares de justicia y amnistías); PABLO DE GREIFF, *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (en materia de reparaciones); PRISCILLA B HAYNER, *Unspeakable Truths, Transitional Justice and the Challenge of Truth Commission*, New York, Routledge, 2011 (en materia de verdad).

la primera sección analizaremos el concepto de justicia transicional que desarrolla la Corte en su sentencia y lo comparamos con la jurisprudencia previa en la materia. En la segunda nos concentramos en la metodología comparativa usada por la Corte Constitucional y las lecciones que esta experiencia comprada pueden brindar al estudio concreto del caso. Finalmente, en la tercera y última parte hacemos algunos comentarios sobre la reconstrucción histórica que hace la Corte sobre medidas excepcionales de amnistía e indulto establecidos en Colombia desde los gobiernos de la colonia para indagar sobre la utilidad de dicha experiencia en el actual proceso de transición colombiano.

2. EL CONCEPTO DE TRANSICIÓN EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

La sentencia C-579 de 2013 consolida una línea jurisprudencial en Colombia respecto de la definición y alcances del concepto de “justicia transicional”. Un término que, a pesar de ser novedoso y muy polémico, se ha venido instalando en la retórica constitucional colombiana hasta incluso ser, hoy en día, parte del propio lenguaje constitucional gracias al Acto Legislativo 1 de 2012.

Más allá de las álgidas discusiones políticas que ha generado el paradigma de la justicia transicional en Colombia, los debates jurídico-constitucionales sobre la aplicación de este concepto han sido intensos y de gran interés para el desarrollo del campo. Por ejemplo, en Colombia han sido discutidas preguntas como las siguientes: ¿Es válida la idea de justicia transicional para un país que no ha empezado una etapa de posconflicto? ¿Está sustentada esta teoría en la Constitución? En caso de que lo esté, ¿cuáles componentes del concepto de justicia transicional acepta la Constitución?, y ¿cuál es el papel del derecho penal en el modelo de transición aceptado por la Constitución Política colombiana?

A) *¿Justicia transicional dentro de un “statu quo” constitucional?*

Una de las primeras discusiones se estructuró a partir de la particularidad colombiana de establecer un marco de justicia transicional en medio del conflicto. La discusión se inició a principios de la década anterior cuando el gobierno nacional presentó ante el Congreso una propuesta de marco normativo destinado a legalizar la situación jurídica de los combatientes desmovilizados de los grupos paramilitares³. El paradigma de

³ RODRIGO UPRIMNY, “Las leyes de justicia y paz, en la desmovilización de los paramilitares en Colombia, 2003-2010”, en BRUCE M. BAGLEY/ELVIRA MARÍA RESTREPO

la justicia transicional se incluyó entonces como un tipo de justicia de reconciliación que, en oposición a la justicia retributiva, se sustentaba en la reconstrucción de lazos sociales y no en el castigo. Para organizar dicho modelo no se propuso una transformación constitucional, pues se consideraba que la Constitución entonces vigente permitía la inclusión de figuras de pacificación distintas al castigo penal. Así pues, el gobierno nacional presentó ante el Congreso un proyecto de ley al que se le conoció como el proyecto de “alternatividad penal”⁴.

La discusión teórica tenía dos frentes. Por un lado, la academia se preguntaba si en realidad ese novedoso término de justicia transicional era una nueva forma de justicia en donde el enfoque restaurativo desplazaba por completo el enfoque retributivo propio de la justicia penal. Por otro lado, la comunidad jurídica discutió si un modelo de este tipo podría ser aceptable dentro del marco constitucional⁵.

El primer postulado del gobierno fue fuertemente atacado tanto desde la academia como desde los sectores sociales de derechos humanos nacionales e internacionales. En un texto de la época escrito por RODRIGO UPRIMNY y MARÍA PAULA SAFFON se recoge esta discusión y se enfrenta esa concepción de justicia transicional en donde se presentan la restauración y la retribución como dos opuestos excluyentes⁶. Por el contrario, con fundamento en el debate teórico comparado, los autores apostaron por un concepto más amplio de justicia en el que ambos enfoques podrían verse como complementarios⁷. Esta discusión fue apoyada por las mayorías

(eds.), *The Demobilization of the Colombian Paramilitares, 2003-2010*, Bogotá-Miami, Uniandes, University of Miami, 2010.

⁴ CATALINA BOTERO, *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá, Fundación Social-ICTJ/Fondo Editorial Cerec, 2004.

⁵ Como más adelante apuntaría la propia Corte Constitucional: “la implantación excepcional en un Estado de medidas de justicia transicional en determinadas circunstancias históricas, [...] debe ser compatible con su marco constitucional, pues lo contrario implicaría una disminución de los estándares de justicia y de protección de los derechos de las víctimas que la sociedad tiene derecho a asegurar, como consecuencia y realización de los preceptos, valores y principios consagrados en el texto superior y de las reglas contempladas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad” (sent. C-771 de 2011).

⁶ RODRIGO UPRIMNY/MARÍA PAULA SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en RODRIGO UPRIMNY, *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, Dejusticia, 2006.

⁷ La discusión en Colombia sobre qué tipo de justicia al que se haría referencia dentro del paradigma de la justicia transicional ha tenido al menos cuatro referentes

políticas y dio lugar a la transformación de ese proyecto inicial de alternatividad penal, el cual dio paso en las discusiones parlamentarias a un modelo intermedio que terminó convirtiéndose en lo que posteriormente se adoptó en la conocida Ley 975 o Ley de Justicia y Paz⁸.

El segundo interrogante se juntó a la discusión política dada en el Congreso. La idea de justicia transicional como fórmula de cierre a una situación de conflicto y de transformación social y política suscitaba tres cuestiones objeto de discusión. En primer lugar si era posible —y constitucional— activar mecanismos de transición en una sociedad que no estaba cercana a la terminación del conflicto⁹. En segundo lugar se discutieron los alcances del concepto de justicia transicional y su relación con sociedades en conflicto. Para algunos, como IVÁN OROZCO¹⁰, la justicia transicional tenía un ámbito de aplicación limitado que solo opera en aquellas situaciones en las que se hace tránsito de una dictadura a una democracia. Otros, por su parte, defendieron el concepto de justicia transicional como el que delimita unas características comunes, así en la práctica internacional no haya alcanzado una terminología uniforme.

de justicia en disputa: 1) el aseguramiento de un castigo frente a una acción criminal (justicia retributiva), 2) la asignación equitativa de recursos y cargas sociales (justicia distributiva), 3) la corrección de un perjuicio ocasionado en contravención de una norma (justicia correctiva), 4) la restauración de relaciones sociales rotas y la reconstrucción de tejido social en una comunidad (justicia restaurativa). NELSON CAMILO SÁNCHEZ/RODRIGO UPRIMNY, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en CATALINA DÍAZ, *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, Bogotá, ICTJ, 2010.

⁸ NICOLÁS PALAU VAN HISSENHOV, *Trámite de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Fundación Social, 2010.

⁹ Esto conforme a la lógica de que el carácter “transicional” del concepto sugiere un requisito de cambio o de transformación, el cual usualmente ocurre entre una situación de conflicto o represión a una de paz y democracia. Según esta interpretación, los mecanismos asociados con este paradigma serán exclusivamente aquellos que se pongan en práctica en un momento histórico intermedio en el cual ya no existe un conflicto, pero aún no se ha alcanzado una institucionalidad democrática que responda a las necesidades sociales y a los postulados propios del Estado de derecho. Sobre el debate del uso de mecanismos de transición en medio del conflicto ver: RODRIGO UPRIMNY *et al.*, *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, Dejusticia, 2006; JEMIMA GARCÍA-GODOS/ANDREAS KNUT, “Transitional Justice and Victims Rights before the End of a Conflict: The Unusual Case of Colombia”, en *Journal of Latin American Studies*, vol. 42, Issue 03, august 2010, págs. 487-516.

¹⁰ IVÁN OROZCO, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Edit. Temis, 2009.

Con fundamento en la Introducción de los *Principios de Chicago sobre Justicia del Post-conflicto*, este sector defendió un concepto de justicia transicional amplio en el que se podía usar como sinónimo de las expresiones: “Justicia del post-conflicto”, “justicia de transición”, “estrategias para combatir la impunidad”, “estrategias de construcción de paz”, “reconstrucción de post-conflicto”, entre otras¹¹.

Finalmente, una tercera discusión se presentó sobre si una fórmula de justicia transicional podía ser admitida por una Constitución pre establecida o si, por el contrario, como medida de cierre a una transformación política y social, el fruto de la justicia transicional debería traer consigo una nueva Constitución. En otras palabras, la pregunta de muchos era qué tan transicional y transformador podía ser adoptar medidas dentro del mismo marco constitucional que habría permitido y perpetuado los factores sociales y políticos que se querían transformar¹².

La jurisprudencia de la Corte, que se consolida con la sentencia C-579 de 2013, ha ido aclarando estos interrogantes y afianzando la interpretación de la justicia transicional y su relación con el marco constitucional. El reconocimiento del concepto de justicia transicional ha sido asumido incrementalmente: de ser un concepto desconocido y poco sustentado pasó a ser reconocido por la jurisprudencia y hoy en día forma parte del propio texto constitucional¹³. Finalmente, la jurisprudencia ha ido definiendo estándares concretos de ponderación de los mecanismos específicos de la justicia transicional y del modelo de justicia transicional admitido por el texto constitucional. Veamos con mayor detalle estas características.

B) *La construcción jurisprudencial del modelo transicional colombiano*

Si bien la Carta Constitucional originalmente adoptada en 1991 no se refería expresamente al concepto de justicia transicional o justicia de

¹¹ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI/DANIEL ROTHENBERG, *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. A Project of International Human Rights Law Institute*, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007. Disponible en: http://www.concerned-historians.org/content_files/file/to/213.pdf (28.1.2014).

¹² RODOLFO ARANGO, “La Ley de Justicia y Paz en perspectiva iusfilosófica”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional, núm. 17, 2006.

¹³ Algo similar ocurrió, como se detalla en otro ensayo de este libro, con los derechos de las víctimas.

transición, la jurisprudencia constitucional lo sustentó en disposiciones normativas específicas de la Carta Política y ahondó en su tratamiento en cuestiones tales como su definición, su aplicabilidad en situaciones concretas, y en el papel de las autoridades judiciales, legislativas y administrativas en tanto la resolución de sus tensiones inherentes.

Inicialmente la Corte Constitucional abordó el asunto del concepto de la justicia transicional y sus implicaciones en cuatro decisiones: la sentencia C-370 de 2006, la sentencia C-1199 de 2008 (ambas relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley 975, o Ley de Justicia y Paz), la sentencia C-771 de 2011 (relacionada con una demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1424 de 2010, conocida como la Ley sobre Acuerdos sobre Verdad Histórica), y la sentencia C-052 de 2012 que controló la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1448 de 2011, conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En estas decisiones, la Corte Constitucional adhirió a la definición dominante en el contexto internacional en materia de justicia transicional. Así, para la Corte Constitucional, la justicia de transición se “trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”¹⁴. Esta definición, recogida de la propuesta en su momento por el Secretario General de las Naciones Unidas¹⁵ y que se ha consolidado como la definición de dicho organismo, ha sido citada recurrentemente por la jurisprudencia constitucional colombiana como marco de referencia general al concepto de justicia transicional.

La Corte reconoció, además, la pertinencia de las medidas de transición dentro de un contexto amplio, admitiendo su pertinencia tanto para situaciones de posdictadura como de posconflicto¹⁶. Incluso, para sellar la disputa sobre el ámbito de su aplicación, la Corte se ha pronunciado

¹⁴ Corte Constitucional, sent. C-370 de 2006.

¹⁵ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, párr. 26.

¹⁶ En palabras de la Corte: “la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o posconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia”. Corte Constitucional, sent. C-370 de 2006.

encontrando ajustada la aplicación de mecanismos transicionales aun durante la vigencia del conflicto¹⁷.

Estas características fueron reafirmadas por la sentencia C-579 de 2013. Así, con fundamento en la aproximación del Secretario de Naciones Unidas seguida por el constitucionalismo colombiano, la noción de “justicia transicional” en Colombia es usada tanto para designar la concepción filosófica o valorativa de lo que se entendería como justo en una sociedad y en un momento determinado, como para referirse a las instituciones a partir de las cuales tales valores u objetivos van a ser alcanzados¹⁸. Esta misma noción se estructura a partir de cuatro elementos básicos: 1) las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia, que 2) está definido por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas, 3) que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la flexibilidad de estos estándares, y 4) que para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política.

Ahora bien, un elemento en el que definitivamente se avanza con la reforma constitucional del acto legislativo 1 de 2012 y se ratifica a partir de la sentencia C-579 de 2013 es el del sustento constitucional de la justicia transicional. Los ataques constitucionales iniciales a las medidas legales que establecían marcos transicionales precisamente se basaron en el argumento de que la Constitución Política no admitía medidas excepcionales, incluso si se realizaban con el pretexto de la paz o la transición¹⁹.

¹⁷ Esto pues la Corte reconoció que “el propósito fundamental” de la implantación de estas medidas es “impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir”. Por esta razón, una buena parte de las medidas se concentran en la búsqueda y conocimiento de la verdad y la reparación, a partir de la aplicación de “medidas de naturaleza judicial o no judicial”. Corte Constitucional, sent. C-370 de 2006.

¹⁸ Esta idea de justicia transicional como una integración de procesos, mecanismos y fines es enfatizada por la Corte en la sent. C-579 de 2013, cuando refiere que “La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.1.1.

¹⁹ Este fue uno de los argumentos de la demanda que presentó la Comisión Colombiana de Juristas a la Ley de Justicia y Paz.

En su respuesta inicial (sent. C-370 de 2006), la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 975 y el marco transicional que la sustentaba con fundamento en el reconocimiento constitucional expreso de los derechos a la justicia y a la paz. Posteriormente, en la sentencia C-771 de 2011, mediante la cual hizo el control constitucional de la ley 1424, la Corte ahondó en el sustento constitucional de la idea de la justicia de transición. Allí señaló que si bien en la Constitución Política de 1991 no existía una referencia específica a la justicia transicional, en el texto de 1991 se encontraban al menos tres alusiones de las cuales podía admitirse la implantación excepcional de estas medidas. La primera de ellas —y la más notoria e importante, a juicio de la Corte— era “la frecuente mención a la paz (preámbulo, arts. 2º, 22 y 95), como uno de los objetivos principales del Estado colombiano y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como en el futuro, tan anhelada necesidad”²⁰; así como las “abundantes y reiteradas” referencias a la paz como propósito central del derecho internacional²¹. El segundo elemento era la referencia constitucional a instituciones como la amnistía y el indulto para delitos políticos, los cuales, según la Corte, “pese a su larga tradición tanto en la Antigüedad como dentro del derecho contemporáneo, podrían contarse hoy en día como posibles herramientas de justicia transicional, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social”²². Es decir, la propia Constitución reconoció, desde 1991, algunos mecanismos posibles de ser aplicados en la transición. En tercer lugar, la Corte encontró que la noción de justicia transicional en Colombia se sustentaba constitucionalmente a partir de la expresa mención del concepto de política criminal del Estado.

A partir de estas tres consideraciones, la Corte Constitucional concluyó que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional “[era] una alternativa válida dentro del marco constitucional, cuando concurren especiales circunstancias que justifican la adopción excepcional de este tipo de medidas”²³. Como consecuencia de esta doctrina, la Corte Constitucional ha avalado medidas específicas de transición para el caso

²⁰ Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

colombiano, judiciales y administrativas, como los procesos transicionales penales establecidos por la Ley 975 de 2005 y los procesos administrativos de “Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación”. Asimismo, la Corte encontró que era inconstitucional la aplicación de ciertas medidas de carácter ordinario, como el principio de oportunidad penal, y que una política de transición no podía vulnerar los derechos de las víctimas²⁴.

El acto legislativo 1 de 2012 y la sentencia C-579 de 2013 sellan esta discusión al introducir dos aspectos fundamentales al texto constitucional. Por un lado, al incluir de manera expresa los *derechos de las víctimas como derechos constitucionales*. Como se anotó, hasta entonces se sustentaban estos derechos en la jurisprudencia, fundamentalmente a partir del derecho a la justicia y de los instrumentos del bloque de constitucionalidad. Por otro lado, la reforma dio sustento expreso a la *implementación de mecanismos de justicia transicional*. La sentencia de la Corte reafirmó ambas consideraciones al declarar los derechos de las víctimas como uno de los pilares de la Constitución y al reafirmar el concepto de justicia transicional conforme a la idea de un modelo holístico en el que el juez constitucional debe encontrar un balance entre los intereses y valores enfrentados.

Esta última característica se ratifica con la sentencia C-579 de 2013: la justicia transicional tiene dilemas intrínsecos que requieren de un delicado balance y ponderación constitucional. Al aceptar la definición dominante del concepto de justicia transicional, la Corte ha reconocido que uno de sus elementos centrales es la tensión inherente de ciertos valores. Fundamentalmente, la tensión entre “el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia”, y la protección de “los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”²⁵.

Para ello, la sentencia C-579 de 2013 recurre a la idea del balance de dos concepciones distintas de paz: la “paz negativa”, la cual se consigue a partir de ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia, y la “paz positiva”, que se alcanza mediante “reformas estructurales y políticas incluyentes”.

²⁴ Corte Constitucional, sent. C-936 de 2010.

²⁵ Corte Constitucional, sent. C-370 de 2006.

La sentencia C-579 de 2013 precisa cuatro objetivos de la justicia transicional: 1) el reconocimiento de las víctimas; 2) el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; 3) la reconciliación, y 4) el fortalecimiento de la democracia. Si bien estos cuatro elementos encajan en la idea general de los objetivos del proceso transicional colombiano, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones al respecto.

En este punto la Corte se basa en la literatura dominante en el tema —especialmente en autores como PABLO DE GREIFF— e intenta complementar este punto de vista eminentemente doctrinal con documentos de política y buenas prácticas de Naciones Unidas. Sin embargo, no aclara dos cuestiones: hasta dónde es un argumento doctrinal (una posición de los teóricos de la justicia transicional) o uno normativo (un estándar jurídico internacional consolidado), y qué tanto de este modelo es particular para el caso colombiano o una narrativa general de la justicia transicional. En dos temas se hace particularmente evidente esta vaguedad: en el de reconciliación y fortalecimiento de la democracia.

En cuanto al primero, la Corte define reconciliación como la “superación de divisiones sociales violentas”²⁶, que se logra a partir de la vigencia del imperio de la ley, así como la creación o recuperación de un nivel de confianza social y de solidaridad que fomente una cultura política democrática. Todo ello con el objetivo de que las personas superen las experiencias de “pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros”²⁷. Una interpretación interesante, pero discutible. De hecho las batallas por el significado y alcances de la reconciliación en escenarios transicionales han sido álgidas. Tanto en el plano teórico como constitucional. Es por ello por lo que se extraña aquí una referencia al propio debate constitucional colombiano que se abrió cuando precisamente se presentó una demanda contra el concepto de reconciliación de la Ley de Justicia y Paz, y que la Corte resolvió en la sentencia C-1199 de 2009.

El segundo tema abierto a discusión es la pertinencia del postulado general de que el fortalecimiento democrático forma parte de la agenda de transición. Esto por dos razones. La primera, por el debate internacional que existe sobre si las medidas de transición deben tener como objetivo la aplicación de un régimen democrático, cuando en el mundo, muchas

²⁶ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.1.1.3.

²⁷ *Ibid.*

sociedades no necesariamente desean poner en práctica regímenes de este tipo, pero sí hacer cuenta a situaciones de transformación política. Por ejemplo, este es un candente debate hoy en día en los países conocidos de la región del MENA —Medio Oriente y Norte de África, por sus siglas en inglés—, o a lo que muchos comentaristas erróneamente denominan como “Primavera árabe”. ¿Es el modelo de gobierno democrático uno de los objetivos de toda transición política? ¿Una sociedad que quiere enfrentar legados represivos debe necesariamente entender Estado de derecho como democracia? La discusión tiene de largo y de ancho, y la Corte no parece dimensionarla en su sentencia.

En segundo lugar, la Corte recurre a la cita de documentos de Naciones Unidas que no necesariamente soportan la aproximación conceptual del fortalecimiento democrático como objetivo del campo de la justicia transicional²⁸. De hecho, consciente del debate ya mencionado, no es casual que los documentos internacionales hablan de Estado de derecho y no de democracia. Así como no es casual que la definición de justicia transicional del Secretario General de Naciones Unidas no mencione la palabra democracia como uno de los objetivos de estas medidas. La Corte parece aquí pasar muy rápido por temas muy complejos y usar de manera intercambiable tres conceptos relacionados, pero no necesariamente idénticos: democracia, Estado de derecho y participación. Además, debemos resaltar que la transición colombiana es más de cese de violencia que de transición democrática.

Una duda similar deja la descripción que hace la Corte sobre los “mecanismos” de la justicia transicional. En este punto la Corte parece confundir el sustento de justicia que justifica la creación de determinados mecanismos, con los mecanismos propiamente dichos. La sentencia reseña como mecanismos de justicia transicional: la justicia penal, la justicia histórica, la justicia reparadora, la justicia administrativa y “otras medidas”. Esta enumeración resulta confusa y poco ortodoxa en la medida en que no queda claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia

²⁸ Entre los documentos que cita la Corte Constitucional están, por ejemplo: Organización de las Naciones Unidas, ONU. “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 40/34; Organización de las Naciones Unidas, ONU. “Reconciliación nacional después de los conflictos: el papel de las Naciones Unidas”; Organización de las Naciones Unidas, ONU. “Estrategia integral. Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad”. Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.1.1.4.

a las que se busca dar respuesta con los mecanismos, o a los mecanismos específicos mediante los cuales se expresa la justicia transicional. Para dar un ejemplo, un mecanismo específico de justicia transicional puede ser un modelo penal transicional. Este sistema puede estar principalmente basado en la idea de castigo o retribución (la idea de justicia penal de la Corte), pero no es lo mismo. Ello pues los mecanismos de justicia transicional generalmente (y además, recomendablemente) buscan al mismo tiempo enfrentar déficits distintos de justicia. Los juicios penales no solamente se adelantan para asegurar responsabilidad y castigo, sino además con un horizonte de restauración de lazos sociales o de reparación a las víctimas. Además, para dar respuesta a una necesidad de justicia (que en este caso sería la idea de retribución de la justicia) es usualmente necesario combinar distintos mecanismos (como sería, por ejemplo, en Colombia el caso de procesos penales transicionales, procesos penales ordinarios sin fuero, o procesos penales adelantados por la Corte Suprema para personas aforadas). Es decir, considerar determinados juicios penales como mecanismo de justicia transicional es distinto a considerar la idea de justicia retributiva como un mecanismo. Esto aplica a los otros campos señalados por la Corte como la justicia reparadora (la cual de hecho se concreta en Colombia a partir de diversos mecanismos), la administrativa o la histórica.

Adicionalmente, extraña en este punto la poca relevancia que otorga la Corte a los mecanismos que deberían aplicar para la consecución de ese otro lado de la balanza transicional: la consecución de la paz. La Corte solo hace mención a “otras medidas” dentro las que se incluye tanto los procesos de “desarme y la reintegración”, como las formas de justicia tradicional como “los Gacaca en Ruanda y los Ubuntu en Sudáfrica o los ritos de reconciliación”.

Finalmente, la sentencia C-579 reitera que la tensión entre objetivos de la justicia transicional debe ser resuelta con fundamento en ciertos principios. El primer principio resaltado por la Corte es el de *flexibilidad* en la aplicación de ciertos estándares de administración de justicia²⁹. El segundo principio, derivado del anterior, es el *reconocimiento* de una

²⁹ En palabras de la Corte, “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social”. Corte Constitucional, sent. C-370 de 2006.

amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición. Ello, sin embargo, significa que esta amplia competencia del legislador carezca de límites constitucionales. De esta limitación emana el tercer principio desarrollado por la Corte. La transición y la búsqueda de la paz no autoriza cualquier tipo de solución política o jurídica, y por ende, la *resolución* de las tensiones entre principios tienen unos límites básicos. El cuarto principio alude al *papel de las autoridades judiciales* en la puesta en práctica de los mecanismos de transición. Allí, la Corte ha opinado que cuando se presenten las tensiones inherentes a los principios que pretenden los procesos de transición se debe “aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”. Esto involucra conocer los límites que establece el derecho internacional de los derechos humanos, como fuente importante de la normativa de la justicia transicional, pues a partir de ellos, según la Corte “[c]ompete al juez constitucional identificar tales límites y hacerlos respetar, sin sacrificar ninguno de los elementos constitucionales en tensión y sin sustituir al legislador en el ejercicio de las competencias que le son propias”³⁰.

C) *La reforma constitucional y la reafirmación del modelo holístico*

El aspecto central del concepto de justicia transicional acogido por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 es la importancia que se atribuye al enfoque holístico de las medidas de justicia transicional constitucionalmente admisibles. La concepción holística es, de hecho, uno de los criterios centrales a partir de los cuales se realiza la ponderación concreta de los mecanismos penales que se discuten en toda la decisión judicial. La idea de que los mecanismos forman parte de un sistema complejo de múltiples medidas es fundamental para la decisión de compatibilidad constitucional adoptada por la Corte.

Como explica ALEXANDER BORAINÉ, uno de los promotores de este enfoque en Suráfrica, entender la justicia transicional conforme a un enfoque holístico parte por comprender sus cinco pilares fundamentales³¹. En primer lugar, un enfoque retributivo bajo el cual los responsables de

³⁰ *Ibid.*

³¹ ALEXANDER BORAINÉ, “Transitional Justice: a holistic Interpretation”, en *Journal of International Affairs*, vol. 60, núm. 1, Columbia University, 2006.

violaciones a los derechos humanos deben ser sancionados tanto como sea posible en atención a las limitaciones fácticas y políticas. El segundo se basa en la recuperación de la verdad por medio de la documentación y el análisis de las estructuras y métodos utilizados por los perpetradores de las violaciones, teniendo en cuenta el contexto social, político y económico en el cual ocurrieron³². El tercer pilar es la reconciliación que, en el caso de la transición de un conflicto armado a la paz, involucra principalmente la reintegración de los excombatientes a la vida civil. Si bien no se trata de olvidar y esconder, tampoco de perdonar, sino más bien de reconocer y admitir la existencia del otro como constitutiva de la comunidad política. El cuarto pilar es la reforma institucional que extiende los mecanismos de rendición de cuentas de los individuos a las instituciones. Estos mecanismos deben conducir a la reestructuración de estas, pues de otro modo no resulta posible reconstituir las sociedades sobre una base creíble de respeto a los derechos. Finalmente, el quinto pilar se basa en la idea de las reparaciones, las cuales constituyen “la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado para remediar los daños que (las víctimas) han sufrido”³³.

El segundo aspecto de este enfoque es comprender la inevitable debilidad individual de cada uno de estos pilares, pero, al mismo tiempo, la gran fortaleza que puede derivar una activación combinada de ellos. Como lo ha subrayado PABLO DE GREIFF desde sus estudios teóricos y hoy en día en sus informes como Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las Naciones Unidas, la práctica ha demostrado que si bien las iniciativas aisladas de mecanismos de justicia transicional son muy limitadas y pueden causar mucha frustración, las estrategias más globales que aceptan las limitaciones individuales de los mecanismos, pero que combinan sus fortalezas han logrado mayor aceptación en el ámbito comparado³⁴.

³² Para esta reconstrucción se recurre usualmente a las distintas dimensiones de la verdad: en primer lugar, la determinación de los hechos por medio de evidencia empírica y objetivamente verificable (verdad factual, objetiva o forense); en segundo lugar, los relatos de las víctimas y perpetradores (verdad personal o narrativa); en tercer lugar, la verdad construida a partir del diálogo y el debate públicos entre distintos actores de la sociedad (verdad social o dialógica), y en cuarto lugar, la verdad como experiencia específica de reparación, que no solo implica esclarecimiento, sino reconocimiento de la responsabilidad (verdad sanadora y restaurativa).

³³ ALEXANDER BORAINÉ, “Transitional Justice: a holistic Interpretation”, en *Journal of International Affairs*, vol. 60, núm. 1, Columbia University, 2006, pág. 24.

³⁴ En palabras de GREIFF: “La práctica ha demostrado que las iniciativas aisladas y fragmentarias de enjuiciamiento no acallan la demanda de otras formas de justicia

Esta discusión se concreta, por ejemplo, en la función de los juicios penales en el sistema de transición³⁵. Si bien los juicios penales y el castigo de los perpetradores de las graves violaciones tienen papel definitivo en el reproche social de conductas inaceptables y, por tanto, en la afirmación del respeto a los derechos humanos sobre el cual pretende asentarse una sociedad en transición. Igualmente, una de las funciones generales de la justicia retributiva, que es la de evitar la justicia por mano propia, adquiere un lugar destacado en contextos transicionales de la guerra a la paz pues contribuye a la estabilidad de la transición al desalentar eventuales ciclos de venganza y reducir el campo de juego de posibles saboteadores de los acuerdos.

Sin embargo, los juicios penales y el castigo también pueden obstaculizar las transiciones y tienen limitaciones frente al cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional³⁶. De un lado, una *visión maximalista* de justicia retributiva desincentiva las posibilidades de terminar un conflicto armado por la vía negociada, con lo cual puede terminar evitando la propia transición. De otro lado, aunque los juicios penales no solo aportan en la satisfacción del derecho a la justicia, sino que contribuyen en términos de reparación, verdad y garantías de no repetición, lo cierto es que su alcance en estos últimos aspectos es más limitado que el que proporcionan otros mecanismos. En efecto, el castigo de los victimarios tiene en sí mismo una dimensión reparadora como medida de satisfac-

distintas del mero enjuiciamiento. No es algo que ocurra solo con la justicia penal. Lo mismo puede decirse de todas las demás áreas de acción del mandato. Si se desarrollan en forma aislada, ni siquiera los procesos más rigurosos de búsqueda de la verdad son equiparados a justicia, ya que la revelación de la verdad no satisface plenamente la necesidad de una reparación adecuada. La justicia no solo obliga a conocer los hechos sino que también requiere actuar sobre la verdad descubierta. Del mismo modo, las reparaciones sin enjuiciamiento, la búsqueda de la verdad o la reforma institucional son fácilmente interpretables como intentos de comprar la aquiescencia de las víctimas. Por último, las medidas de reforma de las instituciones, como la investigación de antecedentes y depuración del personal también resultarán insuficientes a falta de los demás mecanismos, tanto para hacer frente a las violaciones como para garantizar que no se repitan". Naciones Unidas, Asamblea General (2012). Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, párr. 23.

³⁵ Una versión más elaborada de estos argumentos se encuentra en RODRIGO UPRIMNY/LUZ MARÍA SÁNCHEZ/NELSON CAMILO SÁNCHEZ, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2014.

³⁶ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.1.2.1.

ción para las víctimas, cumple un papel disuasivo frente a la comisión de violaciones futuras en razón de la función de prevención general que se atribuye a las penas, y además los juicios penales aportan a la verdad en tanto contribuyen a esclarecer crímenes y a identificar los responsables. Pese a esto, se trata de un mecanismo muy incompleto, menos expedito y costoso para la garantía de los derechos de las víctimas, por lo cual necesariamente no solo tiene que ser complementado con otros, sino que, en un contexto de recursos escasos, debe determinarse cuál debe ser su justo alcance para otros mecanismos.

Pero así como un enfoque centrado en los juicios penales y el castigo es insuficiente, un proceso transicional que prescindiera de este componente también lo es. De hecho, la evidencia empírica disponible sugiere que los resultados más exitosos en términos del mejoramiento de la situación de derechos humanos y la democracia en países que han atravesado por transiciones de la dictadura a la democracia, se ha dado en aquellos que han incluido juicios penales, en combinación con medidas de amnistías e indultos³⁷.

Es por estas razones por lo que el enfoque holístico al que se apega la sentencia es una de las fórmulas fundamentales sobre las cuales se sustenta la línea de argumentación de toda su sentencia, así como de los lineamientos que la Corte establece para la admisión de mecanismos que concreten y reglamenten el marco legal para la paz.

3. CONCEPTO, VALORES Y MECANISMOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL POR MEDIO DEL ESTUDIO COMPARADO

A) *Valor del análisis comparado*

La Corte Constitucional ha expresado que el estudio comparado es útil como herramienta para evaluar los resultados que ofrecen los orde-

³⁷ CHRISTINE BELL, “The «New Law» of Transitional Justice”, en KAI AMBOS, *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, págs. 105-126; KATHRYN SIKKINK/CARRIE BOOTH WALLING, “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, en *Cuadernos del Claeh*, núms. 96-97, 2ª serie, 2008; TRICIA D. OLSEN/LEIGH A. PAYNE/ANDREW G. REITER, *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington, D. C., United States Institute of Pace Press, 2010; LEILA NADYA SADAT, “The Effect of Amnesties before Domestic and International Tribunals: Morality, Law and Politics”, en EDEL HUGHES/WILLIAM A. SCHABAS/RAMESH THAKUR (eds.), *Atrocities and International Accountability: beyond Transitional Justice*, Tokyo-New York-Paris, United Nations University Press, 2006, págs. 225-245.

namientos jurídicos respecto de instituciones jurídicas en particular, con el fin de sacar ventaja de la experiencia en punto de errores y aciertos, procurando una adaptación que respete el contexto socio cultural³⁸. En este sentido, el análisis comparado es apropiado cuando se examinan las necesidades propias de un ordenamiento, por medio de una evaluación crítica de las instituciones jurídicas de otros países.

Así pues, el estudio comparado de la justicia de transición o más bien de los procesos de transición y su marco de justicia cobra gran importancia, teniendo en cuenta que la historia de la humanidad está marcada por un sin número de conflictos, guerras y cambios de gobierno, que han dejado a su paso una multifacética violación de los derechos fundamentales y atrocidad masiva. Los mecanismos excepcionales de justicia transicional han sido una alternativa viable para lograr el equilibrio de la sociedad cuando cesan los conflictos y se busca transformar el orden político y social. La historia ha documentado los *procesos de transición* principalmente en dos casos: para reemplazar un estado anterior de guerra civil por un orden social pacífico y para pasar de un régimen dictatorial (en la mayoría de los casos) a un orden político democrático³⁹.

Durante los procesos de transición se ha presentado principalmente una tensión entre valores políticos, jurídicos y éticos, que buscan un equilibrio y los valores principales de la justicia y la paz⁴⁰. La Corte Cons-

³⁸ Similar en la página web de la Corte Constitucional colombiana en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comparado/> (28.1.2014).

³⁹ TRICIA D. OLSEN/LEIGH A. PAYNE/ANDREW G. REITER, *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington, D. C., United States Institute of Pace Press, 2010, pág. 1; RODRIGO UPRIMNY, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia transicional sin transición?, verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2006, pág. 19; también en KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009 con sus palabras: “El concepto de justicia de transición es reciente e innovador en cuanto reconoce la importancia de la «justicia» en los procesos de transición; brevemente, justicia de transición trata la justicia en la transición. Sin embargo, la justicia de transición no se limita a situaciones posconflictuales y/o [sic] de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o [sic] de una democracia formal” (pág. 23).

⁴⁰ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

titucional en sentencia C-771 de 2011 afirmó “que la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad, bien sea que esta se encuentre en conflicto o posconflicto, en la consecución de la paz, sufriendo y enfrentando grandes dilemas originados en la compleja lucha por el equilibrio entre la paz y la justicia”⁴¹.

El estudio comparado muestra la variedad de mecanismos de justicia de transición adoptados por los ordenamientos jurídicos en el transcurso de los años, y que la solución adecuada para la ecuación de justicia de transición no es única y depende del contexto social concreto. No existe una fórmula ciento por ciento correcta, sino una proporcional que esclarece la jerarquía de dichos valores.

La idea de justicia de transición ha evolucionado con la historia de las guerras y sucesiones de regímenes a la democracia. Dicha evolución ha llevado a establecer estándares internacionales que agrandan y al mismo tiempo delimitan la complejidad de la tensión entre dichos valores. La exigibilidad a ultranza de responsabilidad penal individual de los “autores” de atrocidad masiva marca la tendencia de la justicia transicional; personificada en tipos penales con validez internacional; en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio⁴².

Sin lugar a dudas la comparación es una herramienta elemental del análisis. Es fundamental en las ciencias sociales para la formación de conceptos, focalizar similitudes sugestivas y contrastes entre casos. En este sentido, es vital para la evaluación de hipótesis y contribuye al hallazgo de nuevas alternativas y a la creación de teorías⁴³. La comparación es el método por excelencia de las ciencias sociales especialmente desarrollado en las ciencias políticas, la sociología y por supuesto en la ciencia del derecho. La utilidad de un análisis comparativo entre países como metodología para la investigación empírica de los procesos de justicia transicional se aboga para mejorar el conocimiento del origen, implantación, desarrollo y consecuencias de los procesos. En este sen-

⁴¹ Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011.

⁴² En virtud de los arts. 5 al 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento ONU A/CONF.183/9, reimpresso en 37 I.L.M. 999 (1998).

⁴³ ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, “Teoría jurídica y «Derecho comparado» una aproximación y un deslinde”, en *Insonomía*, núm. 27/octubre de 2007, pág. 44; ÍD., *El «Derecho comparado», técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada*, en conferencia dentro de las mesas redondas en homenaje a Héctor Fix Zamudio, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 23 de octubre de 1986.

tido, para BACKER deben subrayarse tres importantes razones del valor de la comparación en la materia que nos ocupa: primero, la prevalencia de las transiciones políticas de regímenes represivos, guerra civil, y la violencia genocida en los últimos decenios; segundo, la diversidad de las medidas que se han adoptado para hacer frente a legados de violaciones de derechos humanos; tercero, el valor de la comprensión de cómo los factores nacionales e internacionales afectan la selección de los métodos y de la evaluación de las repercusiones de estas opciones para enfoques posteriores del desarrollo político, social y legal⁴⁴.

Debido al carácter interdisciplinario de la justicia transicional, los criterios de comparación deben surgir no solo de la ciencia jurídica, sino también de la ciencia política y la sociología. La comparación jurídica se entiende como el estudio de las relaciones y confrontaciones de órdenes e instituciones jurídicas, que buscan un mejor entendimiento del derecho. Así, a partir del material confrontado y el análisis de estas relaciones, se pueden comprender los factores que integran y guían la evolución y transformación de las instituciones jurídicas del derecho en general, entonces no consiste en la suma descriptiva de situaciones, sino en la formulación de hipótesis o teorías generales enfocadas a la comprensión del ritmo, las tendencias, las etapas y leyes que gobiernan la evolución de las instituciones jurídicas⁴⁵. El método de la comparación jurídica va más allá de la simple comparación de normas, y también de las teorías del derecho que sustentan su comprensión en diferentes sistemas jurídicos⁴⁶.

⁴⁴ DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D.C., United States Institute of Peace Press, 2009, pág. 23. El autor sugiere las siguientes fuentes de estudios comparados: PRISCILLA HAYNER (1994, 2011) cuyos libros representan la mejor compilación sobre comisiones de verdad; NEIL KRITZ (1995) y los archivos en línea del United States Institute of Peace, que contienen una compilación de bibliografía secundaria y bibliografía principal en el tema de justicia transicional, The American Association for the Advancement of Science, que ha publicado en línea la mayoría de las versiones de Comisiones de Verdad y The International Center for Transitional Justice (ICTJ).

⁴⁵ RONALDO TAMAYO Y SALMORÁN, “Teoría jurídica y «Derecho comparado» una aproximación y un deslinde”, en *Insonomía*, núm. 27/octubre de 2007.

⁴⁶ DIEGO LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2012, págs. 74 y ss.; DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D. C., United States Institute of Peace Press, 2009, pág. 54.

En la sociología y las ciencias políticas se destaca entre los modelos de investigación empírica en análisis de la justicia transicional, el de *cross-national* de MELVIN L. KOHN⁴⁷ y JOHN S. MILL, que se define como aquella comparación en que se utilizan sistemáticamente datos comparables de dos o más naciones, para establecer relaciones entre sus características en cuanto tales y como componentes de un sistema internacional⁴⁸. Plantea dos tipos de estudio; el *small-N* y el *large-N* dependiendo del número de casos y resultados que se pretenda. El primero de ellos desde pocos casos que tiendan a ser similares, busca contrastar en profundidad, procesos, instituciones, sectores, comunidades. A diferencia del segundo que desde muchos casos busca contrastar la generalidad representativa mediante datos estadísticos⁴⁹. Para sacar provecho a la comparación de los procesos de justicia transicional, es de relevancia para nuestro caso el de tipo *small-N*, pues se puede evaluar la aplicabilidad de mecanismos transicionales en casos similares al colombiano.

B) *Concepto de justicia transicional en un examen comparado*

La sentencia C-579 de 2013 en su apartado “Esfuerzos realizados en relación con la justicia transicional y la paz”⁵⁰, pretende, mediante un estudio comparado más histórico que jurídico, mostrar el paso “del reconocimiento de la ausencia de límites en su aplicación a la determinación de algunas limitaciones derivadas de la ponderación entre justicia y paz”⁵¹. La sentencia explica que en casi todos los países se han aplicado procesos de justicia transicional, en algunos casos de manera explícita y en otros como consecuencias de procesos de independencia, de revoluciones o de transformaciones sociales. Dicho análisis se clasifica por un lado de manera lineal (del punto 1 al 3) y por el otro regional (del punto 4 al 5), así: (1) Describe los procesos como consecuencia de restauraciones monárquicas y guerras de independencia, relata los procesos de transi-

⁴⁷ Modelo original en: JOHN STUART MILL, *A System of Logic*, New York, Harper & Brothers, 1874.

⁴⁸ MELVIN L. KOHN, “Cross-national Research as an Analytic Strategy”, en *American Sociological Review*, vol. 52, 1987, págs. 713-731.

⁴⁹ DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D. C., United States Institute of Peace Press, 2009, pág. 54.

⁵⁰ Corte constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.

⁵¹ *Ibid.*

ción entre los siglos xvii al xix, donde se otorgaron amnistías generales y parciales, tomando como punto de referencia Inglaterra, Francia y el Continente americano. (2) Los procesos de justicia transicional como consecuencia de la segunda guerra mundial, advirtiendo que se realizaron juicios importantes en contra de los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos por los vencidos y se otorgaron amnistías a los vencedores, describiendo la situación de Alemania, Italia y Japón. (3) Los procesos de justicia transicional después de la caída del muro de Berlín y de las transformaciones de los estados europeos, los cuales otorgaron amnistías que posteriormente fueron revisadas por las cortes constitucionales nacionales y por tribunales internacionales, describe lo sucedido en Alemania oriental, España, República Federativa de Yugoslavia, Macedonia, Hungría, Irlanda del Norte, Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Rusia y Portugal. (4) Los procesos en África y en Asia, catalogándolos al principio como amplios y luego caracterizados por el otorgamiento de amnistías condicionadas, describiendo los procesos en Suráfrica, Mozambique, Uganda, Ruanda, República Democrática del Congo, Indonesia, Birmania, Burundi y Etiopía. Por último, (5) los procesos recientes en Latinoamérica, donde se otorgaron auto amnistías generales que han sido declaradas ilegítimas por los ordenamientos nacionales o por tribunales internacionales para ser luego reemplazadas por amnistías limitadas, destacando los casos de Argentina, Chile, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Perú, República Dominicana, Honduras, Haití, El Salvador y Uruguay.

Al final de su estudio comparado la Corte concluye que “a nivel [*sic*] mundial se observa una tendencia a la limitación de los procesos de justicia transicional que han venido proscribiendo las auto amnistías, exigiendo que las amnistías sean condicionadas y además limitando la posibilidad de aplicarlas en una serie de crímenes que en muchos países han coincidido con los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio”⁵².

El estudio comparado realizado por la Corte no es útil ni genera una conclusión que sea de aprovechamiento para el resto de la sentencia. La Corte efectuó una descripción superficial de cada uno de los casos sin establecer ejes o instituciones comparativos. Si lo que se busca es un hilo conductor del análisis comparado de la Corte, pareciera que este fuera la concesión de amnistías e indultos en el curso de la historia y no la justicia de transición y sus mecanismos. Lo cual genera el interrogante

⁵² Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011.

de si para la Corte, la justicia de transición se reduce a la concesión de amnistías e indultos. Es cuestionable en todo caso la retrospectiva al siglo XVII como punto de partida de la justicia de transición. Si bien en dicha época e incluso aún mucho antes, la historia ha documentado un sin número de transiciones, cambios de modo de gobierno, conflictos y guerras, y que se ha hablado en este trascurso de neologismos como: “el *just post belum*”⁵³, la “justicia de/en la transición”⁵⁴, el “nuevo derecho” de la justicia de transición⁵⁵. O como lo sugiere JON ELSTER podría discutirse si el término es tan viejo como la misma democracia⁵⁶. Eso no quiere decir que lo que se entiende hoy como justicia de transición se haya entendido en ese mismo sentido en dichas épocas o transiciones. El concepto de justicia de transición es una creación no más antigua que los cuatro últimos decenios⁵⁷, es a partir de estos años cuando, en todo caso los estudios enfocados a esta cuestión, han adquirido autonomía inmediata en la historia.

La sentencia C-771 de 2011, en el análisis del concepto de justicia transicional, de manera breve había integrado el estudio comparado para definir y contextualizar el término de justicia transicional al estilo de RUTI G. TEITEL⁵⁸. La Corte marca en esta ocasión, la época de la posguerra de

⁵³ Denominación dada por MICHAEL WALZER, *Arguing about War*, New Haven, Yale University Press, 2004, pág. XIII.

⁵⁴ Cfr. Secretaría General de las Naciones Unidas, Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de Agosto de 2004, párr. 8.

⁵⁵ Denominación dada por CHRISTINE BELL, “The «New Law» of Transitional Justice”, en KAI AMBOS, et al. (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, págs. 105-126.

⁵⁶ JON ELSTER, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2004, págs. 3-23; en este mismo sentido, JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Justicia transicional, «Memoria Histórica», y responsabilidad internacional del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, en *Revista de Derecho de Extremadura*; 2009, vol. 4, págs. 49-74.

⁵⁷ CHRISTINE BELL, “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the «Field» or «Non-field»”, en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, pág. 7.

⁵⁸ RUTI G. TEITEL, “Genealogía de la justicia transicional [título original: Transitional Justice Genealogy]”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Spring, 2003, págs. 69-94. TEITEL propone la genealogía de la justicia de transición de acuerdo con ciclos lineales que se pueden separar en tres fases: la fase I corresponde a la justicia transicional

la primera guerra mundial como antecedente de la justicia de transición. Sin embargo, establece que es durante el siglo xx, en el período de la segunda posguerra, cuando se asigna la denominación a los experimentos de justicia “extraordinaria e internacional”⁵⁹ cuando se procuró el juzgamiento de los hechos graves sucedidos durante la guerra en los Juicios de Núremberg, dentro del esquema del derecho internacional⁶⁰. Señaló, que posteriormente en la guerra fría el concepto de la justicia de transición estuvo inmerso en las transformaciones hacia la democracia y modernización de los Estados⁶¹, y fue una alternativa de aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad⁶². Esta contextualización lineal de justicia de transición puede ser problemática siguiendo la lógica de lo expuesto. La Corte estableció en esta misma sentencia la importancia de los mecanismos judiciales y extrajudiciales, en especial las comisiones de verdad desde la experiencia latinoamericana.

Ahora bien, el concepto de justicia transicional ha sufrido un proceso de internacionalización⁶³. La adopción del Estatuto de Roma y su

de la posguerra, la fase II a la justicia transicional de la posguerra fría y la fase III al estado estable de la justicia transicional. Concluye además, que “la reflexión genealógica destaca la relación entre las condiciones jurídicas y políticas durante períodos políticos de transformación política. Esta indagación indica que la justicia transicional, si bien es contingente a las condiciones y la cultura local, también muestra dimensiones comúnmente asociadas con períodos de cambio político”.

⁵⁹ Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011, punto 4.1.

⁶⁰ RUTI G. TEITEL, “Genealogía de la justicia transicional [título original: *Transitional Justice Genealogy*]”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Spring, 2003, págs. 1, 2; HERNANDO VALENCIA VILLA, *Introducción a la justicia transicional*, conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana «Julio Cortázar» de la Universidad de Guadalajara, México, 2007.

⁶¹ Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011.

⁶² Corte Constitucional, sent. C-771 de 2011.

⁶³ Ver en detalle JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Justicia transicional «Memoria histórica», y responsabilidad internacional del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, en *Revista de Derecho de Extremadura* 2009, vol. 4, págs. 52-61; En este sentido también ANNETTE WEINKE, “«Von Nürnberg nach Den Haag»? Das Internationale Militärtribunal in historischer Perspektive”, en *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, Band 16, 2008, págs. 20-34; CHRISTINE BELL, “The «New Law» of Transitional Justice”, en KAI AMBOS, *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2009, págs. 117- 123; RUTI G. TEITEL, “Genealogía de la justicia transicional [título original: *Transitional Justice Genealogy*]”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Spring 2003, pág. 22.

materialización en un tribunal penal internacional permanente, son el resultado. El Tribunal Internacional para la exYugoslavia⁶⁴ y el Tribunal Internacional para Ruanda⁶⁵ son antecedentes que responden finalmente a la estrategia novedosa de los juicios de Núremberg en aras a la protección de los derechos humanos. Se normativiza desde la esfera internacional la persecución y el castigo de la atrocidad masiva como consecuencia de una posdictadura o un posconflicto en crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Para KAI AMBOS, la Corte Penal Internacional forma parte del proyecto de justicia transicional, ya que puede influenciar los procesos nacionales de transición⁶⁶, especialmente por la relación que establece entre individuo y Estado parte del Estatuto y los estándares de responsabilidad penal. Este esquema de justicia transicional es criticado por IVÁN OROZCO, ya que se origina en un proceso vertical de victimización proveniente de la herencia de Núremberg y la justicia de los vencedores, común en los casos de posdictadura. La victimización vertical permite según el autor definir claramente los papeles de víctima y victimario, situación compleja en procesos horizontales característicos de las transiciones de guerra a paz, donde la pluralidad de actores transforma a la víctima en victimario y al victimario en víctima⁶⁷. En virtud

⁶⁴ El Tribunal Internacional para la exYugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 827 en mayo de 1993 con el fin de investigar y castigar a las personas responsables por el genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la exYugoslavia a principios de 1991. Estos crímenes son el resultado de los conflictos étnicos, religiosos y políticos entre los pueblos de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Serbia y Montenegro, Kosovo y la antigua República Yugoslava de Macedonia, que condujeron finalmente a la fragmentación de Yugoslavia; ver: LAVINIA STAN/NADYA NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 3, 2013, págs. 237-241.

⁶⁵ El Tribunal Internacional para Ruanda es un Tribunal *ad hoc* internacional creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por medio de la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994, tiene como base una estructura similar al del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, fue creado para investigar y sancionar a las personas responsables del genocidio en Ruanda en 1994; ver LAVINIA STAN/NADYA NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 3, 2013, págs. 233-237.

⁶⁶ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág. 25.

⁶⁷ IVÁN OROZCO, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Edit. Temis, 2009.

de este esquema y a propósito del conflicto colombiano, las exigencias de la justicia penal internacional no diferencian entre la victimización vertical y horizontal.

C) *Análisis de los valores en tensión de la justicia transicional en el derecho comparado*

El fin primordial de la justicia transicional es el aseguramiento de la justicia y la paz en aras de la verdadera reconciliación de la sociedad y el fortalecimiento del Estado de derecho⁶⁸. La justicia ha sido entendida como el esclarecimiento, persecución y castigo de las atrocidades del pasado. Y la paz como ausencia de guerra y estado de tranquilidad y equidad social. Sin embargo, la experiencia enseña que si bien el ejercicio de la acción penal es fundamental, si lo que se busca es hacer justicia, no es este siempre el camino que puede facilitar y garantizar la transición pacífica. Se propone desde la experiencia comparada analizar la justicia transicional y sus mecanismos desde los valores en tensión; la justicia y la paz⁶⁹.

El concepto estricto de justicia —aplicable a las situaciones de normalidad— es decir, la obligación de perseguir y castigar a los culpables por la perturbación de bienes jurídicos protegidos por el Estado, fue empleado inicialmente en situaciones de transición. Los principales ejemplos son los tribunales para Núremberg⁷⁰, Tokio, exYugoslavia, Ruanda y

⁶⁸ EZEQUIEL MALARINO, “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice”, en *ZIS* 7, 2009, pág. 371; Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.1.2.1.

⁶⁹ En análisis de base de datos se recomienda a TRICIA D. OLSEN/LEIGH A. PAYNE/ANDREW G. REITER, *Transitional justice in Balance, comparing processes, weighing efficacy*, Washington, D. C., United States Institute of Peace Press, 2010. Los autores realizan un balance de los mecanismos de Justicia de transición tipo *large-N* muy completo que incluye el análisis de los juicios, comisiones de verdad, amnistías, reparaciones, políticas de lustración entre otros.

⁷⁰ En detalle: RAINER HUHLE, *Von Nürnberg nach den Haag: der lange Weg zur strafrechtlichen Ahnung von Menschenrechtsverbrechen*, Hamburg, Europäische Verlagsanstalt, 1996; TAYLOR TELFORD, *Die Nürnberger Prozesse, Hintergründe, Analysen und Erkenntnisse aus heutiger Sicht*, München, Heyne, Auflage 2, 1994. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg invocó el derecho natural para eludir los problemas de retroactividad penal. Delimitó la “guerra injusta” y marcó los criterios de una sanción justificable, siguiendo los postulados de la justicia retributiva impuesta por la comunidad internacional. Fue el primer tribunal internacional que se ocupó del enjuiciamiento de los criminales más importantes de la segunda guerra mundial, con la finalidad de poner fin a la era del Tercer Reich y macar su derrota desde el escenario de la justicia (en:

Sierra Leona⁷¹ como modelo de transición punitiva⁷² y además de justicia impuesta⁷³ dentro de la lógica de justicia retributiva, cuyo objetivo fue trazar el camino hacia la transición de un nuevo orden social fundado en el respeto de los derechos humanos, por medio del castigo unilateral de los responsables.

En cambio, la justicia en un enfoque amplio, supone en palabras de AMBOS “mucho más que la justicia penal retributiva —se asume que la justicia penal no puede ser completamente administrada— y abarca, de hecho, la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso

FARID SAMIR BENAVIDES, *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2010, págs. 21, 71). Sin embargo, señala HUHLE que el significado de los juicios de Núremberg no está en función del cierre de esta época, sino en el avance a una nueva catalogada como la era del derecho internacional humanitario, que por su carácter no nacional estableció la vigencia internacional de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que servirían como modelo de la posterior justicia penal internacional. Véase RAINER HUHLE, *von Nürnberg nach den Haag, Menschenrechtsverbrechen von Gericht, zur aktuellen Bedeutung des Nürnberger Prozesses*, Hamburg, Europäische Verlagsanstalt, 1996, pág 12.

⁷¹ • En paralelo con el Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue constituido también por los aliados en el continente asiático el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio. Dicho tribunal debería juzgar a los grandes criminales de la guerra del Extremo Oriente. El Estatuto del Tribunal Penal para Tokio contemplaba las mismas categorías de crímenes que el Estatuto del Tribunal de Núremberg, aunque los crímenes contra la paz tenían una delimitación un tanto más amplia. Ver en LAVINIA STAN/NADYA NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 3, 2013, págs. 255-261 y págs. 246-249.

- Ver nota 64.

- Ver nota 65.

- El Tribunal Especial para Sierra-Leona fue creado por medio de la Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ver resultado de los juicios en <http://www.sc-sl.org/CASES/tabid/71/Default.aspx> (28.01.14); RACHEL KERR/EIRIN MOBEKK, *Peace and Justice, Seeking Accountability After War*, Cambridge, Polity Press, 2008, págs. 95- 96; LAVINIA STAN/NADYA NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 2, 2013, págs. 426-432.

⁷² RODRIGO UPRIMNY, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en RODRIGO UPRIMNY/ CATALINA BOTERO/ESTEBAN RESTREPO, *et al. ¿Justicia transicional sin transición?, verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Colección Dejjusticia, 2006.

⁷³ *Ibid.*

a reconstruir la comunidad”⁷⁴. La justicia es vista como una justicia excepcional enfocada a la transformación de un mal estado a uno que sea mejor⁷⁵. Los ejemplos que se citan son los casos de Colombia⁷⁶, Burundi⁷⁷ e Irlanda del Norte⁷⁸, casos que complementaron los procesos de responsabilidad penal con otras medidas extra judiciales o impusieron penas menores, para favorecer a las víctimas en la búsqueda de la verdad, reparación y no repetición. Estas experiencias materializaron la preocupación por los derechos de las víctimas, que se reflejó en el origen de un tipo de derecho con características híbridas, desarrollando el modelo restaurativo enfocado en reconstruir una historia alternativa a las atrocidades del pasado, surgiendo el paralelo entre la verdad y la justicia.

⁷⁴ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág. 28.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Respecto al desarme de las Autodefensas Unidas de Colombia y la Ley de Justicia y Paz.

⁷⁷ Burundi entre los años 1993 y 2000 se vio afectada por un grave conflicto armado entre la mayoría Hutu y la minoría Tutsi que estuvo ligado al genocidio de 1994 de Ruanda. En agosto de 2000 se firmó el Acuerdo de Paz y Reconciliación, que impuso la protección de los Tutsis contra el genocidio y de los Hutus contra la exclusión. El Protocolo de Pretoria en 2003 creó tres nuevas instituciones para procurar la protección del Estado de derecho y la reparación de las víctimas. Luego en 2005 las Naciones Unidas aprobó por medio de la Resolución 1606 la creación de la Comisión de la Verdad y de un Tribunal Especial para investigar, castigar y reparar los crímenes de derecho internacional (HERNANDO VALENCIA VILLA, *Introducción a la justicia transicional*, conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, 2007, pág. 3); ver en detalle caso de Burundi: ANDREW CLAPHAM/FLORENCE MARTIN, “Smaller Missions, Bigger Problems”, en ALICE HENKIN (ed.), *Honoring Human Rights: From Peace to Justice*, New York, Aspen Institute, 1998, págs. 133-149.

⁷⁸ En Irlanda del Norte se produjo un conflicto que combinó la lucha contra el imperialismo británico con la pugna entre católicos y protestantes. En 1998 con el Acuerdo del Viernes Santo se desarmó el Ejército de la República Irlandesa. Dicho acuerdo posibilitó un esquema de gobierno autonómico con la participación de los unionistas protestantes y los independentistas católicos, se estableció un Tribunal Especial de investigación para la matanza del Domingo Sangriento del año 1972, creándose paralelamente la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Igualdad en aras a la protección de las víctimas y restablecer el Estado de derecho (HERNANDO VALENCIA VILLA, *Introducción a la justicia transicional*, conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, 2007, pág. 6) Así mismo, se presentó una excarcelación paulatina, bajo la figura de la excarcelación, basada en el análisis de la situación concreta de cada preso y con el compromiso de colaboración con la paz en sus propias comunidades.

Siguiendo esta idea, la verdad es vista desde un enfoque colectivo e individual como “derecho inalienable a conocer la verdad”, que incluye un conocimiento pleno y completo de lo sucedido, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular las violaciones perpetradas y su motivación⁷⁹. En este sentido la verdad procesal muchas veces se aleja de la verdad histórica y no contribuye a la reconciliación duradera del conflicto. Del mismo modo la reparación de las víctimas contiene varias esferas: restitución plena, compensación, rehabilitación y satisfacción y garantía de la no repetición⁸⁰. Concepto armonizado en el de reparación transformadora, particularizado en transiciones luego o durante un conflicto armado, que buscan tanto reparación como medidas de alivio a la pobreza⁸¹.

Sin embargo, el concepto amplio de justicia requiere el cumplimiento mínimo de los estándares internacionales de persecución de los crímenes más graves establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, por medio de los cuales, los Estados tienen el deber internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como la de adoptar las medidas que resulten necesarias para enfrentar y combatir la impunidad, la ausencia total de justicia; el perdón y olvido traducido en las amnistías generales, ilustradas en los procesos de transición del cono Sur. Particulares a este respecto son los casos de Argentina⁸²,

⁷⁹ NELSON CAMILO SÁNCHEZ, *Cuáles son los derechos de las víctimas, de graves violaciones de los derechos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Dirección de Promoción y Divulgación, 2013, pág. 17.

⁸⁰ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág. 44.

⁸¹ NELSON CAMILO SÁNCHEZ, *Cuáles son los derechos de las víctimas, de graves violaciones de los derechos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Dirección de Promoción y Divulgación, 2013, págs. 12- 13.

⁸² En Argentina entre 1976 y 1983, el país atravesó una época de violencia política que dio como resultado una violación sistemática y generalizada de derechos humanos. A finales de 1983 el régimen militar abandonó el poder como consecuencia de la crisis socioeconómica, la presión internacional, la movilización social interna y la pérdida de las Malvinas en 1982. En la transición a la democracia en Argentina se registraron varias etapas; la primera se caracterizó por la búsqueda de justicia por medio de la imposición de penas. Sin embargo, durante el primer período del gobierno posdictatorial de Raúl Alfonsín la persecución penal fue limitada. Primero se anuló la *auto amnistía* declarada por la Junta Militar, luego se tomaron medidas para llevar a juicio a los presuntos

Chile⁸³, Guatemala⁸⁴, Nicaragua⁸⁵ entre otros, que traspasaron dichos límites, y hoy son prácticamente impensables. En su momento, dichas amnistías fueron defendidas con el argumento de que los juicios penales socavan el paso a la democracia, ya que los regímenes dictatoriales

responsables, para lo cual se establecieron tres niveles de responsabilidad; se distinguía entre quienes habían dado las órdenes, aquellos que las habían cumplido y entre quienes habían excedido el marco de dichas órdenes. La segunda etapa, entendida como la etapa de la impunidad. Entre los años 1987 y 1991 se dictaron varias leyes que imposibilitaron y limitaron el juzgamiento de los criminales sindicados. Entre ellas la Ley de Punto Final de 1987, la Ley de Obediencia Debida de 1987 y los indultos presidenciales a favor de personas condenadas o sometidas a procesos entre 1989 y 1991. (Ver en: PABLO PARENTI/LISANDRO PELLEGRINI, “Argentina en justicia de transición informe”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009; también ver en sent. C-579 de 2013, punto: 6.2.4.1.

⁸³ Chile estuvo bajo el régimen militar entre el periodo de 1973 y 1990, lapso en el que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, reflejadas en el secuestro y desaparición de personas consideradas enemigos del gobierno, seguidos de la tortura, y en muchos casos el asesinato, entre otras violaciones. A igual que en el caso argentino, la dictadura en Chile también suspendió las actividades políticas, disolvió el Parlamento y censuró la prensa. En 1990, tras la derrota electoral del plebiscito para confirmar a Pinochet como presidente, se dio paso al primer gobierno democrático de transición de Patricio Alwyn. Sin embargo, antes de abandonar el poder, el régimen militar tomó medidas para imponer restricciones al gobierno entrante y garantizar la representación militar institucional conservando amplísimas atribuciones, así como la garantía de inmovilidad de algunos funcionarios por ejemplo de la Contraloría General del poder judicial (HERNANDO VALENCIA VILLA, *Introducción a la justicia transicional*, conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, 2007, pág. 4; JOSÉ GUZMÁN DALBORA, “Chile informes de justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009) En 1978 el régimen militar concedió amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia del Estado de sitio —entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978—. Dicha norma evitó el procesamiento de individuos implicados en homicidios, secuestros, detenciones ilegales, que habían sido perpetrados por funcionarios del Estado siguiendo la política institucional sistemática de violación de los derechos humanos (PAMELA PEREIRA, “Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno”, en *Manual de justicia transicional*, Brasilia/New York, ICTJ, 2011, pág. 294); Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.4.2.

⁸⁴ Tal como lo señala la Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013 en punto 6.2.4.3: Guatemala ha sido uno de los países que ha aplicado más amnistías, destacándose los decretos leyes 33 de 1982, 27 de 1983, 8 de 1986, 71 de 1987 y más adelante el 145 de 1996.

⁸⁵ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.4.4.

tenían gran poder e influencia⁸⁶ y que la renuncia a la persecución penal en forma de amnistías era reemplazada por comisiones de la verdad y reconocimiento de las víctimas, en aras a la reconciliación nacional. Para luego ser declaradas ilegítimas por ordenamientos nacionales o tribunales internacionales y ser reemplazadas paulatinamente por amnistías limitadas⁸⁷.

Por otro lado, el objetivo de la justicia de transición es, en últimas, el establecimiento de paz duradera y efectiva. Para este propósito se han requerido otras medidas extra judiciales como las comisiones de la verdad. Vistas como la expresión integral necesaria para enfrentar los múltiples conflictos que surgen en las sociedades post conflictuales, siendo útiles para examinar casos individuales y establecer una verdad más cercana a lo sucedido⁸⁸. Especial mención debe hacerse del caso de Suráfrica⁸⁹, donde se estableció una comisión para la verdad y la reconciliación con cuatro objetivos primordiales: “establecer un panorama completo de las causas, naturaleza y la extensión de las graves violaciones a los derechos humanos incluyendo antecedentes, circunstancias, factores y contextos de las violaciones; autorizar el otorgamiento de amnistías a quienes hagan una revelación completa de los hechos relevantes asociados con el objetivo político de la ley; establecer y hacer saber el destino de las víctimas y restaurar la dignidad humana y civil garantizando la posibilidad de conocer las violaciones y recomendando medidas de reparación respecto de ellas; y compilar un informe que provea las actividades y hallazgos de la comisión que contenga recomendaciones o medidas para prevenir futuras violaciones”⁹⁰. Otros casos importantes son los de Chile, Argen-

⁸⁶ KATHRYN SIKKINK/CARRIE BOOTH WALLING, “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, en *Cuadernos del Claeh*, núm. 96-97, 2ª serie, 2008.

⁸⁷ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.4.

⁸⁸ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, págs. 48-49.

⁸⁹ En Sudáfrica, en virtud de la Ley de Verdad y Reconciliación se concedieron amnistías individuales dentro del marco de una Comisión de Verdad: el solicitante revelaba todos los hechos cometidos y si estos hechos eran delitos políticos, se consideraba la concesión de una amnistía. Esta Amnistía fue catalogada como amnistía responsable (KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág. 73).

⁹⁰ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.4.1; artículo 3º, Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No. 34 of 1995.

tina, Uruguay, Uganda, Irlanda el Norte entre otros⁹¹. Sin embargo, el estudio comparado realizado por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 no analiza los aportes de las Comisiones de la Verdad en los procesos de transición.

D) *Otros mecanismos de justicia de transición*

El estudio comparado enseña que los mecanismos alternativos a la justicia transicional han sido positivos para garantizar la verdad, justicia y reparación. Entre ellos se destacan la reparación simbólica como alternativa y complemento de la reparación monetaria que ha estado a favor de la reconciliación comunitaria y ha sido un espacio de reflexión positivo para la no repetición. En Argentina⁹² se integró dentro de las medidas de transición la reparación simbólica con la creación del Archivo Nacional de la Memoria⁹³, en aras de obtener, analizar y preservar información sobre los derechos humanos y la construcción en sitios públicos de espacios de memoria histórica, recuerdo y homenaje⁹⁴.

Otros ejemplos son los incentivos extra para las víctimas integrados dentro de programas de reparación, que consisten en condiciones especiales y benevolentes para las víctimas una vez terminado el conflicto. Así, en Chile se incluyó dentro de las medidas de reparación la asistencia médica libre para las familias⁹⁵ y beneficios en educación hasta la edad de treinta y cinco años para los hijos de las víctimas⁹⁶; en este sentido se creó en 1991 el Programa de Reparación y Atención Integral de Salud⁹⁷.

⁹¹ DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D. C., United States Institute of Pace Press, 2009, págs. 23- 91.

⁹² Ver en detalle caso argentino en ELIZABETH JELIN, “The Politics of Memory: the Human Rights Moments and the Construction of Democracy in Argentina”, en *Latin American Perspectives*, 1994, núm. 21, vol. 2, págs. 38-58.

⁹³ Mediante el decreto 1259, de 16 de diciembre de 2003, *Boletín Oficial*, 17 diciembre 2003, ID infoleg 30299.

⁹⁴ PABLO PARENTI/LISANDRO PELLEGRINI, “Argentina en justicia de transición informe”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág.147.

⁹⁵ Ley 19.123 de 1992, art. 28.

⁹⁶ Ley 19.123 de 1992, arts. 29 al 31^{er}.

⁹⁷ Amnistía Internacional: *Chile, la transición en la encrucijada. La violación de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema esencial*, AMR 22/01/96/s, pág. 20.

En Argentina se otorgaron condiciones especiales de medidas en el sistema de salud, becas para educación y otros beneficios y preferencias en el sistema de seguridad social para las víctimas y sus familiares. Otros casos que se destacan son los de Chile, Haití y Uruguay⁹⁸. Estas medidas empleadas en procesos de transición tampoco fueron mencionadas por la Corte en su estudio comparado.

En Bulgaria, República Checa y Alemania⁹⁹ después de la caída del Muro de Berlín se dictaron medidas de restitución de tierras. En el caso de Alemania el Tratado de Unificación de Alemania precisaba que la propiedad confiscada en la República Democrática Alemana entre 1945-1989 tenía que ser restituida. El principio enunciado en el tratado fue “restitución en lugar de compensación”¹⁰⁰. Básicamente los inmuebles expropiados debían ser devueltos a sus propietarios iniciales o a sus herederos. Sin embargo, se previeron excepciones principalmente para los casos en los que una devolución fuese imposible por causa de un provisorio cambio de uso “por la naturaleza de la cosa” o cuando un ciudadano de la República Democrática Alemana hubiese adquirido la propiedad “de buena fe”, para estos casos, en lugar de una restitución debía reponerse con una compensación obligatoria equivalente a una indemnización.

La lustración, la descalificación y las pugnias, fueron otras medidas transicionales destacadas. Estos son procedimientos administrativos dirigidos a excluir determinado grupo de personas vinculado con la anterior administración y son positivos para la transición en cuanto abogan por la transparencia en la reforma institucional¹⁰¹. En Alemania¹⁰² se llevó

⁹⁸ DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D.C., United States Institute of Pace Press, 2009, págs. 23- 91.

⁹⁹ *Ibid*; ver en detalle: KAI AMBOS/NILS MEYER-ABICH, “La superación juridicopeنال de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, págs. 435-470; SÖHNKE LEUPOLT, *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*, Köln, Juristische Schriftenreihe, 2003.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.2.1.

¹⁰¹ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, pág. 55.

¹⁰² Ver en GÜNTER FRANKENBERG, “Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Große Anfrage im Bundestag”, en Redaktion Kritische Justiz (coord.):

a cabo el programa “Großen Drei”, tres grandes *Ds*: desmilitarización, desnazificación y desmonopolización después de la segunda guerra mundial, con la finalidad de limpiar no solo el aparato estatal, sino todas las instituciones que fueron impregnadas de la ideología nacionalsocialista¹⁰³, así como en la investigación de antiguos informantes del Ministerio para la Seguridad del Estado de la Alemania oriental¹⁰⁴. Tal como lo afirma la Corte, en otros países de Europa se han aplicado procesos de lustración¹⁰⁵ y purga para evitar que personas que hayan cometido delitos muy graves puedan acceder a cargos en la esfera militar¹⁰⁶; por ejemplo en Albania¹⁰⁷, Bulgaria¹⁰⁸, la extinta Checoslovaquia, Rusia¹⁰⁹ y Portugal¹¹⁰.

El desarme, desmovilización y la reintegración son parte esencial de la estabilidad inicial posconflicto, buscan por medio de un proceso colectivo integro la recolección de armas, baja oficial e integración en la sociedad de los antiguos miembros de grupos armados. Son ejemplo los

Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden, 1998, págs. 487-518; NORBERT FREI, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1997.

¹⁰³ JOHN HERZ, “Bünde der Vergangenheit oder: wie die Deutschen mit der Nazi-Hinterlassenschaft fertig wurden”, en *Tel Aviver Jahrbuch für deutsche Geschichte*, Band 19, 1990, págs. 15-23.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.2.1; Ver en detalle: SÖHNKE LEUPOLT, *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*, Köln, Juristische Schriftenreihe, 2003.

¹⁰⁵ En detalle ver: MARK ELLIS, “Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc”, en *Law and Contemporary Problems*, 1997, núm. 59, vol. 4, págs. 182-196.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.2.7; DAVID BACKER, “Cross-National Comparative Analysis”, en HUGO VAN DER MERWE/VICTORIA BOXER/ANDREY R. CHAPMAN (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D. C., United States Institute of Pace Press, 2009, págs. 23- 91.

¹⁰⁷ Mediante las leyes de 22 septiembre y 30 noviembre de 1995.

¹⁰⁸ Mediante la Ley sobre los Bancos y los Créditos, expedida por la Asamblea Nacional en 1992.

¹⁰⁹ En 1992 entró en vigor la ley sobre *la rehabilitación de las víctimas de la represión política*.

¹¹⁰ Mediante la Ley Constitucional 8 de julio de 1975, se dispuso el juicio ante tribunal militar de los miembros de la Policía y los cargos del gobierno directamente responsables de la represión, basándose en la “legitimidad revolucionaria”. La ley también disponía el cumplimiento de sentencias de entre 2 y 12 años y no se establecía un estatuto de limitaciones para los procesos criminales.

casos de Irlanda del Norte¹¹¹ y Colombia mediante la Ley de Justicia y Paz. Así como otras formas de justicia transicional no occidentales provenientes de autoridades no estatales, que surgen de tradiciones culturales y locales. Son mecanismos tradicionales en el sentido de que no solo poseen un vínculo con el pasado, sino que también han sido establecidos y aplicados en un cierto período de tiempo, generalmente ya desde antes de la colonización. Existen argumentos a favor del uso de mecanismos tradicionales de justicia transicional —fomentados recientemente por las operaciones de paz de las Naciones Unidas¹¹²— que son vistos como herramienta para la reconciliación y resolución de conflictos en el ámbito comunitario, además de ser positivos para el enfrentamiento grupal con los abusos de derechos humanos en las sociedades posconflicto¹¹³. Como por ejemplo los Gacaca en Ruanda¹¹⁴ y las reuniones comunales en Timor Oriental¹¹⁵, entre otros¹¹⁶. Estos mecanismos pueden representar

¹¹¹ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.2.6.

¹¹² Por ejemplo: el Secretario General de las Naciones Unidas mencionó los mecanismos tradicionales en la sección introductoria en la reunión del Consejo de Seguridad del 6 de octubre de 2004 sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades en conflicto y post-conflicto. En la práctica, por ejemplo en Timor Oriental.

¹¹³ RACHEL KERR/EIRIN MOBEKK, *Peace & Justice, Seeking Accountability after War*, Cambridge, Polily Press, 2008, págs. 151-172.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.2.4.4; TIMOTHY LONGMAN, “Justice at the grassroots? Gacaca trails in Rwanda”, en NAOMI ROTH-ARRIZA/JAVIER MARIEYCURRENA (eds.), *Traditional Justice in the Twenty-first Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, págs. 206-228. Los Juicios Gacaca son el ejemplo por excelencia de los mecanismos tradicionales de justicia de transición, son híbridos compuestos por tribunales domésticos y tradicionales, que se enfocaron principalmente en los casos de genocidio perpetrados en Ruanda. Los Gacaca originalmente son utilizados por las comunidades en Ruanda para lidiar con crímenes menores como por ejemplo conflictos maritales y de derechos de propiedad. Los jueces encargados de dictar sentencia en este sistema no son jueces profesionales, sino miembros elegidos por la comunidad. Entre los beneficios se encuentran la rapidez y economía.

¹¹⁵ RACHEL KERR/EIRIN MOBEKK, *Peace & Justice, Seeking Accountability after War*, Cambridge, Polily Press, 2008, págs. 151-172. Los mecanismos tradicionales de justicia de transición desempeñaron un papel importante en Timor Oriental en aras a la solución de disputas, conflictos y crímenes. Estos consisten en una especie de reunión en la comunidad donde se concluye que el agresor debe realizar trabajos comunitarios, pagar con pollos, agua o tierras. Se enfocan en la reconciliación y resolución de conflictos principalmente de disputas menores.

¹¹⁶ Ubuntu en Sudáfrica: consiste en la idea del reconocimiento público de los crímenes cometidos en el contexto del *apartheid*, concepto fundamental para la creación de la Comisiones de la verdad, y los ritos de reconciliación de los Acholi en Uganda.

una salida alternativa frente a la “sanción” de los menores infractores, donde un castigo simbólico comunitario extra judicial puede ser útil en aras de la reconciliación social.

E) *Conclusión del estudio de la justicia transicional en el derecho comparado*

Luego de analizar el concepto y los mecanismos de la justicia transicional en el derecho comparado, se pueden establecer brevemente las siguientes conclusiones:

(i) Debe diferenciarse entre la transición de dictadura a democracia y la transición de guerra a la paz en aras de la comprensión del proceso de victimización y las medidas tomadas en cada caso.

(ii) Para garantizar la justicia y la paz luego de la transición la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición son elementos que en la experiencia han sido integrados en el concepto de justicia transicional.

(iii) En este sentido la justicia debe ser vista desde una visión amplia, en la que víctimas y victimarios sean visibles y las primeras sean incluidas dentro del proceso en curso. La responsabilidad penal debe ser complementada con otros mecanismos extra judiciales.

(iv) Debido a los lineamientos internacionales ya asumidos por el ordenamiento jurídico colombiano, el otorgamiento de amnistías generales incondicionales no sería la mejor opción.

(v) Las comisiones de la verdad han sido mecanismos fundamentales no solo para recrear una verdad más ajustada, sino para la reconciliación individual y social del pasado. Pero estas comisiones deben ser independientes, tener recursos suficientes, investigar las causas del conflicto y producir un informe que debe ser divulgado ampliamente.

(vi) Tanto las reparaciones monetarias como simbólicas, así como los beneficios extra han sido positivos para la reconstrucción del tejido social y la reconciliación.

(vii) Las lustraciones y las pugnas han servido para limpiar la administración, estas deben ser entendidas como procedimientos administrativos que son importantes para la confianza social en las instituciones del Estado.

Del examen comparado pueden establecer lineamientos claros de las medidas de transición, pero como se estableció al principio de este análisis no existe una fórmula única y perfecta de justicia transicional, sino que esta debe ser adoptada de acuerdo con las condiciones excepcionales de

cada caso particular. Lo que sí se puede establecer es una evaluación de las medidas posibles por medio de la ponderación de intereses en tensión por vía del test de proporcionalidad¹¹⁷.

4. LA EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

La sección final del punto 6 de la sentencia C-579 de 2013 se dedica a hacer una reconstrucción histórica de medidas de excepcionalidad penal a lo largo del trasegar republicano del país. Con esta revisión la Corte Constitucional busca sustentar la siguiente hipótesis: durante la historia colombiana se han realizado esfuerzos para lograr la paz, los cuales se han centrado en la necesidad de ponderar la justicia y los derechos de las víctimas con la paz, y se han sustentado en las especiales características del conflicto en Colombia.

Tanto el planteamiento general de la Corte como su metodología pueden resultar muy polémicos. Por un lado, la revisión histórica profunda de tendencias políticas medidas bajo el derrotero de un concepto nuevo como el de la justicia transicional deja dudas de si el ejercicio no está marcado por el anacronismo. Es decir, un afán por encontrar una relación, o incluso justificación, de hechos históricos con marcos de análisis modernos. Ello pues, como bien lo sostiene TATIANA RINCÓN, han existido transiciones políticas durante toda la historia de la humanidad¹¹⁸. Lo novedoso de la idea de la justicia transicional es precisamente la relación entre esas transiciones y un marco de justicia. En la medida en que esa relación se hizo evidente, tanto en la práctica como en el estudio de las ciencias sociales, solamente hace unas tres décadas¹¹⁹, hacer una retrospectiva de la justicia transicional parecería un ejercicio etéreo en

¹¹⁷ KAI AMBOS, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELE ELSNER (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, págs. 57-62. Tarea realizada por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz.

¹¹⁸ TATIANA RINCÓN, *La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

¹¹⁹ De acuerdo con CHRISTINE BELL, “[...] el término justicia transicional solamente empezó a usarse a mediados de los 90s” y argumenta que “[...] la justicia transicional solamente se consolidó como un aparente «campo» con posterioridad al 2000”. CHRISTINE BELL, “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-field’”, en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, págs. 5-27.

donde el investigador puede pecar por darle un significado a los hechos que nunca tuvieron en el momento de su discusión.

El otro cuestionamiento es más de rango constitucional y tiene que ver con la relación entre historia política, costumbre local y estándares internacionales. La pregunta es la siguiente: aun si una reconstrucción histórica lograra demostrar la adherencia política o constitucional a un principio específico, como podría ser en el caso concreto la concesión de amnistías e indultos o al reconocimiento político, ¿qué trascendencia jurídico-constitucional podría tener dicho hallazgo? ¿Una costumbre local, por ejemplo, de reconocer el delito político o de otorgar amnistías por crímenes atroces podría ser relevante u oponible frente a normas de derecho internacional de los derechos humanos o del derecho penal internacional vinculantes en la actualidad? ¿Qué valor debería otorgarle el juez constitucional a estos hallazgos?

En su análisis, la Corte Constitucional intenta hacer un examen exhaustivo de medidas legislativas y políticas relacionadas con amnistías e indultos incluso desde antes de la independencia (empezando en 1780) hasta las más recientes medidas de justicia transicional activadas en el país. ¿Es este un análisis académico interesante, pero irrelevante para la resolución del caso? ¿Cuáles pueden ser los aspectos relevantes del ejercicio de la Corte?

La reconstrucción histórica que hace la sentencia tiene aspectos muy interesantes para entender ciertos rasgos del constitucionalismo colombiano que son relevantes, tanto para entender los debates constitucionales de la sentencia, como para pensar en regulaciones legales y en la cultura jurídica que propicie la puesta en práctica de estos marcos normativos. En los párrafos que siguen nos concentraremos en seis de estos rasgos históricos.

La primera cualidad que se hace evidente en el repaso histórico da parcialmente la razón a la hipótesis inicial de la Corte. A lo largo de la historia colombiana ha sido constante el tratamiento penal punitivo benigno para situaciones de orden público extremas¹²⁰. Desde la época colonial, las insurrecciones de trascendencia pública y que han amenazado en cierto grado el orden público, han tenido como uno de los componentes

¹²⁰ O “por graves motivos de conveniencia pública”, como lo establecieron distintas constituciones entre 1821 y 1853, o por “por grave motivo de conveniencia nacional”, como estableció la Constitución de la República Liberal de 1858. Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.3.4.

de solución el otorgamiento de amnistías e indultos, que van desde el levantamiento de los comuneros hasta las medidas de justicia transicional dictadas en la última década.

Esto no necesariamente quiere decir, sin embargo, que la ejecución de dichas medidas haya tenido en cuenta derechos de las víctimas, y que esta consideración haya formado parte del balance entre justicia y paz, como lo sugiere la interpretación de la Corte. No obstante, hasta este punto del análisis es razonable admitir que el discurso de la justicia transicional no ha tenido el monopolio de los arreglos penales especiales. Una conclusión obvia, pero igualmente importante, sobre todo para los debates de adecuación normativa de la reforma constitucional.

El segundo rasgo que se percibe en la reconstrucción de las medidas señaladas por la Corte es que no todos los procesos han sido exitosos. La historia muestra experiencias en las que las amnistías han sido rechazadas, como por ejemplo en los años 40 del siglo anterior durante la violencia partidista y la amnistía expedida por el Presidente Urdaneta. Y, de manera general, podría decirse que si el objetivo final de estos procesos fue desarticular el conflicto armado, a la fecha no han resultado del todo exitosas. Esta constatación resulta muy relevante a la hora de analizar el objetivo y la efectividad de la medida. Esto ante el análisis de los procesos de desarme que se realicen tras hacer cumplir la normativa establecida mediante el Marco Jurídico para la Paz. La medición del efecto de estas medidas en el proceso global de consecución de la paz es compleja, y eso lo ratifica la experiencia colombiana.

En tercer lugar, la historia colombiana demuestra una larga tradición de reconocimiento del delito político¹²¹. La presentación de la Corte reitera la tesis del profesor IVÁN OROZCO sobre el estatus histórico del delincuente político en Colombia como una muestra de las corrientes de modernidad europea y del derecho penal ilustrado europeo¹²². Si bien en los últimos años se ha producido un cierto decaimiento de esta figura¹²³, la revisión histórica muestra el fuerte raigambre constitucional de esta figura

¹²¹ La Corte encuentra menciones a amnistías por “delitos políticos” desde la Constitución Granadina de 1858, lo cual se repite tanto en la Constitución de 1886 como en el acto legislativo de 1968. Sent. C-579 de 2013, punto 6.3.4.

¹²² IVÁN OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006.

¹²³ LUZ MARÍA SÁNCHEZ, *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

y el importante papel que ha cumplido en distintas etapas de conflictos e insurrecciones en Colombia. Y, conforme con este hallazgo, también es relevante señalar que tanto la práctica constitucional como política ha reservado, con algunas excepciones¹²⁴, la facultad de concesión de amnistías e indultos a los delincuentes políticos, entendidos como quienes combaten por motivos políticos al Estado. De allí que haya sido común la exclusión de beneficios otorgados a los delincuentes políticos de delincuentes comunes y de agentes del Estado.

Una cuarta característica común a este largo período histórico es la adscripción constitucional que han tenido las figuras de amnistía e indulto y su forma de regulación, en relación con los poderes públicos. El constitucionalismo colombiano ha considerado, como sostuvo la Corte Constitucional en su momento que “tanto la amnistía como el indulto son instrumentos netamente políticos que puede utilizar el Estado con el fin de lograr la reconciliación y la paz en su territorio”¹²⁵. Y esos instrumentos políticos han sido reconocidos como una potestad política del poder legislativo con participación del poder ejecutivo. Así, la experiencia demuestra que tanto amnistías como indultos históricamente deben haber sido aprobados por el Congreso de la República, y que en distintas ocasiones se le ha dado facultad al presidente para que en virtud de una ley expedida por el Congreso otorgue indultos.

En quinto lugar, se hace evidente con el análisis de la Corte que antes del debate introducido por el derecho internacional de los derechos humanos y del auge del derecho penal internacional, en el constitucionalismo colombiano ya existía una discusión sobre los límites de las medidas de amnistía e indulto con fundamento en la gravedad de los crímenes cometidos. De hecho, un antecedente remoto de esta cuestión es resaltado por la Corte al referirse a la situación ocurrida en 1854 tras el golpe de José María Melo. Allí se otorgó un indulto limitado que cobijaba a los involucrados en el alzamiento (salvo a los jefes, cabecillas o agentes principales de traición o rebelión, a quienes se les impuso la expulsión de 1 a 8 años), “exceptuándose también algunos delitos graves”.

Posteriormente, ya hacia finales del siglo xx de manera clara se introdujeron limitaciones a las amnistías. En el caso de la ley 37 de 1981,

¹²⁴ Una notable excepción a esta tendencia es el decreto 2184 de 21 de agosto de 1953 que concedió una amnistía general a todos los miembros de las Fuerzas Armadas procesados o condenados antes del 9 de abril de 1948.

¹²⁵ Corte Constitucional, sent. C-768 de 1998.

el Congreso concedió una amnistía condicionada a actores armados autores de delitos políticos “y conexos”, exceptuando algunos delitos, entre los cuales se incluyeron el secuestro, la extorsión y el homicidio cometidos fuera de combate. Conforme a lo establecido en esta ley, en 1982, el gobierno nacional emitió el decreto 474 mediante el cual declaró extinguida la acción penal y la pena para los delitos políticos y conexos, “salvo para quienes hubieran cometido los delitos de homicidio fuera de combate, secuestro, extorsión o fuga de presos”. Una tendencia que se confirmaría con el cambio constitucional de 1991. Allí el constituyente hizo claro que los beneficios no podrían extenderse a “delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima”.

De la misma manera, e incluso con antecedentes históricos más remotos, la práctica constitucional colombiana, si bien ha reconocido la validez y pertinencia de las amnistías e indultos, los ha limitado a sus efectos penales. En consecuencia, los aspectos de responsabilidad civil u otro tipo de derivaciones han sido excluidas de los beneficios otorgados a excombatientes. La fórmula que invariablemente se ha usado en el constitucionalismo colombiano al menos desde la Constitución de 1886 ha sido que en caso de que mediante una amnistía o indulto los favorecidos queden eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el gobierno estará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. Este aspecto es relevante en la medida en que se compatibiliza con los estándares internacionales, particularmente los Principios Joinet y Orentlicher, los cuales establecen que las amnistías no pueden extenderse en ningún caso a aspectos que puedan llegar a limitar la satisfacción de otros derechos como a la verdad o las reparaciones.

Finalmente, la historia muestra que desde hace al menos tres lustros la discusión constitucional sobre la materia ha dialogado con los estándares internacionales asociados a las medidas de justicia transicional¹²⁶. Aun cuando fue a partir de la discusión de la Ley 975 o Ley de Justicia y Paz cuando empezó la discusión jurídico constitucional de la justicia transicional en Colombia, en casos anteriores ya se habían iniciado diálogos específicos con fundamento en estándares de derechos humanos y

¹²⁶ El primer caso que menciona la Corte Constitucional en donde se excluyeron delitos atroces de posibles amnistías fue 1981, cuando la Ley 37 de 1981 excluyó “el secuestro, la extorsión y el homicidio cometidos fuera de combate”. Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, punto 6.3.1.6.

derecho penal internacional. No solo desde el punto de vista de la construcción jurisprudencial de los derechos de las víctimas, sino además de las limitaciones a las históricas medidas de amnistía e indultos, la sentencia C-579 de 2013 rescata, en este sentido, el importante precedente de la sentencia C-928 de 2005.

La mencionada sentencia realizó el control de constitucionalidad parcial de la ley 418 (prorrogada por la Ley 782). El asunto específico consistía en si era constitucional la medida que permitía el indulto de los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos de los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonaran sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley. En esta sentencia la Corte afirmó que el Estado podía diseñar medidas especiales con el propósito de lograr y mantener la paz, que es un valor fundamental y un fin esencial del Estado, así como un derecho fundamental y un deber de la persona y del ciudadano. La Corte además afirmó que la amnistía y el indulto, en todo caso, deberían garantizar los derechos de las víctimas de los delitos a la verdad, la justicia y la reparación, que “derivan de los principios y reglas del proceso penal contemporáneo, forman parte integrante de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia consagrados en el Estatuto Superior (arts. 29 y 229) y responden también a las exigencias del Derecho Internacional, en particular de las disposiciones de la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”.

Así las cosas, la historia constitucional colombiana tiene aspectos muy relevantes para la discusión sobre el modelo de justicia transicional aceptable en la tradición jurídico constitucional colombiana, aun cuando estos aportes deben verse con precaución. Intentar darle un significado desde una lógica contemporánea como es la discusión de justicia transicional a hechos ocurridos hace más de dos siglos parece ser un error. Al mismo tiempo, si bien la historia constitucional puede ser muy pertinente para evaluar la cultura jurídica de aplicación de normas, esto no quiere decir que las tendencias históricas deberían preferirse sobre estándares actuales, sobre todo aquellos que en el derecho internacional buscan sentar límites a la actuación del Estado. Aun así, con estas precauciones, la revisión histórica de la Corte es definitivamente un aporte importante para el desarrollo de la cuestión tratado en la sentencia C-579, así como será muy relevante para la reglamentación de la reforma introducida con el acto legislativo 1 de 2012.

Conclusión

La sentencia C-579 de 2013 consolida una línea jurisprudencial en Colombia respecto del concepto y alcance de la justicia transicional. Un término que pasó de ser prácticamente desconocido en 1991, a ser integrado dentro del texto constitucional mediante el acto legislativo 1 de 2012 y con fundamento en la citada línea jurisprudencial. En su sentencia, la Corte acepta la interrelación entre el modelo constitucional y la justicia transicional, adopta un modelo específico de justicia transicional —el modelo holístico— y define los criterios de ponderación de las medidas de transición aceptadas en dicho modelo. Este modelo es extraído por la Corte tanto de los estándares normativos internacionales como desde la práctica constitucional colombiana y, en esa medida, la sentencia reafirma que la propia Constitución de 1991 admitía ya algunos mecanismos de transición.

La sentencia es un valioso ejemplo de interrelación entre derecho constitucional y mecanismos de transición. No obstante, algunos puntos concretos pueden ser objeto de discusión y crítica. En cuanto a los elementos de la justicia transicional, la sentencia presenta vacíos en dos temas: reconciliación y fortalecimiento de la democracia. Frente a los mecanismos de justicia de transición la sentencia confunde el sustento de justicia que justifica su creación con los mecanismos propiamente dichos.

Por otro lado, el estudio comparado sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de aprovechamiento para el resto de la sentencia. La Corte efectúa una descripción superficial de cada uno de los casos sin establecer ejes o instituciones comparativas. Tampoco menciona en su análisis comparado medidas como las comisiones de la verdad u otras que han sido de vital importancia para el desarrollo de estos procesos en las experiencias nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI: “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOS, KAI/ MALARINO, EZEQUIEL/ELSNER, GISELE (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

AMBOS, KAI/MEYER-ABICH, NILS: “La superación juridicopenal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real socialistas”, en AMBOS, KAI/

- MALARINO, EZEQUIEL/ELSNER, GISELE (eds.): *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.
- ARANGO, RODOLFO: “La Ley de Justicia y Paz en perspectiva iusfilosófica”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional, núm. 17, 2006.
- BACKER, DAVID: “Cross-National Comparative Analysis”, en VAN DER MERWE, HUGO/BOXER, VICTORIA/CHAPMAN, ANDREY R. (eds.), *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, D.C., United States Institute of Pace Press, 2009.
- BASSIOUNI, CHERIF M./ROTHENBERG, DANIEL: *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. A Project of International Human Rights Law Institute*, Chicago, Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007. Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf (28.1.2014).
- BELL, CHRISTINE: “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-field’” en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009.
- “The «New Law» of Transitional Justice”, en AMBOS, KAI, *et al.* (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2009.
- BENAVIDES VANEGAS, FARID: *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Barcelona, Institut Catalá Internacional per la Pau ICIP, 2010.
- BORAINE, ALEXANDER: “Transitional Justice: a holistic Interpretation”, en *Journal of International Affairs*, vol. 60, núm. 1, Columbia University, 2006.
- BOTERO, CATALINA: *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá, Fundación Social-ICTJ/Fondo Editorial Cerec, 2004.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER: “Justicia transicional «Memoria Histórica», y responsabilidad internacional del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, en *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 4, 2009.
- CLAPHAM, ANDREW/MARTIN, FLORENCE: “Smaller Missions, Bigger Problems”, en HENKIN, ALICE (ed.), *Honoring Human Rights: from Peace to Justice*, New York, Aspen Institute, 1998.
- DE GREIFF, PABLO: *The Handbook Of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ELLIS, MARK: “Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1997.

- ELSTER, JOH: *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- FRANKENBERG, GÜNTER: “Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Große Anfrage im Bundestag”, en Redaktion Kritische Justiz (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, Baden-Baden, 1998.
- FREEMAN, MARK: *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- FREI, NORBERT: *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1997.
- GARCÍA-GODOS, JEMIMA/KNUT, ANDREAS: “Transitional Justice and Victims Rights Before the End of a Conflict: The Unusual Case of Colombia”, en *Journal of Latin American Studies*, vol. 42, Issue 03, August 2010.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ: “Chile informes de justicia de transición”, en AMBOS, KAI/MALARINO, EZEQUIEL/ELSNER, GISELE (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.
- HAYNER, PRISCILLA B.: *Unspeakable Truths, Transitional Justice and the Challenge of Truth Commission*, New York, Routledge, 2011.
- “Fifteen Truth Commission 1974 to 1994: A Comparative Study”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, núm. 4, 1994.
- HERZ, JOHN: “Bünde der Vergangenheit oder: wie die Deutschen mit der Nazi-Hinterlassenschaft fertig wurden”, en *Tel Aviver Jahrbuch für deutsche Geschichte*, Band 19, 1990.
- HUHLE, RAINER: *Von Nürnberg nach den Haag: der lange Weg zur strafrechtlichen Ahnung von Menschenrechtsverbrechen*, Hamburg, Europäische Verlagsanstalt, 1996.
- JELIN, ELIZABETH: *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores/Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2002.
- “The Politics of Memory: the Human Rights Moments and the Construction of Democracy in Argentina”, en *Latin American Perspectives*, vol. 21, núm. 2, 1994.
- KERR, RACHEL/MOBEKK, EIRIN: *Peace and Justice, Seeking Accountability After War*, Cambridge, Polity Press, 2008.
- KOHN, MELVIN L.: “Cross-national Research as an Analytic Strategy”, en *American Sociological Review*, vol. 52, 1987.
- KRITZ, NEIL: *Transitional Justice: how Emerging Democracies reckon with former Regimes*, Washington, D.C., United States Institute of Pace Press, 1995.
- LEUPOLT, SÖHNKE: *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*, Köln, Juristische Schriftenreihe, 2003.

- LINZ, JUAN: *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown & Re-equilibration*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1978.
- LONGMAN, TIMOTHY: “Justice at the Grassroots? Gacaca Trails in Rwanda”, en ROTH-ARRIZA, NAOMI/MARIEYCURRENA, JAVIER (eds.), *Traditional Justice in the Twenty-first Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2012.
- MALARINO, EZEQUIEL: “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no Peace without Justice o bien no Peace with Justice”, en *ZIS* 7/2009.
- MILL, JOHN STUART: *A System of Logic*, New York, Harper & Brothers, 1874.
- O’DONNELL, GUILLERMO/SCHMITTER, PHILIPPE/WHITEHEAD, LAURENCE (eds.): *Transitions from Authoritarian Rule: Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1986.
- OLSEN, TRICIA D./PAYNE, LEIGH A./REITER, ANDREW G.: *Transitional Justice in Balance, Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington, D.C, United States Institute of Peace Press, 2010.
- OROZCO, IVÁN: *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Edit. Temis, 2009.
- *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006.
- PARENTI, PABLO/PELLEGRINI, LISANDRO: “Argentina en justicia de transición informe”, en AMBOS, KAI/MALARINO, EZEQUIEL/ELSNER, GISELE (eds.), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.
- PEREIRA, PAMELA: “Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno”, en *Manual de justicia transicional*, Brasilia/New York, ICTJ, 2011.
- RINCÓN, TATIANA: *La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- SADAT, LEILA NADYA: “The Effect of Amnesties before Domestic and International Tribunals: Morality, Law and Politics”, en HUGHES, EDEL /SCHABAS, WILLIAM A. /THAKUR, RAMESH (eds.), *Atrocities and International Accountability: beyond Transitional Justice*, Tokyo-New York-Paris, United Nations University Press, 2006.
- SÁNCHEZ, LUZ MARÍA: *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- SÁNCHEZ, NELSON CAMILO: *Cuáles son los derechos de las víctimas, de graves violaciones de los derechos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Dirección de Promoción y Divulgación, 2013.

- SÁNCHEZ, NELSON CAMILO/UPRIMNY, RODRIGO: “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en CATALINA DÍAZ, *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, Bogotá, ICTJ, 2010.
- SIKKINK, KATHRYN/BOOTH WALLING, CARRIE: “La cascada de justicia y el impacto de los juicios de derechos humanos en América Latina”, en *Cuadernos del Claeh*, núm. 96-97, 2ª serie, 2008.
- STAN, LAVINIA/NEDELSKY, NADYA (eds.): *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 3, 2013.
- *Encyclopedia of Transitional Justice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, vol. 2, 2013.
- TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO: *El “derecho comparado”, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada*, en Conferencia dentro de las mesas redondas en homenaje a Héctor Fix Zamundío, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), el 23 de octubre de 1986.
- “Teoría jurídica y «Derecho comparado» una aproximación y un deslinde”, en *Insonomía* núm. 27/octubre de 2007.
- TEITEL, RUTI G.: “Genealogía de la justicia transicional, título original: Transitional justice Genealogy”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, Spring 2003.
- TELFORD, TAYLOR: *Die Nürnberger Prozesse, Hintergründe, Analysen und Erkenntnisse aus heutiger Sicht*, München, Heyne, Auflage 2, 1994.
- UPRIMNY, RODRIGO: “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY, RODRIGO/BOTERO, CATALINA/RESTREPO, ESTEBAN, et al.: *¿Justicia transicional sin transición?, verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2006.
- “Las leyes de justicia y paz, en la desmovilización de los paramilitares en Colombia, 2003-2010”, en BRUCE M. BAGLEY/ELVIRA MARÍA RESTREPO (eds.), Bogotá-Miami, Uniandes, University of Miami, 2010.
- UPRIMNY, RODRIGO/BOTERO, CATALINA/RESTREPO, ESTEBAN, et al.: *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, Dejusticia, 2006.
- UPRIMNY, RODRIGO/SAFFON, MARÍA PAULA: “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en UPRIMNY, RODRIGO/BOTERO, CATALINA/RESTREPO, ESTEBAN, et al.: *¿Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, Dejusticia, 2006.
- UPRIMNY, RODRIGO/SÁNCHEZ, LUZ MARÍA/SÁNCHEZ, NELSON CAMILO: *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2014.
- VAN HISSENHOV, NICOLÁS PALAU: *Trámite de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Fundación Social, 2010.

VALENCIA VILLA, HERNANDO: *Introducción a la justicia transicional*, conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, 2007.

WALZER, MICHAEL: *Arguing about war*, New Haven, Yale University Press, 2004.

WEINKE, ANNETTE: “«Von Nürnberg nach Den Haag»? Das Internationale Militärtribunal in historischer Perspektive”, en *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, Band 16, 2008.

Sentencias Corte Constitucional Colombiana

Corte Constitucional, sentencia C-768 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia C-1199 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C-771 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia C-052 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013.

Documentos Organización de las Naciones Unidas

Organización de las Naciones Unidas ONU, Consejo de Seguridad, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 26.

Organización de las Naciones Unidas ONU, Asamblea General (2012). Informe del Redactor Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo De Greiff, A/HRC/21/46, párr. 23.

Organización de las Naciones Unidas ONU, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 40/34.

Organización de las Naciones Unidas ONU, Reconciliación nacional después de los conflictos: el papel de las Naciones Unidas, Decision of 26 January 2004 (4903 reunión).

ALCANCE DEL ARTÍCULO 1º INCISO 4º
DEL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2012.
DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ Y LA SELECCIÓN
Y PRIORIZACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

JOHN E. ZULUAGA T.

Resumen: En este artículo se discute acerca de dos elementos fundamentales de la premisa menor del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013. Primero, se aborda el debate sobre terminación del conflicto y consecución de la paz, así como la aplicación de mecanismos extrajudiciales a partir del Acto Legislativo 1 de 2012. Se intenta establecer cuándo se considera terminado un conflicto y se analizan los criterios a partir de los cuales se determina dicha terminación. Segundo, se discute sobre selección y priorización como criterios para la Justicia Transicional, con énfasis en el fundamento legal y las prácticas llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación (FGN) a partir de la directiva 1 de 2012. En este punto se resaltan las deficiencias del marco argumentativo a partir del cual la Corte define la justificación de criterios de priorización y selección. Con este análisis se determina si existió una adecuada definición del alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012 por la Corte Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo (AL) 1 de 2012¹ guía la Constitución a los fines de influir procesos concretos de negociación con Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML). A los mecanismos definidos para tal propósito los ha llamado “instrumentos de justicia transicional”, los cuales tienen como finalidad prevalente “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con ga-

¹ Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&Itemid=175&id=255:acto-legislativo-1-del-2012 (visto por última vez el 18.03.2014).

rantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos” (art. 1º). Con esta reforma se complementa el marco normativo (Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y decretos reglamentarios) a partir del cual se viene tratando los diferentes GAOML que por vía de la desmovilización iniciaron la gestión de su reincorporación a la vida civil. Asimismo, establece unas condiciones legales básicas para el desarrollo de las conversaciones entre el gobierno colombiano y las FARC² orientadas a la determinación de un acuerdo de paz.

La reforma ha recibido diferentes críticas³: por un lado, respecto a sus finalidades, se ha cuestionado la capacidad que tiene para determinar el logro de los objetivos planteados y resolver los problemas prácticos de la justicia transicional en Colombia. Por otro lado, acerca de la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, se ha señalado como una reforma incoherente frente al marco de exigencias para el acceso al beneficio de pena alternativa de la Ley 975 de 2005. Una detallada discusión ha recibido el artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012 respecto a la incorporación de *instrumentos de justicia transicional de carácter judicial y extra-judicial*⁴. Las críticas al artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012 se han manifestado directamente en acciones públicas de inconstitucionalidad⁵. La única acción de inconstitucionalidad contra el “Marco jurídico para la paz” resuelta hasta el momento, demandó las expresiones “máximos”,

² Véase declaración presidencial en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Agosto/Paginas/20120827_01.aspx (visto por última vez el 18.03.2014).

³ Un desarrollo más amplio de las críticas puede verse en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁴ Sobre sus críticas véase en detalle *infra* 2. Art. 1º inc. 4º AL 1 de 2012: Selección y priorización como parámetros para la justicia transicional.

⁵ La primera demanda fue presentada el 18.12.2012 por la Comisión Colombiana de Juristas. El texto original de la demanda puede ser consultado en http://www.coljuvistas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_fuero_militar_2013-03-20.pdf (visto por última vez el 18.03.2014). La demandas posteriores fueron presentadas por los ciudadanos José Octavio Hoyos Gómez y Rafael Giovanni Guarín Cotrino. La Sala Plena de la Corte Constitucional (sesión de 14 de agosto de 2013), decidió rechazar la demanda presentada por José Octavio Hoyos Gómez y admitir la formulada por el ciudadano Rafael Giovanni Guarín Cotrino. Dicho Auto y una reseña del contenido de dichas demandas, así como las razones por las cuales consideran inconstitucional el marco jurídico para la paz, puede verse <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a242-13.htm> (visto por última vez el 18.03.2014).

“cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidas en el artículo 1º del AL 1 de 2012. Dicha demanda fue resuelta en la sentencia C-579 de 2013⁶ que declaró la exequibilidad de dicho AL. El problema jurídico planteado y resuelto por la Corte Constitucional fue el de si representaba una sustitución de la Constitución “la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás”⁷.

En este artículo se discutirá la premisa menor del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 para resolver el problema planteado por la Corte Constitucional. En otras palabras, a partir del artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012, se determinarán las consideraciones de la Corte Constitucional sobre cómo se puede entender que la investigación penal solamente se concentre en algunos responsables de ciertos delitos que constituyen graves violaciones a los DDHH y al DIH, al permitir la utilización de criterios de selección y priorización para centrar la investigación en los máximos responsables de delitos cometidos de manera sistemática y renunciar a la persecución de los demás⁸. Concretamente se abordarán dos elementos fundamentales de dicha premisa: primero, el debate sobre terminación del conflicto y consecución de la paz, así como la aplicación de mecanismos extrajudiciales a partir del AL 1 de 2012. Se intenta establecer cuándo se considera terminado un conflicto y se analizan los criterios a partir de los cuales se define dicha terminación. Segundo, se discute sobre selección y priorización como criterios para la justicia transicional, con énfasis en el fundamento legal y las prácticas llevadas a cabo por la Fiscalía General de la Nación (FGN) a partir de la directiva 1 de 2012. Con este análisis se espera determinar los principales vacíos en las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el siste-

⁶ Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013, párr. 3. Problema jurídico.

⁷ Véase Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 4.5. Es de anotar que al aceptar la demanda presentada por Rafael Guarín Cotrino (*supra* nota 5), la Corte Constitucional aceptó revisar de nuevo el inc. 4º del art. 1º del AL 1 de 2013. En un segundo auto, la Corte consideró que ante la no publicación de la sentencia al momento de la segunda demanda no resulta proporcionado una inadmisión a los cargos contra el inc. 4º del art. 1º del AL 1 de 2013. Véase Corte Constitucional, Auto del 14.01.2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁸ Para una síntesis de las premisas mayor y menor del juicio de constitucionalidad véase Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 2.4.4. (ii).

ma de priorización y selección en Colombia. Como resultado se espera establecer si existió, en las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, una adecuada definición del alcance del artículo 1º inciso 4º del AL 1 de 2012⁹.

2. ANTECEDENTES Y PROPÓSITOS ESENCIALES

El Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2011 (Senado) - 094 de 2011 (Cámara) fue presentado por el Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre, en su momento presidente de la Comisión de Paz, el día 12.09.2011¹⁰. El proyecto buscó introducir un *régimen de justicia transicional paralelo*, por medio de la creación del artículo transitorio 66 y la modificación del artículo 122 de la Constitución Política. La presentación de ese proyecto de reforma constitucional estuvo acompañada de múltiples justificaciones. Se argumentaba que las “desmovilizaciones de los grupos armados ilegales serían más eficaces”, que “se conocería toda la verdad en favor de las víctimas” y que sería “la segunda fase de la Ley de Víctimas”¹¹. En el transcurso de los ocho debates legislativos, la discusión más intensa se dio acerca de la elegibilidad política de los integrantes de GAOML. En el proceso de aprobación de la reforma se agregó un inciso al artículo 3º según el cual “no podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”¹². Esta reforma fue aprobada en el Congreso y promulgada como *acto legislativo 1 el día 31.07.2012*¹³.

⁹ Las expresiones “máximos responsables”, “cometidos de manera sistemática” y “renuncia condicionada a la persecución penal” serán discutidas en el siguiente capítulo. Véase *infra* DIEGO TARAPUÉS/GUSTAVO COTE, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la constitución realizado en la sent. c-579 de 2013”.

¹⁰ La publicación del primer proyecto radicado puede verse en *Gaceta del Congreso* 681 (2011), Bogotá, 13.09.2011, pág. 1 y ss.

¹¹ Véase las declaraciones del Senador Roy Barreras en <http://www.congresovisible.org/agora/post/roy-barreras-radico-nuevo-marco-legal-para-la-paz/2364/> (visto por última vez el 18.03.2014).

¹² Véase Informe de Conciliación en *Gaceta del Congreso* 371 (2012), Bogotá, 16.06.2012, pág. 4.

¹³ Véase la publicación oficial del acto legislativo 1 de 2012 en *Gaceta del Congreso* 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2012.html (visto por última vez el 18.03.2014).

El AL 1 plantea el objetivo de transformar el desenlace del conflicto armado y de los procesos judiciales que intentan canalizar el tratamiento a los diferentes GAOML. Concretamente, establece como propósitos prevalentes “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera” y, asimismo, afirma que los mecanismos conducentes a tales objetivos son excepcionales (art. 1º inc. 1º). A ese fin el AL 1 permite la puesta en marcha de mecanismos extrajudiciales de justicia transicional, la determinación de criterios de priorización y selección de casos, la suspensión de la ejecución de la sanción y la renuncia a la persecución penal para los hechos no seleccionados (art. 1º inc. 4º). El tratamiento penal especial está condicionado a “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley” (art. 1º inc. 5º). Establece, además, que la aplicación de estos instrumentos se limitará a los futuros desmovilizados que suscriban un acuerdo de paz o se desmovilicen de acuerdo con los procedimientos establecidos (art. 1º parg. 1º).

A) *De la terminación del conflicto armado y la paz estable y duradera*

El artículo 1º inciso 1º del AL 1 de 2012 establece un marco de fines, los cuales orientan la aplicación de los instrumentos de justicia transicional. En primer lugar, establece como finalidad prevalente “facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera”. Al parecer los ponentes de la reforma constitucional, al referirse al objetivo “último” o “prevalente” de la reforma, han querido aludir con dicha formulación a la idea de “romper el círculo vicioso del recurso a la violencia organizada como herramienta para tramitar las diferencias en la sociedad, para así lograr que las violaciones no se vuelvan a repetir”¹⁴. En ese sentido, terminación del conflicto es equivalente a no repetición de violaciones a DD.HH. Así lo confirma la Exposición de Motivos, al presentar las formas de entender la idea de no repetición: por un lado, es una “orientación en favor de lograr la cesación de las violaciones continuadas, el esclarecimiento de la verdad, la búsqueda de personas desapare-

¹⁴ Véase Exposición de motivos en *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, págs. 1-2.

cidas, los ofrecimientos públicos de perdón y las reformas institucionales necesarias, como elemento del derecho de las víctimas a la reparación integral”¹⁵. Por otro lado, es entendida como “la capacidad de protección efectiva de la población para que no se repita el conflicto armado y se elimine el recurso ilegítimo al uso de la fuerza”¹⁶. De igual manera, del artículo 1º inciso 1º se desprende que la aplicación de dichos instrumentos de justicia transicional, solo se podrán aplicar en el marco de un acuerdo de paz. Así se expresó en muchas de las ponencias que tuvo el trámite de aprobación y de ello se dejó constancia en el informe de conciliación¹⁷.

Para la Corte, el derecho a la paz impone el deber de prevención de la guerra y morigerar (solucionar) los efectos del conflicto. La Corte plantea que el deber de prevenir la guerra, en cuanto solución del conflicto armado colombiano, se efectúa con fundamento en la Constitución y tratados de DD.HH. Sin embargo, la Corte misma no hace esta interpretación, es decir, no logra un acercamiento más profundo acerca de la pregunta ¿cómo y cuándo se considera solucionado el conflicto armado? De las consideraciones de la Corte, así como de la motivación de la reforma, se deduce la terminación del conflicto como equivalente a no repetición de violaciones de DD.HH. en tanto resultado de un acuerdo de paz. Se resalta la prevalencia de una interpretación basada en un criterio formal (acuerdo de paz) para entender la terminación del conflicto. Esto amerita algunas aclaraciones: primero, vale la pena recordar que el concepto de conflicto armado no está definido explícitamente en el DIH. A pesar de ello, una definición puede plantearse a partir de las indicaciones que contienen algunos reglamentos¹⁸. El campo de análisis determinante para establecer la existencia de un conflicto armado es la *verdadera o real forma del conflicto*, es decir, las condiciones formales (una declaración de guerra o la existencia de un estado de guerra) no representan un criterio

¹⁵ *Ibid.*, pág. 1.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 1.

¹⁷ *Gaceta del Congreso* 371 (2012) (*supra* nota 12) pág. 1.

¹⁸ Cfr. KAI AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, trad. de John E. Zuluaga, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 66; ÍD., *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014, págs. 122 y s. (131 y s.); ÍD., “Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt”, en HAASE/MÜLLER/SCHNEIDER (eds.), *Humanitäres Völkerrecht: politische, rechtliche und strafgerichtliche Dimensionen*, Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges., 2001, págs. 330 y s. Sobre el concepto —en oposición a la “guerra”— ERIC DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 4ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2008, págs. 102 y ss.

determinante de su existencia¹⁹. En ese mismo sentido, solo a partir de las condiciones materiales o reales del desenvolvimiento de un conflicto, y no las formales, se puede definir la terminación de un conflicto armado (*cese real de hostilidades*). Esto se deduce del artículo 3º (b) primera parte de la frase del Protocolo Adicional (PA) I²⁰ a las Convenciones de Ginebra (CG). En todo caso, el DIH sigue siendo aplicable mientras haya circunstancias que necesiten de regulación, tal como se deduce de la segunda parte de la frase y la frase 2²¹ de la misma norma. Por lo tanto, un conflicto en general termina recién con el *restablecimiento de la situación (pacífica) anterior*²².

Esto también es una constancia en la historia de los conflictos contemporáneos, los cuales no terminan exclusivamente con resultados decisivos como la victoria o acuerdo de paz, sino más bien en circunstancias donde los combates simplemente cesan²³. Éste criterio conduce a resolver la terminación de un conflicto armado *vía facti*, es decir, con la mera cesación de hostilidades más allá de una conclusión general de paz o, en el caso de un conflicto no internacional, un “acuerdo de paz”²⁴.

¹⁹ CHRISTOPHER GREENWOOD, “Scope of application of humanitarian law”, en FELCK (ed.), *The handbook of international humanitarian law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 46 (núm. 202), 49 (núm. 203); KNUT IPSEN, “Bewaffneter Konflikt und Neutralität”, en IPSEN (ed.), *Völkerrecht*, 5ª ed., München, Beck, 2004, § 66 nm. 5 y ss., § 68 nm.1; KARL DOEHRING, *Völkerrecht: ein Lehrbuch*, 2ª ed., Heidelberg, Müller, 2004, § 11 nm. 585 y s.

²⁰ La primera mitad de la frase reza: “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación; [...]” (énfasis del autor).

²¹ La segunda mitad de la frase y segunda frase rezan: “[...] excepto, en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, [...] tenga lugar posteriormente. Tales personas continuarán beneficiándose de las disposiciones pertinentes de los Convenios y del presente Protocolo hasta su liberación definitiva [...]”.

²² Detalladamente IPSEN (*supra* nota 19) § 68 nm. 4 y ss. (4); DOEHRING (*supra* nota 19) § 11 nm. 646 y ss.; DAVID (*supra* nota 18) pág. 232 y ss. Ver también *Prosecutor v. Delic*, Judgement, 15. 9. 2008 (IT-04-83-T), parg. 40.

²³ Véase J. KREUTZ, “How and when armed conflicts end: Introducing the UCDP Conflict Termination dataset”, en *Journal of Peace Research* 2010, pág. 243, quien llega a la misma conclusión a partir de una investigación cuantitativa sobre la resolución de conflictos armados entre 1946 y 2005.

²⁴ Así GREENWOOD (*supra* nota 19) págs. 72 y ss.; H. FRIMAN, en R. CRYER, *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge, CUP, 2010, pág. 280; T. STEIN /C. VON BUTTLAR, *Völkerrecht*, 12ª ed., Köln, Heymanns,

En ese sentido, la existencia de un *conflicto armado no internacional* se determina recurriendo a criterios como la *intensidad* del conflicto y la *organización* (militar) de las partes en conflicto. Con ello también se diferencia de la delincuencia común, sublevaciones de corta duración o actividades terroristas²⁵. Esta determinación objetiva viene dada a partir de los requisitos establecidos en el artículo 3º común a los CG I-IV²⁶. En ese sentido, también un conflicto armado se considera terminado cuando cae por debajo de este *umbral de intensidad*²⁷.

La noción de terminación de un conflicto armado es de especial utilidad para la interpretación de los propósitos prevalentes del AL 1 de 2012. El primer objetivo (facilitar la terminación del conflicto armado) debe suponer por lo menos el *cese de hostilidades en un sentido material*, es decir, cuando todas las condiciones nocivas provocadas por el conflicto armado se inviertan. El umbral formal para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional (*acuerdo de paz*), exigido en el artículo 1º inciso 1º, tal como se confirma en el informe de conciliación de la reforma constitucional²⁸ y en las consideraciones de la Corte, en los términos del DIH, no supone la terminación del conflicto, ni constituye una plataforma real para la consolidación de espacios “postconflictuales”. Es cierto que en términos de seguridad jurídica, el punto de vista formal ofrecería ventajas respecto a la determinación más precisa del momento de terminación de un conflicto y del ámbito temporal de aplicación del DIH. Sin embargo, en conflictos como el colombiano este criterio sería desbordado por las dinámicas reales de los GAOML, es decir, un criterio

2009, nm. 1222; DAVID (*supra* nota 18) para. 1233; K. IPSEN, (*supra* nota 19) § 68 II para. 5. Véase también P. WALLENSTEEN/M. SOLLENBERG, “Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96”, en *Journal of Peace Research* 1997, pág. 342 que identifica tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de *terminación de facto*, que incluye el camino de un alto al fuego).

²⁵ AMBOS, *Nociones* (*supra* nota 18) págs. 66 y s. con más referencias.

²⁶ *Ibid.*, pág. 67 con más referencias. Véase también GUÉNAËL METTRAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, OUP, 2005, pág. 36. Un resumen de los diferentes criterios para determinar un conflicto no internacional extraídos de las diferentes enmiendas del art. 3º común puede verse en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (visto por última vez el 18.03.2014).

²⁷ Véase J. KREUTZ (*supra* nota 23), pág. 244, para quien un conflicto armado se traduce en por lo menos 25 muertes relacionadas con los combates en un año calendario.

²⁸ Véase *Gaceta del Congreso* 371 (2012) (*supra* nota 12) pág. 1.

formal no tendría en cuenta situaciones en las que un conflicto armado se ha terminado como una cuestión de hecho²⁹. La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tendría también otras importantes repercusiones. Por un lado, en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Que el desenvolvimiento real del conflicto determine la aplicación del DIH implica una concepción de la guerra “como dialéctica de enemigos que se reconocen «horizontalmente» como iguales y que no se discriminan «verticalmente» como delincuentes”³⁰. Por otro lado, se plantea la pregunta de si aquellos grupos no desmovilizados o no reinsertados³¹ (BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto³², es decir, implica necesariamente no

²⁹ Así AMBOS, *Treatise* (supra nota 18) pág. 129 con más referencias.

³⁰ IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992, pág. 27.

³¹ Sobre el reagrupamiento de no desmovilizados véase INDEPAZ, “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez 18.03.2014); Human Rights Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia’s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005, págs. 35-40 que cita otras fuentes; sobre la tipología y carácter de estos nuevos grupos Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007, págs. 55-63; un mapa de expresiones delincuenciales posdesmovilización en http://www.semana.com/wf_Documentos.aspx?Tag=BACRIM (visto por última vez el 18.03.2014); véase también WILLIAM BASTIDAS, “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlin (ed.), 2007, págs. 22-29; WILLIAM FREDY PÉREZ TORO, “Orden jurídico, negociación, paz y reinserción: la constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia”, en *Estudios políticos*, núm. 27, Medellín, julio-diciembre 2005, págs. 67-100; ALEJO VARGAS/ROCÍO RUBIO, “Desmovilización y reinserción de ex combatientes=¿transición hacia...?”, en *Conflicto y seguridad democrática. Temas críticos y propuestas*, Bogotá, Fundación Social, Fescol, Embajada de la República Alemana en Colombia, 2004, págs. 189-258; KIMBERLY THEIDON, “Transitional Subjects? The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007, págs. 66-90; Fundación Seguridad y Democracia, “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).

³² Dicha posición llega a ser discutida en la doctrina de acuerdo con el art. 3º CG I-IV y el art. 1º PA II. Cfr. JAN RÖMER, *Killing in a gray area between humanitarian law*

renunciar a la discusión sobre la organización de los “nuevos” GAOML, estructura de mando y su impacto en el territorio³³.

En síntesis, si de lo que debería tratarse es de la terminación del conflicto, es decir, el *cese real de hostilidades*, más que de un acuerdo formal de paz, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. Solo se trata de dos fenómenos que no tienen una correspondencia inmediata, con la lógica de causa-efecto, especialmente porque en el contexto del conflicto colombiano la violencia es un recurso permanente, incluso de los desmovilizados de GAOML, para intervenir la gestión del control social³⁴.

B) Instrumentos judiciales o extrajudiciales

El artículo 1º inciso 2º del AL 1 determina que “mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter

and human rights. How can the national police of Colombia overcome the uncertainty of which branch of international law to apply?, Berlin, Springer, 2010, pág. 26; también MARIEL PÉREZ SANTIAGO, “Las BACRIM de Colombia. Comunidades o actores del conflicto armado”, en *InSightCrime* 23.07.2012, disponible en <http://es.insightcrime.org/analisis/las-bacrim-de-colombia-comunidades-o-actores-del-conflicto-armado> (visto por última vez el 18.03.2014).

Para una crítica fundamental del “derecho a matar” en el conflicto armado véase ALBIN ESER, “Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus”, en DÖLLING/GÖTTING/MEIER/VERREL (eds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung : Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlin, de Gruyter, 2010, págs. 461 y ss.

³³ Este ha sido un punto de permanente observación por parte de la Fiscalía de la CPI. En el Reporte sobre las actividades de la Fiscalía en relación con los exámenes preliminares de 2013, la Fiscalía afirma que en el caso de *los Urabeños* “hay bases razonables para afirmar que está lo suficientemente organizada como para llegar a ser parte en un conflicto armado de carácter no internacional”. Véase The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities 2013*, Noviembre de 2013, párrafos 128-129, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (visto por última vez el 18.03.2014).

³⁴ Sobre la violencia en Colombia como recurso permanente de los desmovilizados de GAOML véase JOHN ZULUAGA/MANFREDO KOESSL, “Sobre la fase administrativa del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de «Justicia y Paz» (LJP)”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis S. A., octubre-noviembre 2011, págs. 5-64; también JOHN ZULUAGA, “Sobre la disfuncionalidad de la llamada «fase administrativa» del proceso de justicia y paz en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, núm. 1, Göttingen, mayo de 2011, págs. 3-9.

judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción”. En la segunda parte del inciso establece que “en cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Lo novedoso de este inciso es que en ambos apartes se introduce la idea de que tanto en la investigación y sanción, así como en el establecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas se utilizarán *instrumentos extrajudiciales*. La incorporación de instrumentos de este carácter es, por un lado, como lo advertíamos en otros escritos, un reconocimiento de que los procesos judiciales no pueden llegar a ser los escenarios exclusivos para la realización de verdad, justicia y reparación en aquellos contextos llamados de “transición”³⁵. Por otro, recoge nuestra recomendación en el sentido de que el trámite judicial de la Ley de Justicia y Paz (LJP) no podía instalarse como *enlace específico en la relación entre el sistema judicial y los propósitos de neutralización, sanción y reincorporación de actores armados irregulares* y, con ello, de verdad, justicia y reparación³⁶.

Así también se reconoce en la Exposición de Motivos, en donde se afirma que “a través de la introducción de medidas como los mecanismos extrajudiciales de investigación y sanción y de esclarecimiento, el acto contribuye a generar un sistema integral para la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas”³⁷. La posibilidad de incluir mecanismos extrajudiciales ya había sido prevista en el artículo 8º de la ley 1448 de 2011 o “Ley de víctimas”³⁸ y su reiteración en el AL 1 de 2012 obedece

³⁵ Véase JOHN ZULUAGA, “Acerca del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de «justicia y paz»”, en RICARDO MOLINA LÓPEZ (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike - Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, págs. 571 y ss. En ese sentido también DANIEL PASTOR, ¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en EIROA/OTERO (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2007, págs. 327-400.

³⁶ KAI AMBOS, et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párr. 309 y 413 s.

³⁷ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 2.

³⁸ Artículo 8º. “*Justicia transicional*. Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas

en esencia a razones de eficacia de la investigación y el esclarecimiento de la verdad, tal como se afirma en la exposición de motivos: “La creación de mecanismos extrajudiciales para los menos responsables [...], permitirá no solo resolver la situación jurídica de los desmovilizados que confiaron en el Estado, sino concentrar los esfuerzos y recursos de judicialización en los máximos responsables, e incentivar procesos de contribución definitiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas”³⁹. Precisamente, las ventajas destacadas en dicha motivación son, primero, el esclarecimiento pleno de la verdad “especialmente el esclarecimiento pleno de patrones y contextos”; segundo, contribuyen a la reparación de las víctimas, entendiendo la verdad como una parte de la noción de reparación; tercero, contribuyen a la no repetición en tanto la satisfacción del derecho a la verdad puede contribuir a la prevención general de la comisión de crímenes internacionales⁴⁰.

Aunque es una propuesta tardía, pues tales instrumentos debieron haber sido parte de la ley 975⁴¹, es cierto que el planteamiento y desarrollo de vías alternativas o extrajudiciales dan mayor legitimidad y justificación a las propuestas de priorización y selección en escenarios judiciales. Sin embargo, ni en el texto conciliado ni en el proceso de concepción de la reforma —como tampoco en las consideraciones de la Corte— queda claro qué se debe esperar concretamente con la introducción de instrumentos extrajudiciales. La idea de construcción de un sistema integral para la satisfacción de los derechos de las víctimas, como se menciona en la exposición de motivos, es aún muy vaga. Esto, además, podría tener un efecto muy delicado en el plano dogmático procesal y para la puesta en práctica de los diferentes instrumentos de justicia transicional. “Las cláusulas constitucionales así presentadas se superponen a ordenamientos y prácticas procesales penales que vienen activándose a los mismos fines, como los de la LJP o la Ley de víctimas, perdiendo cierta calculabilidad

institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”.

³⁹ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 16.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 16.

⁴¹ Tal como se ha criticado desde las primeras discusiones sobre la ley de justicia y paz, veáse AMBOS (*supra* nota 36) párr. 20 y ss.; GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, págs. 35 y ss.

y claridad el desarrollo de procesos que pudieran llegar a propiciarse a partir de dicha ley”⁴². La posibilidad de armonización proyectada por la reforma en sus motivaciones tiene una limitada probabilidad de concreción, en tanto una multiplicación de mensajes normativos sobre la implantación de instrumentos extrajudiciales podría terminar afectando el trabajo práctico del operador judicial.

El mismo AL 1 se refiere solamente a la creación de una comisión de la verdad (art. 1º inc. 3º). Es cierto que esta representaría una superación de la dependencia de la fase judicial de la LJP en la que mediante actuaciones previas, confesiones, investigaciones y la definición de cargos que se deben juzgar, se moldean los contenidos y contextos de la verdad de los hechos cometidos tanto por los postulados como por los GAOML⁴³. Sin embargo, una comisión de este tipo debe incorporar facultades que posibiliten cierta independencia y efectividad para poder hacer realmente una contribución relevante⁴⁴. La misma debe superar las deficiencias del actual Centro de Memoria Histórica para actuar como una Comisión de Verdad y Reparación Efectiva (CVR efectiva)⁴⁵. La necesidad de una CVR efectiva, incluso, fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Así lo manifestó en la sentencia de anulación a la legalización de la formulación de cargos de Gian Carlos Gutiérrez Suárez⁴⁶, en la que la Corte insistió que es necesario un mecanismo complementario al proceso judicial para investigar especialmente patrones de abusos y violaciones de derechos humanos. En ese sentido, concretamente, debe disponer de independencia y facultades de investigación suficientes.

⁴² Un desarrollo de esta crítica puede verse en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz” (*supra* nota 3) Lo nuevo de la reforma.

⁴³ Un panorama de la estructura procedimental puede verse en AMBOS (*supra* nota 36) párr. 36-40; sobre el procedimiento de la LJP *in extenso* véase GTZ-Proyecto Profis (*supra* nota 36) págs. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009, C3 ss., E3 ss., F3 ss., G3 ss., H3 ss.

⁴⁴ Sobre los criterios para el desarrollo de una Comisión de Verdad en Colombia véase KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia transicional: especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, págs. 66-70 con más referencias.

⁴⁵ Acerca de las diferencias con una Comisión de Verdad y Reparación Efectiva véase AMBOS (*supra* nota 36) párr. 313 y ss.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto 8 de junio 2007, Rad. 27484, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Consideraciones.

3. ARTÍCULO 1º INCISO 4º DEL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2012: SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN COMO CRITERIOS PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

A) *¿Por qué la selección y priorización como estrategia de investigación?*

La estrategia de selección y priorización de casos fue una necesidad anunciada desde las más tempranas evaluaciones a la LJP⁴⁷. Se advertía que la selección de postulados y los casos que se deben imputar, debería hacer énfasis en casos emblemáticos y los postulados con posiciones claves en la estructura de los GAOML, de tal manera que se contribuyera a la mejor visibilización de patrones de victimización y de daños colectivos causados por un GAOML⁴⁸. Esta técnica de gestión ya venía siendo ejecutada por la Unidad Nacional de Justicia y Paz (UNJP), en donde por medio de diferentes memorandos y circulares se reorientó la estrategia de investigación en el marco de la LJP a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios de priorización⁴⁹. Asimismo, en diferentes pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia hizo énfasis en la importancia de priorizar la investigación de crímenes de sistema en contextos de justicia transicional. Afirmó, por ejemplo, que la sentencia en el marco de un proceso de Justicia y Paz debe “identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil”⁵⁰.

⁴⁷ Véase AMBOS (*supra* nota 36) párr. 415. Recomendaciones de las que, a su vez, se desprendieron múltiples propuestas para implantar una estrategia de investigación a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios. Véase entre otros KAI AMBOS (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011, págs. 9 y ss.; también PAUL SELIS, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la Ley de justicia y paz en Colombia”, en *ICTJ Análisis*, Bogotá, ICTJ, marzo de 2012, págs. 1 y ss.

⁴⁸ De la misma opinión llegó a ser incluso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Véase Rad. 36125 del 31.08.2011. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones.

⁴⁹ Véase ANDREAS FORER/CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en KAI AMBOS, (Coord.) (*supra* nota 47) págs. 242-245, quienes describen que no fue una práctica generalizada de todos los despachos de la UNJP.

⁵⁰ Véase Corte Suprema de Justicia, auto de 29 julio 2009, rad. 31539, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Consideraciones, 1.6.

La justificación a partir de la cual se sostenía el argumento a favor de la introducción de criterios de selección y priorización fue básicamente que el enfoque investigativo “*case by case*” no permitía a la FGN esclarecer patrones y contextos regionales del *modus operandi* de los distintos GAOML⁵¹. Entre las ventajas más importantes de la ejecución de tal estrategia de investigación se advirtieron las siguientes: a) la concentración de esfuerzos y recursos en los casos de los “máximos responsables” y el esclarecimiento del sistema de macrocriminalidad en el que ocurrieron⁵²; b) la contribución como instrumento de política criminal que reorienta la actividad del Estado para el logro de objetivos estratégicos⁵³; c) la investigación de las violaciones sistemáticas tomando en cuenta el contexto y a partir de una estrategia con la que se pueda develar las estructuras criminales detrás de los crímenes (visibilización de causas de fenómenos)⁵⁴; d) la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad por medio del esclarecimiento de los patrones y sistemas de violaciones masivas y el impulso del debate público sobre la violencia, a partir de una cuidadosa selección de algunos casos⁵⁵; f) la contribución de manera efectiva a la protección de la justicia como valor, en tanto se dé paso al esclarecimiento judicial efectivo de quienes ostentan la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos⁵⁶.

La discusión dio cuenta, de otro lado, de múltiples críticas y temores que consistían básicamente en las siguientes: a) relajación de la investigación sobre redes de apoyo económicas y civiles a causa de la preocupación excesiva en cadenas de mandos militares y políticas⁵⁷; b) temor

⁵¹ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 16; EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, págs. 20 y s.; AMBOS (*supra* nota 36) párr. 415; SELIS (*supra* nota 36) págs. 1 y ss.; DIEGO LÓPEZ MEDINA, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law* 17, *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), págs. 63-86.

⁵² *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 14.

⁵³ ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, “Fundamentos teóricos e importancia de la priorización”, en FGN (*supra* nota 51) pág. 24.

⁵⁴ ALEJANDRO APONTE CARDONA, “La priorización como estrategia de reducción de la complejidad: un ensayo de interpretación”, en FGN (*supra* nota 51) pág. 29.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 30; también *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 14.

⁵⁶ *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 14.

⁵⁷ Human Rights Watch. *¿Rompiendo el control? Obstáculos de la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, 2008, págs. 72 y ss., 95 y ss.

a que un indebido énfasis en las estructuras de los GAOML pueda invisibilizar temas o delitos transversales; c) temor por una discrecionalidad desbordada e incontrolada de la FGN; d) excesiva normativización de las directrices de priorización, generando inflexibilidad y rigidez de la estrategia y disminuyendo los rendimientos de investigación de la FGN; e) incertidumbre sobre monitoreo y control en la ejecución de las directrices (déficit de publicidad)⁵⁸ y f) posible lesión del “plazo razonable” en el tratamiento de situaciones no priorizadas, así como la puesta en peligro de la división de poderes y potenciación de la represión extra-penal⁵⁹.

Esta discusión fue recogida en la génesis del AL 1 de 2012, tal como se deja ver en la exposición de motivos, donde se aducía que “el enfoque investigativo actual, caso por caso y de hechos aislados, no permite a la Fiscalía General de la Nación esclarecer patrones y contextos regionales de la operación de los distintos actores del conflicto [...]. Para cambiar ese enfoque es necesario concentrar esfuerzos y recursos en los casos de los “máximos responsables” y esclarecer el sistema de macrocriminalidad en el que ocurrieron”⁶⁰. A ello responde el AL 1 de 2012 por medio de la introducción de una serie de *criterios de priorización y selección para el ejercicio de la acción penal*. En su artículo 1º inciso 4º establece tres ámbitos básicos de selección: primero, incorpora criterios *ratione personae* (máximos responsables); segundo, criterios *ratione materiae* (crímenes internacionales) y, tercero, la *gravedad y representatividad* de los casos como lineamientos para determinar los criterios de selección. La determinación de criterios de priorización ha sido concretada con la *Directiva 1 de 2012* de la FGN y los diferentes *Planes de acción* de la UNJP y las fiscalías regionales. Sin que se hubiese expedido aún una respectiva ley estatutaria de la que habla el artículo 1º inciso 4º, la FGN ha puesto en práctica, por medio de la Directiva aludida, una estrategia de priorización y selección procesal penal, la cual “permite establecer, de acuerdo con unos criterios, un orden de atención de casos con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental

⁵⁸ Véase para los literales b-e LÓPEZ MEDINA (*supra* nota 51) págs. 75 y ss. con más referencias.

⁵⁹ KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “La «nueva» política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en *Asuntos del Sur* 19.03.2013 (disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/> visto por última vez el 18.03.2014).

⁶⁰ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 14.

de acceso a la administración de justicia”⁶¹. Antes de entrar a discutir los argumentos de la Corte Constitucional sobre priorización y selección, se hace necesario abordar la Directiva 1, ya que ella plantea para el sistema procesal penal colombiano una “nueva” política de selección y priorización, anticipándose al mandato constitucional.

B) *El “nuevo” sistema de investigación penal y de gestión de casos*⁶²

a) *La Directiva 1 de 2012*

La Directiva 1 del 4.10.2012 puso en práctica un nuevo sistema de investigación penal y de gestión, mediante el cual se adoptaron unos *criterios de priorización de situaciones y casos*⁶³. Dicha Directiva consta de cinco secciones en las cuales se intenta 1) establecer sus conceptos, definiciones y fines y también los de la política de priorización de situaciones y casos; 2) explicar los fundamentos y las limitaciones que el derecho internacional público impone en una política de priorización, al igual que las experiencias comparadas con otros sistemas jurídicos domésticos y los tribunales penales internacionales; 3) abordar la justificación constitucional colombiana para la implantación de los criterios de priorización; 4) exponer y explicar los criterios de priorización y sus alcances en el contexto nacional; 5) presentar el sistema de gestión de la política de priorización para efectos de la ejecución de dicha Directiva.

⁶¹ Sobre el sistema de priorización en la FGN, así como su reglamentación y presentación de sus contenidos más importantes véase <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁶² Un desarrollo más amplio de los siguientes contenidos puede verse en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 59).

⁶³ Fiscalía General de la Nación, Directiva 1 de 2012, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014). Después de dicha Directiva se han expedido una serie de resoluciones y acuerdos por medio de los cuales se ha reglamentado la puesta en marcha de la misma. Véase *Resolución 1810 del 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis y Contextos; *Resolución 1811 del 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación; *Resolución 1 del 15 de enero de 2013* y *Resolución 2 del 25 de junio de 2013*, por medio de las cuales se ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización y ejecución del nuevo sistema de investigación; *Acuerdo 1 de enero de 2013*, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de Priorización de Situaciones y Casos.

La FGN desarrolla un marco conceptual sobre la base de una explicación terminológica a las principales nociones de la Directiva y la delimitación de sus fines. En esencia, presenta una particular comprensión de los presupuestos y formas de ejecución del crimen y, asimismo, de la tarea de investigación. En ese sentido, plantea una visión 1) *estructural* de las formas de investigación penal, sobre la base de análisis “sistemáticos e interdisciplinarios del delito y de los factores problemáticos que alteran la convivencia social”; 2) *funcional-sociológica* respecto a la comprensión de los hechos punibles, a partir de su entendimiento sobre la base de planes criminales, orientados por patrones de conducta delictiva en el marco de organizaciones criminales y determinados por condiciones de contexto, y 3) *consecuencialista* de la reacción penal, en el sentido de enfatizar el trabajo judicial a partir del impacto social y a los fines de “combatir” fundamentalmente la criminalidad organizada.

En la Directiva se entiende por *política de priorización* las “directrices y orientaciones encaminadas a introducir un cambio en la manera de cumplir las obligaciones constitucionales y legales a cargo de la FGN que maximice el uso de la información y los recursos a su cargo”⁶⁴. Esto se diferencia de la noción *priorizar*, la cual se entiende como la “técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”⁶⁵. Asimismo, define los propósitos a los que se orienta: a) *seguridad ciudadana*, en el sentido de “combatir de manera más efectiva la criminalidad organizada”; b) *conocimiento del contexto del conflicto armado*, por medio de la construcción de los escenarios delictivos; c) *legitimidad y eficacia en la administración de justicia*, y d) *atención de las exigencias de la sociedad civil*⁶⁶. La Directiva presenta una orientación a la priorización sobre la base de criterios subjetivos, objetivos y complementarios. Como *criterio de priorización* entiende aquellos “parámetros lógicos que sirven para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos administrativos y

⁶⁴ Directiva 1 de 2012 (*supra* nota 63), II. Conceptos y Fines, pág. 2.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 2.

⁶⁶ *Idem, ibidem.*

logísticos”⁶⁷. Si bien son criterios reconocidos internacionalmente⁶⁸, hay algunos detalles e imprecisiones, especialmente en lo referente al papel limitante de los criterios objetivos y la función de los complementarios, que se hace necesario mencionar.

b) *Criterios de priorización*

aa) *Criterio objetivo*. Según la Directiva 1, este criterio “parte de analizar la clase de delito perpetrado, así como su *gravedad* y *representatividad* en términos de (i) afectación de los derechos fundamentales de las víctimas en particular y de la comunidad en general; y (ii) modalidad de comisión del delito”⁶⁹. En esta definición el criterio objetivo no se reduce al establecimiento de una lista de los delitos que de preferencia se cometen en la criminalidad de sistema, como se entendía en discusiones previas a la Directiva⁷⁰, sino que mira más bien al examen de la conducta perpetrada, concretamente a su gravedad y representatividad. Sobre la determinación de la gravedad y representatividad de un crimen (*criterio objetivo*), la Directiva considera que dicha tarea “requiere nutrirse de una visión en perspectiva de las repercusiones fácticas que los distintos ilícitos han producido en un caso en concreto” y que por tanto se debe tener en cuenta la “capacidad en representar los distintos patrones criminales que desde el punto de vista político, histórico y social, han aquejado a

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 2.

⁶⁸ Véase *in extenso* MORTEN BERGSMO, *Criteria for prioritizing and selecting Corte internacional criminal cases*, Oslo, FICHL Publication Series núm. 4, 2010, págs. 9 y ss.; MORTEN BERGSMO/MARÍA PAULA SAFFON, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?”, en AMBOS (Coord.) (*supra* nota 47) págs. 23 y ss.; IGNAZ STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage of the ICC. Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, págs. 239 y ss.; también KAI AMBOS/IGNAZ STEGMILLER, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal* 32 (2013), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 41-59; FABRICIO GUARIGLIA, “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en CARSTEN STAHN/GÖRAN SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Nijhoff, 2009, págs. 209 y ss.; LÓPEZ MEDINA (*supra* nota 51) págs. 67 y ss.

⁶⁹ Directiva 1 de 2012 (*supra* nota 63), V. Explicación del contenido y el alcance, pág. 28.

⁷⁰ Véase ANDREAS FORER/CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en KAI AMBOS (Coord.) (*supra* nota 47) pág. 240.

un país”⁷¹. Con este criterio pareciera configurarse una *perspectiva relativa*, en el sentido de valorar más allá de la gravedad objetiva del crimen, también, el contexto concreto del hecho punible. De esta manera se introducen aspectos que atenúan la objetividad del criterio de priorización, y se supera la idea de un marco delimitado de tipos penales sobre los cuales se focalizarían los esfuerzos de investigación. Con ello se entra a considerar factores abiertos y de contexto sin ninguna posibilidad de definición objetiva. Es discutible la *deficiente delimitación objetiva* de este criterio, no solo por la ausencia de un marco de crímenes sobre los cuales se priorizaría la investigación, sino también por el carácter abierto de los subcriterios gravedad y representatividad. El papel fundamental de un criterio objetivo radica en asegurar de la mejor manera posible no solo la disuasión de los abusos a que puede conducir un marco abierto y discrecional sobre el qué y el cómo de la investigación penal, sino y más importante aún, contribuir a evitar una conducción populista y meramente simbólica de los ritmos de la justicia penal, muchas veces determinados por los medios de comunicación.

En el caso del *criterio de representatividad*, parece evidente su orientación a efectos simbólicos. Con este tipo de priorización se intenta dar cuenta de rituales y escenarios de horror con el propósito de ilustrar dicha barbarie para evitar su repetición y, al mismo tiempo, contribuir al hallazgo de la verdad de los hechos cometidos⁷². De esta manera, como *fin de la estrategia de priorización*, a partir del criterio de representatividad, se postulan la no-repetición y la facilitación de cierta autorreflexión de la sociedad “para que se mire a si misma a través de los hechos que en su interior se han cometido”⁷³. La argumentación acierta en el reconocimiento del carácter limitado del derecho penal en relación con las dinámicas masivas de comisión de crímenes y, por lo tanto, en la importancia de mecanismos que contribuyan a la ilustración de la simbología del horror de múltiples hechos punibles. Sin embargo, frente a estas reflexiones cabe preguntar si dicha orientación de las estrategias de priorización tendrá carácter vinculante respecto de todas las iniciativas de investigación que involucran a la “criminalidad organizada” en Colombia y hasta qué punto una especialización del trabajo judicial en aras de una mayor eficacia (simbólica) podría tener un impacto real en la disuasión

⁷¹ Directiva 1 de 2012 (*supra* nota 63), V. Explicación del contenido y el alcance, pág. 30.

⁷² *Ibid.*, pág. 30.

⁷³ *Ibid.*, pág. 30.

de organizaciones al margen de la ley. La argumentación no cambia en los *instructivos para la elaboración de planes de acción* impartida por la FGN a la UNJP, unidades nacionales y fiscalías seccionales (véase *infra* 3 c). En tales instructivos ni el *quantum* punitivo, ni la entidad del bien jurídico tutelado tienen un papel limitativo de la determinación de gravedad y representatividad, sino, en concordancia con la Directiva 1, el análisis pareciera reducirse fundamentalmente al *impacto en las víctimas*.

bb) *Los criterios complementarios*. Según la Directiva 1, existen diversos criterios complementarios tales como: a) factibilidad, b) viabilidad, c) sometimiento del caso a la justicia internacional, d) riqueza didáctica y e) regionalización⁷⁴. Esto genera de entrada la pregunta sobre cómo se delimitan tales *criterios complementarios* respecto de los objetivos. El énfasis consecuencialista a partir del cual se le da mayor preponderancia a la “repercusión” e “impacto” del delito en contexto pareciera relajar el análisis sobre la capacidad de recursos logísticos y judiciales en materia de investigación, al punto que incluso se alcanza a afirmar en la Directiva que “la carencia en materia de justicia, en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, no existe material probatorio suficiente, ha de ser compensada con componentes elevados de verdad y reparación que pueden ser previstos por los contextos desarrollados y por los casos representativos que fueren elegidos”⁷⁵.

De entrada cabe preguntar: ¿cómo es lógicamente posible compensar la falta de pruebas con componentes informativos provenientes del análisis de contextos? Según la Directiva 1, se entiende por *contexto* un “marco de referencia de aspectos esenciales acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico, y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Comprende una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones, entre otros”⁷⁶. El contexto es en esencia una *f fuente de prueba* y por lo tanto una entidad extraprocesal e independiente del proceso. Los elementos materiales probatorios o informaciones con las que se construye el contexto deben ser introducidos al proceso penal bajo los principios de inmediatez, contradicción, publicidad e igualdad para que puedan ser

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 31.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 16.

⁷⁶ *Ibid.*, II. Conceptos y fines, pág. 2.

considerados material probatorio (*Nulla accusatio sine probatione*), tal como lo dice la misma Directiva 1. En ese sentido, el “contexto” no es en sí mismo un medio de prueba a partir del cual se pueda fundamentar una condena. En el marco de la LJP, además, es una imprecisión afirmar que un contexto puede suplir la falta de material probatorio, pues las sentencias en aquel proceso se fundamentan exclusivamente en la confesión y aceptación de hechos por parte del postulado. Dicho de otra manera, en el trámite de la Ley 975 un contexto se construye fundamentalmente por confesiones sobre hechos concretos (y no mero recuento de anécdotas), por lo tanto no supliría falta de prueba pues solo se condena por hechos confesados y aceptados por el postulado. Es decir, se puede construir cualquier contexto, pero si el postulado no acepta los hechos, no hay medio de prueba para condenar.

C) *Sobre la aplicación del sistema de priorización*⁷⁷

a) *De instructivos y planes de acción*

El “nuevo” sistema de investigación penal y de gestión de casos proyectado por la Directiva 1 de 2012 de la FGN, se puso en marcha con la expedición de los instructivos para la elaboración de planes de acción, tanto por la UNJP⁷⁸, como por unidades nacionales⁷⁹ y fiscalías seccionales⁸⁰. De especial interés resulta el plan de acción de la UNJP. Por medio de una aplicación concreta de criterios de priorización de situaciones y

⁷⁷ Un desarrollo más amplio de los siguientes contenidos acerca de la aplicación del sistema de priorización puede verse en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Sobre la implementación del sistema de priorización y selección”, en *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, 22 de julio al 4 de agosto de 2013.

⁷⁸ Fiscalía General de la Nación, Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁷⁹ Fiscalía General de la Nación, Instructivo para la elaboración de los Planes de Acción por parte de las Unidades Nacionales de Fiscalías y de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/InstructivoPLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Unidades-Nacionales-de-Fiscal%C3%ADAs-y-Unidad-Delegada-de-Fiscal%C3%ADa-ante-la-Corte-Suprema-de-Justicia.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).

⁸⁰ Fiscalía General de la Nación, Instructivo para la elaboración de los Planes de Acción por parte de las Direcciones Seccionales de Fiscalías, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Instructivo-PLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Direcciones-Seccionales-de-Fiscal%C3%ADAs.pdf> (visto por última vez el 18.03.2014).

casos, este plan se orienta a dos propósitos generales: por un lado, dar celeridad a los trámites de judicialización de postulados al proceso de justicia transicional que se rige por la LJP. Por otro, intenta optimizar el esclarecimiento de patrones de macro-criminalidad y macro-victimización acogiendo estudios relacionados con el análisis criminal de los GAOML. A esos fines, el proyecto de trabajo planteado por la FGN contempla una estrategia de investigación constreñida en dos aspectos: primero, una delimitación “subjetiva” que estableció la investigación de 17 postulados (14 exparamilitares y tres exguerrilleros) miembros representantes de los GAOML. Segundo, una concreción “material” dirigida a la investigación de los postulados por delitos de desaparición forzada, desplazamiento forzado, secuestro, reclutamiento ilícito, violencia basada en género y aquellos hechos que en las regiones ocasionaron mayor impacto.

Esta metodología se diferencia de la forma de investigación fraccionada que venían desarrollando los fiscales en el trámite de la LJP, según la cual cada fiscal investigaba un bloque de manera aislada y sin ningún tipo de articulación con otros fiscales. Ahora se prevé que los fiscales que investigan estructuras de un mismo Bloque trabajen en conjunto y, de esa manera, se intentará compilar la mayor cantidad de información sobre los delitos cometidos por cada Bloque paramilitar y frente guerrillero. Este modelo de trabajo responde a múltiples recomendaciones que ya formulamos en otro lugar respecto al procedimiento de la Ley de justicia y paz, que indicaban la urgencia de mejorar la coordinación *intra-institucional*⁸¹. Ciertamente representa un avance importante a los fines de superar el modelo de investigación fraccionado; sin embargo, se ha señalado que resulta necesario mejorar en materia de coordinación *inter-institucional*, especialmente entre tribunales de justicia y paz, despachos de la UNJP y la Defensoría del Pueblo⁸². Un intercambio fluido de información relacionada con la realización de las audiencias judiciales, los temas que ellas deben tratar y los sujetos que intervendrán, favorecería notablemente la dinámica procesal. Adicionalmente, consideramos necesario discutir algunos puntos sustanciales.

b) *Definición de “mayor impacto” y criterios de macro-criminalidad*

El plan de acción incorpora como propósito la investigación de “aquellos hechos que en las regiones ocasionaron mayor conmoción por

⁸¹ Véase AMBOS *et al.* (*supra* nota 36) párr. 425.

⁸² Véase KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 77), pág. 17.

la gravedad y barbarie con que fueron cometidos o por la representación social, política e institucional de las víctimas, tratándose de líderes sociales, políticos, periodistas, sindicalistas, defensores de derechos humanos y servidores públicos”⁸³. Más adelante establece que los *crímenes de alto impacto* serán determinados por cada despacho, pero sin remitir a criterios que sirvan para definir con claridad la noción de “alto impacto”. La representatividad del hecho como criterio de asignación de prioridad presupone identificar los patrones macro-criminales, es decir, comportamientos adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, razón por la cual el trabajo grupal y el cotejo de informaciones también deben primar en este tipo de definiciones. Por otro lado, las discusiones sobre la mayor connotación o representatividad de un hecho también debe incluir la discusión sobre el efecto para una posible *disuasión* (no repetición). En este último sentido, tanto en la Directiva 1 como en el plan de acción hay un importante vacío en la discusión sobre el impacto y la representatividad de los crímenes⁸⁴.

Algo similar podría decirse del perfil de trabajo encaminado a determinar los *parámetros de macro-criminalidad*. La Directiva 1 definió los patrones criminales como el “conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y *modus operandi* delictivo, desarrollados en un área y período determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal”⁸⁵. Se podría decir que la nueva metodología de trabajo planteada por el plan de acción acá aludido facilitará la determinación del fenómeno macro-criminal asociado al paramilitarismo. Sin embargo, somos escépticos de los resultados que pueda arrojar el trabajo con un número reducido de guerrilleros postulados, pues con una fuente acotada de información parece difícil reconstruir las estrategias del grupo armado, sus dinámicas locales, aspectos logísticos, *modus operandi*, entre otros⁸⁶. La estrategia de investigación en los casos de actores vinculados a los grupos guerrilleros debería incluir mayores referencias probatorias (mandos medios, miembros “rasos” desmovilizados, víctimas) que per-

⁸³ Fiscalía General de la Nación, Instructivo (*supra* nota 78) párr. 2.2.

⁸⁴ Véase en detalle nuestras críticas sobre este punto en KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 77).

⁸⁵ Directiva 1 de 2012 (*supra* nota 63), II. Conceptos y fines, pág. 3.

⁸⁶ KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 77) pág. 17.

mitan un conocimiento más extensivo de dichos GAOML, razón por la que se ha insistido en el mejoramiento de la coordinación *inter-institucional*.

El panorama no cambiaría mucho con los casos priorizados de *paramilitares extraditados a Estados Unidos*. Sobre los comandantes extraditados, debemos preguntar: ¿cómo se compensará la información que no se pudo investigar durante el trámite de versión libre? Es de recordar que el sistema de priorización introducido por la Directiva 1 y el enfoque de investigación orientado a conclusiones macro-criminales, es muy posterior al momento de la extradición de dichos comandantes. En ese sentido, este tipo de priorización no consistiría en un impulso del trámite procesal sino, mejor, en el aceleramiento del análisis de la información ya recaudada. La siguiente pregunta es ¿cuál sería entonces el aporte de la priorización de estos casos frente a la investigación de aquellos otros casos de comandantes paramilitares o guerrilleros que no se encuentran en una fase tan adelantada, en muchos de los cuales se trata también de postulados extraditados a Estados Unidos? La priorización debe ejercer a su vez un *papel pedagógico* en el sentido de delimitar no solo casos importantes sino, a su vez, orientar el trabajo de fiscales fijando pautas metodológicas y de coordinación inter- e intrainstitucional.

4. ALCANCE DEL ANÁLISIS SOBRE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013

A) *Consideraciones sobre la tesis maximalista*

La Corte considera que la razón para “centrar la investigación penal” en una serie de casos es la “imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos”⁸⁷. En esta afirmación la Corte recoge la crítica frente a lo que han llamado “tesis maximalista”. La génesis de este concepto se da en las revisiones que hace LÓPEZ MEDINA⁸⁸ a los trabajos realizados por la UNJP de la FGN. Con esta tesis se hace alusión a la exigencia de exhaustividad en las investigaciones e imputaciones adelantadas por

⁸⁷ Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 8.2.2.

⁸⁸ DIEGO LÓPEZ MEDINA, “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law 16, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), págs. 50 y ss.

la UNJP en el marco de la Ley 975. El criterio de exhaustividad que se recoge en la “tesis maximalista” implica que se haga “necesario juzgar todos los delitos cometidos e investigar todos los responsables de crímenes contra el derecho internacional, en el contexto del conflicto armado colombiano”⁸⁹. Según LÓPEZ MEDINA, esta interpretación de la obligación de investigar y juzgar es resultado de una particular *interpretación de instrumentos jurídicos* nacionales e internacionales⁹⁰. Primero, una deficiente comprensión (textual) del artículo 18 de la Ley 975. Segundo, deficiente interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Tercero, de dos autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: auto de segunda instancia de 28 mayo 2008 (rad. 29560) y el auto de segunda instancia de 31 julio 2009 (rad. 35139) en el caso de alfas “El Loro”.

Con la idea maximalista se entiende que la exigencia de investigaciones integrales acarrea la complejidad de los procesos de imputación y acusación y, por lo tanto, de los juicios. Se argumenta que una concepción compleja (integral) de la investigación es irrealizable y que supone, paradójicamente, la violación de estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. Asimismo, se advierte que conduciría en la práctica a la impunidad de la empresa criminal en su conjunto so pretexto de lograr la integralidad de la investigación. A partir de la crítica al principio de exhaustividad de la investigación o “tesis maximalista” se justifica el replanteamiento del enfoque de investigación realizado por la UNJP. En ese sentido, a la “tesis maximalista” se opone una “narrativa consecuencialista” que se preocupa por el impacto y la efectividad de las investigaciones penales. A partir de este enfoque se considera necesario seleccionar y priorizar para mostrar, además, las dinámicas del sistema, los patrones de conducta de los miembros de GAOML y las relaciones de mando y cooperación entre los actores del conflicto⁹¹. Así se justifica la necesidad de introducir criterios para diferenciar la intensidad de la investigación penal según un orden de prioridades. De esta manera se define un proyecto de legitimación del discurso de la selección y priorización terminantemente utilitarista, ante las urgencias que plantea un cada vez más progresivo proceso de criminalización de GAOML.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 50; el mismo (*supra* nota 51) pág. 67. Dicha tesis también es acogida por FORER/LÓPEZ (*supra* nota 49) págs. 237 y s. y citada a lo largo del debate de reforma constitucional, véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 14.

⁹⁰ LÓPEZ MEDINA (*supra* nota 88) págs. 52 y ss.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 57. En ese sentido también RAMELLI (*supra* nota 53) pág. 24; APONTE (*supra* nota 54) pág. 29.

Podría ser aceptable que el nivel de realidad que suponen las exigencias de exhaustividad no puede concretarse. Sin embargo, no es convincente derivar la exigencia de exhaustividad y la consiguiente complejidad del trámite de la Ley 975 a partir de una interpretación del artículo 18 de la LJP y la jurisprudencia de la Corte Suprema. LÓPEZ MEDINA resalta que el discurso acerca de la formulación de imputación es uno de los supuestos desde el cual se asume la necesidad de investigaciones integrales y, por lo tanto, un factor que hace complejo el desarrollo del proceso⁹². Si bien compartimos el escepticismo frente a la práctica de la imputación, especialmente de la noción de imputación fáctica⁹³, esto no puede conducir a desvalorar que el carácter fáctico y jurídico de la imputación son elementos que hacen previsible para el imputado el desarrollo del proceso y, de esta manera, una forma de garantizar un mejor ejercicio del derecho de defensa.

Un intento por desentrañar la complejidad del proceso de la LJP y desligar los rendimientos de la investigación de la versión libre y la formulación de imputación, debería considerar otros aspectos. Primero, siempre hemos sostenido que se debe reconsiderar el nivel de *participación de las víctimas*, de tal manera que estimule un papel más activo de ellas. Un mejor nivel de participación es un elemento importante para determinar una mejor comprensión del objeto del proceso y del juicio. La inferencia razonable de la comisión del delito puede soportarse mejor con una más amplia narrativa de las víctimas. Segundo, no debe descuidarse la evaluación de los *avances logísticos* que limitan los rendimientos de la investigación⁹⁴. Las deficiencias de las prácticas de investigación no pueden concluirse únicamente de la complejidad de los mandatos normativos, sino que se debe evaluar también la gestión del órgano instructor para su ejecución (*gerencia instructora*). En el proceso de la Ley 975 es evidente la deficiencia de medios personales y materiales en la actividad instructora para el esclarecimiento de los hechos; sin embargo, el reproche no debe concentrarse en la complejidad del mandato normativo, sino, mejor aún, en la planificación institucional para su ejecución.

Adicional a todo lo anterior, la narrativa consecuencialista no debería descuidar en sus “cálculos utilitaristas” la importancia de la *ética del principio de legalidad*. En otras palabras, hay interrelaciones entre estos dos

⁹² LÓPEZ MEDINA (*supra* nota 88) págs. 53 (55).

⁹³ Véase AMBOS (*supra* nota 36) párr. 224.

⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 222 y 224.

enfoques (maximalista-consecuencialista) que deben atender fundamentalmente a los efectos de alcanzar una mayor legitimidad político-criminal y, por lo menos, un discutible control de lo que sería una “persecución oportunista”. En primer lugar, el diseño y activación de un sistema de selección y priorización de casos debe estar acompañado de decisiones orientadas a concretar, también, la desincriminación jurídico-material de injustos de innecesaria punición. La política de selección y priorización no puede suponerse como un instrumento de desincriminación frente a casos no investigados, es decir, no seleccionados o priorizados. Tampoco puede comprenderse como una expresión político criminal meramente reactiva⁹⁵. En ese sentido, una interrelación de estas dos narrativas debe procurar *coherencia político criminal*. En segundo lugar, la delimitación de la investigación penal a partir de su viabilidad e impacto (selección y priorización), debe ir acompañada también de una permanente *evaluación sobre el impacto* (balance de beneficios y perjuicios) que a mediano o largo plazo provoca la implantación de estas estrategias. Su sostenimiento no puede inducir una modulación de la confianza en una aplicación igualitaria del derecho. En tercer lugar, la selección y priorización como criterios de la investigación penal deben ser utilizados restrictivamente o solo como una *excepción frente al ethos legalista* que recoge la exigencia de exhaustividad.

B) Interpretación de la jurisprudencia de la CIDH

La Corte Constitucional se remite a la exposición de motivos del AL 1 para reafirmar que “el enfoque investigativo caso a caso no permite establecer patrones y contexto [...], por lo cual es necesario concentrar esfuerzos y recursos en los casos de los “máximos responsables” y esclarecer el sistema de macro-criminalidad en el que ocurrieron “como es la práctica internacional y ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como el de «Manuel Cepeda c. Colombia»”⁹⁶. Es de advertir, sin embargo, que la remisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es imprecisa, pues su jurisprudencia *no contiene reglas de priorización*. Lo mismo se discutió a propósito de la fundamentación de la Directiva 1, cuando adver-

⁹⁵ Lo que ha sido una de las principales características de las formulaciones político criminales en Colombia. Véase al respecto Comisión Asesora de Política Criminal, *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*, Bogotá, MinJusticia-APC Colombia-Unión Europea, 2012, págs. 27 y ss.

⁹⁶ *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) págs. 9, 14 (énfasis original).

tíamos que era una interpretación equivocada de la jurisprudencia de la Corte IDH⁹⁷. Ello se puede observar en la misma Directiva, en la cual se sostiene que “una primera lectura de las protecciones reconocidas por la Convención Americana hace que sea difícil pensar en la priorización de casos en la jurisdicción nacional, ya que contiene una obligación general de garantizar recursos efectivos por cualquier acto que atente contra los derechos fundamentales”⁹⁸.

A pesar de lo anterior, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la cuestión de la impunidad, se afirma en la Directiva que no se configuraría un acto ilícito internacional ante la ausencia de investigación y sanción de algunos casos concretos. Asimismo sostiene que tampoco la falta de la priorización de una investigación penal sobre otra representaría un acto violatorio de la CIDH. Este tipo de interpretaciones es muy discutible. Es impreciso deducir de la jurisprudencia de la Corte IDH algún tipo de favorabilidad o benevolencia con la priorización como política de gestión de casos. Una interpretación estricta de la jurisprudencia de la Corte IDH conduce, mejor, a entender que las investigaciones de violaciones graves a derechos humanos no admiten relativizaciones, es decir, debe ser investigadas⁹⁹. Esto no significa alguna conformidad con una política de priorización nacional. Incluso, debe decirse que la misma Corte IDH, como un órgano que vela por la protección de los DD.HH. no tiene que encarar en su gestión judicial una estrategia de priorización. La Corte IDH no podrá sustentar una inadmisión sobre el argumento de haber analizado muchos casos de Colombia u otro país, razón por la cual las víctimas siempre podrán alegar el artículo 1.1 y el 25. Al contrario de lo afirmado en las diferentes justificaciones al sistema de selección y priorización, debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte IDH hay poco espacio para soportar o congraciarse con la priorización. Ello es mucho más claro si se observan otras sentencias (e. g. Barrios Altos o Almonacid Arellano) en las que los efectos de las decisiones son exten-

⁹⁷ Véase KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA (*supra* nota 59).

⁹⁸ Directiva 1 de 2012 (*supra* nota 63), III. Fundamentos de derecho internacional, pág. 4.

⁹⁹ Para un análisis en detalle de la Jurisprudencia de la Corte IDH véase *in extenso* en KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/GISELA ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ts. I y II, Montevideo, KAS, 2010/2011; también KAI AMBOS/EZEQUIEL MALARINO/CHRISTIAN STEINER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. III, Bogotá, KAS/Georg-August-Universität de Göttingen, 2013.

dados, es decir, vinculan a todos los casos exigiendo “investigación y sanción” de violaciones a DD.HH.

C) Selección y priorización

a) Formas de selección y priorización

La Corte Constitucional alude a un tema fundamental en las discusiones sobre selección y priorización. Acerca de la forma de seleccionar y priorizar casos, por un lado, afirma que la misma “puede afectar sustancialmente la forma en que los procesos judiciales son recibidos por las víctimas”. Por otro lado, dice que “puede influenciar la *legitimidad* que da a los procesos la comunidad internacional”¹⁰⁰. Con ello hace alusión al impacto que pueden tener las metodologías de selección y priorización en dos actores esenciales de la justicia transicional: intervinientes (víctimas) y observadores (comunidad internacional). Esta preocupación amerita una primera reflexión sobre el *significado de la legitimidad del proceso penal*. En las comprensiones liberales más estrictas, a las que se ajusta nuestra Constitución, se ha entendido que la legitimidad de los actos judiciales depende de la verdad (como correspondencia aproximativa) de las aserciones en materia de hecho y de derecho en que se expresa la actividad tendencialmente cognoscitiva de la función judicial (*principio de estricta jurisdiccionalidad*)¹⁰¹. La concreción del principio de estricta jurisdiccionalidad, que otorga una justificación específica a la legitimidad de la función judicial y a la validez de sus pronunciamientos, depende en gran medida de un ejercicio cognoscitivo garante de verificabilidad procesal. En este sentido, una pérdida de legitimidad significaría una reducción de dicha actividad cognoscitiva, es decir, un relajamiento del desenvolvimiento racional e imparcial de búsqueda de la verdad procesal.

La cuestionabilidad de la legitimación del proceso penal es asunto inherente a la naturaleza *sui generis* de la justicia transicional. Por un lado, son escenarios donde se flexibiliza el carácter racional de la persecución penal, es decir, del desarrollo de un debido proceso penal. Por otro lado, relativiza los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad

¹⁰⁰ Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 8.2.2. (énfasis propio).

¹⁰¹ Véase LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004, págs. 67-69 y 542-549; Íd., “Justicia penal y democracia”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 4, págs. 3 y ss.; Íd., “El derecho como sistema de garantías” en *ibidem*, núm. 16/17, págs. 61 y ss.; “Jurisdicción y democracia”, en *ibidem*, núm. 29, págs. 3 y ss.

como resultado de la discusión y negociación de las contraprestaciones por desmovilización, desarme y reinserción (DDR). En este escenario cabe destacar la tensión que se produce en la *legitimación democrática de la función judicial*¹⁰². La contracción del carácter racional —en el marco del debido proceso— abre la posibilidad a escenarios de impunidad. En ese marco se alberga la discusión sobre selección y priorización y legitimidad de procesos de transición. En el fondo, se trata de reflexiones sobre la *capacidad de la jurisdicción penal* para asegurar un desarrollo judicial garante de verificación procesal e inmune de los albedríos de poderes alternos¹⁰³. “Esto implica necesariamente una confrontación con el contenido de los procedimientos de transición, su desenvolvimiento racional e imparcial frente a las posibles manipulaciones políticas del sistema judicial y de las garantías fundamentales de los intervinientes, que pudieren estimular la confección de posibles escenarios de impunidad, especialmente de hechos tipificados en los artículos 6, 7 y 8 del ECPI”¹⁰⁴.

En este sentido, parece infortunada la expresión de la Corte Constitucional según la cual “la adopción de criterios formales para la priorización puede ser esencial para llevar a cabo una priorización coherente de los *crímenes de guerra*, pues de esta manera el *sistema acusatorio* se puede apoyar en herramientas que permiten clasificar los casos que merecen acudir primero ante el sistema judicial”¹⁰⁵. Por un lado, la estrategia de investigación penal en el sistema acusatorio colombiano (ley 906 de 2004) se rige por otros principios. Esta fase del sistema acusatorio ha sido ampliamente criticada precisamente por introducir actuaciones procesales cómplices de la discrecionalidad policial y fiscal¹⁰⁶. Por otro lado, la coherencia de la priorización no se puede reducir a los crímenes

¹⁰² Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico véase AMBOS (*supra* nota 44) págs. 28-117.

¹⁰³ Así AMBOS (*supra* nota 36) párr. 7.

¹⁰⁴ Sobre la CPI como parte de los proyectos de justicia de transición AMBOS (*supra* nota 44) págs. 119-215.

¹⁰⁵ Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 8.2.2. (énfasis propio).

¹⁰⁶ Véase sobre las tensiones axiológicas del sistema acusatorio colombiano JOHN ZULUAGA, “Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, núm. 5, Göttingen, enero-junio 2013, págs. 23-35; Íd., “Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o «sistema procesal penal acusatorio»”, en *Co-Herencia*, vol 4, núm. 6, Revista de Humanidades - Universidad EAFIT, Medellín, enero-junio de 2007, págs. 133-165.

de guerra, sino que debe abarcar los hechos tipificados en los artículos 6, 7 y 8 del ECPI¹⁰⁷.

b) *Distinción entre selección y priorización*

Según la Corte Constitucional, “la práctica de priorización no requiere *per se* que no se seleccionen otros casos, de ahí que se distinga entre selección y priorización”¹⁰⁸. Esta afirmación viene a complementar (correctivamente) lo que ya había sido dicho en la exposición de motivos del AL 1 sobre la distinción entre selección y priorización. El legislador argumentó que “priorización —sin selección (es decir sin aplicar la cesación de la acción penal)— no es suficiente para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas”¹⁰⁹. En ese sentido, el legislador consideró necesaria la *priorización junto con la selección*, es decir, no consideró posible priorizar sin selección de casos. Afirmó, incluso, que “si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad”¹¹⁰. La consideración de la Corte Constitucional puede interpretarse, al contrario de lo dicho en la exposición de motivos del AL 1, en el sentido de que se puede priorizar sin seleccionar, es decir, la selección no es connatural (*per se*) a la práctica de priorización. Esta consideración supera la distinción que sugería la necesidad de selección como fundamento de las prácticas de priorización.

La distinción que presenta la exposición de motivos entre “selección y priorización” plantea paradójicamente un dilema frente a la *expectativa constitucional de eficiencia procesal*. Por un lado, enfatiza el trabajo judicial a los fines de “acelerar” los resultados de la judicialización de los GAOML. Sin embargo, por otro lado, plantea una *limitación de los principios y la dinámica procesal penal* que orienta la investigación y judicialización de los casos no seleccionados. En la Directiva 1 de 2012 y el plan de acción antes aludidos (*supra* 3.B. y 3.C.), tampoco queda claro cómo llegarán a tramitarse los casos que no sean seleccionados. La

¹⁰⁷ AMBOS (*supra* nota 36) parr. 4.

¹⁰⁸ Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 8.2.2. (énfasis original).

¹⁰⁹ *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 14) pág. 15.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 15.

falta de selección no puede representar un escenario de dilaciones indebidas en los procesos adelantados con casos no seleccionados. En ese sentido, frente a algunos casos no clasificados mediante selección, existe la necesidad de establecer un límite de tiempo para reiniciar la actividad investigativa y de juzgamiento en dichas causas, pues algunas se encuentran casi a la deriva en diferentes despachos de la UNJP. *Priorización y selección no pueden significar una relativización o minimización del debido proceso*. Así mismo, el sistema de selección no puede descuidar la necesidad de pronunciarse sobre la metodología que se adoptará para responder a las víctimas de los postulados cuyos casos no fueron priorizados, especialmente en materia de reparación¹¹¹. Así las cosas, propicia un mejor rendimiento para la satisfacción de las víctimas (de casos no seleccionados) la afirmación planteada por la Corte Constitucional en comparación a lo dicho por el legislador en la exposición de motivos.

c) *Razones para adoptar criterios*

La Corte Constitucional enuncia siete razones por las que existe la necesidad de adoptar criterios de priorización: “(i) la formulación de un criterio juega un papel [*sic*] muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población, (ii) las prioridades iniciales y la dirección de las investigaciones tienen gran impacto en el desarrollo que haga la Fiscalía en el proceso, (iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso, (iv) reconsiderar y ajustar los criterios usados en el pasado no es una debilidad, si este cambio se hace como producto de un análisis profesional y objetivo, (v) absoluciones derivadas de la falta de evidencia pueden tener un impacto negativo en el alcance de la justicia y la sensación de abandono a ciertos grupos, (vi) el respeto al derecho a la igualdad, no implica una igualdad matemática, (vii) la legitimidad o confianza en la persecución penal se debe basar en la experiencia profesional y los estándares aplicados a la situación particular de un crimen internacional”¹¹².

Se abordan cuatro temas de especial relevancia para la definición de una estrategia de priorización: 1. *Impacto externo e interno* de la estra-

¹¹¹ Un desarrollo más amplio de esta crítica puede verse en AMBOS/ZULUAGA (*supra* nota 59).

¹¹² Corte Constitucional (*supra* nota 6) párr. 8.2.2. (énfasis original).

tegia de priorización. 2. *Contexto y Gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. *Profesionalismo y objetividad* de los criterios y 4. *Legitimidad* del proceso. Estos argumentos se pueden considerar como razones orientadas a las consecuencias jurídicas y residen en el ámbito de la efectividad de la investigación penal. Sin embargo, son razones heterogéneas, es decir, se compone de argumentos tan diversos como incoherentes unos con otros. Primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Ni siquiera puede pensarse que el Derecho penal o el proceso penal son mecanismos para la autosatisfacción de los sentimientos de la sociedad. La desaprobación expresada en esos dos ámbitos es únicamente un medio para alcanzar fines general-preventivos. Cualquier discusión sobre temas como “expectativas de la población” debería, por lo menos, ser planteada en un contexto global, donde se entienda que en ese tipo de asuntos es definitiva la intervención de ciertas partes de sectores políticos, económicos, de la fuerza pública e incluso de la población civil.

Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “*ambiente politizado*” no representa ninguna descripción, ni siquiera da cuenta de un concepto analítico. Frente a esa noción opone las *categorías* “*profesional*” y “*objetivo*” como razones superiores a la idea de contexto. En otras palabras, presupone que las decisiones “profesionales y objetivas” impedirían la politización de las estrategias de priorización. Esta apreciación es insuficiente pues reduce la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal a categorías inocuas como “*profesional*” y “*objetivo*”. Si de lo que se trataba era de resaltar la importancia de la neutralidad política de la investigación penal, la Corte Constitucional debió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Ello resultaría más acertado si se tiene en cuenta que la misma Corte afirma que el fundamento de la elaboración de dichos criterios es la gravedad del hecho punible. Previo a la sentencia C-579 de 2013 se dieron intensos debates sobre el significado y los factores que deberían tenerse en cuenta para aplicar dicho criterio (véase *supra* 3.B.b.aa y 3.C.b.)¹¹³.

Tercero, resulta lamentable la consideración de la Corte en el sentido de plantear una relación directa entre *absolución* (falta de castigo) y sensación de *abandono* de ciertos grupos. La privación de la libertad no

¹¹³ Para una crítica de la comprensión de gravedad como criterio de selección en la Fiscalía de la CPI véase KAI AMBOS/IGNAZ STEGMILLER (*supra* nota 68) págs. 49 y ss.

puede ser un criterio para determinar las sensaciones ciudadanas. Incluso, son muchas las opiniones a partir de las cuales queda claro que el juicio de menosprecio como comunicación entre sociedad, autor y víctima se realiza esencialmente con la sentencia penal. La privación de libertad solo es un medio superable para plasmar el contenido simbólico-expresivo de la reacción a comportamientos criminales¹¹⁴. En ese sentido, el proceso penal debe entenderse como el escenario esencial de comunicación sociedad, autor y víctima. La pena y sus fines no incorporan los intereses de las víctimas. Las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos, es decir, buscan incidir en futuros escenarios punibles con fundamento en el efecto que se le atribuye a la pena para la sociedad y el autor, independientemente de la víctima concreta.

Conclusión

La Corte Constitucional omite discutir acerca de cómo y cuándo se puede considerar terminado el conflicto armado colombiano. De las consideraciones de la sentencia C-579 de 2013, así como de la exposición de motivos se deduce la prevalencia de una interpretación basada en un criterio formal (acuerdo de paz) para entender la terminación del conflicto. En punto a las discusiones sobre *consolidación de la paz* como consecuencia de la terminación del conflicto, la Corte Constitucional descuida que el criterio determinante para definir la terminación de un conflicto no internacional es el *cese real de hostilidades*. Independiente de un acuerdo de paz, el DIH sigue siendo aplicable si las condiciones de la violencia llegan al umbral del conflicto armado. Por ello, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia que se plantea en el artículo 1º inciso 1º entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. La com-

¹¹⁴ ASÍ KLAUS GÜNTHER, “Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos. Günther, 2002, pág. 219; también CORNELIUS PRITZWITZ, “Opferlose Straftheorien?“, en BERND SCHÜNEMANN/MARKUS DUBBER (eds), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, pág. 73, para quien el elemento decisivo de la reacción pública no es la pena sino la determinación autoritaria y la imputación. A favor de una desaprobación con necesaria privación de la libertad TAJANA HÖRNLE, “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19 (2006), pág. 996, según la cual la aplicación de la pena es necesaria pues “la afirmación verbal necesita ser respaldada por gestos materiales”; También KATRIN GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 2005, pág. 138, quien con fundamentos hegelianos afirma que “en aras de la insistencia en la generalidad del derecho, es necesario que la reacción de la comunidad no se agote en el reproche verbal” (trad. del autor).

presión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tendría también otras importantes repercusiones. Por un lado, en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Que el desenvolvimiento real del conflicto determine la aplicación del DIH implica una concepción de la guerra “como dialéctica de enemigos que se reconocen «horizontalmente» como iguales y que no se discriminan «verticalmente» como delincuentes”. Por otro lado, se plantea la pregunta de si los grupos no desmovilizados (BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto, es decir, implica necesariamente no renunciar a la discusión sobre la organización de los “nuevos” GAOML, estructura de mando y su influencia en el territorio.

Respecto al análisis de los *criterios para una estrategia de selección y priorización*, puede decirse que la Corte Constitucional se desentiende de una plataforma conceptual previa que ya había sido desarrollada fundamentalmente a partir de la Directiva 1 de la FGN y que anticipó incluso la ley estatutaria que debe expedirse a tales fines. En las justificaciones para adoptar criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: 1) *Impacto externo e interno* de las estrategias de priorización; 2) *contexto y gravedad* del hecho punible como fundamento para definir criterios; 3) *profesionalismo y objetividad* de los criterios, y 4) *legitimidad* del proceso. Estos argumentos se considerarán razones orientadas a las consecuencias jurídicas y residen en el ámbito de la efectividad de la investigación penal. Sin embargo, las razones expuestas resultan desacertadas en el siguiente sentido: primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización; segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” no representa ninguna descripción, ni siquiera da cuenta de una categoría valorativa de la teoría política; tercero, la discusión sobre la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal no se puede reducir a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. La Corte omitió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal; cuarto, resulta inapropiada la relación directa entre *absolución* (falta de castigo) y sensación de *abandono* de ciertos grupos. La privación de libertad solo es un medio “histórico contingente” y superable, para plasmar el contenido simbólico-expresivo de la reacción a comportamientos criminales expresada en el proceso penal mediante la sentencia.

Recomendaciones

1. La interpretación sobre la terminación del conflicto armado colombiano debería orientarse por un criterio material. Dicha terminación debe suponer un cese de hostilidades, es decir, una inversión de las condiciones nocivas provocadas por el conflicto. Debe superarse la idea según la cual el acuerdo de paz (criterio formal) supone la terminación del conflicto.

2. La creación de una comisión de la verdad (art. 1º inc. 3º) debe asegurar su independencia y facultades de investigación suficientes. Es esencial en la integración del mandato de dicha Comisión que se incluya la investigación de los crímenes internacionales más relevantes, codificados en el Estatuto de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra). La misma debe superar las deficiencias del actual Centro de Memoria Histórica para actuar como una Comisión de Verdad y Reparación Efectiva (CVR efectiva).

3. Para entender la complejidad del proceso de la LJP y desligar los rendimientos de la investigación de la versión libre y la formulación de imputación, debería considerar otros aspectos. Primero, se debe reconsiderar el nivel de *participación de las víctimas*, de tal manera que estimule que estas tengan un papel más activo. Segundo, no debe descuidarse la evaluación de los *avances logísticos* que limitan los rendimientos de la investigación.

4. Cualquier discusión sobre temas como “expectativas de la población”, en materia de selección y priorización, debería, por lo menos, ser planteada en un contexto global, donde se entienda que en ese tipo de asuntos es definitiva la intervención de ciertas partes de sectores políticos, económicos, de la fuerza pública e incluso de la población civil.

5. La justificación de la importancia de resaltar la neutralidad política de la investigación penal, como desarrollo de una estrategia de priorización, debe introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI (Coord.): *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011.

— “Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt”, en HAASE/MÜLLER/SCHNEIDER (eds.), *Humanitäres Völkerrecht: politische, rechtliche und strafgerichtliche Dimensionen*“, Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges., 2001.

- *El marco jurídico de la justicia transicional: especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008.
 - *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
 - *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014.
- AMBOS KAI *et al.*: *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.
- AMBOS, KAI/MALARINO, EZEQUIEL/ELSNER, GISELA (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ts. I y II, Montevideo, KAS, 2010/2011.
- AMBOS, KAI/MALARINO, EZEQUIEL/STEINER, CHRISTIAN (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. III, Bogotá, KAS/Georg-August-Universität de Göttingen, 2013.
- AMBOS, KAI/STEGMILLER, IGNAZ: “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal* 32 (2013), Valencia, Tirant lo Blanch.
- AMBOS, KAI/ZULUAGA, JOHN: “La «nueva» política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en *Asuntos del Sur* 19.03.2013 (disponible en <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>).
- “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. Disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx>.
 - “Sobre la implementación del sistema de priorización y selección”, en *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, 22 de julio al 4 de agosto de 2013.
- BASTIDAS, WILLIAM: “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne berlin (ed.), 2007.
- BERGSMO, MORTEN: *Criteria for prioritizing and selecting Corte internacional criminal cases*, Oslo, FICHL Publication Series núm. 4, 2010.
- Comisión Asesora de Política Criminal: *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, MinJusticia-APC Colombia-Unión Europea, 2012.

- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR): *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007.
- DAVID, ERIC: *Principes de droit des conflits armés*, 4ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2008.
- DOEHRING, KARL: *Völkerrecht: ein Lehrbuch*, 2ª ed., Heidelberg, Müller, 2004.
- ESER, ALBIN: “Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus”, en DÖLLING/GÖTTING/MEIER/VERREL (eds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, Berlín, de Gruyter, 2010.
- FERRAJOLI, LUIGI: “El derecho como sistema de garantías”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núms. 16/17.
- “Justicia Penal y democracia”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 4.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 29.
- FORER, ANDREAS/LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA: “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en AMBOS, KAI (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011.
- FRIMAN, H.: en R. CRYER *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge, CUP, 2010.
- Fundación Seguridad y Democracia: “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf>.
- GIERHAKE, KATRIN: *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 2005.
- GREENWOOD, CHRISTOPHER: “Scope of application of humanitarian law”, en FELCK (ed.), *The handbook of international humanitarian law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GTZ-Proyecto Profis: *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009.
- GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación: *Guía de procedimientos de la unidad nacional de fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009.
- GUARIGLIA, FABRICIO: “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en CARSTEN STAHN/GÖRAN SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Nijhoff, 2009.

- GÜNTHER, KLAUS: “Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe”, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos. Günther, 2002.
- HÖRNLE, TAJANA: “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19 (2006).
- Human Rights Watch: *Smoke and Mirrors. Colombia’s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005.
- *¿Rompiendo el control? Obstáculos de la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, 2008.
- Indepaz: “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf.
- IPSEN, KNUT: “Bewaffneter Konflikt und Neutralität”, en IPSEN (ed.), *Völkerrecht*, 5ª ed., München, Beck, 2004.
- KIMBERLY, THEIDON: “Transitional Subjects? The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007.
- KREUTZ, J.: “How and when armed conflicts end: Introducing the UCDP Conflict Termination dataset”, en *Journal of Peace Research*, vol. 47 núm. 2, 2010.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO: “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *International Law 16, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010.
- “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010.
- METTRAUX, GUÉNAËL: *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, OUP, 2005.
- OROZCO ABAD, IVÁN: *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.
- PASTOR, DANIEL: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en EIROA/OTERO (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2007.
- PÉREZ SANTIAGO, MARIEL: “Las Bacrim de Colombia. Comunes o actores del conflicto armado”, en *InSightCrime* 23.07.2012, disponible en <http://es.insightcrime.org/analisis/las-bacrim-de-colombia-comunes-o-actores-del-conflicto-armado>.
- PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY: “Orden jurídico, negociación, paz y reinserción: la constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia”, en *Estudios Políticos*, núm. 27, Medellín, julio-diciembre 2005.

- PRITTWITZ, CORNELIUS: “Opferlose Straftheorien?”, en SCHÜNEMANN, BERND/DUBBER, MARKUS (eds.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000.
- RÖMER, JAN: *Killing in a gray area between humanitarian law and human rights. How can the national police of Colombia overcome the uncertainty of which branch of international law to apply?*, Berlin, Springer, 2010.
- SELIS, PAUL: “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en *ICTJ Análisis*, Bogotá, ICTJ, marzo de 2012.
- STEGMILLER, IGNAZ: *The Pre-Investigation Stage of the ICC. Criteria for Situation Selection*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.
- STEIN, T./BUTTLAR, C. VON: *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed., 2009.
- VARGAS, ALEJO/RUBIO, ROCÍO: “Desmovilización y reinserción de ex combatientes =¿transición hacia...?”, en *Conflicto y seguridad democrática. Temas críticos y propuestas*, Bogotá, Fundación Social, Fescol, Embajada de la República Alemana en Colombia, 2004.
- WALLENSTEEN, P./SOLLENBERG, M.: “Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96”, en *Journal of Peace Research*, vol. 34, núm. 3, 1997.
- ZULUAGA, JOHN: “Acerca del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de «justicia y paz»”, en RICARDO MOLINA LÓPEZ (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike - Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012.
- “Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o «sistema procesal penal acusatorio»”, en *Co-Herencia*, vol. 4, núm. 6, Revista de Humanidades - Universidad EAFIT, Medellín, enero-junio de 2007.
- “Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, núm. 5, Göttingen, enero-junio 2013.
- “Sobre la disfuncionalidad de la llamada «fase administrativa» del proceso de justicia y paz en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö*, núm. 1, Göttingen, mayo de 2011.
- ZULUAGA, JOHN/KOESSL, MANFREDO: “Sobre la fase administrativa del procedimiento de la ley 975 de 2005 o de «Justicia y Paz» (LJP)”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis, octubre-noviembre 2011.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, auto de 29 de julio de 2009, rad. 31539, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Consideraciones, 1.6.
- Corte Suprema de Justicia. Véase rad. 36125 de 31.08.2011. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto 8 de junio de 2007, rad. 27484, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Consideraciones.

Corte Constitucional, sent. C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. *Prosecutor v. Delic*, Judgement, 15. 9. 2008 (IT-04-83-T), par. 40.

Documentos Fiscalía General de la Nación (FGN)

Acuerdo 1 de enero de 2013, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de Priorización de Situaciones y Casos.

FGN: Directiva 1 de 2012, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf>.

— Instructivo para la elaboración de los planes de acción por parte de las Unidades Nacionales de Fiscalías y de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/InstructivoPLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Unidades-Nacionales-de-Fiscal%C3%ADAs-y-Unidad-Delegada-de-Fiscal%C3%ADAnte-la-Corte-Suprema-de-Justicia.pdf>.

— Instructivo para la elaboración de los planes de acción por parte de las Direcciones Seccionales de Fiscalías, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Instructivo-PLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Direcciones-Seccionales-de-Fiscal%C3%ADAs.pdf>.

— Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>.

— *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.

Resoluciones 1 de 15 de enero de 2013 y *2 de 25 de junio de 2013*, por medio de las cuales se ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización e implementación del nuevo sistema de investigación.

Resolución 1810 de 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis y Contextos.

Resolución 1811 de 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación.

Gacetas del Congreso

Gaceta del Congreso 681 (2011).

Gaceta del Congreso 371 (2012).

Gaceta del Congreso 534 (2012).

Gaceta del Congreso 287 (2012).

EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ Y EL ANÁLISIS ESTRICTO DE SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN REALIZADO EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013*

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Resumen: En este texto se estudia el acápite denominado “análisis estricto de sustitución” de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. En esta decisión, la Corte declaró la exequibilidad del inciso 4º del artículo transitorio 66 de la Constitución Política de Colombia, que se incorporó mediante el Acto Legislativo 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz (MJP). Por un lado, los autores cuestionan el uso de la ponderación como herramienta metodológica para realizar el juicio de sustitución de la Constitución, en especial la remisión argumentativa que hace la Corte a la ponderación realizada con ocasión del examen de constitucionalidad de normas anteriores, como la Ley de Justicia y Paz. Por otro, realizan un análisis crítico de la interpretación que hace la Corte de algunos elementos contenidos en la premisa menor del juicio de sustitución, especialmente de las expresiones “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” y “máximos responsables”, en la que se incurre en algunas imprecisiones conceptuales. En el texto se concluye que la Corte Constitucional no establece adecuadamente el alcance del inciso 4º del artículo transitorio 66 y por lo tanto no resuelve realmente los problemas que surgen de esta norma.

1. INTRODUCCIÓN

En el texto se discuten algunos aspectos del acápite “análisis estricto de sustitución” de la sentencia C-579 de 2013, en la que se declaró la exequibilidad del inciso 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP). La expedición del MJP

* Los autores agradecen al Prof. KAI AMBOS por los comentarios hechos al primer borrador, así como a los demás participantes del seminario realizado el 7 de enero de 2014 en la ciudad de Göttingen (Alemania) por sus aportes.

obedece a la necesidad de implantar mecanismos mediante los cuales sea posible satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y al mismo tiempo a la necesidad de brindar un tratamiento penal especial a personas que han participado activamente en el conflicto armado colombiano y que han dejado las armas. Esta tensión surge ante la posibilidad de llegar a acuerdos de paz con los grupos guerrilleros que actualmente se encuentran en pie de lucha y que durante años han cometido crímenes atroces.

La ejecución y aplicación de mecanismos similares, como por ejemplo la Ley de Justicia y Paz, ha dejado en Colombia varias lecciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar nuevos mecanismos, esta vez al amparo de normas constitucionales transitorias. Una de estas lecciones es precisamente la dificultad que representa para el aparato judicial investigar todos los delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos (DDHH) o infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) y sancionar a todos los responsables de estas conductas. La experiencia indica que en tratándose de más de treinta años de confrontación y de grupos que cuentan con miles de miembros en sus filas, la promesa del castigo penal incondicionado resulta irreal y crea falsas expectativas, lo cual conduce a la deslegitimación posterior de los procesos de desarme. El MJP responde precisamente a esta situación. En este sentido habla de aplicar criterios de selección y de priorización, con el fin de orientar la investigación penal a los máximos responsables y hacerla de esta manera más efectiva. Es decir, se trata del reconocimiento constitucional de los límites fácticos de la obligación que tiene el Estado de reprimir penalmente delitos atroces. De esta forma, en el mismo MJP se habla por ejemplo de la suspensión de la ejecución de la pena e incluso de la renuncia a la persecución penal, entre otras medidas.

En este texto se sostiene que el elemento más novedoso del MJP es la autorización que este hace al legislador, para que mediante ley estatutaria defina criterios de selección aplicables ante el universo de delitos graves cometidos, no solo por miembros de grupos armados, sino también por miembros de la fuerza pública. La posibilidad de dejar de investigar algunos de estos crímenes y a varios de sus responsables constituye precisamente el elemento novedoso de esta norma. Sin embargo, a pesar de que la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de cumplir de manera absoluta con la obligación de investigar y sancionar, no logra desprenderse del todo de una visión maximalista de la persecución penal en la que los derechos de las víctimas no admiten límites. Adicionalmente, el planteamiento metodológico del que se vale la Corte para realizar el

juicio de sustitución no parece el adecuado, ya que se remite a los argumentos utilizados para declarar la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, en la cual no se preveía la posibilidad de aplicar criterios de selección. De esta manera, la Corte pierde de vista el principal problema que se plantea con el MJP e incurre además en errores conceptuales que tergiversan su alcance. No se trata entonces de cuestionar el sentido de la decisión que ha tomado la Corte, sino de señalar algunas falencias de su fundamentación.

Para explicar lo anterior, el texto se ha dividido en tres partes. En la primera de ellas se presentan dos aspectos preliminares que se deben esbozar antes de entrar al estudio del análisis estricto de sustitución. Estos son, por un lado, el sentido y alcance normativo del artículo transitorio 66 y, por otro, la estructura y el contenido de los elementos del juicio de sustitución que se realiza en la sentencia C-579 de 2013. La segunda parte del texto se centra en el primer punto del análisis estricto de sustitución, es decir, en el empleo de la ponderación como herramienta metodológica utilizada en la sentencia para resolver el problema jurídico y en la interpretación dada a la “búsqueda de la paz” como primer elemento de la premisa menor. En esta parte se discuten aspectos metodológicos de orden constitucional y se cuestiona el uso de la paz como elemento integrante de dicha premisa. En la tercera parte se tratan los demás elementos de la premisa menor objeto del juicio de sustitución. Aquí se señalan algunas imprecisiones conceptuales en las que incurre la Corte al interpretar elementos vinculados a categorías propias del derecho penal internacional. En especial, se cuestiona la confusión entre los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra producto de una errada interpretación de la expresión “cometidos de manera sistemática”, así como también la ambigüedad en la definición de la expresión “máximos responsables”. Por último, se presentan a manera de conclusión algunas recomendaciones, con las cuales se pretende hacer un aporte al desarrollo legislativo del MJP. Se debe advertir que la estructura del texto obedece a los temas que son tratados en la parte de la sentencia que aquí se analiza; es por esto por lo que se hace referencia a temas constitucionales como a temas de índole penal.

2. ASPECTOS PRELIMINARES A LA REVISIÓN DEL ANÁLISIS ESTRICTO DE SUSTITUCIÓN

Este acápite intenta establecer, en primer lugar, el alcance del artículo transitorio 66 introducido al texto constitucional por medio del artículo

1º del MJP, con el fin de determinar cuáles son los elementos novedosos que se incorporan en el sistema jurídico colombiano con esta norma. Asimismo, se busca determinar el alcance de esta disposición antes de tomar en consideración la sentencia C-579 de 2013 y los criterios de interpretación establecidos en ella por la Corte Constitucional. En segundo lugar, se realiza una breve presentación de la estructura del juicio de sustitución llevado a cabo en dicha decisión y de los puntos contenidos en el acápite 8.3, denominado “análisis estricto de sustitución”, con el objetivo de contextualizar el estudio que posteriormente se realizará de los aspectos más controvertidos de esta parte de la sentencia.

A) Aproximación al sentido y alcance del artículo transitorio 66 como presupuesto para comprender el juicio de sustitución

El artículo 1º del MJP incorporó el artículo transitorio 66 en la Constitución Política. Con esto se quiso crear la base constitucional explícita para el diseño de distintos mecanismos de justicia transicional, con el fin de esclarecer los hechos de violencia masiva que han tenido lugar en Colombia durante décadas de confrontación armada. Según el MJP es posible constituir mediante la expedición de una ley estatutaria mecanismos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial. Es decir, en él se reconoce que la justicia penal no es la única vía para el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar la realización de los derechos de las víctimas de la violencia y especialmente la de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. En efecto, esta reforma a la Constitución Política contempla la posibilidad de dar un trato diferenciado a los miembros de grupos armados con los cuales el gobierno nacional suscriba acuerdos de paz, e incluso a miembros de la fuerza pública, lo cual supone desde la posibilidad de renunciar de manera condicionada a la persecución penal o de suspender la ejecución de la pena, hasta la imposición de penas alternativas o de sanciones no penales. Sin embargo, el efecto más importante del MJP —por lo menos en lo concerniente a su primer artículo— no es la creación de mecanismos de justicia transicional judiciales o extrajudiciales, sino la autorización al Congreso de la República para que establezca criterios de selección, mediante los cuales sea posible determinar a quienes se aplican dichos mecanismos y a quienes no.

La creación de beneficios penales y el diseño de un sistema de enjuiciamiento penal especial, orientado a permitir la desmovilización y al mismo tiempo a promover los derechos de las víctimas, no son extraños

a la realidad jurídica colombiana. Por ejemplo, mecanismos como las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) se inscriben precisamente en mayor o menor grado en la lógica de la justicia transicional y contemplan medidas de este tipo¹. Resulta realmente novedoso el reconocimiento explícito de la incapacidad de las instituciones estatales de investigar todos los hechos de violencia que constituyen violaciones de derechos humanos y que pueden ser considerados —en términos del derecho penal internacional— crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio. Se trata, en otras palabras, del reconocimiento constitucional de que la obligación del Estado de investigar y sancionar penalmente los hechos de violencia perpetrados en el contexto del conflicto armado tiene límites fácticos, los cuales no pueden ser ignorados por el sistema jurídico si se quiere articular mecanismos efectivos en los que los derechos de las víctimas encuentren un mínimo de satisfacción.

Se debe afirmar, en todo caso, que el artículo transitorio 66 es confuso. En él se mezclan distintos temas y a simple vista no queda claro cuál debe ser el ámbito de aplicación de los mecanismos de justicia transicional ni de los criterios de selección a los que allí se hace referencia ni sus efectos. Esto probablemente se debe a que con este acto legislativo en últimas se busca no solo consagrar constitucionalmente preceptos para reorientar la actividad de la justicia en vista de los actuales esfuerzos estatales por alcanzar la paz, sino que también se intenta brindar un techo constitucional más sólido a disposiciones normativas de menor jerarquía ya existentes, especialmente leyes y decretos, que se adscriben al ámbito de la justicia transicional². Por esta razón es necesario,

¹ La ley 782 de 2002 prorrogaba la vigencia de la ley 418 de 1997 —la cual ya había sido prorrogada previamente por la ley 548 de 1999— durante cuatro años. Posteriormente la vigencia de las leyes 782 y 418 fue prorrogada en dos oportunidades más, también por períodos de cuatro años, por medio de la leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010. La ley 782 autoriza al gobierno nacional para realizar negociaciones de paz con grupos armados con el fin de promover la reconciliación (art. 3^o), contempla normas relacionadas con la asistencia humanitaria a las víctimas (art. 7^o) y permite la concesión del beneficio de indulto a quienes dejen las armas. La ley 975 de 2005 va aún más allá y crea un proceso penal especial, con el fin de imponer a miembros de grupos armados desmovilizados de forma individual o colectiva una pena alternativa privativa de la libertad de máximo ocho años, a cambio de la contribución a la construcción de la verdad (mediante la confesión realizada en versión libre) y a la reparación de las víctimas, por ejemplo, con la entrega de bienes adquiridos de forma ilícita.

² Además de la Ley de Justicia y Paz y la ley 782 de 2002 las siguientes son algunas de las disposiciones ya existentes en el ordenamiento jurídico colombiano que regulan temas a los que hace referencia el MJT: ley 1424 de 2010, “por la cual se dictan

en primer lugar, antes de iniciar el análisis del pronunciamiento de la Corte Constitucional, mencionar algunos antecedentes legislativos y jurisprudenciales que permiten contextualizar la expedición del MJP. Sobre esta base se pretende explicar el texto del artículo transitorio 66 teniendo en cuenta los argumentos presentados en la exposición de motivos del proyecto que originalmente se puso a consideración del Congreso de la República, así como algunas consideraciones que fueron planteadas en la discusión legislativa que tuvo lugar durante su trámite. Esto permitirá plantear algunos aspectos problemáticos e interrogantes que deben ser resueltos para dar cumplimiento de manera coherente a lo dispuesto en esta reforma constitucional.

a) *Antecedentes inmediatos del Marco Jurídico para la Paz:
Ley de Justicia y Paz y Ley 1424 de 2010*

La creación de mecanismos mediante los cuales se permite dar un tratamiento penal especial o beneficios judiciales a miembros de grupos armados, articulando al mismo tiempo estrategias orientadas a realizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, no es asunto nuevo en Colombia. Antes del MJP se expidieron la Ley de Justicia y Paz y la Ley 1424 de 2010, que cumplieron un papel fundamental en el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares denominados Autodefensas Unidas de Colombia. En desarrollo de este proceso y en especial durante los primeros años de aplicación de la Ley de Justicia y Paz fueron evidentes las dificultades de acudir al sistema de justicia penal como escenario para implantar mecanismos de justicia transicional. La gran cantidad de desmovilizados que debían ser investigados penalmente, así como de hechos que se debían esclarecer, se reveló como uno de los principales obstáculos con los que debía lidiar un sistema judicial limitado que no cumplía —ni puede cumplir— con las expectativas de las víctimas de graves violaciones a los DD.HH. y al DIH. Este problema se reflejó en el debate sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, especialmente con relación al artículo 75 de dicha Ley, que llevó a

disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones” y ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Es importante mencionar también la Directiva 1 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación mediante la cual se adoptan criterios de priorización de situaciones y de casos.

la posterior expedición de la ley 1424 de 2010. Como luego se explicará, precisamente con fundamento en esta experiencia se ha justificado la expedición del MJP, de ahí que, para entender su finalidad principal sea necesario reseñar brevemente en qué consistió dicha discusión³.

La Ley de Justicia y Paz fue diseñada para aplicarse a los miembros de grupos armados que se desmovilizaran de forma individual o colectiva según el procedimiento establecido en la Ley 782 de 2002, pero a los cuales no se les pudiera conceder los beneficios previstos en esta ley por tener responsabilidad en la comisión de delitos graves⁴. Se debe aclarar que la Ley 782 de 2002 contempla la posibilidad de otorgar los beneficios de indulto o terminación anticipada del proceso penal a los desmovilizados que tengan responsabilidad penal por delitos políticos y conexos, los cuales en la tradición jurídica colombiana corresponden a los tipos penales de rebelión, sedición y asonada⁵. Asimismo el artículo 19 de la Ley 782 excluye la posibilidad de otorgar dichos beneficios a quienes hayan realizado conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión⁶. Pues bien, los miembros de grupos paramilitares se encontraban por fuera del ámbito de aplicación de la Ley 782 debido a que la pertenencia a uno de estos grupos ha sido considerada tradicionalmente por la jurisprudencia colombiana como constitutiva del delito de concierto para delinquir⁷, es decir, la pertenencia a un grupo paramilitar no daría lugar a un delito político. Por esta razón, mediante la Ley de Justicia y Paz se tomaron

³ Para un análisis más detallado sobre el ámbito de aplicación material de la Ley de Justicia y Paz y las discusiones que surgieron a partir del artículo 71 de esta ley ver ALEJANDRO APONTE *et al.*, *El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011, págs. 29 y ss.

⁴ Cfr. Ley 975 de 2005, art. 1º y decr. 3391 de 2006, art. 1º.

⁵ Cfr. Ley 599 de 2000, arts. 467 (rebelión), 468 (sedición) y 469 (asonada).

⁶ La expresión “actos de ferocidad y barbarie” no corresponde a una definición legal ni a un tipo penal específico. Se trata más bien de “ámbitos de argumentación” a los que ha acudido la jurisprudencia en la tradición jurídica colombiana para designar de forma genérica crímenes considerados atroces. Estos corresponden en un lenguaje más actual a las conductas que dan lugar a crímenes internacionales. En este sentido ver ALEJANDRO APONTE *et al.*, *supra* nota 3, pág. 31.

⁷ Ver sent. de 11 julio 2007 de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), rad. 26945.

dos medidas que se deben resaltar: (i) la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta según las normas ordinarias del Código Penal colombiano y la imposición y ejecución en su lugar de una pena alternativa más benigna⁸ y (ii) la posibilidad, según el artículo 71, de imputar el delito de sedición a los miembros de grupos paramilitares, es decir, el reconocimiento de que la pertenencia a uno de estos grupos podía ser constitutiva de un delito político. De esta manera, no todos los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia quedaban sujetos a la Ley de Justicia y Paz. Solo aquellos desmovilizados que tuvieran responsabilidad penal por conductas que corresponden a crímenes internacionales, como crímenes de lesa humanidad o de guerra, debían someterse al proceso penal especial diseñado en dicha Ley y podrían acceder a la pena alternativa; mientras que si no tenían responsabilidad penal por este tipo de delitos, al haber incurrido en el delito de sedición, los desmovilizados podían ser beneficiados por el indulto u otros beneficios previstos en la Ley 782 de 2002.

En 2006 la Corte Constitucional mediante sentencia C-370 declaró inexecutable por vicios de forma el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz⁹. En consecuencia, gran cantidad de desmovilizados que habían pertenecido a grupos paramilitares resultaron en una situación jurídica incierta, ya que no podían acceder a la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz ni a los beneficios de la Ley 782 de 2002. Para remediar esta situación se aprobó la Ley 1312 de 2009, por medio de la cual se reformó el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal —ley 906 de 2000— sobre el principio de oportunidad y se incluyó una causal adicional —la 17— para aplicar esta figura, de manera que la Fiscalía General de la Nación (FGN) pudiera suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal con relación a desmovilizados que no hubieran sido postulados por el gobierno nacional al procedimiento y beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz. Sin embargo, en sentencia

⁸ Cfr. ley 975 de 2005, art. 3º.

⁹ La Corte Constitucional afirmó en dicha oportunidad: “Con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las comisiones primeras constitucionales permanentes, finalmente fueron remitidos a comisiones constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por estas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las comisiones constitucionales facultadas para ello” (sent. C-370 de 2006).

C-936 de 2010 la Corte Constitucional declaró inexecutable la causal de aplicación del principio de oportunidad creada por la Ley 1312 de 2009, lo que generó nuevamente el vacío creado por la sentencia C-370 de 2006 frente a los desmovilizados de los grupos paramilitares que habían regresado a la vida civil ante la promesa de un tratamiento penal más benigno y que ahora se encontraban sin ninguna posibilidad distinta a la de ser sometidos a la justicia penal ordinaria.

Es importante advertir que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la causal 17 de aplicación del principio de oportunidad, debido a que consideró que la misma estaba fundamentada en una “especie de presunción”, según la cual una buena cantidad de desmovilizados no tendrían responsabilidad penal por graves violaciones a los DD.HH. o al DIH por el solo hecho de encontrarse en la base de la organización, es decir, por tratarse de miembros rasos¹⁰. Según la Corte, al aplicarse el principio de oportunidad únicamente bajo la condición de que el desmovilizado asegurara mediante declaración juramentada que no tenía responsabilidad por delitos graves, implicaba una renuncia injustificada a la obligación constitucional e internacional del Estado colombiano de investigar y esclarecer la comisión de este tipo de delitos¹¹.

Producto de esta situación y para superar los reparos hechos por la Corte Constitucional a la Ley 1312 de 2009, se expidió la Ley 1424 de 2010. Dicha ley creó la figura de los “acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación”, los cuales se deben celebrar entre el gobierno nacional y los desmovilizados que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o de defensa personal¹². Adicionalmente se previó la creación de un mecanismo extrajudicial encargado de la recolección, sistematización y preservación de la información producto de los acuerdos que celebren los desmovilizados¹³. En los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley 1424 de 2010

¹⁰ Sent. C-936 de 2010, párrs. 53 y ss.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ley 1424 de 2010, arts. 1º y 2º y decr. 2601 de 2011, art. 2º.

¹³ Esta función es cumplida actualmente por la Dirección de Acuerdos de la Verdad (DAV) del Centro Nacional de Memoria Histórica. En la página web de esta institución se informa que aproximadamente 15.000 desmovilizados han suscrito a la fecha dichos acuerdos.

Ver: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/direcciones/acuerdos-de-la-verdad> (22.02.2014).

se prevén adicionalmente algunos beneficios penales como la suspensión de las órdenes de captura que tengan los desmovilizados al momento de celebrar los acuerdos y la suspensión condicional de la ejecución de la pena a cambio del compromiso de la persona para con los derechos de las víctimas¹⁴.

b) *Finalidad del Marco Jurídico para la Paz y proyecto de artículo transitorio 66 sometido a discusión en el Congreso de la República*

La discusión sobre la Ley de Justicia y Paz y su implantación, así como sobre la Ley 1424 de 2010, ha evidenciado dos tipos de problemas. Por un lado, la investigación de todos los desmovilizados que tienen responsabilidad por delitos graves —independientemente de la posición que han ocupado en la estructura del grupo armado— representa para el sistema penal una exigencia que lo desborda al punto de hacerlo prácticamente inoperante. Por otro, la complejidad de las violaciones masivas de DD.HH. exige la reconstrucción de contextos y la identificación de patrones de conducta al interior de los grupos armados, lo cual se dificulta cuando se tiene la obligación de investigar a todos los responsables de estos delitos. El MJP surge precisamente del reconocimiento de estos problemas. De ahí que en la exposición de motivos se haya afirmado que “responde de manera directa a la crisis del modelo de justicia transicional implementado [*sic*] en el país”¹⁵. En la fundamentación del proyecto se mencionan en este sentido dos objetivos básicos de la propuesta. En primer lugar se afirma: “[E]ste acto legislativo busca re-direccionar el enfoque de investigación de los procesos de justicia y paz, con el fin de garantizar que la rama judicial concentre sus es-

¹⁴ Ver también el capítulo II del decr. 2601 de 2011. La ley 1424 de 2010 fue demandada ante la Corte Constitucional. El alto tribunal declaró en la sent. C-771 de 2011 su exequibilidad, debido a que dicha ley no supone la renuncia incondicional a la persecución penal. Por el contrario, exige que la actividad investigativa del Estado se adelante paralelamente a la celebración y ejecución de los acuerdos de contribución a la verdad histórica, de tal manera que sea posible constatar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la misma ley 1424 para otorgar los beneficios allí contemplados e incluso poder revocarlos con posterioridad si se verifica el incumplimiento por parte del desmovilizado.

¹⁵ Proyecto de acto legislativo y exposición de motivos puestos a consideración del presidente de la Cámara de Representantes Simón Gaviria por el senador Roy Barreiras el 12 de septiembre de 2011, pág. 5. Disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=094&p_consec=30217 (04. 03. 2014)

fuerzos de investigación y sanción en los más responsables y permita el esclarecimiento, en un tiempo razonable, de los crímenes más atroces”¹⁶. En segundo lugar, aunque no menos importante, en la exposición de motivos se explica: “Este acto legislativo busca ofrecer respuestas jurídicas definitivas que, de cara a [*sic*] las desmovilizaciones que ocurrieron en el pasado, permitan dar un trato no judicial a quienes el legislador considere «menos responsables» de la comisión de los crímenes más graves, al tiempo que se esclarece la verdad y se repara a las víctimas”¹⁷. En este sentido durante la discusión legislativa del MJP se hizo referencia constante a las “lecciones aprendidas” a partir de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz y a la necesidad de evitar que se vuelva a dar una situación como la que se generó con la declaratoria de inexecutable del artículo 71 de esta Ley, con el fin de que futuras desmovilizaciones cuenten con suficiente seguridad jurídica y los procesos de reinserción a la vida civil no se vean afectados¹⁸.

¹⁶ Este objetivo es planteado con fundamento en la siguiente consideración: “seis años después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz, y luego de la desmovilización de 35,299 miembros de grupos paramilitares, se han producido cuatro sentencias de las cuales sólo una está en firme. En la medida en la que las investigaciones se han hecho, caso a caso, la simple imputación de los hechos denunciados, cerca de 340,000 hasta la fecha, podría tardar cerca de 100 años”. *Ibid.*

¹⁷ De la misma manera se llama la atención sobre la dificultad de procesar a todos los responsables: “Actualmente se han desmovilizado cerca de 54,000 personas en el marco de la ley 418 de 1997 y aquellas que la han prorrogado y modificado, de las cuales más del 90 por ciento no están postuladas a la Ley de Justicia y Paz. Tomando como base los tiempos de investigación e imputación de cargos según la experiencia de los procesos de justicia y paz, procesar judicialmente todos los hechos en los que participaron estas personas sería materialmente imposible”. *Ibid.*, pág. 6.

¹⁸ En el informe de ponencia presentado para primer debate en Senado se afirma que un balance del modelo de justicia transicional aplicado hasta el momento en Colombia permite identificar al menos tres grandes debilidades: (i) riesgo de impunidad, (ii) riesgo de no esclarecimiento de la verdad y (iii) riesgo de repetición de los hechos de violencia (imposibilidad de evitar la repetición). En consecuencia, con el MJP se proponen cuatro medidas orientadas a permitir un nuevo enfoque en la aplicación de mecanismos de justicia transicional: (i) participación de todas las partes del conflicto armado para garantizar la integralidad de los instrumentos de justicia transicional, (ii) tratamiento diferenciado para cada una de las partes del conflicto y garantizar así el balance de todas las obligaciones internacionales de Colombia, (iii) selección positiva de los máximos responsables para su persecución penal y la consecuente renuncia a la persecución penal de los no seleccionados y (iv) diseño y aplicación de mecanismos no judiciales de investigación y sanción. Ver Informe de ponencia para primer debate en Senado al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 901, 28 de noviembre de 2011, Bogotá, págs. 5 y ss. y págs. 11 y ss.

Si bien el artículo transitorio 66 reconoce al igual que la Ley de Justicia y Paz que la situación de todos los desmovilizados no se debe tramitar necesariamente con los mecanismos de carácter penal, aquel introduce un cambio fundamental con relación a esta última y a las leyes 782 de 2002 y 1424 de 2010. Este es un aspecto que no se puede perder de vista para entender el alcance de esta reforma constitucional. El criterio para establecer cuáles casos deben ser conocidos por la justicia penal y cuáles no, ya no es el hecho de tener responsabilidad por delitos graves, sino la clase de responsabilidad que se tiene frente a delitos de esta clase. En otras palabras: el MJP reconoce que el universo de conductas que constituyen violaciones masivas de DD.HH. es lo suficientemente amplio y complejo, de manera que es necesario seleccionar qué resulta más relevante para orientar los recursos del sistema penal a su investigación y sanción. Ya no se trata de diferenciar crímenes atroces de crímenes ordinarios o de delitos políticos, sino de establecer cuáles casos entre la gran cantidad de crímenes atroces son lo que más interesa investigar penalmente.

El proyecto de acto legislativo puesto a consideración del Congreso de la República era más o menos claro respecto a este punto. El inciso 4º del artículo transitorio 66 del proyecto original establecía que el legislador podría ordenar la renuncia a la persecución penal, de acuerdo con los criterios de priorización y selección establecidos para aplicar los instrumentos de justicia transicional, y que en estos casos se podría ordenar la aplicación de mecanismos colectivos y extrajudiciales con el fin de lograr una adecuada investigación y sanción, el esclarecimiento de la verdad y la reparación a la víctimas¹⁹. Nótese que la aplicación de criterios de selección no estaba orientada a no investigar en absoluto, sino más bien a establecer cuál es el escenario apto para la investigación de las violaciones de DD.HH., si el judicial o el extrajudicial. Adicionalmente es importante señalar que en el texto propuesto no se enunciaban beneficios penales específicos; únicamente se mencionaba la posibilidad de acudir a mecanismos de investigación extrajudiciales y que estas investigaciones podían ser adelantadas de forma colectiva, es decir, analizando el accionar de frentes, bloques, columnas, etc., más que las conductas individuales de cada desmovilizado. Este era un aspecto que pretendía cambiar el enfoque plasmado en la ley 1424 de 2010, teniendo en cuenta que según la justificación del proyecto, la mayoría de desmovilizados que

¹⁹ Proyecto de acto legislativo y exposición de motivos, *supra* nota 15.

existen en la actualidad —cerca del 90%— no han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz. Es decir, que la mayor cantidad de casos deben ser tramitados por el mecanismo extrajudicial creado en la ley 1424 y no por Justicia y Paz²⁰. De esta manera se reconocía que la imposibilidad de investigarlo todo y caso por caso no es un problema exclusivo del sistema penal, ya que también se presenta en los mecanismos de justicia transicional extrajudiciales²¹.

c) *Texto final aprobado del artículo transitorio 66*

Durante la discusión legislativa de la cual fue objeto el MJP se introdujeron varias modificaciones al proyecto de artículo transitorio 66. El texto original propuesto en el proyecto de acto legislativo fue modificado casi completamente. A continuación se señalarán los cambios más importantes y las razones por las cuales fueron realizados, con el fin de establecer el alcance de esta norma.

Lo primero que se debe decir es que en el artículo transitorio 66 se reconoce que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no son absolutos. Es decir, que desde el punto de vista jurídico y sobre todo constitucional es posible fijar límites a dichos derechos. De ahí que la norma diga en el inciso 1º que ellos serán garantizados “en el mayor nivel posible”. Este es el punto de partida del MJP y lo que justifica el resto del texto del artículo transitorio 66. Esta frase se introdujo en el primer debate que tuvo el MJP en el Senado y se basa en una de las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-771 de 2011²². Según la Corte, en contextos de justicia transicional los derechos de las víctimas no pueden ser entendidos de manera absoluta, pues deben ser respetados dentro de lo que “resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”²³.

²⁰ Al respecto ver acápite “Aprender de las lecciones del pasado”, en Ponencia segundo debate en Cámara al proyecto de acto legislativo 94 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xx, núm. 783, 18 de octubre de 2011, Bogotá, pág. 4.

²¹ Proyecto de acto legislativo y exposición de motivos, *supra* nota 15.

²² Ver Informe de ponencia para primer debate en Senado, *supra* nota 18, pág. 19.

²³ Cfr. sent. C-771 de 2011. Esta consideración es mencionada desde la ponencia presentada para segundo debate en la Cámara de Representantes, en donde se realiza la distinción entre el “enfoque maximalista” y el “enfoque de justicia transicional” como dos tradiciones interpretativas en situaciones de transición. Según dicha ponencia, el primero de estos enfoques se caracteriza por considerar los derechos de las víctimas

La norma autoriza, sobre esta premisa, a dar un “tratamiento diferenciado” tanto a los miembros de los grupos armados ilegales, como a los agentes del Estado. Este “tratamiento diferenciado” debe ser entendido como la posibilidad de articular distintos tipos de mecanismos de justicia transicional, en los que se tengan en cuenta las particularidades de cada una de las partes del conflicto y las circunstancias concretas en las que se produzca respecto de cada una el cese de hostilidades²⁴. Esto supone reconocer que la terminación del conflicto armado en Colombia involucra distintos tipos de procesos, es decir, es gradual, razón por la cual los mecanismos de justicia transicional deben permitir poco a poco la participación de los distintos actores²⁵. En este sentido el MJP no debe ser leído como una concesión de beneficios específicos para uno u otro grupo²⁶. Por el contrario, el MJP tiene la finalidad de dejar la puerta abierta para que sea el legislador el que defina cuál es la “solución jurídica” más conveniente en cada caso²⁷. Para esto se debe tener en cuenta, por ejemplo, que la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública es mayor que la que tienen los grupos armados ilegales dada la función constitucional que cumplen y que figuras como las autoamnistías se encuentran prohibidas según el derecho internacional²⁸.

bajo los mismos lineamientos de situaciones de normalidad, en donde la paz y la necesidad de garantizar la no repetición no son valores que se tengan en cuenta; mientras que en el segundo dichos intereses tienen un papel relevante al tratarse de situaciones excepcionales. Precisamente la necesidad de desarticular grupos armados para evitar la prolongación de la violencia es lo que, según el segundo enfoque, justifica la limitación de los derechos de las víctimas. De acuerdo con esta ponencia, el MJP busca resolver la tensión entre estos dos enfoques en favor del segundo y así debe ser interpretado. Ver Ponencia segundo debate en Cámara, *supra* nota 17, págs. 6 y ss.

²⁴ En la ponencia presentada para primer debate en Cámara se propuso agregar al artículo transitorio 66 la siguiente frase: “podrán autorizar un tratamiento diferenciado para cada una de las distintas partes que hayan participado en las hostilidades”. Ver Ponencia para primer debate en Cámara al proyecto de acto legislativo núm. 94 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xx, núm. 716, 26 de septiembre de 2011, Bogotá, pág. 6. También Informe de ponencia para primer debate en Senado, *supra* nota 15, págs. 12-13.

²⁵ *Ibid.*, pág. 11.

²⁶ *Ibid.*, pág. 12.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* La referencia explícita a los agentes del Estado fue introducida en el primer debate de la segunda vuelta en el Senado, con el fin de aclarar que la aplicación de los mecanismos de justicia transicional no solo es posible respecto a grupos armados ile-

El inciso 2º del artículo transitorio 66 autoriza la creación de mecanismos judiciales y extrajudiciales que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. El MJP fue diseñado a partir de la premisa de que la obligación constitucional de investigar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH no supone necesariamente acudir a la persecución penal²⁹. Por esta razón en las ponencias presentadas para los distintos debates legislativos sobre el MJP se afirma que la creación de mecanismos extrajudiciales tiene tres objetivos: (i) resolver la situación jurídica de los desmovilizados, (ii) concentrar la investigación penal en las personas consideradas “más responsables” por delitos atroces y (iii) generar la reconstrucción de “grandes contextos de verdad”³⁰. En este sentido en las ponencias se sostiene que en casos de violencia masiva es justamente en escenarios no judiciales donde es posible esclarecer “contextos amplios” y se logra explicar “las causas mismas del conflicto”³¹.

La aplicación de los mecanismos extrajudiciales estaba prevista en principio para los desmovilizados que al tener la calidad de “menos responsables” no resultaran seleccionados para ser investigados penalmente. De ahí que con referencia a las dificultades que llevaron a la expedición de la Ley 1424 de 2010 se haya afirmado: “En efecto, la creación de mecanismos no judiciales permitirá que quienes participen de estos mecanismos tengan un incentivo para contribuir efectivamente a la verdad, sin temor a ser judicializados”³². Sin embargo, en el segundo debate llevado a cabo en el Senado se incluyó la segunda parte de este inciso: “en cualquier caso se aplicarán mecanismos complementarios de carácter no judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. De esta manera se quiso poner de presente la relación de complementariedad que debe existir entre las dos clases de mecanismos y precisar que aún en los casos en los que el Estado debe privilegiar la

gales y evitar así equívocos en la interpretación del MJP. Ver Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año XXI, núm. 287, 30 de mayo de 2012, Bogotá, pág. 23.

²⁹ Esta premisa fue expuesta desde la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes y se mantuvo como una constante durante todo el trámite del MJP. Ver Ponencia segundo debate en Cámara, *supra* nota 20, págs. 10 y ss.

³⁰ *Ibid.*, pág. 9.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

vía penal para investigar y sancionar, o sea frente a los que tienen mayor responsabilidad por crímenes atroces, esta se debe complementar con mecanismos extrajudiciales para reforzar el cumplimiento de los derechos a la verdad y a la reparación³³, como por ejemplo, con una comisión de la verdad, según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo transitorio 66³⁴. Es decir, de acuerdo con el texto aprobado, los mecanismos extrajudiciales tendrían que abarcar de manera global el análisis de la violencia, en vez de limitarse únicamente a resolver la situación individual de desmovilizados rasos o de mandos medios.

Es importante resaltar una vez más, que la intención del MJP no era crear mecanismos extrajudiciales para adelantar investigaciones, por decirlo de alguna manera, al estilo del proceso penal, en las que se analiza caso a caso la situación de cada persona. Por esto, en el texto inicialmente propuesto se hacía referencia a la “aplicación de mecanismos *colectivos* y no judiciales” (cursiva por fuera del texto original). La palabra “colectivos” desapareció del texto del artículo transitorio 66 sin justificación alguna con la modificación realizada al inciso 4º en el primer debate en la Cámara de Representantes³⁵. Sin embargo, la imposibilidad de investigar todos los casos individualmente, aun por medio de mecanismos extrajudiciales, fue reconocida en las ponencias presentadas en las etapas subsiguientes del trámite del MJP. Por ejemplo en la siguiente consideración plasmada en la ponencia para segundo debate en Cámara: “Es cierto que un gran número de víctimas no conocerá quien perpetró directamente el crimen de su familiar, pero podrán entender por

³³ La incorporación de esta frase fue justificada de la siguiente manera en la ponencia para segundo debate en el Senado: “La referencia a la complementariedad de estas medidas es importante ya que independientemente de que se utilicen mecanismos judiciales o no judiciales de investigación y sanción, siempre deben estar acompañados de mecanismos no judiciales para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. En este sentido, el proyecto de acto legislativo debe abarcar el diseño de instrumentos transicionales, especialmente no judiciales, más allá de aquellos que se refieren a la investigación y sanción”. Ver Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá, pág. 18.

³⁴ La referencia que se hace en el inciso 3º del artículo transitorio 66 a la creación de una comisión de la verdad fue incorporado en el segundo debate (segunda vuelta) en Cámara como un ejemplo de mecanismo complementario de carácter extrajudicial. Ver Informe de ponencia para primer debate en Senado (segunda vuelta), *supra* nota 28, pág. 21.

³⁵ Ver Ponencia para primer debate en Cámara, *supra* nota 24, págs. 8-9.

qué sucedió, quién lo planeó, cuál fue la estructura detrás de esos crímenes y en el marco de qué contexto y patrón de victimización”³⁶.

En el inciso 4º del artículo transitorio 66 se afirma: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los mecanismos de justicia transicional”. Esta frase se deriva directamente de lo que en este texto se ha señalado como el punto de partida del MJP, es decir, del reconocimiento de los límites fácticos de los derechos de las víctimas³⁷. El proyecto original de acto legislativo hacía referencia a “criterios de priorización y selección”. Con esta redacción no era del todo claro si se trataba de la misma figura o si se estaba aludiendo a dos clases distintas de criterios con efectos diferentes. Según el informe de ponencia para segundo debate en el Senado, los criterios de priorización y los de selección son figuras complementarias. Los criterios de priorización permiten establecer un orden en la investigación, mientras que los de selección autorizan a renunciar a la acción penal. De acuerdo con este informe la priorización sin selección no es suficiente para lograr los objetivos del MJP, pues de nada sirve definir un orden entre los casos si de todas maneras tarde o temprano todos se deben investigar. La priorización sin selección supondría entonces aceptar que los casos no priorizados no serían investigados en un plazo razonable³⁸. Por esta razón, en el debate realizado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en segunda vuelta se planteó la necesidad de aclarar que los criterios de priorización y los de selección no son lo mismo³⁹, de ahí

³⁶ Ponencia segundo debate en Cámara, *supra* nota 20, págs. 10 y ss. Ver también Informe de ponencia para segundo debate en Senado, *supra* nota 33, pág. 14.

³⁷ En la exposición de motivos se justificó la adopción de criterios de priorización y selección de la siguiente manera: “Las interpretaciones radicales del principio de legalidad en estos contextos conducen a mayor impunidad, en tanto los recursos solo son suficientes para investigar a unos cuantos”. Proyecto de acto legislativo y exposición de motivos, *supra* nota 15.

³⁸ Al no poderse renunciar al ejercicio de la acción penal las víctimas quedarían atadas indefinidamente a un proceso penal cuyo éxito sería incierto. Por el contrario, al renunciar a la acción penal las víctimas pueden hacerse partícipes de los procesos adelantados, por ejemplo, en contra de los jefes en donde si bien no necesariamente se establecerá el responsable directo de su caso, si se dará cuenta del contexto general en el cual dicha persona fue victimizada. Ver Informe de ponencia para segundo debate en Senado, *supra* nota 33, pág. 13.

³⁹ En este debate el Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre, advirtió sobre la necesidad de diferenciar los modelos de priorización y de selectividad, para que el MJP dejara abierta la posibilidad de acudir a cualquiera de los dos mecanismos, pero sin confundirlos. De esta manera posteriormente el legislador podría establecer en

que la redacción original haya sido modificada y se haya establecido que los primeros pueden ser definidos por el Fiscal General de la Nación como parte de su estrategia de investigación, mientras que los segundos deben ser establecidos mediante ley estatutaria por el legislador teniendo en cuenta la gravedad y representatividad de los casos⁴⁰.

Los criterios de selección deben permitir que la FGN oriente sus esfuerzos a investigar y sancionar a “los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. La referencia a los máximos responsables no se encontraba en el texto original del proyecto de acto legislativo, pero se agregó en el primer debate llevado a cabo en el Senado, con el fin de que quedara claro el objetivo de la aplicación de estos criterios⁴¹. Es importante resaltar que en el informe de ponencia presentado para este debate se advirtió sobre la importancia de que fuera el legislador quien determinara en cada caso quiénes eran los máximos responsables. En este documento se afirma que el concepto de “máximo responsable” no está claramente definido en el derecho internacional y que su sentido puede variar dependiendo de la organización de cada grupo y de la manera como se planearon los crímenes⁴². Por otro lado, al incluir la mención a los máximos responsables en este mismo debate se incluyó la referencia explícita a los crímenes de lesa humanidad y de guerra⁴³. La referencia al genocidio y a los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática fue incorporada posteriormente⁴⁴.

qué casos se podría aplicar uno u otro modelo. Ver Acta núm. 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año XXI, núm. 269, 24 mayo 2012, Bogotá, págs. 5 y ss.

⁴⁰ Ver Informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) en Cámara al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año XXI, núm. 174, 24 abril 2012, Bogotá, pág. 20. La gravedad y representatividad de los casos como aspectos que deben ser tenidos en cuenta para la elaboración de los criterios de selección fueron introducidos posteriormente en el primer debate (segunda vuelta) en Senado. Ver Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado, *supra* nota 28, pág. 23.

⁴¹ Informe de ponencia para primer debate en Senado, *supra* nota 18, pág. 20.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ El genocidio fue incluido en el primer debate (segunda vuelta) en el Senado. Ver Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado, *supra* nota 28, pág. 23.

Es importante no perder de vista que la expresión “cometidos de manera sistemática” fue incorporada en la norma para hacer énfasis en la necesidad de concentrar la investigación penal en los crímenes más graves y representativos, sobre el entendido de que existen infracciones al DIH que si bien pueden revestir cierta gravedad no deben ser necesariamente seleccionados e investigados por medio de mecanismos de justicia transicional de carácter penal⁴⁵.

El inciso 4º del artículo transitorio 66 también menciona una serie de beneficios penales; en él se hace alusión a la suspensión de la ejecución de la pena, a la posibilidad de imponer sanciones extrajudiciales, penas alternativas, modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, así como a la posibilidad de renunciar de manera condicionada a la persecución penal⁴⁶. En la norma no se aclara en qué casos es posible aplicar estas figuras o si todas ellas pueden tener lugar con relación a “máximos responsables”, tampoco si ellas se refieren a los mecanismos de justicia transicional judiciales o extrajudiciales o a los dos tipos de mecanismos. Las ponencias presentadas en los debates sobre el MJP que tuvieron lugar en el Congreso de la República dan algunas luces sobre lo que se quiso con esta disposición. Es claro que los mecanismos de justicia transicional de carácter judicial deben aplicarse a los máximos responsables —independientemente de la definición que se acoja— de los delitos mencionados en el inciso 4º y que para esto se deben tener en cuenta los criterios de selección que establezca el legislador. De ahí que la renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal opere con relación a los casos no seleccionados, tal y como lo dispone esta misma norma. Es decir, aquellas personas que por no ser “máximos responsables” o por no tener responsabilidad penal en la comisión de delitos que ostenten las características necesarias para ser seleccionados se verán beneficiadas con la renuncia condicionada a la persecución penal y a ellos se les podrá imponer una sanción extrajudicial como resultado de los mecanismos de justicia transicional que no tienen carácter punitivo.

Con relación a estos mismos sujetos es posible suspender, también bajo ciertas condiciones, la ejecución de la pena cuando ya exista una

⁴⁵ Ver Informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) en Senado al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año XXI, núm. 342, 12 de junio de 2012, Bogotá, pág. 37.

⁴⁶ Según el inc. 5º del art. 66 transitorio la concesión de estos beneficios está sujeta al cumplimiento de condiciones como la dejación de las armas, la reparación integral de las víctimas, la liberación de secuestrados, entre otros.

sentencia condenatoria en su contra y por esto la renuncia a la persecución penal ya no sea posible⁴⁷. A diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena y de las sanciones extrajudiciales la pena alternativa se refiere justamente a los casos que sí son seleccionados. Es decir que el único beneficio que puede ser otorgado a los “máximos responsables” es el de una pena más baja a la que correspondería según el Código Penal. También con relación a estos casos se establece en el inciso 4º la posibilidad de conceder modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, cuando ya no sea posible imponer una pena alternativa debido a la existencia previa de una sentencia condenatoria⁴⁸.

d) *Algunos aspectos problemáticos del artículo transitorio 66*

Con fundamento en la lectura del artículo transitorio 66 y de las ponencias presentadas en los debates es posible plantear al menos dos aspectos problemáticos sobre el sentido y alcance de esta norma.

Primero: no es claro cómo se deben articular los criterios de selección que puede definir el legislador, según la gravedad y representatividad de los casos, con la obligación de investigar a los “máximos responsables” de *todos* los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Una posibilidad sería seleccionar en primer lugar el hecho según su gravedad y representatividad, para establecer posteriormente quiénes

⁴⁷ La suspensión de la ejecución de la pena se introdujo en el inc. 4º del artículo 66 transitorio en el primer debate en Cámara. En la ponencia para este debate se afirmó: “este inciso autoriza al legislador a renunciar a la persecución penal o suspender la ejecución de la pena de los casos que no sean seleccionados. Se trata de garantizar la efectividad del proceso de priorización. De nada serviría que la Fiscalía pudiese priorizar los casos de los más responsables, pero aún así, estuviese obligada a seguir adelantando uno a uno los procesos penales de cada uno de los 54.000 desmovilizados”. Ver Ponencia para primer debate en Cámara, *supra* nota 24, pág. 8.

⁴⁸ La frase “establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena” se introdujo en el primer debate de la segunda vuelta en el Senado. En el informe de ponencia para este debate se explicó de la siguiente manera esta modificación: “Esto con el fin de reconocer que existen distintas posibilidades en relación con la investigación y sanción. Primero las sanciones extrajudiciales que serían aplicadas como consecuencia de los mecanismos extrajudiciales; segundo, las penas alternativas, como un beneficio condicionado en el marco de procesos penales; y tercero, las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, cuando ya exista una condena en firme”. Ver Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado, *supra* nota 28, pág. 23.

son los mayores responsables frente a ese hecho. Como consecuencia de esta interpretación un delito podría no ser seleccionado por no tener la gravedad o representatividad suficiente al ser comparado con otros delitos atroces, a pesar de constituir en términos generales una violación grave a los DD.HH. o al DIH y de ser imputable a una o varias de las personas con mayor jerarquía dentro de la organización. Otra posibilidad sería definir primero quiénes son los máximos responsables, por ejemplo los altos mandos, a partir de ahí establecer cuáles hechos les serían imputables en términos jurídico-penales, y de ese grupo de delitos escoger los más graves o representativos. La redacción de la norma al decir “máximos responsables de *todos* los delitos [...]” (cursiva por fuera del texto original) hace que cualquiera de estas dos opciones pueda ser problemática, ya que la primera de ellas reduce el ámbito de responsabilidad de los altos mandos, mientras que la segunda podría dejar por fuera de lo penal hechos graves debido a que no son imputables a un “máximo responsable” a pesar de su gravedad. Surge entonces el siguiente interrogante: ¿cuál es el margen de selectividad real que el MJP permite para que no todos los hechos atroces tengan que ser esclarecidos por medio de la justicia penal? Este es un aspecto fundamental que no queda resuelto.

Segundo: de la lectura del artículo transitorio 66 tampoco queda claro cuál es el alcance de los mecanismos de justicia transicional extrajudiciales. Por un lado se afirma que por medio de dichos mecanismos no se deben investigar caso a caso los hechos no seleccionados; incluso el proyecto de acto legislativo hacía referencia a mecanismos colectivos y el texto aprobado del artículo transitorio 66 menciona una comisión de la verdad como ejemplo de mecanismo extrajudicial. Sin embargo, por otro lado, la misma norma habla de la imposición de sanciones extrajudiciales, lo que sugiere la necesidad de establecer responsabilidades de tipo individual. ¿De qué tipo de mecanismos de justicia transicional se está hablando entonces cuando se hace referencia a mecanismos extrajudiciales?, ¿se trata, por ejemplo, de crear una comisión de la verdad con facultades “cuasijudiciales” con competencia para sancionar?, ¿se debería sancionar a todos los “menos responsables”?, ¿cómo definir dichas sanciones extrajudiciales si se supone que no se establecerá en todos los casos quienes fueron los perpetradores directos?, ¿se deben aplicar entonces criterios de selección también en el contexto de los mecanismos extrajudiciales? o ¿se deberían crear varios tipos de mecanismos extrajudiciales, unos orientados a adelantar investigaciones globales y otros a resolver de manera individual la responsabilidad de los “menos responsa-

bles” —tal vez al estilo de la Ley 1424 de 2010— y a imponer sanciones extrajudiciales? Los cambios introducidos al MJP en distintos momentos del trámite de aprobación que cursó en el Congreso de la República hacen que la norma sea ambigua respecto a este tipo de mecanismos de justicia transicional. Este es un tema que se debe decantar con el fin de poder estructurar un sistema de justicia transicional coherente.

En todo caso, es posible afirmar que según el MJP no todos los delitos atroces deben ser investigados por el sistema penal. Más aún, los crímenes que no se investiguen en lo judicial no serán necesariamente esclarecidos en su totalidad, al menos no de forma particular, ni siquiera por medio de mecanismos extrajudiciales. Vale decir que era de esperar que la Corte Constitucional reconociera de manera consistente el punto de partida que da lugar a la expedición del MJP; que sobre esta base estableciera coherentemente su sentido, para que evaluara si con esta norma se había sustituido o no la Constitución. Sin embargo, como se sostiene en este texto y se explicará más adelante, la Corte Constitucional enfoca el problema de manera equivocada al no reconocer el alcance de este Acto Legislativo. El alto tribunal no logra desprenderse del todo de una visión absoluta de los derechos de las víctimas y en consecuencia en el análisis de sustitución que realiza incurre en contradicciones y ambivalencias que no ayudan a resolver los problemas que surgen del artículo transitorio 66.

B) *Estructura del análisis estricto de sustitución en el marco del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013*

Mediante la sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional resolvió la primera demanda de inconstitucionalidad que se presentó en contra del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, el cual —como ya se mencionó— creó el artículo transitorio 66 de la Constitución⁴⁹. La naturaleza jurídica tanto de esta demanda como del respectivo proceso se deriva de la competencia que tiene la Corte Constitucional para conocer las acciones de inconstitucionalidad que interponen los ciudadanos

⁴⁹ Tras la expedición del acto legislativo el 31 de julio de 2012, se admitieron solamente dos demandas de inconstitucionalidad en su contra. La primera fue la elaborada por Gustavo Gallón y otros y se radicó el 19 de diciembre de 2012. La segunda fue presentada por Rafael Guarín y se radicó el 30 de julio de 2013. De acuerdo con el artículo 242 de la Constitución, las acciones públicas de inconstitucionalidad cuando son “por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”.

a los actos reformatorios de la Constitución (sea un acto legislativo, un referendo o una asamblea constituyente) por cuestiones meramente de forma⁵⁰. No obstante, desde 2003 el ejercicio de control constitucional que se efectúa en este tipo de demandas no se limita exclusivamente a los vicios de procedimiento que se derivan del proceso de formación del acto reformatorio, sino que también puede centrarse en un análisis que bordea aspectos materiales o de contenido de la reforma⁵¹. Propiamente se trata de la posibilidad de estudiar la competencia del órgano reformador para determinar si existen abusos competenciales que pueden derivar en una eventual sustitución de la Constitución⁵². Si bien la Corte ha señalado que la Carta Política de 1991 “no establece cláusulas pétreas”, también ha sostenido que esta sí fija “límites implícitos a la facultad de reforma de la Constitución por el Congreso” y que dichos “límites se denominan vicios de competencia que autorizan a reformar la Constitución pero no a sustituirla”⁵³.

⁵⁰ El art. 241 num. 1 señala: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

⁵¹ Esto conforme a determinadas pautas de la jurisprudencia que tienen sus orígenes en la sent. C-551 de 2003, pero que se empiezan a estructurar sistemáticamente a partir de las sents. C-970 de 2004 y C-971 de 2004. Dentro de los últimos intentos de sistematización del juicio de sustitución se encuentra la sent. C-249 de 2012, num. 5.2., que incorporó el denominado: “test de inconstitucionalidad por sustitución y test de la efectividad para solucionar las demandas contra actos reformatorios de la Constitución por vicios competenciales del poder de reforma”. Al respecto ver GONZALO RAMÍREZ CLEVES, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, 2006, págs. 3 y ss.

⁵² Acerca de la ampliación de esta función RAMÍREZ CLEVES señala: “[...] se trata de encubrir la potestad de la Corte con argumentos de interpretación textual que pretende introducir la hipótesis de que en últimas la Corporación no se ha extralimitado en sus funciones hermenéuticas porque dentro de los vicios de forma en la revisión de las reformas están comprendidas las competencias del órgano reformador y por ende sigue siendo un vicio procedimental y no de fondo”. Cfr. GONZALO RAMÍREZ CLEVES, “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, pág. 169. En general, sobre la génesis de la teoría de los límites competenciales ver: MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA, “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, en *Revista Precedente*, 2004, págs. 27 y ss.

⁵³ Cfr. CAJAS SARRIA, *supra* nota 52, pág. 47.

En este contexto procedimental —juicio de sustitución— se enmarca la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la revisión del primer artículo del MJP. En términos generales, es posible definir el juicio de sustitución como la revisión que hace la Corte de ciertos aspectos materiales de la norma, los cuales están asociados a la competencia del órgano que la expidió, con el fin de determinar si este realizó efectivamente una reforma a la Constitución o si la sustituyó⁵⁴, bien sea de manera parcial o total⁵⁵. Esta revisión la hace mediante el empleo de un silogismo en el que se confronta una premisa menor que refiere al “contenido y alcance de la reforma constitucional acusada” frente a una premisa mayor que representa “el elemento esencial o de la identidad de la Constitución que se alega sustituido”, para luego concluir si la reforma efectivamente reemplaza o no “un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro que resulta ser integralmente diferente”⁵⁶. De lo anterior se infiere que este tipo de juicio, como una categoría *sui generis* de los denominados procesos de control de constitucionalidad, se compone de tres elementos. En el caso de la sentencia C-579 de 2013, estos elementos están representados en los tres subpuntos que desarrollan el numeral 8 concerniente al juicio de sustitución: 8.1. Premisa mayor; 8.2. Premisa menor; 8.3. Análisis estricto de sustitución.

Con relación a la premisa mayor, la Corte determinó que esta se encuentra constituida por el pilar fundamental de la Constitución que consagra “el compromiso del Estado social y democrático de derecho con el respeto, protección y garantía de los derechos de la sociedad y de las víctimas”⁵⁷. En efecto, la Corte sostiene que para la realización plena de los DD.HH. —aquí derechos de las víctimas y de la sociedad en general— el Estado debe cumplir con las obligaciones de respeto (no proferir medidas que impidan o dificulten el goce efectivo de los derechos), de

⁵⁴ El juicio de sustitución en esencia se caracteriza porque “es un juicio sobre la competencia del órgano que reforma; se requiere enunciar los aspectos que definen la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos; debe establecerse el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios de la Constitución; se deben contrastar las premisas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala, es decir verificar si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente”. Cfr. CAJAS SARRIA, *supra* nota 52, pág. 48.

⁵⁵ Sobre esta distinción ver las sents. C-551 de 2003, C-1200 de 2013, C-757 de 2008 y C-588 de 2009, entre otras.

⁵⁶ Cfr. C-579 de 2013, num. 5.2. Asimismo ver sents. C-970 de 2004, C-971 de 2004 y C-249 de 2012.

⁵⁷ Sent. C-579 de 2013, num. 8.1.

protección (adopción de medidas para impedir que terceros interfirieran en el ejercicio de un derecho) y de garantía (organización del aparato estatal para contar con la capacidad de asegurar el ejercicio de los derechos)⁵⁸. Con relación a esta última, la Corte deriva además ciertas obligaciones que son tenidas en cuenta de manera especial dentro del juicio de sustitución. Estas obligaciones son las siguientes: “(i) prevenir su vulneración (no repetición); (ii) crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva); (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad); e (iv) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH (justicia)”⁵⁹.

Por su parte, la premisa menor sometida al examen de sustitución consiste en la identificación y articulación sistemática de ocho elementos que en conjunto son tomados como disposiciones que aparentemente sustituyen la Constitución. Estos se derivan de manera directa y expresa —a excepción del primero— del texto del inciso 4º del artículo transitorio 66 de la Constitución, es decir, de la norma acusada. Dichos elementos son: “(i) la búsqueda de la paz, estable y duradera; (ii) centrar los esfuerzos en la investigación penal; (iii) de los máximos responsables; (iv) de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra; (v) cometidos de manera sistemática; (vi) teniendo en cuenta los criterios de gravedad y representatividad (vii) autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal, y (viii) la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena”⁶⁰.

Por último, en el análisis estricto de sustitución la Corte se encarga de contrastar las dos premisas anteriores, para determinar si por medio de los elementos incorporados por el inciso 4º del artículo transitorio 66 se sustituyó el pilar fundamental de la Constitución consignado en la premisa mayor. Vale destacar que la sentencia C-579 de 2013 suprime la anterior denominación de “premisas de síntesis” que había elaborado en su jurisprudencia⁶¹ y en su lugar emplea el término de “análisis estricto

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, num. 8.2.

⁶¹ En la sent. C-249 de 2012, num. 5.2.4., la Corte afirma: “[...] al contrastar la premisa mayor con la premisa menor se debe concluir el análisis de inconstitucionalidad con una premisa de síntesis en donde a la Corte le corresponde verificar en su juicio

de sustitución”. Si bien la función esencial de este tercer paso del juicio de sustitución continúa siendo la misma en la sentencia C-579 de 2013, es decir, la de analizar *stricto sensu* si un elemento esencial definitorio de la Constitución “ha sido reemplazado por otro” y “si es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución”⁶², el cotejo entre premisas hecho en esta oportunidad varía en la metodología y en la extensión. Esto se evidencia en la forma en que se estructura este punto dentro de la sentencia (8.3.), ya que en esta ocasión lo que se designa como análisis estricto de sustitución es desarrollado por medio de dos acápites. En el primero de ellos se brinda una justificación metodológica sobre el empleo de “la ponderación en la justicia transicional como mecanismo para desarrollar las obligaciones derivadas de la garantía de los derechos y en especial de la paz” (8.3.1.), mientras que en el segundo acápite se profundiza punto por punto en las expresiones de la norma demandada en lo que se ha denominado como “juicio estricto de sustitución de los elementos de la premisa menor” (8.3.2.)⁶³.

En este orden de ideas, partiendo del modelo presentado en la sentencia para desarrollar el análisis estricto de sustitución, se debe analizar primero la forma en que la Corte Constitucional abordó el estudio del problema jurídico planteado en la demanda, antes de iniciar la discusión sobre la interpretación dada a los diferentes elementos que componen la premisa menor.

de constitucionalidad [...]. Este último juicio que hace parte del test de la sustitución de la Constitución tiene como finalidad determinar si con la reforma a la Constitución sometida al análisis de la Corte se ha incurrido por parte del poder de revisión en un vicio de competencia”. Esta denominación de la tercera fase del juicio de sustitución es ratificada por la última decisión que resolvió un juicio de sustitución. En efecto, la sent. C-1056 de 2012, num. 5.4., expresa: “La jurisprudencia ha señalado que los tres pasos a que se ha hecho referencia se denominan premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis, siguiendo la forma de un silogismo: la primera de ellas debe presentar aquel(los) aspecto(s) esencial(es) de la Constitución que el demandante estima que han sido afectados por la reforma adoptada. La segunda contiene los nuevos aspectos introducidos por esa reforma, que en tal medida reemplazarían aquellos elementos afectados. Y por último, la llamada premisa de síntesis debe enunciar la conclusión conforme a la cual unos y otros elementos resultan abiertamente incompatibles, lo que permite afirmar que se ha producido una sustitución de la Constitución, para lo cual el órgano que tiene el poder de reformar carecería de competencia”.

⁶² Esto de conformidad no solo a lo planteado en la propia sent. C-579 de 2013, num. 5.2.3., sino también a la C-970 de 2004 y C-971 de 2004 como sentencias hito en la configuración de los elementos que componen el juicio de sustitución.

⁶³ Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.2.

3. LA PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA REALIZAR EL ANÁLISIS ESTRICTO DE SUSTITUCIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE LA PAZ COMO ELEMENTO DE LA PREMISA MENOR

A continuación se explicará brevemente la forma en que la Corte Constitucional construyó el análisis estricto del juicio de sustitución por medio de la ponderación; esto con el fin de formular algunas observaciones concernientes a la metodología empleada en esta parte de la sentencia. En especial, dichas observaciones se centran en la inclusión de la búsqueda de la paz dentro de la premisa menor y en el ejercicio concreto de ponderación empleado para resolver el análisis estricto de sustitución.

A) *Fundamento y contenido de la ponderación realizada en la sentencia C-579 de 2013*

Luego de la determinación de las dos premisas, la Corte lleva a cabo la tercera fase del juicio de sustitución —análisis estricto de sustitución— mediante un ejercicio de ponderación en el que se sopesaron principios y valores jurídicos contenidos en ambas premisas⁶⁴. Dicha ponderación la fundamenta en el “principio de la unidad constitucional”, en aras de asegurar la coherencia y armonía del cuerpo normativo de la Constitución ante una posible confrontación de dos principios⁶⁵. Por esta razón, lo primero que plantea la Corte —previo al análisis estricto de cada expresión constitucionalmente cuestionada en la demanda— es el acápite sobre la ponderación en el marco de la justicia transicional, cuya función metodológica es la de introducir y justificar su uso en esta parte de la sentencia como un instrumento para resolver conflictos en los que están inmersos derechos, principios y valores constitucionales.

⁶⁴ Para ello la Corte cita la sent. T-425 de 1995. No obstante, el contenido de su argumentación inicial se centra en posturas de reconocidos teóricos del derecho no solo para explicar la diferenciación normativa entre principios y reglas, sino también para sostener la necesidad de ponderar principios cuando estos entran en colisión. Con especificidad se cita a ROBERT ALEXY, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, págs. 13-14; el mismo autor: *El concepto y la validez del derecho*, Buenos Aires, Gedisa, 1993, pág. 162; y a RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1978, pág. 24.

⁶⁵ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1. Para ello la Corte se remite a la sent. T-425 de 1995, donde desarrolló este concepto: “Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran”.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte, el MJP “evoca un conflicto entre aquellos valores constitucionales que obligan al Estado a la persecución y sanción de aquellas conductas que hayan generado violaciones a los derechos humanos, frente a la necesidad de garantizar el goce efectivo de la paz como un mandato de optimización”⁶⁶. En este sentido, el denominado pilar fundamental que hace las veces de premisa mayor en el juicio de sustitución pasa a tomarse como principio. La Corte establece que la garantía de los DD.HH. y sus consecuencias, es decir, la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones, tienen la naturaleza de principios, con fundamento en tres afirmaciones: “(i) dan fundamento o valor al Estado de Derecho mismo, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; (ii) contemplan obligaciones generales que no generan obligaciones rígidas sino que buscan alcanzar su más alta satisfacción; (iii) tanto en el ámbito internacional como en la Constitución se contemplan como principios”⁶⁷. A partir de estos motivos la Corte establece expresamente que el “compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho con el respeto, protección y garantía de los derechos de la sociedad y de las víctimas y sus consecuencias (no repetición, tutela efectiva, reparación, verdad y justicia) tienen el carácter de principios y por ello pueden ser objeto de ponderación, en especial en situaciones de justicia transicional con el objeto de alcanzar la paz”⁶⁸.

Una vez asumidas las premisas como principios, la Corte Constitucional se enfoca en fundamentar la necesidad de sopesar paz y justicia en situaciones de justicia transicional, para lo cual acude a la argumentación brindada en la sentencia C-370 de 2006 y a la enunciación de seis supuestos que denomina “antinomias”, los cuales se supone tienen lugar en la aplicación de mecanismos de justicia transicional. De acuerdo con la Corte, estos supuestos son traídos a colación, debido a que representan situaciones que implican a la colisión entre distintos compromisos del Estado, obligando a acudir a la ponderación como mecanismo para solucionar dichos conflictos⁶⁹. Las antinomias descritas por la Corte son: “(i) la anticipación de la justicia del mañana puede ser obstáculo para la paz de hoy porque de la retribución puede contribuir a prolongar el conflicto; (ii) la justicia de hoy puede ser un obstáculo para la paz del mañana, ya

⁶⁶ Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

que la imposición de penas severas puede limitar las posibilidades de salidas negociadas y la construcción de la verdad; (iii) la búsqueda de la verdad puede ser un obstáculo a la justicia si se publican nombres de los perpetradores sin un debido proceso; (iv) la verdad puede ser un obstáculo a la justicia si las medidas simbólicas de rehabilitación y disculpas sirven como sustitutos de la reparación; (v) la verdad puede ser un obstáculo para la paz si la búsqueda de la identidad de los perpetradores no está acompañada de sanciones; (v) la justicia transicional será un obstáculo para la justicia distributiva si el triunfo necesita situaciones de extrema escasez [*sic*]⁷⁰. Independientemente de si dichas antinomias son del todo verosímiles y consistentes⁷¹, la Corte acude a ellas para insistir una vez más en la necesidad de ponderar en este caso, para dictaminar si los instrumentos elevados a rango constitucional por el artículo transitorio 66 se ajustan a la Constitución o, por el contrario, reflejan una sustitución de esta.

En este sentido, la sentencia C-579 de 2013 emplea en gran medida los mismos términos utilizados por la ponderación que se llevó a cabo con ocasión de la Ley de Justicia y Paz⁷². Por esta razón, el resultado de sopesar ambos principios —contenidos aparentemente en cada una de las premisas— conduce, por obvias razones, a la misma conclusión. Es decir, se establece que la paz representa un valor de gran peso constitucional al punto de entender la propia Constitución como un “tratado de paz”, que la incluye no solo como un fin esencial del Estado, sino también como un derecho fundamental y un deber de obligatorio cumplimiento, que, por consiguiente, exige una elevada valoración cuando se le somete a un juicio de ponderación⁷³. En efecto, el propósito de alcanzar la paz estable y duradera “puede conllevar [*sic*] limitaciones en ciertos contextos de principios como la justicia y el derecho correlativo de las víctimas a la justicia, pues de lo contrario la paz sería un ideal inalcanzable”⁷⁴.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ La forma en que están planteadas estas “antinomias” es bastante confusa. Por ejemplo, no es clara la tensión entre verdad, justicia y reparación enunciada en la cuarta antinomia, como tampoco es clara la sexta antinomia en la que se señala que la justicia transicional puede constituir un obstáculo para la justicia distributiva, haciendo referencia a la “extrema escasez”, la cual no se explica ni se comprende en este contexto.

⁷² Ver sent. C-370 de 2006, especialmente num. 5.1. ss., y la sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1.

Con fundamento en esta valoración dada tanto a la paz como a la justicia para determinar la constitucionalidad del MJP la Corte concluye: “[...] los componentes del deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación, cuando ellas resulten en ganancias mayores en términos de otros principios constitucionales como la obtención de la paz y la construcción de la verdad en un contexto de conflicto”⁷⁵.

B) Observaciones generales a la ponderación como método para resolver el análisis estricto de sustitución

Debido al modelo de ponderación empleado, la Corte se desprende de la posibilidad de generar una base argumentativa adecuada que responda a los aspectos verdaderamente nuevos y problemáticos del MJP. Por ejemplo, no profundiza en la posibilidad de no investigar algunas infracciones al DIH o a algunos de los perpetradores que no sean considerados relevantes en aplicación de los criterios de selección. En lugar de eso, la sentencia se remite en gran medida a la fundamentación existente sobre la ponderación entre la justicia y la paz. Es así como la remisión a la sentencia C-370 de 2006, mediante la cual se examinó la exequibidad de varios artículos de la Ley de Justicia y Paz, se vuelve frecuente y desplaza cualquier intento de ponderación dirigido específicamente a los elementos nuevos incorporados mediante el MJP. La Corte Constitucional formula en efecto diversos argumentos que soportan la necesidad de priorizar la paz por encima de la justicia como obligación derivada del compromiso del Estado de garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, justificando de esta manera ciertas limitaciones al compromiso del Estado de investigar y juzgar graves violaciones a los DD.HH. y al DIH.

Más allá de estos aspectos, el análisis expuesto por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 presenta también falencias metodológicas pues algunos temas no fueron tratados de manera consistente. Ya desde la misma determinación de las denominadas premisas, que constituyen las piezas centrales para realizar el juicio de sustitución, se encuentran aspectos que resultan problemáticos. En especial se debe resaltar la insistencia de la Corte en usar estas premisas para derivar principios y resolver necesariamente el caso por medio de la ponderación. Esto es muy cuestionable, ya que en esta decisión “la justicia” como principio

⁷⁵ *Ibid.*

ponderable es derivada de forma indirecta por la Corte Constitucional de la premisa mayor, luego de una interpretación compleja que va hasta la cuarta obligación (investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH = justicia), la cual a su turno se desprende del compromiso de garantía⁷⁶. En este sentido, es el compromiso de garantía, no la obligación derivada de persecución penal (investigar, juzgar y sancionar), el elemento que figura de manera expresa en el pilar fundamental. Al extraer obligaciones concatenadas del pilar fundamental para luego introducirlas como piezas relevantes de la ponderación y para el resultado del análisis estricto de sustitución, la Corte revive la crítica al hecho de que ella termine estableciendo cuáles son los elementos definitorios de la Constitución que son insustituibles⁷⁷. La indeterminación normativa de los pilares y la amplia creatividad de la Corte pueden ser problemáticos cuando queda abierta la posibilidad de asociarle a la premisa mayor cualquier tipo de obligación, sin que resulte directamente de las expresiones contenidas en el pilar fundamental. Lo anterior implica que los límites del juicio de sustitución pasan a ser realmente definidos por la misma Corte y no propiamente por la Constitución⁷⁸.

Además, la paz como principio ponderable es incorporada de manera forzada dentro de la premisa menor, en donde arbitrariamente se incluyó “la búsqueda de la paz” pese a que esta premisa solo debería contener las expresiones nuevas que se supone atentan contra la esencia de la Cons-

⁷⁶ Ver arriba el texto correspondiente a la nota 59.

⁷⁷ Con relación a los límites del test de sustitución RICARDO ZULUAGA ya ha señalado: “[...] no está de más resaltar que la Corte lo que no hizo fue explicar cuáles son dichos límites ni tampoco indicó cuál es el órgano encargado de establecerlos”. Cfr. RICARDO ZULUAGA GIL, “El control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución en Colombia”, en RICARDO SANÍN (COORD.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, págs. 301-302.

⁷⁸ En las primeras sentencias sobre sustitución la Corte fue más cautelosa y apegada al texto constitucional. En cambio, en la sent. C-579 de 2013 asume una postura bastante discrecional en el ejercicio de determinación de lo que constituye un elemento esencial e identificador de la Constitución, ya que la elaboración de pilar fundamental en esta sentencia es novedosa si se compara con los pilares que antes había enunciado (para ello ver las sentencias señaladas en *infra* nota 88), incluso al punto de vincularle subobligaciones a los elementos que integran aquella premisa mayor. En este sentido es necesario que la Corte trabaje de manera consistente en lo que FERRAJOLI ha denominado la “esfera de lo indecible”, con el fin de brindar mayor claridad a las labores de reforma y de revisión constitucional en estos casos. Cfr. LUIGI FERRAJOLI, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, en *Estudios constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, págs. 337 y ss.

titución y que se desprenden taxativamente de la norma acusada (inc. 4º del art. transitorio 66). El análisis de este asunto amerita un estudio aún más detallado.

a) *La paz como elemento de la “premisa menor”*

Se debe señalar que el hecho de incluir la “búsqueda de la paz estable y duradera”⁷⁹ en la premisa menor para efectos del juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 es extraño a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre este tema. La premisa menor debe referir no solo a la enunciación de los elementos contenidos en las disposiciones nuevas que presuntamente sustituyen la Constitución, sino que también debe estar compuesta por elementos verdaderamente nuevos —entiéndase inexistentes— que amenazan con sustituir la esencia de la Carta Fundamental. Esto se desprende del concepto tradicional de premisa menor elaborado en la línea jurisprudencial sobre el juicio de sustitución, el cual da cuenta exclusivamente del contenido normativo del acto reformativo. En este sentido, en la sentencia C-249 de 2012 se afirmó: “En cuanto al cumplimiento de la premisa menor la Corte Constitucional ha establecido que de lo que se trata en esta parte de la metodología del juicio de sustitución es de analizar *el contenido del acto reformativo de la Constitución demandado [...]*” (cursivas por fuera del texto original)⁸⁰. Esta sentencia es la decisión en la que hasta el momento se ha sistematizado de mejor manera el test de sustitución; sin embargo, al parecer no fue tenida en cuenta en la C-579 de 2013. Asimismo, sobre el carácter novedoso de los elementos de la premisa menor, la Corte ha advertido en su más reciente fallo sobre juicio de sustitución: “Según lo ha enseñado la jurisprudencia constitucional, la premisa menor del test de sustitución *está integrada por los nuevos elementos que el acto legislativo acusado introduce en la arquitectura constitucional*” (cursivas por fuera del texto original)⁸¹.

En el caso de la búsqueda de la paz se trata de una expresión que ni está contenida de manera explícita en el inciso 4º del artículo transitorio 66⁸² ni tampoco está introduciendo un componente nuevo en la

⁷⁹ En efecto, la sent. C-579 de 2013, num. 8.2., la fija como el primer elemento (i) de la premisa menor.

⁸⁰ Sent. C-249 de 2012, num. 6.1.16.

⁸¹ Sent. C-1056 de 2012, num. 6.2.

⁸² Como ya se señaló arriba, la Corte en virtud del principio de unidad normativa decidió revisar la constitucionalidad de todo el inc. 4º del art. transitorio 66

arquitectura de la Carta Política. Por lo tanto, no hay razón para analizar su compatibilidad o contrariedad con uno o varios elementos esenciales de la norma suprema. Es decir, desde el punto de vista constitucional carece de sentido la incorporación de la paz como parte integral y relevante de la premisa menor, quedando sujeta a la confrontación con la premisa mayor, cuando la primera ya hace parte del texto constitucional⁸³. En efecto, la paz no es un elemento nuevo incorporado por medio del MJP que sustituye algún pilar de la Constitución, tal como se puede inferir de su inclusión como elemento de la premisa menor. Por el contrario, la paz está contenida en múltiples disposiciones del texto constitucional⁸⁴ y constituye en sí misma un principio relevante. Por esta razón ha sido empleada con anterioridad para fundamentar la constitucionalidad

del MJP. Sin embargo, este inciso no contiene en ninguna parte la expresión “búsqueda de la paz estable y duradera”, tal como se puede ver en el texto de la norma: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH y al DIH, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

⁸³ Ya que como se ha indicado, la premisa menor trata del “contenido del acto reformativo de la Constitución demandado” para establecer “cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificatorios de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado parámetros normativos de control” para analizar “si este reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente”. Cfr. sent. C-249 de 2012, num. 6.1.16.

⁸⁴ En la Constitución de 1991, la paz adquiere múltiples connotaciones al encontrarse formulada como un fin del Estado colombiano (Preámbulo), como un derecho fundamental (art. 22), como un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22), como un objetivo de la educación (art. 67) y como un deber ciudadano (art. 95), entre otras formulaciones y condicionamientos (arts. 218, 247, 338 y 345). Cfr. DIEGO F. TARAPUÉS SANDINO, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Revista Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011, pág. 388.

de otras normas (subconstitucionales) concebidas también en la lógica de la justicia transicional, tal como ocurrió precisamente con la Ley de Justicia y Paz.

La incorporación de la paz dentro de la premisa menor parece obedecer más bien a la necesidad argumentativa de brindar un mayor peso constitucional a los mecanismos que por primera vez se integran a la Carta Política mediante el artículo transitorio 66. En otras palabras: por medio de su inclusión se trata de dotar de mayor validez y legitimidad constitucional a los instrumentos dirigidos a enfocar los esfuerzos de la investigación penal en los máximos responsables y en las conductas allí mencionadas, así como también a la posibilidad de renunciar de manera condicionada a la persecución penal y de la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas y de las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena⁸⁵. En este orden de ideas, se puede entrever que la inclusión forzada de la paz dentro de la premisa menor se hace solo para justificar el ejercicio de ponderación en el análisis estricto de sustitución y así en el marco de esta metodología analizar “si cada uno de los componentes de la premisa menor constituye una sustitución de la Constitución”⁸⁶; algo que tampoco resulta consistente con la jurisprudencia constitucional desarrollada hasta el momento en el marco de los denominados juicios de sustitución.

b) *Uso de la ponderación en el análisis estricto de sustitución*

Dicho lo anterior, vale preguntarse si el uso de la ponderación de dos derechos fundamentales, los cuales son considerados en la sentencia como principios y valores jurídicos⁸⁷, es realmente un instrumento adecuado

⁸⁵ Los cuales representan los verdaderos y únicos elementos que se introducen al diseño constitucional de la Carta de 1991 por medio de aquel inciso que estudió la Corte en este proceso de constitucionalidad y que por lo tanto son los que estrictamente debieron ser analizados para ver si había sustitución o no de la Constitución.

⁸⁶ Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.

⁸⁷ En esto la Corte no es del todo clara, ya que se refiere a la paz y a la justicia de manera indiscriminada como principios y valores. Esto se aprecia en diversos acápites de la sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1., por un lado los toma como valores cuando dice: “[...] el caso objeto de estudio en esta ocasión, evoca un conflicto entre aquellos *valores constitucionales*”; “[...] afectan la justicia, y los *demás valores*, a saber: la paz [...]”; “[...] exige la ponderación entre la reconciliación y la justicia como *valores constitucionales* [...]”, etc. Por otra parte, los enuncia como principios en otros apartes de la sentencia: “[...] la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, tienen la naturaleza de

para resolver el análisis estricto de sustitución. El empleo de este esquema puede llegar a desnaturalizar la figura del juicio de sustitución en lugar de consolidarla, especialmente porque se mezclan e incluso se confunden modelos que atienden a diferentes tipos de problemas jurídicos. En este sentido, la Corte incorpora algo que no se había realizado antes y que despierta dudas sobre su viabilidad y consistencia jurídica⁸⁸. Se trata del uso de la ponderación de principios como herramienta de resolución de juicios de sustitución amparados en una potestad constitucional enfocada a aspectos procedimentales, en desarrollo de la cual se deberían examinar únicamente los límites competenciales del constituyente derivado para reformar la Constitución⁸⁹.

principios [...]”; “el pilar fundamental [...] y sus consecuencias” (no repetición, tutela efectiva, reparación, verdad y justicia) tienen el carácter de *principios* y por ello pueden ser objeto de ponderación [...]”; “los procesos de justicia transicional suponen ejercicios de ponderación entre diversos *principios constitucionales* como la paz, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas”, etc. (cursivas por fuera del texto original). De esta manera, ignora la diferencia establecida desde la sent. T-406 de 1992 entre estas dos categorías normativas: “Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, [...] el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, [...] su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. [...] Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana [...] son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales”.

⁸⁸ Hasta el momento nunca había sido empleada la ponderación para resolver casos de sustitución a la Constitución. Esto se puede comprobar en todas las sentencias que se han dado en esta materia: C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-757 de 2008, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-303 de 2010, C-288 de 2012, C-249 de 2012, C-317 de 2012 y C-1056 de 2012.

⁸⁹ Solamente había existido un intento de emplear la ponderación en este tipo de casos. Se trata del salvamento de voto a la sent. C-588 de 2009 del magistrado Jorge

Como se ha dicho, con el uso de la ponderación en este caso se ha acudido sin ningún problema a la misma argumentación de fondo que ha sido empleada en procesos de constitucionalidad de normas de rango legal, con el fin de estudiar ahora la compatibilidad de normas constitucionales para descartar una eventual sustitución de elementos esenciales de la Constitución. Es decir, en buena medida se ha hecho uso del modelo y de la base argumentativa utilizada para decidir la constitucionalidad material de disposiciones legales, pero para fallar una cuestión sobre disposiciones constitucionales cuyo examen debe obedecer en principio a cuestiones meramente procedimentales. Esto resulta contradictorio con lo dicho por la Corte en otras oportunidades, ya que desde los inicios de la doctrina de la sustitución ha advertido que el hecho de “tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para reformar la Constitución” es uno de los aspectos que desfiguraría este procedimiento⁹⁰.

En efecto, la misma ponderación es utilizada tanto en el análisis de la Ley de Justicia y Paz como también en el análisis del MJP, pese a que se trata de dos problemas jurídicos completamente diferentes. En la sentencia C-370 de 2006 se trataba de cotejar la constitucionalidad de disposiciones de una ley, cuya aplicación implicaba la colisión entre principios constitucionales, y por tanto era necesario acudir a la ponderación para sopesar los principios constitucionales involucrados. En aquella oportunidad se debía revisar el grado de afectación de ciertos derechos fundamentales, para así establecer la exequibilidad de estas normas legales a la luz del texto de la Constitución. Con relación a la sentencia C-579 de 2013 se trataba de identificar un pilar fundamental de la Constitución, para cotejarlo con la parte demandada de la reforma introducida por el

Ignacio Pretelt, el mismo magistrado ponente de la sent. C-579 de 2013, en donde sostuvo: “Ahora bien, dado que los valores, principios constitucionales *prima facie* no son absolutos, sino que pueden ser restringidos para dar mayor peso a otros del mismo rango que eventualmente entren en tensión con ellos, no puede estimarse que cualquier reforma que afecte la proyección normativa de un valor o principio superior resulte *per se* extralimitada y viciada por razones de incompetencia. Así, *el examen de los límites al poder de reforma en cada caso concreto impone un ejercicio de ponderación*. Es decir, a la hora de establecer si determinada reforma sustituyó o no la Constitución por haber modificado los principios y valores que ella contiene, es necesario considerar no solamente un determinado y concreto principio o valor, o algunos de ellos, sino todos ellos en su conjunto” (cursivas por fuera del texto original).

⁹⁰ Cfr. sent. C-1200 de 2003; ver también CAJAS SARRIA, *supra* nota 51, págs. 30-31.

constituyente derivado. De esta manera se debía establecer si dicho pilar había sido modificado o no y determinar si el Congreso de la República violó los límites competenciales del poder de reforma.

Esta diferencia es importante, ya que la ponderación resuelve asuntos completamente materiales, es decir, de fondo, asociados a la aplicación de derechos que colisionan. En otras palabras, atiende exclusivamente a temas relacionados con el contenido de las normas que se estudian. La confusión entre estos dos tipos de problemas es justamente lo que la Corte Constitucional ha intentado evitar a lo largo de su jurisprudencia; en ella siempre ha procurado que el juicio de sustitución no sea confundido con un control constitucional material⁹¹. Sin embargo, con el uso de la ponderación en este caso es posible cuestionar si el ejercicio del control constitucional ampliado a aspectos vinculados a la competencia del órgano reformador, representa al mismo tiempo una potestad para conocer aspectos meramente materiales o de fondo de la reforma constitucional⁹². Se debe resaltar que si bien la Corte ha señalado reiteradamente que el juicio de sustitución no constituye un control constitucional material⁹³, las discrepancias siempre han estado presentes no solo en la doctrina, sino también en posturas disidentes dentro de la misma Corte⁹⁴.

⁹¹ Cfr. sents. C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-249 de 2012 y C-317 de 2012, entre otras.

⁹² Esto es una crítica que desde los orígenes jurisprudenciales de la teoría de los límites competenciales y del juicio de sustitución ha sido formulada por diversos autores. Ver, por ejemplo ZULUAGA GIL, *supra* nota 77, págs. 300 y ss.; CARLOS BERNAL PULIDO, “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en JUAN CARLOS HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Universidad Externado, 2013, págs. 403 y ss.; HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, “Las reformas constitucionales: transformaciones explícitas e implícitas del estado colombiano”, en DIEGO VALDÉS y MIGUEL CARBONELL (coord.), *El Estado constitucional contemporáneo*. Culturas y sistemas jurídicos comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 250-251, entre otros.

⁹³ La Corte ha manifestado esta preocupación en diversas ocasiones al señalar: “Existe un especial énfasis, por parte de la jurisprudencia, en la necesidad de evitar que, a partir de una errónea comprensión del juicio de sustitución se confunda o torne en un control material del acto legislativo”. Cfr. sent. C-288 de 2012, num. 11.2. Asimismo ver entre otras las sents. C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004 y C-1056 de 2012.

⁹⁴ En especial, el exmagistrado HUMBERTO SIERRA PORTO fue un permanente contradictor de esta tesis durante su paso por la Corte Constitucional desde que se opusiera

No obstante, la Corte ha intentado fijar criterios que racionalicen esta función. Por eso el modelo que plantea la Corte para solucionar los casos de sustitución obedece a un silogismo, cuya estructura se compone exclusivamente de las premisas ya mencionadas: premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis (aquí análisis estricto de sustitución), con una lógica de comparación y verificación entre las dos primeras premisas, que se aproxima a la realizada en la subsunción para resolver la aplicación de reglas. Por su parte, la ponderación contiene tres elementos diferentes y se orienta por una lógica distinta⁹⁵: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁹⁶.

La ponderación constituye una herramienta orientada a establecer la solución más adecuada en casos concretos, esto es, en asuntos de aplicación e interpretación de derechos que tienen la connotación de principios y que según las circunstancias de cada caso pueden tener diferente peso. En efecto, todos los principios “tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión”⁹⁷. En este sentido, la ponderación se

por primera vez en la sent. C-1040 de 2005. Su postura se puede resumir en lo dicho en su último salvamento de voto en la sent. C-288 de 2012: “(i) es una tesis contraria al tenor del art. 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular”.

⁹⁵ Al respecto BERNAL PULIDO advierte que “al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”. Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Revista Doxa*, núm. 26, 2003, pág. 8.

⁹⁶ Sobre la elaboración y desarrollo de esta estructura ver ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 91 y ss.; Íd.: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *REDC*, núm. 66, 2002, págs. 17-35.

⁹⁷ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en ENRIQUE CÁCERES *et al.* (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pág. 19.

puede definir como “la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”⁹⁸. De igual forma se debe advertir que la ponderación constituye en sí un instrumento para resolver la incompatibilidad entre normas *prima facie*, en donde no se “garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos”⁹⁹.

Partiendo de lo anterior se concluye que la ponderación se orienta a resolver problemas en casos concretos marcados por las especificidades de cada situación. En cambio, en el caso de los juicios de sustitución de la Constitución no se está frente a un caso concreto en el que colisionan derechos que deben ser sopesados. De hecho, las normas demandadas revisten más bien la calidad de reglas y no de principios. En efecto, lo contemplado por el inciso 4º del artículo transitorio 66 de la Constitución —como norma demanda que constituye la premisa menor— contiene una serie de instrumentos que no tienen el rango de principios¹⁰⁰. Lo único que podría ser ponderable es la paz como principio constitucional derivado del elemento “búsqueda de la paz”, pero tal como se explicó en el acápite anterior, su incorporación en tal premisa es arbitraria y pasa por alto toda la base jurisprudencial existente hasta el momento sobre la determinación de la premisa menor¹⁰¹.

Es importante aclarar, que aunque en la sentencia C-579 de 2013 la Corte utiliza formalmente el lenguaje del silogismo al plantear el problema jurídico a partir de las correspondientes premisas, la argumentación y la conclusión del caso se realizan por medio de la ponderación. En su lugar, la Corte hubiera podido, por ejemplo, analizar si la obligación de

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, *supra* nota 95, págs. 7-8.

¹⁰⁰ Lo nuevo en la arquitectura constitucional y que por lo tanto está sujeto al juicio de sustitución son los instrumentos dirigidos a enfocar los esfuerzos de la investigación penal en los máximos responsables, específicamente en los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática por estos autores; así como también a la posibilidad de la renuncia condicionada a la persecución penal y de la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas y de las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. Ver inc. 4º del art. 1º del acto legislativo 1 de 2012.

¹⁰¹ Ver *supra* nota 80 y ss.

investigar y sancionar entendida de manera absoluta constituía o no un pilar fundamental de la Constitución, para, en caso afirmativo, establecer posteriormente si la autorización hecha al legislador para crear criterios de selección y renunciar al ejercicio de la acción penal frente a ciertos delitos sustituía o no dicho pilar. La Corte también hubiera podido determinar, con fundamento en el análisis del texto constitucional y teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad, que la obligación de investigar y sancionar, entendida como una obligación absoluta, no constituía un pilar fundamental y concluir de esta manera que el MJP no representaba una amenaza para preservar la identidad de la Constitución. Un razonamiento en este sentido hubiera sido más consistente con el problema jurídico planteado a la Corte en este caso.

Si bien la Corte aclara que ha utilizado la ponderación en múltiples ocasiones para resolver casos en los que se involucra la colisión entre principios y valores constitucionales, no da ni un solo ejemplo en el que se haya usado este mecanismo para solucionar un proceso de sustitución de la Constitución¹⁰². Por el contrario, todos los casos citados por la Corte conciernen a decisiones constitucionales de protección tutelar de derechos fundamentales o de revisión constitucional de normas de rango legal, pero ninguno de ellos reviste la misma naturaleza del problema jurídico aquí planteado. En otras palabras, no hay referente ni precedente alguno sobre la idoneidad y consistencia del uso de la ponderación como herramienta para la resolución de un juicio de sustitución. Si bien la Corte reconoce en términos generales que el concepto de sustitución se encuentra en proceso de construcción¹⁰³, ella misma ha dejado claro que la metodología de revisión de este tipo de juicios tiene la forma de un silogismo, cuya estructura parte de premisas que deben ser comparadas y que —acorde con lo expuesto— sugiere un ejercicio de subsunción en lugar de ponderación.

En suma, se debe reflexionar con cuidado sobre la idoneidad de este modelo para realizar el análisis estricto de sustitución, ya que mientras la Corte no formule con solvencia argumentativa y con suficiencia sistemática tal fórmula para la resolución de este tipo de casos, pareciera que simplemente está utilizando un discurso meramente formal y sin

¹⁰² Para ello se pueden ver las diferentes sentencias unificadoras, de tutela y de constitucionalidad que fueron citadas en las nota al pie 664 y 665 de la sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1.

¹⁰³ En la sent. C-579 de 2013, num. 5.3. la Corte advierte: “Como ha resaltado la Corte en varias oportunidades, el concepto de sustitución es una idea en construcción”.

contenido real, para sustentar una decisión a la que en todo caso se iba a llegar. Sin embargo, con ello se tergiversan herramientas dogmáticas y jurisprudenciales valiosas destinadas a la resolución de problemas jurídicos de diferente naturaleza.

4. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LOS ELEMENTOS CONTENIDOS EN EL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO TRANSITORIO 66 EN EL MARCO DEL ANÁLISIS ESTRICTO DE SUSTITUCIÓN

La Corte Constitucional acepta en algunos apartes del análisis de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 que los derechos de las víctimas tienen límites fácticos y que dichos límites deben ser reconocidos, con el fin de asegurar un mínimo de cumplimiento efectivo¹⁰⁴. Si bien la aceptación de esta premisa se corresponde con las razones que motivaron la expedición del MJP, la interpretación que la Corte Constitucional hace de las expresiones “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” y “máximos responsables” contenidas en el inciso 4º del artículo transitorio 66 no resulta del todo consistente con ella y puede llevar a que en la práctica se desdibuje la finalidad del MJP.

A) Interpretación de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”

Según el artículo transitorio 66, los criterios de selección deben permitir que la FGN concentre los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra *cometidos de manera sistemática*. Llama la atención que en el MJP se incluya la expresión “cometidos de manera sistemática” a propósito de los crímenes de guerra, dado que al menos en el derecho penal internacional la sistematicidad es un concepto que tradicionalmente se ha asociado a los crímenes de lesa humanidad. Esta situación representó para la Corte

¹⁰⁴ Por ejemplo: “Además, la jurisprudencia ha reconocido que la justicia no es un derecho absoluto sino que —precisamente por su naturaleza de principio— puede ser materializada de diversas maneras, siempre y cuando se cumpla con ciertas exigencias constitucionales mínimas” (sent. C-579 de 2013, num. 8.3.1.); “De esta manera, la posibilidad de centrar la investigación en una serie de delitos cometidos por los más responsables y aplicar medidas especiales frente a los menos responsables, parte de la imposibilidad fáctica de tener una estrategia de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos en un proceso de justicia transicional” (*ibid.*).

Constitucional una gran dificultad, ya que para determinar si el MJP sustituía o no la Constitución fue necesario establecer qué se quiso decir con esto. Al analizar este punto, y al parecer producto del afán por insistir en que todos los delitos atroces deben ser necesariamente investigados penalmente, la Corte Constitucional incurre en varias confusiones y se remite de manera equivocada a categorías propias del derecho penal internacional. Para explicar lo anterior es necesario entonces señalar algunas consideraciones problemáticas expuestas en la sentencia C-579 de 2013 y precisar brevemente algunas diferencias fundamentales entre los conceptos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

a) *Significado de la expresión “cometidos de manera sistemática” según la Corte Constitucional*

Para definir la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” al establecer la premisa menor del juicio de sustitución la Corte Constitucional se refiere en primer lugar al elemento común de los crímenes internacionales. Para la Corte la característica que comparten los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra consiste en que todas las conductas cubiertas por estas categorías responden a un contexto de violencia sistemática o de macrocriminalidad. En este sentido afirma que en tratándose de los crímenes de lesa humanidad dicho contexto consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, mientras que con relación a los crímenes de guerra este elemento se verifica mediante la existencia de un conflicto armado con el cual el hecho debe estar estrechamente relacionado¹⁰⁵. Hasta aquí no parece haber ningún inconveniente. Sin embargo, en la argumentación de la Corte sobre este punto se incurre en imprecisiones que llevan a atribuirle finalmente un significado equivocado a la expresión “cometidos de manera sistemática”.

La Corte se remite al texto *Tratado de derecho penal internacional* del profesor alemán GERHARD WERLE, donde se explica que los crímenes internacionales se enmarcan en un contexto de violencia organizada, el cual suele ser denominado “hecho global”, en alemán *Gesamttat*¹⁰⁶. Es

¹⁰⁵ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.2.5.

¹⁰⁶ *Ibid.* La Corte Constitucional se basa también en el texto *Treatise on International Criminal Law* del profesor KAI AMBOS y hace referencia al acápite denominado *Individuals acting in a collective context*. Aquí se explica la existencia de un contexto colectivo como elemento de los crímenes internacionales. En este sentido se afirma

cierto que al explicar este punto WERLE afirma que todos los crímenes internacionales suponen un contexto de “violencia sistemática o masiva”¹⁰⁷. Aquí el autor hace referencia a la sistematicidad de forma genérica para designar el elemento que lleva a que la punibilidad de conductas como los crímenes de lesa humanidad, el genocidio o los crímenes de guerra interese a la comunidad internacional en su conjunto¹⁰⁸. El problema está en que la Corte asume que la expresión “cometidos de manera sistemática” del artículo transitorio 66 tiene el mismo sentido que tienen las expresiones “violencia sistemática o masiva”, “hecho global” o “violencia organizada” en el texto que se cita en la sentencia.

Además, la Corte utiliza en algunas consideraciones la expresión “ataque generalizado o sistemático” —elemento contextual propio de los crímenes de lesa humanidad— para referirse precisamente al elemento distintivo y que tienen en común los crímenes internacionales¹⁰⁹. Por ejemplo, antes de realizar la cita textual del libro de WERLE la Corte afirma: “WERLE explica claramente la interpretación que debe tener el elemento del *ataque sistemático o generalizado* en los delitos de lesa humanidad,

después de enunciar algunos ejemplos, como los campos de concentración en Alemania durante la segunda guerra mundial y la masacre de *Srebrenica* en Bosnia, que este tipo de crímenes han sido sistémicos, es decir que se han cometido como parte de un contexto sistemático más amplio: “*In all these cases the crimes were «systemic» in that they were committed as part of a broader «systematic» context*”. KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 84-85.

¹⁰⁷ En la versión original en alemán se afirma: “*Alle Völkerrechtsverbrechen setzen einen Kontext systematischer oder massenhafter Gewaltanwendung voraus*”. GERHARD WERLE, *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pág. 99. La expresión “*systematischer oder massenhafter Gewaltanwendung*” no se confunde en este texto con la expresión “*im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs*” (“ataque generalizado o sistemático”) propio de los crímenes de lesa humanidad.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Se podría afirmar que la idea de “hecho global” o *Gesamttat* hace las veces de género, mientras que el elemento “ataque sistemático o generalizado” tendría la calidad de especie. Es decir, el “ataque sistemático o generalizado” es solo una de las clases de contexto a los que se hace referencia con la expresión “hecho global”. La existencia de un conflicto armado, en cuanto elemento contextual de los crímenes de guerra, es otra clase de “hecho global”, a pesar de que en situaciones complejas de violencia generalizada estos dos elementos, y por lo tanto los dos tipos de delito, puedan coincidir. Sobre el concurso de delitos en el derecho penal internacional ver *ibid.*, pág. 318.

crímenes de guerra y genocidio”¹¹⁰ (cursivas fuera del texto original). Asimismo, después de la cita textual de WERLE, la Corte dice: “[I]a exigencia de *este elemento de violencia generalizada o sistemática*, con sus matices, ha sido fundamental para distinguir los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio, de crímenes ordinarios”¹¹¹ (cursivas fuera del texto original). En consecuencia, la Corte no tiene ningún inconveniente en afirmar que la expresión “cometidos de manera sistemática” del artículo transitorio 66 equivale al “hecho global” en el que los crímenes de guerra deben ser cometidos, es decir, la existencia de un conflicto armado, al tiempo que en su argumentación mezcla elementos propios de los crímenes de lesa humanidad con el concepto de crímenes de guerra.

Pero la Corte va aún más lejos, ya que además de equiparar la existencia de un conflicto armado como elemento de los crímenes de guerra con la idea de “ataque generalizado o sistemático”, afirma que el elemento “violencia sistemática” no debe ser entendido como una referencia a la masividad de la conducta, sino como a la necesidad de que la misma no sea aislada. Esto quiere decir, según la Corte, que para que una conducta constituya un crimen de guerra esta debe tener un nexo con un conflicto armado *como parte de un plan o política*. La existencia de un plan o política en el marco de un conflicto armado sería entonces el elemento esencial que, según la Corte, definiría los crímenes de guerra y que estaría encerrado en la expresión “cometidos de manera sistemática”¹¹².

La Corte sostiene finalmente que de acuerdo con esta interpretación, el artículo transitorio 66 se limitaría a reiterar la definición que existe in-

¹¹⁰ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.2.5.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² En este sentido, la Corte concluye: “[...] los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino que tengan un nexo con el conflicto armado como parte de un plan organizado o política”. *Ibid.* Al realizar el análisis estricto de sustitución la Corte trae a colación otra vez y de manera aún más confusa esta forma de interpretar la expresión “cometidos de manera sistemática”: “[E]n opinión de esta Corporación, esta frase implica que no puedan considerarse como crímenes de guerra delitos aislados sino que deben tener un nexo o patrón y este nexo directo debe ser con el conflicto armado, lo cual está de acuerdo con el Estatuto de Roma que señala que todos los crímenes de guerra deben tener un nexo con el conflicto armado”. *Ibid.*, num. 8.3.2. – (iii). Esta vez la Corte habla de “nexo o patrón” sin que quede claro que quiere decir con estos dos términos, especialmente con la palabra “patrón”, más allá de repetir que la conducta y la situación de conflicto armado deben estar relacionados para poder hablar de crímenes de guerra.

ternacionalmente de los crímenes de guerra¹¹³. Sin embargo, como se verá a continuación ni la sistematicidad ni la existencia de patrones de conducta ni la pertenencia del hecho a una política de Estado o de una organización similar son elementos que definan este tipo de crímenes. De ahí que la expresión “cometidos de manera sistemática” contenida en el artículo transitorio 66 deba significar algo más.

b) *El concepto de crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional*

El concepto de crimen de lesa humanidad es desarrollado en la primera mitad del siglo XX, a partir de la creación del Tribunal de Núremberg mediante el Acuerdo de Londres celebrado el 8 de agosto de 1945, como respuesta a las atrocidades cometidas por el Estado alemán durante la segunda guerra mundial en contra de sus propios ciudadanos¹¹⁴. Hasta ese momento debido al concepto de soberanía la forma como cada gobierno trataba a sus ciudadanos era un asunto exclusivamente interno, es decir, de incumbencia exclusiva de cada Estado. Esto explica el hecho de que según el artículo 6 (c) de la Carta de Londres y el principio 6 (c) de los principios de Núremberg adoptados en 1950 por la *International Law*

¹¹³ En el análisis estricto de sustitución la Corte concluye respecto a este tema: “Bajo este entendido, la expresión cometidos de manera sistemática sigue los parámetros [sic] del bloque de constitucionalidad y por ello no sería contraria a la Constitución ni mucho menos podría sustituirla, pues lo que hace es hacerla compatible con el estándar más alto de investigación que es el Estatuto de Roma”. *Ibid.*

¹¹⁴ Ver MARGARET DEGUZMAN, “Crimes against Humanity”, en WILLIAM SCHABAS y NADIA BERNAZ (comp.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Londres, Routledge, 2011, pág. 121. Aunque el origen de la expresión “crímenes de lesa humanidad” puede ser ubicado en la declaración conjunta realizada por los gobiernos ruso, francés y británico, el 24 de mayo de 1915, con relación a los crímenes cometidos por el imperio Otomano en contra de su población armenia, fue necesario esperar hasta la segunda guerra mundial para que por primera vez se sancionaran internacionalmente las agresiones de un Estado contra su propia población. Las atrocidades de la segunda guerra mundial impulsaron el desarrollo de dos tendencias en el derecho internacional, mediante las cuales se fundamenta la responsabilidad penal individual por fuera de los límites de la soberanía estatal. Por un lado, se encuentra la idea de responsabilidad fundada en las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra —crímenes de guerra—. Por otro, se encuentra la idea de responsabilidad fundada en la forma como los gobiernos tratan a sus propios ciudadanos —crímenes de lesa humanidad—. Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pág. 5; ver también STEVEN RATNER *et al.*, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 5.

Commission de las Naciones Unidas, para ser considerada como crimen de lesa humanidad, la conducta debía haber sido cometida en ejecución o en conexión con un crimen contra la paz o de guerra. De esta manera se intentó justificar el interés internacional en juzgar estas conductas y superar el reproche, según el cual su juzgamiento constituía una violación al principio *nullum crimen sine lege*¹¹⁵. La conexión entre los delitos de lesa humanidad y un contexto de guerra fue excluida de la Ley 10 del Consejo de Control de los poderes que ocuparon Alemania al finalizar la segunda guerra mundial, mediante la cual se adelantaron los procesos que siguieron al proceso de Núremberg contra los principales criminales de guerra, es decir, los denominados *Nachfolgeprozesse*¹¹⁶. Posteriormente, a pesar de que dicha exigencia fue contemplada de nuevo en 1993 en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)¹¹⁷, este Tribunal precisó en 1995 a propósito del caso Tadic, que de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario los crímenes de lesa humanidad no debían estar ligados a ningún tipo de conflicto armado¹¹⁸. En este mismo sentido en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) esta exigencia fue reemplazada por la de que las conductas que allí se enumeran fueran cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹¹⁹. El “ataque generalizado o sistemático” como elemento de los crímenes de lesa humanidad ha sido contemplado también en el artículo 2 del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)¹²⁰ y en el artículo 7 del Estatuto de Roma (ER).

¹¹⁵ MARGARET DEGUZMAN, *supra* nota 114, pág. 122. Sobre el principio de legalidad y el Tribunal de Núremberg ver: KENNETH GALLANT, *The Principel of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, págs. 67 y ss.

¹¹⁶ MARGARET DEGUZMAN, *supra* nota 114, pág. 123.

¹¹⁷ En el art. 5 del Estatuto del TPIY se afirma con relación a los crímenes de lesa humanidad: “*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population*”.

¹¹⁸ TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 octubre 1995, párr. 141.

¹¹⁹ Según el art. 3 del Estatuto del TPIR: “*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population*”.

¹²⁰ El art. 2 del Estatuto del TESL dispone: “*The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population*”.

La conexión con un contexto de guerra no ha sido el único tema problemático en el desarrollo del concepto de crimen de lesa humanidad. La participación del Estado como elemento constitutivo también ha sido un elemento sobre el que se ha discutido intensamente. Así, por ejemplo, en el proyecto de Código sobre delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, diseñado en 1954 por la *International Law Commission*, fue omitida la conexión con la guerra como elemento de los crímenes de lesa humanidad y se incluyó la participación del Estado como elemento de este tipo de crímenes¹²¹. Más adelante, en el proyecto elaborado en 1991, la Comisión dejó de lado el elemento participación del Estado y reconoció que los crímenes de lesa humanidad podían ser cometidos también por individuos particulares con poder de facto o por grupos organizados. Adicionalmente, estableció que los crímenes de lesa humanidad en cuanto crímenes internacionales se diferenciaban de los crímenes ordinarios propios de la jurisdicción interna de cada país, en que aquellos eran cometidos sistemáticamente o a gran escala. Por esta razón, en este proyecto se cambió el nombre de “crímenes de lesa humanidad” por el de “violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos”¹²². Finalmente, en el proyecto elaborado en 1996, la Comisión retomó el título de “crímenes de lesa humanidad”; mantuvo el elemento de la sistematicidad y masividad —*acts, when committed in a systematic manner or on a large scale*— de los crímenes como elemento constitutivo, y admitió nuevamente que la comisión de estas conductas podía ser instigada u organizada por un Estado o por grupos organizados¹²³.

Este desarrollo demuestra que no ha sido fácil definir la razón por la cual conductas que ordinariamente son punibles en el ámbito nacional, también deben serlo internacionalmente. A diferencia de los crímenes de guerra, en donde la relevancia internacional surge de la violación de un cuerpo normativo cuya finalidad inicial se centraba en regular la guerra entre estados, es decir, del DIH, los crímenes de lesa humanidad, una vez desvinculados de la guerra, no ostentan —al menos no a primera vista— una característica especial que legitime la relativización de la soberanía estatal a favor del ejercicio del poder punitivo por parte de tribunales internacionales¹²⁴. La discusión sobre si los crímenes de lesa humanidad

¹²¹ Cfr. MARGARET DEGUZMAN, *supra* nota 114, págs. 123 y ss.

¹²² Cfr. KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014, pág. 53.

¹²³ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *supra* nota 114, págs. 13 y 34.

¹²⁴ Esto comienza a cambiar con el desarrollo paulatino del derecho internacional de los DD.HH. Los crímenes de lesa humanidad pueden ser considerados producto de

deben ser cometidos o no por agentes estatales, o si por lo menos deben ser organizados por ellos, responde precisamente a esta situación¹²⁵. Sin embargo, dado que la complejidad de los conflictos políticos de la segunda mitad del siglo xx ha demostrado que los Estados no son el único tipo de organización con capacidad para afectar gravemente los derechos de una población, se ha recurrido también a la idea de sistematicidad para justificar la relevancia internacional de este tipo de delitos¹²⁶. La sistematicidad de las conductas constituye un criterio más flexible, para identificar las situaciones de interés para la comunidad internacional, independientemente del estatus o carácter de los perpetradores¹²⁷. Así pues, la expresión “como parte de un ataque generalizado o sistemático” permite desligar, al menos parcialmente, la noción de crimen de lesa humanidad de la noción de crimen de Estado, sin perder de vista que las conductas deben ostentar una gravedad o dimensión especial para poder ser catalogadas como crímenes de lesa humanidad¹²⁸.

la aplicación de las normas del derecho internacional de los DD.HH. en el derecho penal internacional. Las normas sobre DD.HH. se dirigen a evitar las atrocidades cometidas por los Estados en contra de su propia población, al tiempo que los crímenes de lesa humanidad se orientan en la persecución penal de los responsables de dichas violaciones. Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *supra* nota 114, pág. 4.

¹²⁵ De acuerdo con BASSIOUNI la naturaleza y la escala con la que deben ser cometidos los crímenes de lesa humanidad exige el uso de instituciones gubernamentales, estructuras, recursos y personal, sin que sea posible ningún tipo de control legal. En este sentido identifica cuatro factores que han caracterizado la comisión de violaciones masivas de DD.HH. en el siglo xx: (i) poder, (ii) ideología, (iii) terror, (iv) manipulación del derecho. Precisamente en su carácter organizado y premeditado radica el elemento internacional de los crímenes de lesa humanidad. *Ibid.*, págs. 14-23.

¹²⁶ El TPIY en el caso Tadic rechazó la exigencia de que los delitos de lesa humanidad debían ser perpetrados necesariamente por el Estado y afirmó que era suficiente con que fueran cometidos como producto de una política gubernamental, organizada o grupal. En consecuencia, actores no estatales podrían ser perpetradores de crímenes de lesa humanidad si tenían control de facto sobre un determinado territorio. Adicionalmente, el Tribunal estableció en esta decisión, que la generalidad y sistematicidad de los crímenes de lesa humanidad se derivaba de la expresión “ataque dirigido contra la población civil” TPIY, *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 mayo 1997, párrs. 645 y ss. y 653 y ss. Sobre la existencia de una política como elemento de los crímenes de lesa humanidad ver KAI AMBOS, *supra* nota 122, págs. 67 y ss. Aquí se sostiene que en todo caso el elemento “ataque sistemático” envuelve un grado de organización tal que la existencia de una política, así como de una entidad con poder suficiente para implantarla, se hacen necesarias.

¹²⁷ Cfr. BASSIOUNI, *supra* nota 114, pág. 7.

¹²⁸ Los crímenes de lesa humanidad no están desligados del todo de la noción de crimen de Estado. Si bien la sistematicidad de los ataques contra la población como

Es por esto por lo que en los intentos teóricos por explicar la punibilidad internacional de los crímenes de lesa humanidad se resalta justamente su dimensión colectiva. Por ejemplo, de acuerdo con MAY la legitimidad de la punibilidad internacional de los crímenes de lesa humanidad se basa, por un lado, en la incapacidad del Estado para garantizar la seguridad de sus ciudadanos —*security principle*—, y, por otro lado, en el hecho de que las violaciones de DD.HH. que dan lugar a los crímenes de lesa humanidad son esencialmente actos de violencia grupal —*international harm principle*—¹²⁹. De manera similar explica LUBAN, que la idea de humanidad envuelta en el concepto de crímenes de lesa humanidad hace referencia al carácter político inherente al ser humano. Por “humanidad” se entendería entonces, en este contexto, la tendencia a la vida en sociedad como forma de buscar el bien común. Según LUBAN, los crímenes de lesa humanidad afectan precisamente dicho carácter y son producto, en este sentido, de la perversión de la política¹³⁰.

La expresión “ataque generalizado o sistemático” denota entonces la dimensión colectiva de los crímenes de lesa humanidad. El ataque es generalizado cuando se realiza a gran escala e involucra en consecuencia un número considerable de víctimas —al menos potencialmente—, mientras que es sistemático en la medida en que los actos que lo componen no son aleatorios, sino que obedecen a un cierto nivel de organización¹³¹. Es

elemento de este tipo de crímenes permite que actores particulares sean considerados perpetradores, estos deben, en todo caso, tener un nivel de organización similar al de los Estados, para poder representar una amenaza grave para los DD.HH. En este sentido se habla de *state-like entities*, con el fin de señalar que aun cuando se trata de grupos de particulares, estos deben ejercer cierto control territorial y poder político. Al respecto ver WILLIAM SCHABAS, “State Policy as an Element of International Crimes”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, Issue 3, 2008, pág. 954.

¹²⁹ LARRY MAY, *Crimes against Humanity. A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, págs. 63 y ss. y 80 y ss.

¹³⁰ DAVID LUBAN, “A Theory of Crimes against Humanity”, en *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2005, págs. 116 y ss.

¹³¹ El término “generalizado” hace las veces de criterio cuantitativo y excluye la posibilidad de calificar actos aislados como crímenes de lesa humanidad, mientras que el término “sistemático” es un criterio cualitativo que excluye la posibilidad de calificar como crímenes de lesa humanidad actos espontáneos de violencia. Cfr. STEPHAN MESEKE, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, págs. 133 y ss. Ver también TPIY, *Prosecutor v. Kumarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12 junio 2002, párrs. 93 y ss. En la literatura sobre el tema se ha discutido si estas dos características del ataque deben coincidir o si es suficiente con que se verifique solo una de ellas. Al respecto ver KAI AMBOS, *supra* nota 122, págs. 62 y 63.

decir, los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad comparten un patrón de comportamiento, más allá de la repetición accidental de conductas individuales¹³². En consecuencia, el concepto de crimen de lesa humanidad se diferencia, por ejemplo, del concepto de crimen de guerra, justamente en esta dimensión colectiva capturada en el elemento “ataque generalizado o sistemático”. La siguiente afirmación del TPIY a propósito del elemento “población civil” incluida en el artículo 5 de su Estatuto permite ilustrar este punto: “*Instead the «population» element is intended to imply crimes of a collective nature and thus exclude single or isolated acts which, although possibly constituting war crimes or crimes against national penal legislation, do not rise to the level of crimes against humanity. As explained by this Trial Chamber in its Decision on the Form of the Indictment, the inclusion in Article 5 of the requirement that the acts be «directed against any civilian population» ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct*”¹³³.

De la misma manera el ER, fuertemente influenciado por el proyecto elaborado en 1996 por la *International Law Commission*, reitera el carácter colectivo de los crímenes de lesa humanidad. El artículo 7 (1) establece que constituyen crímenes de lesa humanidad las conductas enunciadas en dicha norma, cuando sean cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. Adicionalmente el artículo 7 (2) (a) define la expresión “ataque contra la población civil” como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹³⁴. En resumen: la dimensión con la que son cometidos delitos graves —cuya competencia recae usualmente en las jurisdicciones nacionales— en contextos de violencia organizada es lo que ha caracterizado a los crímenes de lesa humanidad durante su

¹³² TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, *supra* nota 131, párr. 94.

¹³³ TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, *supra* nota 126, párr. 644.

¹³⁴ De acuerdo con la Corte Penal Internacional (CPI), la definición del elemento “ataque contra una población civil” hecha en el art. 7 (2) (a) ER, en la que se menciona la “conformidad con la política de un Estado o de una organización”, indica que un ataque generalizado debe obedecer también a un cierto nivel de organización y responder a un patrón regular de conducta para ser calificado como crimen de lesa humanidad. CPI, *Prosecutor v. Katanga* (ICC-01/04-01/07), Decision on the confirmation of charges, 30 septiembre 2008, párr. 396. También CPI, *Prosecutor v. Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, 15 junio 2009, párrs. 75 y ss.

desarrollo. De ahí que el elemento “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” constituya hoy en día un aspecto esencial propio de este tipo de crímenes.

c) *El concepto de crimen de guerra en el derecho penal internacional*

La noción de crímenes de guerra comienza a ser desarrollada a finales del siglo XIX con ocasión de la expedición de los convenios de La Haya en 1899 y 1907 sobre conducción de hostilidades¹³⁵ y del enjuiciamiento de algunas conductas por tribunales nacionales, por ejemplo, a propósito de la guerra civil en Estados Unidos de América¹³⁶. En 1945, con posterioridad a la segunda guerra mundial, el concepto de crimen de guerra recibe un impulso especial con la creación del Tribunal Penal Militar de Núremberg¹³⁷. De acuerdo con el Principio VI (b) de los Principios de Núremberg los crímenes de guerra consisten en violaciones de las leyes o costumbres de la guerra —*Violations of the laws or customs of war*—. Sin embargo, no toda violación al derecho de la guerra o DIH supone la realización de un crimen de guerra *stricto sensu*, ya que para esto se debe tratar de una violación seria¹³⁸. En este sentido en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 se habla de “infracciones graves” —*graves breaches*— para referirse a las conductas que los Estados parte se comprometen a sancionar penalmente¹³⁹.

La noción de violación grave fue contemplada por primera vez en el estatuto de un tribunal penal internacional en 1993 con relación al TPIY.

¹³⁵ Cfr. ANTONIO CASSESE *et al.*, *International Criminal Law. Cases and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág. 117.

¹³⁶ Cfr. ANTONIO CASSESE *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, pág. 63.

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 64.

¹³⁸ Por ejemplo, la violación del art. 19 del Tercer Convenio de Ginebra en lo relativo a la prohibición de retirar a los prisioneros de guerra sus insignias de graduación o condecoraciones no constituye una violación grave y por tanto no da lugar a un crimen de guerra. Cfr. ANTONIO CASSESE, *supra* nota 135, pág. 117.

¹³⁹ En los arts. 49 I Convenio, 50 II Convenio, 129 III Convenio y 146 IV Convenio se diferencian las “infracciones graves” de otros “actos contrarios” a las disposiciones de los convenios. Con relación a las primeras los Estados parte se comprometen a perseguir penalmente a sus responsables, mientras que con relación a los segundos se comprometen a tomar “las medidas oportunas” para hacer que cesen. En los arts. 50 I Convenio, 51 II Convenio, 130 III Convenio y 147 IV Convenio, así como en el art. 85 del Protocolo adicional I, se definen las conductas que constituyen “infracciones graves”.

El artículo 2 del Estatuto del TPIY se refiere a “la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, entre las cuales se incluye el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, la causación intencional de graves sufrimientos o lesiones, entre otros, cuando sean cometidos en contra de personas protegidas por el DIH. Los cuatro convenios de Ginebra de 1949 están dirigidos a la protección de personas que no toman parte o que han dejado de tomar parte en las hostilidades, principalmente con relación a conflictos armados de carácter internacional¹⁴⁰. Adicionalmente, el Estatuto del TPIY contempla como crímenes de guerra en el artículo 3 violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, en las que se incluye una lista no taxativa de cinco infracciones, por ejemplo, el empleo de armas tóxicas, la destrucción, ataque o bombardeo a pueblos o villas indefensas o la destrucción de instituciones dedicadas a la religión, la caridad o a la educación. Esta norma sanciona el empleo de métodos o medios de guerra ilícitos y se remonta principalmente a la convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre¹⁴¹. El TPIY estableció adicionalmente en 1995, con fundamento en el artículo 3 de su Estatuto, que las infracciones graves al artículo 3 común a los convenios de Ginebra también constituyen crímenes de guerra¹⁴². En esa norma se encuentran previstos los deberes mínimos a la luz del DIH de las partes enfrentadas en conflictos armados no interna-

¹⁴⁰ I. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III. Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV. Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

¹⁴¹ Cfr. WILLIAM SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pág. 196.

¹⁴² La Cámara de Apelaciones del TPIY estableció las siguientes condiciones para determinar si una violación al DIH podía ser juzgada conforme el artículo 3 de su Estatuto: “(i) *the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law; (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met [...]; (iii) the violation must be «serious», that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. [...] (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule*”. Asimismo, la Cámara de Apelaciones afirmó que si la conducta cumplía con estas condiciones podía entonces dar lugar a un crimen de guerra sin importar si fue perpetrada en el marco de un conflicto armado internacional o no internacional. TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, *supra* nota 118, párr. 94.

cionales¹⁴³. La punibilidad de las infracciones al artículo 3 común de los convenios de Ginebra y del protocolo adicional II, es decir, la posibilidad de sancionar penalmente las infracciones graves al DIH en conflictos no internacionales, fue contemplada de manera explícita posteriormente en el artículo 4 del Estatuto del TPIR y en el artículo 3 del TESL.

A su turno, el ER contempla en el artículo 8 los crímenes de guerra en cuatro apartes. Esta norma enuncia taxativamente una variedad de tipos penales y mantiene el denominado *two box approach*, en el que se diferencia entre los crímenes de guerra que pueden ser cometidos en conflictos armados internacionales —artículo 8 (2) (a) y (b)— y aquellos que pueden ser cometidos en conflictos armados no internacionales o internos —art. 8 (2) (c) y (e)—¹⁴⁴. Todas las conductas previstas en el artículo 8 del ER deben haber tenido lugar en el contexto de un conflicto armado o deben haber estado asociados con un conflicto armado¹⁴⁵. Se trata de un requisito esencial del concepto mismo de crimen de guerra. En otras palabras, si no se cumple este elemento, la conducta no puede ser subsumida bajo esta categoría. En este aspecto el ER no se diferencia de los estatutos de otros tribunales penales internacionales, como el TPIY, el TPIR o el TESL.

Pero el artículo 8 del ER al parecer va aún más lejos, ya que en el numeral (1) de esta norma se incluye un aspecto adicional. Según esta disposición la CPI tiene competencia respecto de los crímenes de guerra “en particular cuando han sido cometidos como parte de un plan o política o de la comisión a gran escala”. Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 8 del ER no modifica el concepto tradicional de crimen de guerra¹⁴⁶. Esta disposición no agrega un elemento propiamente dicho a este

¹⁴³ Sobre la responsabilidad penal internacional derivada del art. 3 común a los convenios de Ginebra, *ibid.*, párrs. 128 y ss. También TPIY, *Prosecutor v. Blaški* (IT-95-14-T), Judgment, 3 de marzo de 2000, párrs. 161 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. KAI AMBOS, *supra* nota 122, pág. 119. Para SCHABAS, la subdivisión en dos categorías con relación a cada tipo de conflicto armado refleja las dos tendencias de desarrollo del DIH, es decir, el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra. WILLIAM SCHABAS, *supra* nota 141, pág. 197.

¹⁴⁵ En el documento “Elementos de los crímenes” se establece que todos los crímenes de guerra deben cumplir con el siguiente elemento: “*The conduct took place in the context of and was associated with an [...] armed conflict*”. Al respecto ver KNUT DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, págs. 18 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. WILLIAM SCHABAS, *supra* nota 141, págs. 199 y ss.; OTTO TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., Múnich, C. H.

tipo de crímenes ni altera su naturaleza¹⁴⁷. De manera que la existencia de un plan o política o la comisión a gran escala no es un elemento que permita definir cuándo una conducta constituye uno de estos crímenes ni si la conducta está relacionada o no con un conflicto armado, tal como lo afirma la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-579 de 2013. El artículo 8 (1) establece únicamente un umbral de gravedad o elemento contextual jurisdiccional¹⁴⁸ que debe servir de guía para establecer los crímenes en los que se debe centrar la atención y los esfuerzos de la Fiscalía de la CPI y de la propia Corte, teniendo en cuenta los recursos limitados con los que cuentan, sin descartar la posibilidad de que la Corte adelante procesos contra aquellas conductas que no hayan sido realizadas en estas condiciones¹⁴⁹. En consecuencia, un hecho aislado, como por ejemplo la violación o el homicidio de una sola persona por un solo perpetrador, puede ser considerado bajo el ER, al igual que según los estatutos de los demás tribunales internacionales, como un crimen de guerra¹⁵⁰. De manera tal que la CPI retiene un cierto margen de discrecionalidad para juzgar como crímenes de guerra conductas no cometidas como parte de un plan o política o de la comisión a gran escala, para lo cual debe tener en cuenta otro tipo de criterios, como la atrocidad de la conducta o las funciones o posición oficial del perpetrador¹⁵¹.

En este mismo sentido se ha manifestado la Cámara de Apelaciones de la CPI, según la cual afirmar —como lo hizo la Cámara de Cuestiones Preliminares I con relación a la situación de la República Democrática del Congo— que los crímenes de guerra deben ser cometidos necesariamente a gran escala o sistemáticamente, desconoce la distinción entre crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad y contraría además la intención

Beck Verlag, 2008, pág. 299; ROBERT CRYER *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pág. 288; resaltando el carácter jurisdiccional de esta disposición y la relación con los arts. 5 y 17 del ER MICHAEL BOTHE, “War Crimes”, en ANTONIO CASSESE *et al.* (comp.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pág. 30; KAI AMBOS, *supra* nota 122, pág. 119.

¹⁴⁷ HÉCTOR OLÁSULO, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, págs. 357-362.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Cfr. KAI AMBOS, *supra* nota 122, pág. 119.

¹⁵⁰ Esto se deriva de la expresión “en particular” del artículo 8 (1) ER. Cfr. OTTO TRIFFTERER, *supra* nota 146, pág. 300.

¹⁵¹ *Ibid.*

de los redactores del ER¹⁵². A diferencia de lo que sucede con los delitos de lesa humanidad, en donde la dimensión del ataque —generalizado o sistemático— representa un elemento constitutivo de los crímenes y define su carácter internacional, en tratándose de los crímenes de guerra ni la dimensión de la conducta ni el grado de organización cumplen el mismo papel. El carácter de crimen de guerra y su relevancia internacional no se derivan de ninguna de estas circunstancias.

d) *Aspectos problemáticos de la interpretación que hace la Corte Constitucional de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”*

Teniendo en cuenta lo anterior, no se entiende entonces porqué la Corte Constitucional equipara el significado de la expresión “cometidos de manera sistemática” del artículo transitorio 66 al elemento contextual material que caracteriza a los crímenes de guerra. Como se ha visto, los crímenes de guerra son por definición conductas ligadas a una situación de guerra entre Estados, entre un Estado y grupos armados o entre varios grupos armados; esto no quiere decir que deba existir un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, un solo hecho puede ser sancionado internacionalmente como crimen de guerra si la existencia del conflicto armado explica el que este haya sido perpetrado. Si la expresión “cometidos de manera sistemática” realmente equivaliese al nexo que debe existir entre el crimen y un conflicto armado, no tendría ningún sentido haberla incluido en el texto del artículo transitorio 66. En otros términos, decir crímenes de guerra y “cometidos de manera sistemática” resultaría en consecuencia redundante; ésta sería entonces una expresión vacía y tautológica.

Además, si fuera necesaria la existencia de un plan o política para afirmar que existe conexión entre la conducta y el conflicto armado, se estaría reduciendo el ámbito de aplicación de los tipos penales del Código Penal colombiano, mediante los cuales se sancionan las infracciones al DIH. Es importante no perder de vista que en el ordenamiento penal colombiano no se habla como tal de crímenes de guerra. El Código

¹⁵² Cfr. CPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC-01/04), Judgment on the Prosecutor’s Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58”, 13 julio 2006, párrs. 69 y ss. Al respecto también CPI, *Prosecutor v. Bemba* (ICC-01/05-01/08), *supra* nota 134, párr. 211.

Penal se refiere en el Título II del Libro Segundo a los delitos cometidos contra personas y bienes protegidos por el DIH, en los cuales se incluye como elemento normativo del tipo penal la expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. Este elemento de la descripción típica debe ser interpretado acorde con el desarrollo del DIH y del derecho penal internacional¹⁵³. Como consecuencia del razonamiento de la Corte, en un caso como el de la llamada masacre de Santo Domingo, por mencionar tan solo un ejemplo, en el que los habitantes de un municipio resultaron afectados por una bomba tipo *cluster* lanzada por la Fuerza Aérea Colombiana, no se podrían aplicar los artículos 135 —homicidio en persona protegida—, 136 —lesiones en persona protegida— ni 154 —destrucción y apropiación de bienes protegidos— del Código Penal colombiano, debido a que se trató de un solo hecho, es decir, de un hecho aislado que no sigue ningún patrón ni obedece a una práctica sistemática, a pesar de que la masacre tuvo lugar en el marco de una operación militar en la que se perseguían miembros del grupo guerrillero FARC-EP, y pese a que en un caso como este se cumplirían los criterios establecidos por la jurisprudencia internacional para verificar la existencia del elemento contextual material de los crímenes de guerra¹⁵⁴.

Con lo dicho por la Corte Constitucional con relación al MJP, esto es, que un crimen de guerra es cometido sistemáticamente cuando existe un nexo entre el hecho y un conflicto armado, que esto exige la existencia de un plan o política y que por tanto un hecho aislado no puede constituir un crimen de guerra, se termina por reducir el ámbito de aplicación de los tipos penales contemplados en el Título II del Libro Segundo del Código Penal. No se debe perder de vista que estos constituyen los delitos con

¹⁵³ Sobre el papel de la jurisprudencia penal internacional en la interpretación del derecho interno, especialmente sobre la determinación de la existencia de un conflicto armado en Colombia de acuerdo con el DIH ver ALEJANDRO RAMELLI, *Jurisprudencia penal internacional aplicable a Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, págs. 113 y ss. Asimismo, sobre el concepto de conflicto armado y el delito de homicidio en persona protegida ver ALEJANDRO APONTE, *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, págs. 65 y ss.

¹⁵⁴ Se debe aclarar que en todo caso los artículos aquí mencionados no serían aplicables a este caso específico, debido a que cuando ocurrieron los hechos en 1998 el actual Código Penal no había sido expedido. Sin embargo, la referencia al caso de la masacre de Santo Domingo es útil para ilustrar el punto que aquí se plantea. Sobre este caso ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sent. de 30 noviembre 2012.

fundamento en los cuales serán eventualmente condenados tanto los miembros de grupos armados, como los miembros de la fuerza pública, en aplicación de los mecanismos de justicia transicional aplicados con ocasión del MJP. Dicho de otra manera: el Título II del Libro Segundo del Código Penal colombiano no contiene los mismos elementos que han sido previstos en el ER con relación a los crímenes de guerra, en la medida en que la descripción típica de aquellos no incluye ninguna referencia a la existencia de un plan o política ni de un ataque a gran escala, como sí sucede con el artículo 8 (1) del ER. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, previstos en el ordenamiento jurídico interno, únicamente coinciden con los crímenes de guerra internacionales en el elemento contextual material, no en el jurisdiccional. La sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional ignora este hecho, interpreta equivocadamente el artículo 8 del ER y le da al MJP un efecto que no se corresponde con su finalidad.

La expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” debe señalar entonces algo distinto a la sola conexión entre el crimen que se debe investigar y el conflicto armado. Si se tiene en cuenta que el MJP busca otorgar a la FGN herramientas para poder concentrar los esfuerzos en conductas cuya investigación y juzgamiento se consideran más relevantes o pertinentes que la investigación y juzgamiento de otras, resulta más acertado interpretar esta expresión como un calificativo que reduce el universo de infracciones al DIH que necesariamente se deben tramitar penalmente en el marco de los mecanismos de justicia transicional. Esto se desprende, además, de lo dicho en los debates en donde se incluyó esta expresión en el texto del artículo transitorio 66¹⁵⁵. Se trataría entonces de un primer criterio de selección, similar al umbral de gravedad o elemento contextual jurisdiccional previsto en el artículo 8 (1) del ER. La FGN podría entonces dejar de investigar un hecho, por ejemplo, susceptible de ser subsumido en el tipo penal de homicidio en persona protegida, no porque falle alguno de los elementos objetivos de la descripción típica como el nexo con el conflicto armado —en este caso el efecto debería ser el mismo dentro o fuera de los mecanismos de justicia transicional, es decir, la atipicidad de la conducta—, sino más bien porque el hecho en cuestión no tendría la relevancia necesaria, al tratarse precisamente de un hecho aislado, sin que deje de constituir una conducta punible de acuerdo con el Código Penal colombiano. Esta interpretación resulta más

¹⁵⁵ Cfr. Informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) en Senado, *supra* nota 45.

coherente, no solamente con el texto del artículo transitorio 66 y con la voluntad del constituyente derivado al aprobar el MJP, sino también con el derecho penal internacional, al que la misma Corte Constitucional se remite para fundamentar su análisis.

B) *Interpretación de la expresión “máximos responsables”*

Otro aspecto sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional y que no es lo suficientemente claro en el análisis de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 es el significado de la expresión “máximos responsables”. Esta expresión ocupa un lugar fundamental en el texto del artículo transitorio 66. La finalidad del MJP radica precisamente en la necesidad de otorgar a la FGN herramientas —como la posibilidad de aplicar criterios de selección— para reducir el universo de casos que necesariamente debe investigar y de esta manera concentrar sus esfuerzos en la investigación de miembros de los grupos armados o de la fuerza pública que pueden ser catalogados como “máximos responsables”, bajo el entendido de que al ser esclarecida la responsabilidad de estas personas es posible hacer una contribución mayor a la construcción de la verdad sobre hechos de violencia masiva. Sin embargo, como se advirtió líneas arriba, el MJP no define cómo se deben articular los criterios de selección según la gravedad y representatividad de los casos, con la obligación de investigar a los máximos responsables. Pues bien, la manera como se defina qué se entiende por “máximos responsables” resulta trascendental para determinar el alcance de los criterios de selección. Entre más amplia sea la definición, mayor será el número de casos que deben ser investigados con mecanismos de justicia transicional judiciales.

Es importante recordar que el Congreso de la República se abstuvo de formular una definición general del concepto de “máximo responsable”, dado que el MJP no debe ser desarrollado por una sola ley ni en un solo momento, sino que está destinado a dar lugar a varios tipos de mecanismos de justicia transicional, con sus particularidades, de manera gradual y que en cada uno de estos procesos puede ser necesaria una definición diferente¹⁵⁶. No obstante, la Corte Constitucional intenta establecer una definición, pero lo hace de manera confusa, acudiendo a expresiones que son igual o incluso más indeterminadas, las cuales dificultan establecer los límites de este concepto.

¹⁵⁶ Ver Ponencia para primer debate en Cámara, *supra* nota 24, págs. 12-13. También Informe de ponencia para primer debate en Senado, *supra* nota 18, pág. 20.

a) *Definición de la expresión “máximos responsables” realizada por la Corte Constitucional al establecer la premisa menor del juicio de sustitución*

La expresión “máximos responsables” puede ser entendida de dos maneras distintas. De manera restringida, como los jefes máximos de la organización o institución, o de manera amplia como las personas con mayor jerarquía o poder de mando entre aquellos a quienes se les puede imputar penalmente un hecho concreto. En el primer caso se estaría hablando, por ejemplo, de la investigación penal en contra de los miembros del secretariado del grupo guerrillero FARC-EP por hechos como el uso de minas antipersona como estrategia de guerra. Ellos podrían ser investigados y sancionados penalmente en la medida en que han participado en el diseño de dicha estrategia o la han incentivado. Mientras que en el segundo caso se estaría haciendo alusión también a mandos medios o incluso a personas ubicadas en los eslabones más bajos de la cadena de mando, como por ejemplo, a un subteniente o cabo del ejército —en el caso de la fuerza pública— o a un jefe de columna o de cuadrilla —en una estructura guerrillera—. En este caso sería posible pensar en un delito cometido en contra de civiles en desarrollo de actividades como el patrullaje y que podría constituir un crimen de guerra. La violación o el homicidio de un grupo relativamente pequeño de civiles, cinco o seis mujeres por ejemplo, cometidos por una unidad de infantería compuesta por doce soldados no es necesariamente imputable a personas u oficiales de alto rango y sin embargo es posible hablar de máximo responsable con relación a aquel que tenía a su mando dicha unidad.

La diferencia entre estas dos formas de interpretar la expresión “máximos responsables” es especialmente relevante frente a los crímenes de guerra, ya que, como se ha explicado, dichos crímenes no obedecen necesariamente a un plan o política o a una línea o patrón de conducta. De acogerse la primera interpretación se debería aceptar que no todas las conductas constitutivas de crímenes de guerra serían investigadas y sancionadas por medio de los mecanismos de justicia transicional de carácter penal, debido a que no todas ellas pueden ser imputadas a personas cuya sanción interesaría en el contexto del MJP, es decir, a las personas de mayor rango o jefes. Por el contrario, la segunda interpretación implicaría un mayor número de casos que se deben investigar penalmente, ya que la posición del “máximo responsable” dentro de la estructura general de la organización o institución no sería un factor decisivo para determinar el tipo de mecanismo de justicia transicional aplicable y cualquier persona,

dependiendo de quienes fueron los que intervinieron en la perpetración de cada delito, podría ser catalogada como tal.

La Corte Constitucional parece acoger la segunda interpretación al establecer la premisa menor del juicio de sustitución. La Corte afirma que no existe en el derecho internacional una definición unánime del concepto “máximo responsable” y enumera una serie de ejemplos de los que concluye, que este concepto “no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada”¹⁵⁷. Más adelante la Corte afirma en este mismo sentido: “[U]n máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar [*sic*] dentro de la organización”¹⁵⁸. Para la Corte el elemento que define quién es un máximo responsable parece ser entonces el cumplimiento de un papel esencial. Además, la Corte sostiene que también pueden ser máximos responsables quienes no hayan tenido una intervención decisiva: “De hecho, el parámetro [*sic*] del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior “*Command responsibility*” o el dominio de aparato organizado de poder [...]”¹⁵⁹. La Corte formula posteriormente su definición de “máximo responsable” e intenta precisar la idea de función esencial de la siguiente manera: “[S]e puede señalar que el máximo responsable es aquellas personas que tienen [*sic*] un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos”¹⁶⁰.

Esta definición propuesta por la Corte es problemática, ya que no permite ver cómo mediante ella es posible reducir el universo de casos que se deben investigar penalmente. En primer lugar se debe decir que al parecer la Corte se contradice al afirmar que el cumplimiento de una función esencial es lo que define la condición de máximo responsable y posteriormente sostener que el concepto de máximo responsable “permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva

¹⁵⁷ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.2.3.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

en el delito”; ¿puede alguien que no ha tenido una intervención decisiva cumplir un papel esencial?, ¿a qué se refiere la Corte con “intervención decisiva” y cuál sería la diferencia con el “papel esencial”? Se podría pensar que con “intervención decisiva” la Corte se refiere a la ejecución material del hecho o a la intervención durante la etapa de consumación, mientras que con “papel esencial” se estaría refiriendo a personas cuyo aporte ha sido determinante para la realización del delito a pesar de que no han intervenido en la etapa de ejecución. De ser así, la definición propuesta no sería muy útil con miras a los objetivos del MJP, dado que al decir “permite incluir no solamente” con ella no se estaría afirmando nada distinto a que tanto autores como partícipes pueden ser catalogados “máximos responsables”.

En segundo lugar, es importante señalar que los términos mediante los cuales la Corte intenta precisar la idea de papel esencial son igualmente confusos e indeterminados. En la primera parte de la definición se afirma: “[S]e puede señalar que el máximo responsable es aquella personas que tienen [*sic*] un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito”. Con esta afirmación de la Corte surge un elemento adicional, y es que el papel esencial al parecer no se predica de la perpetración como tal del crimen, sino de la posición de la persona en la estructura general de la organización. Si esto es correcto, la pregunta entonces es si es posible cumplir una función esencial en la organización criminal sin ocupar una posición alta, es decir sin ser un jefe. Sin embargo, se debe recordar que la misma Corte dice que el concepto “máximo responsable” no se identifica con el de jefe del grupo o bloque. Adicionalmente, en la segunda parte de la definición se precisan las situaciones que permiten hablar de papel esencial: “es decir, que haya: *dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos*” (cursivas fuera del texto original). Estos tres elementos: dirigir, tener el control y financiar, deberían haber sido definidos con claridad en la sentencia. No es claro si se trata solo de algunos ejemplos o de una enunciación taxativa. Tampoco es claro qué se debe entender sobre todo por “dirigir” y “tener el control”, ya que estas dos expresiones pueden significar lo mismo o incluso pueden dar lugar a interpretaciones de tipo dogmático en las que, por ejemplo, la expresión “dirigido” haría referencia a los determinadores, mientras que la expresión “tenido el control” se referiría a los autores de acuerdo con el criterio del dominio del hecho. En todo caso, estas tres situaciones parecen ser lo suficientemente amplias como para abarcar un gran número

de personas, más allá de quienes pueden tener mayor responsabilidad por el accionar general del grupo armado o de las instituciones que integran la fuerza pública.

b) *Concentración de la investigación penal en los “máximos responsables”, aplicación de criterios de selección y finalidad del Marco Jurídico para la Paz*

Al realizar el juicio estricto de sustitución la Corte Constitucional parece referirse a las dos formas de interpretar la expresión “máximos responsables” señaladas en el acápite anterior. Siempre que la Corte habla de “estructuras de macrocriminalidad”¹⁶¹, “organizaciones criminales” o de “patrones de violaciones a los derechos humanos”¹⁶², pareciera que se está refiriendo a los máximos responsables en el primer sentido allí indicado, es decir a los jefes del grupo o personas de mayor rango. Sin embargo, del siguiente aparte es posible inferir que la Corte se refiere también al segundo sentido, es decir, como las personas con mayor poder de mando entre aquellas a quienes se puede imputar penalmente el hecho concreto: “[L]a obligación de la Fiscalía General de la Nación es encausar todas las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, establecer si constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra y en ese caso imputarlas al menos a un responsable. Precisamente cuando el acto legislativo habla de máximos responsables y no de un máximo responsable es porque entiende que todas esas graves violaciones a los derechos humanos tienen máximos responsables que deben ser juzgados y sancionados”¹⁶³.

Si se acepta la interpretación que la Corte hace de la expresión “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”, es decir, que un crimen de guerra ha sido cometido de manera sistemática cuando es perpetrado en el contexto de un conflicto armado, y si además se acoge la segunda

¹⁶¹ La Corte utiliza esta expresión en el juicio estricto de sustitución de la siguiente manera: “En segundo lugar, en el acto legislativo 1 de 2012 la inclusión de la expresión máximos responsables tiene una finalidad legítima adicional, directamente relacionada con la necesidad de esclarecer las estructuras de macrocriminalidad que se encuentran detrás de cada crimen”. Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.2. (iv) (ii).

¹⁶² La Corte reitera que la investigación de los “máximos responsables” permitiría desvertebrar estructuras de macrocriminalidad y revelar patrones de violaciones a los DD.HH. *Ibid.* Esto tiene sentido, no obstante lo ambicioso, siempre que la investigación penal se centre precisamente en los jefes de los grupos armados.

¹⁶³ Sent. C-579 de 2013, num. 8.3.2. (iv).

interpretación aquí expuesta de la expresión “máximo responsable”, como al parecer lo hace la Corte al definir la premisa menor, el ámbito de aplicación de los criterios de selección se reduciría de manera tal, que la expedición del MJP parecería haber sido innecesaria. Esto debido a que en todo caso la FGN tendría que investigar todos los delitos graves y a todo aquel que haya dirigido, tenido el control o financiado la comisión del delito; prácticamente a todos los responsables. Bajo estas premisas no sería posible entender entonces en qué sentido el MJP afirma que los criterios de selección son inherentes a los mecanismos de justicia transicional.

Hubiera sido más consistente con la finalidad del MJP aceptar, que la FGN puede seleccionar del universo de conductas que constituyen crímenes de guerra únicamente las que fueron cometidas de manera sistemática —entendiendo que la sistematicidad no es un elemento constitutivo de estos delitos, sino un criterio que señala la gravedad de las conductas—, para que, de esta manera, pudiera concentrar sus esfuerzos en quienes desde las instancias más altas organizaron su perpetración, acogiendo entonces la primera interpretación aquí expuesta de la expresión “máximos responsables”.

De cualquier manera, se debe advertir, además, que la investigación y sanción penal de los máximos responsables debe partir de las fórmulas de imputación admisibles dentro del Código Penal colombiano. En este sentido es importante resaltar, así como lo afirma la Corte, que la imputación a los máximos responsables se debe realizar en virtud de su participación en el plan o política —si es que efectivamente ha existido—. Lo que sugiere que el solo hecho de haber ostentado una posición alta en la línea de mando o estructura de una organización, no convierte a esa persona de manera automática en responsable de todo lo que hayan podido hacer los demás miembros del grupo. Por esta razón se debe tener cierta cautela cuando la Corte habla de “imputación colectiva”¹⁶⁴ y afirma que las investigaciones en contra de los “máximos responsables” se deben adelantar “de manera conjunta con imputaciones de delitos que

¹⁶⁴ Por ejemplo en el siguiente párrafo: “Esta estrategia resulta coherente con el componente de macrocriminalidad de los delitos internacionales, pues en estos la imputación no solamente dependerá del desarrollo concreto de los elementos del delito, sino también de la participación en el contexto colectivo del crimen, lo cual hará que la investigación se oriente hacia los máximos responsables, *en quienes en principio se configurará la imputación colectiva*” (cursivas fuera del texto original) sent. C-579 de 2013, num. 8.3.2. (iv) (i).

reúnan varias violaciones”¹⁶⁵. No se puede perder de vista que la definición del concepto “máximo responsable” se realiza en la sentencia haciendo alusión a formas de imputación propias del derecho penal internacional, como por ejemplo la denominada responsabilidad del superior jerárquico, y que no se pueden trasladar siempre fácilmente al ámbito interno¹⁶⁶.

Es importante tener en cuenta que los criterios de selección que sean desarrollados por el legislador se deben aplicar frente a conductas sancionadas por el Código Penal colombiano y con relación a personas a las que dichas conductas les sean imputables conforme a la legislación penal vigente en Colombia. En aquellos casos en los que la FGN no pueda solicitar la condena, por ejemplo, de un integrante de un grupo guerrillero, bien porque esta persona no puede ser catalogada como autor o partícipe según lo dispuesto en los artículos 29 y 30 del Código Penal, o bien porque no obró dolosamente y el delito en cuestión no es imputable a título de culpa, no se estarán aplicando criterios de selección. La aplicación

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Según la Corte, para definir quien ha cumplido un papel esencial, es decir para definir quién es máximo responsable, se puede acudir a figuras como la autoría mediata en aparatos organizados de poder y a la responsabilidad del superior jerárquico. Esta referencia es planteada por la Corte al definir la premisa menor (cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.2.3). Si bien la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder no es extraña al desarrollo jurisprudencial colombiano y puede encontrar fundamento en el Código Penal, no ocurre necesariamente lo mismo con la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico. No se puede perder de vista que este es un tema sobre el que internacionalmente se han planteado varios interrogantes. En este ámbito se ha discutido, por ejemplo, con relación a superiores militares, si esta figura exige el conocimiento efectivo del superior sobre las acciones de sus subordinados o si el incumplimiento negligente de sus deberes de vigilancia y control es suficiente para la imputación de responsabilidad penal. Estas discusiones no pueden ser ignoradas en Colombia, dado que el Código Penal tiene sus propias reglas y estas no siempre coinciden con los estatutos de los tribunales internacionales. En este sentido se debe considerar que el Código Penal no contempla una versión culposa de la mayoría de los delitos relevantes en el contexto del MJP, como la desaparición forzada, la tortura o el desplazamiento forzado, de manera que la imputación a superiores militares con fundamento en la negligencia en el cumplimiento de sus deberes es al menos bastante discutible. Sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder y su aplicación en Colombia ver ALEJANDRO APONTE, *supra* nota 153, págs. 238 y ss.; PAULA CADAVID, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delictual*, Bogotá, Ibañez - Universidad de los Andes, 2013; ALBERTO SUÁREZ, *Autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 319 y ss. Sobre el régimen de responsabilidad del superior jerárquico en el derecho penal internacional ver KAI AMBOS, *supra* nota 106, págs. 180 y ss.; OTTO TRIFTERER, *supra* nota 146, págs. 797 y ss.; ALEXANDER ZAHAR & GÖRAN SLUITER, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, págs. 257 y ss.

de estos criterios supone dejar de investigar en sede judicial conductas punibles con relación a personas que en condiciones normales deberían estar llamadas a responder penalmente por ellas.

En este sentido, si todo aquel que ha cumplido una función esencial en la comisión del delito puede ser catalogado “máximo responsable”, para efectos de establecer cuáles casos son investigados y juzgados por medio de los mecanismos de justicia transicional de carácter judicial, habría que seleccionar en primer lugar los casos más graves y representativos. Como ya se dijo, esto supone aceptar abiertamente la posibilidad de que violaciones de DD.HH. o infracciones al DIH no sean investigadas y sancionadas penalmente, así sean imputables a los jefes o personas de mayor jerarquía. De ahí la dificultad para entender por qué la Corte insiste en que todos los delitos sean investigados. En este sentido la Corte afirma, por ejemplo: “[...] la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables *no implica que no se vayan a investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra*, sino que respecto de estos solamente se va a sancionar a los máximos responsables”¹⁶⁷ (cursivas fuera del texto original). Se debe reiterar que el objetivo del MJP es precisamente que no todos los delitos de esta clase se deban tramitar necesariamente por medio de mecanismos judiciales, bien sea porque al poder ser catalogados como crímenes de guerra no fueron cometidos sistemáticamente o bien porque no cumplen con las características de gravedad o representatividad según los criterios de selección que debe definir el legislador. Como se ha dicho, este es el aspecto novedoso que se introduce en la Constitución colombiana con el MJP, para evitar que se repitan los problemas que se presentaron, por ejemplo, con la Ley de Justicia y Paz y la Ley 1424 de 2010. Este es, por tanto, el problema que la Corte Constitucional debió abordar con claridad.

c) Consecuencias de la definición de “máximos responsables” hecha por la Corte Constitucional

De lo dicho por la Corte Constitucional sobre el significado de la expresión “máximos responsables” se derivan dos consecuencias importantes.

Primero: en la discusión legislativa sobre el MJP no se quiso definir el concepto de “máximo responsable”. Como ya se explicó, se trataba de que este fuera establecido por el legislador de acuerdo con la estruc-

¹⁶⁷ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.3.2. (iv).

tura de cada grupo o parte del conflicto armado y a las particularidades de cada mecanismo de justicia transicional que se diseñe en el futuro. Esto con el objetivo de otorgar al Congreso de la República un margen de decisión relativamente flexible y que este pudiera establecer en cada caso cuál sería la mejor manera de entender este término. El fin último radicaba en que la FGN pudiera adelantar investigaciones más globales en las que fuera posible identificar contextos y patrones de violencia. Al definir la Corte Constitucional el concepto “máximos responsables” de manera general se está cerrando la posibilidad de que el legislador lo pueda hacer dependiendo del proceso de desmovilización de que se trate o de si se está ante un grupo armado ilegal o ante la fuerza pública. Adicionalmente, al ser una definición bastante amplia o difusa, es cuestionable si la FGN realmente va a poder centrar sus esfuerzos en un grupo relativamente reducido de personas, pero cuya actuación resulta reveladora para establecer el accionar general de los grupos armados; o si por el contrario terminará investigando a un gran número de desmovilizados comprometidos en actos de violencia, cuyo esclarecimiento puede llevar a que la atención del ente investigador caiga otra vez en el caso a caso y pierda de vista el contexto general. Así pues, la Corte Constitucional hubiera podido cuestionar el hecho de contemplar la expresión “máximos responsables” como un término flexible e indeterminado; incluso hubiera podido señalar también la inconveniencia de permitir que el legislador lo definiera de distintas maneras dependiendo de cada grupo; pero no era necesario aventurarse a dar una definición así de confusa.

Segundo: de acuerdo con el artículo transitorio 66 es posible renunciar al ejercicio de la acción penal con relación a las personas que no sean catalogadas como “máximos responsables”. Frente a ellas se puede proceder mediante mecanismos de justicia transicional extrajudiciales e imponer sanciones no penales o, de existir sentencia condenatoria, es posible suspender condicionalmente la ejecución de la pena. Con relación a los “máximos responsables” el único beneficio posible es el de una pena privativa de la libertad alternativa a la que correspondería de acuerdo con el Código Penal o la imposición de condiciones especiales de cumplimiento de las penas ya existentes¹⁶⁸. De manera que, entre más amplio sea el concepto de “máximo responsable”, mayor será el número de personas frente a las cuales se debe iniciar un proceso penal, así no sea un proceso penal ordinario, e imponer una pena privativa de la libertad.

¹⁶⁸ Ver Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado, *supra* nota 28, pág. 23.

Esta situación plantea un gran interrogante sobre el efecto que puede tener la definición de “máximo responsable” hecha por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 para las negociaciones de paz que se adelantan con el grupo guerrillero FARC-EP o para los procesos de paz que se lleven a cabo en el futuro: ¿cuál es el margen de negociación con el que cuenta el gobierno nacional en esta materia?¹⁶⁹ De hecho, esta pregunta puede ser planteada a partir del MJP mismo, el cual ya restringía las posibilidades de negociación del gobierno al establecer que los “máximos responsables” necesariamente deben ser procesados penalmente. Pero, con la definición amplia que hace la Corte del término “máximos responsables” el margen de negociación que inicialmente permitía el MJP se estrecha aún más.

En términos generales es posible sostener que la interpretación que hace la Corte del artículo transitorio 66 conduce a la judicialización de los mecanismos de justicia transicional y convierte al proceso penal nuevamente en el escenario privilegiado para el esclarecimiento de los hechos de violencia masiva. El objetivo del MJP era precisamente lo contrario. Es decir, permitir la creación de mecanismos extrajudiciales y dejar el proceso penal únicamente para el esclarecimiento de los delitos más graves dentro de todas las conductas atroces que se han cometido en Colombia. Sin embargo, según la Corte se deben investigar penalmente todos los delitos graves, al tiempo que un gran número de personas son susceptibles de ser catalogadas como “máximos responsables”, debido a la definición amplia que hace la propia Corte de este concepto. Esto se agrava, si se tiene en cuenta que la misma Corte ordenó la creación de un recurso para impugnar la no selección de casos por la FGN¹⁷⁰. Esto quiere decir que los casos no seleccionados, o sea los que en teoría se deberían esclarecer por medio de mecanismos no judiciales, deben ser discutidos de todas maneras en sede judicial antes de que se tome la decisión de renunciar a la persecución penal. Esto supone que las víctimas pueden abrir ante la FGN o ante el juez competente —dependiendo de cómo se diseñe el recurso— el debate sobre si uno u otro hecho es susceptible de ser considerado un crimen de lesa humanidad, genocidio o crimen de guerra cometido de manera sistemática, pero además sobre quién o quiénes son los “máximos responsables” de esos hechos y sobre si se cumplen o no con los criterios de selección basados en la gravedad o representatividad

¹⁶⁹ Esta pregunta puede ser planteada también a propósito de toda la sentencia. En este sentido, la forma como la Corte interpreta la expresión “cometidos de manera sistemática” es nuevamente relevante.

¹⁷⁰ Cfr. sent. C-579 de 2013, num. 8.4.2. (iii).

de las conductas; todo esto equivale prácticamente a un juicio adelantado. De esta manera se está abriendo la puerta para que los mecanismos de justicia transicional que se implanten con fundamento en el MJP estén, otra vez, excesivamente judicializados y para que las investigaciones avancen de nuevo lentamente.

Conclusiones

Con fundamento en las consideraciones expuestas a lo largo de este texto a continuación se presentan algunas recomendaciones a modo de conclusión, las cuales pueden ser tomadas en cuenta bien sea por el legislador al momento de desarrollar el MJP o por la misma Corte Constitucional en futuras ocasiones en las que debe analizar nuevamente este tema. Es importante anotar que al momento de la publicación de este texto se encuentra en curso ante la Corte Constitucional una nueva demanda en contra del MJP¹⁷¹ y que en todo caso los mecanismos de justicia transicional se deben crear mediante ley estatutaria, lo cual exige el control de constitucionalidad automático por la Corte.

1. Al no existir precedente alguno sobre la idoneidad y consistencia del uso de la ponderación como herramienta para la resolución de un juicio de sustitución, la Corte debería reevaluar el uso de esta metodología para resolver la segunda demanda que se encuentra en curso. La misma Corte ha dejado claro en otras oportunidades que la metodología de revisión de este tipo de juicios tiene la forma de un silogismo, cuya estructura parte de premisas que deben ser comparadas y que —acorde con lo expuesto— sugiere un ejercicio de subsunción en lugar de ponderación. En este sentido se debe reflexionar con cuidado sobre este modelo de realizar el análisis estricto de sustitución, ya que mientras la Corte no formule con solvencia argumentativa y con suficiencia sistemática tal fórmula para la resolución de este tipo de casos, se puede llegar a tergiversar herramientas dogmáticas y jurisprudenciales valiosas destinadas a la resolución de problemas jurídicos de diferente naturaleza.

2. En el desarrollo de los criterios de selección que haga el legislador se debe definir con precisión qué se entiende por “crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” en el contexto del MJP. La sistematicidad puede ser un criterio tanto cuantitativo como cualitativo

¹⁷¹ Ver *supra* nota 49.

que denote al mismo tiempo la dimensión en número de víctimas de los crímenes de guerra, como el hecho de haber sido producto de una política oficial, implícita o explícita, de los grupos armados que se acojan a los mecanismos de justicia transicional; un ejemplo de ello sería el reclutamiento de menores de edad o el uso de minas antipersonales. En todo caso, debe ser tarea del legislador definir el contenido preciso de esta expresión, sin perder de vista que se está ante un criterio que busca limitar el universo de conductas constitutivas de crímenes de guerra que se deben investigar penalmente y no ante una simple repetición de los elementos que definen este tipo de delitos, tal y como se desprende de lo dicho por la Corte Constitucional.

3. Es importante no perder de vista que según el MJP los mecanismos de justicia transicional deben tener carácter diferenciado. Esto se opone a la formulación de definiciones generales con relación a conceptos que el constituyente derivado quiso dejar abiertos, ya que con ellas se puede reducir de forma contraproducente el margen de decisión del legislador. Precisamente es esto lo que puede suceder con la forma como la Corte Constitucional ha definido la expresión “máximos responsables”. Por esta razón es conveniente que en futuros pronunciamientos la Corte Constitucional precise lo dicho sobre este punto en la sentencia C-579 de 2013. La Corte podría incluso establecer si efectivamente pueden ser adoptadas por el legislador distintas definiciones en función de la estructura de cada grupo o parte del conflicto armado y de la forma como fueron cometidos los crímenes. De cualquier manera, se debe tener presente que el concepto “máximos responsables” también está llamado a reducir el universo de casos que deben ser investigados penalmente y que en este sentido sus límites deben ser más o menos claros.

4. El juicio de sustitución realizado en la sentencia C-579 de 2013 se centra principalmente en el alcance de los mecanismos de justicia transicional de carácter judicial. Sin embargo, el artículo transitorio 66 presenta algunos vacíos también con relación a los mecanismos de justicia transicional extrajudiciales. El texto del artículo transitorio 66 no permite establecer si los mecanismos extrajudiciales solo deben estar orientados a adelantar investigaciones globales o si también o únicamente se deben ocupar de esclarecer los casos individuales que no han sido seleccionados para la investigación penal. En consecuencia, se podría pensar en varios mecanismos de justicia transicional extrajudiciales, unos diseñados para hacer aportes generales a la memoria histórica del conflicto armado —al estilo de una comisión de la verdad o de la labor desempeñada hoy en día

por el Centro Nacional de Memoria Histórica— y otros dirigidos a que los desmovilizados hagan aportes individuales a la verdad y reparación de las víctimas de manera articulada con los procesos de desarme, desmovilización y reintegración a la vida civil. En todo caso, es importante considerar que los mecanismos de justicia transicional extrajudiciales no deben estar destinados necesariamente a investigar o esclarecer todo lo que no se investigue o esclarezca en sede judicial. Esto simplemente trasladaría los problemas de un tipo de mecanismos a otro.

5. Como corolario de los puntos anteriores es importante que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se reconozca abiertamente que no todas las violaciones a los DD.HH. y al DIH pueden ser esclarecidas penalmente y que esto no supone que necesariamente lo vayan a ser por medios extrajudiciales. Justamente, sobre esta premisa el legislador debe diseñar los criterios de selección que permitan renunciar a la persecución penal, para lo cual se debe establecer con claridad cómo se deben articular estos criterios con la obligación de investigar a los máximos responsables: ¿primero deben ser seleccionados los hechos de acuerdo con la gravedad y representatividad para luego establecer quiénes son los más responsables frente a esos hechos?, o ¿ se debe determinar el conjunto de personas que interesa investigar penalmente dada su posición en la estructura general del grupo para después imputarles los crímenes más graves y representativos? Estos son aspectos que en el desarrollo legislativo del MJP deben quedar claros para evitar posteriores inconvenientes e inconsistencias en la práctica judicial.

6. La obligación de crear un recurso judicial en favor de las víctimas para impugnar la decisión de la FGN de no seleccionar un caso debe ser discutida con detenimiento. Los límites de este recurso deben definirse apropiadamente si no se quiere crear una suerte de juicios adelantados en los que, con relación a casos que de acuerdo con la finalidad del MJP no estarían llamados a ser tramitados en lo penal, se termine discutiendo ante los jueces o ante funcionarios de la misma Fiscalía la adecuación típica de conductas individuales y la responsabilidad penal de las personas involucradas. La creación de mecanismos de justicia transicional extrajudiciales con el fin de lograr aportes más efectivos a la verdad y a la reparación de las víctimas, así como el diseño de criterios de selección, corren el riesgo de ser poco efectivos si se genera una especie de cuello de botella en el sistema penal y se obstaculiza de esta manera la concentración de los esfuerzos en lo más relevante.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *REDC*, núm. 66, 2002.
- *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- *El concepto y la validez del derecho*, Buenos Aires, Gedisa, 1993.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AMBOS, KAI: *Treatise on International Criminal Law*, volume I, Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- *Treatise on International Criminal Law*, volume II. The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- APONTE, ALEJANDRO: *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- APONTE, ALEJANDRO *et al.*: *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011.
- BERNAL PULIDO, CARLOS: “Estructura y límites de la ponderación”, en *Revista Doxa*, núm. 26, 2003.
- “Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia”, en JUAN CARLOS HENAO (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2013.
- “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en ENRIQUE CÁCERES *et al.* (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- BOTHE, MICHAEL: “War Crimes”, en ANTONIO CASSESE *et al.* (comp.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, volume I, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CADAVID, PAULA: *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delin cuencial*, Bogotá, Ibañez - Universidad de los Andes, 2013.
- CAJAS SARRIA, MARIO ALBERTO: “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, en *Revista Precedente*, 2004.
- CASSESE, ANTONIO *et al.*: *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
- *International Criminal Law. Cases and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- CHERIF BASSIOUNI, M.: *Crimes against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- CRYER, ROBERT *et al.*: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- DEGUZMAN, MARGARET: “Crimes against Humanity”, en WILLIAM SCHABAS y NADIA BERNAZ (comp.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Londres, Routledge, 2011.
- DÖRMANN, KNUT: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- DWORKIN, RONALD: *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1978.
- FERRAJOLI, LUIGI: “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, en *Estudios constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008.
- GALLANT, KENNETH: *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- LUBAN, DAVID: “A Theory of Crimes against Humanity”, en *The Yale Journal of International Law*, volume 29, 2005.
- MAY, LARRY: *Crimes against Humanity. A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MESEKE, STEPHAN: *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- OLÁSOLO, HÉCTOR: *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- RAMELLI, ALEJANDRO: *Jurisprudencia penal internacional aplicable a Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- RAMÍREZ CLEVES, GONZALO: “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la sentencia C-551 de 2003”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, 2006.
- “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008.
- RATNER, STEVEN *et al.*: *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHABAS, WILLIAM: “State Policy as an Element of International Crimes”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, volume 98, issue 3, 2008.
- *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- SIERRA PORTO, HUMBERTO ANTONIO: “Las reformas constitucionales: transformaciones explícitas e implícitas del estado colombiano”, en DIEGO VALDÉS y MIGUEL CARBONELL (coord.), *El Estado constitucional contemporáneo culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006.
- SUÁREZ, ALBERTO: *Autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- TARAPUÉS SANDINO, DIEGO F.: “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Revista Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011.
- TRIFFTERER, OTTO: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., Múnich, C.H. Bech Verlag, 2008.
- WERLE, GERHARD: *Völkerstrafrecht*, 3ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- ZAHAR, ALEXANDER & SLUITER, GÖRAN: *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ZULUAGA GIL, RICARDO: “El control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución en Colombia”, en RICARDO SANÍN (coord.): *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.

Jurisprudencia

- *Sentencias de la Corte Constitucional colombiana*

T-406 de 1992
 T-425 de 1995
 C-551 de 2003
 C-1200 de 2003
 C-970 de 2004
 C-971 de 2004
 C-1040 de 2005
 C-370 de 2006
 C-757 de 2008
 C-588 de 2009
 C-141 de 2010
 C-303 de 2010
 C-936 de 2010

C-771 de 2011
 C-288 de 2012
 C-249 de 2012
 C-317 de 2012
 C-1056 de 2012
 C-579 de 2013

• *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana*

— Sentencia de 11 julio 2007, Sala de Casación Penal, radicado núm. 26945.

• *Decisiones de tribunales internacionales*

TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995.

TPIY, *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 de mayo de 1997.

TPIY, *Prosecutor v. Blaški* (IT-95-14-T), Judgment, 3 de marzo de 2000.

TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Judgment, 12 de junio de 2002.

CPI, Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC-01/04), Judgment on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", 13 de julio de 2006.

CPI, *Prosecutor v. Katanga* (ICC-01/04-01/07), Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2008.

CPI, *Prosecutor v. Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, 15 de junio 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012.

• *Documentos del trámite legislativo del MJP*

Proyecto de acto legislativo y exposición de motivos puestos a consideración del presidente de la Cámara de Representantes Simón Gaviria por parte del senador Roy Barreras el 12 de septiembre de 2011.

Ponencia para primer debate en Cámara al proyecto de acto legislativo número 94 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, Año xx, núm. 716, 26 de septiembre de 2011, Bogotá.

- Ponencia segundo debate en Cámara al proyecto de acto legislativo 94 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xx, núm. 783, 18 de octubre de 2011, Bogotá.
- Informe de ponencia para primer debate en Senado al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 901, 28 de noviembre de 2011, Bogotá.
- Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá.
- Informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) en Cámara al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 174, 24 de abril de 2012, Bogotá.
- Acta número 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 269, 24 de mayo de 2012, Bogotá.
- Informe de ponencia para primer debate (segunda vuelta) en Senado al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 94 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, Año xxi, núm. 287, 30 de mayo de 2012, Bogotá.
- Informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) en Senado al proyecto de acto legislativo 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, Año xxi, núm. 342, 12 de junio de 2012, Bogotá.

NOTA SOBRE LOS AUTORES

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal Estadual (*Landgericht*) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de Göttingen.

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Especialista en instituciones jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho con énfasis en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magister Legum (LL.M.) y Doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Becario del DAAD y profesor asistente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Javeriana de Bogotá.

CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ. Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá (Colombia), Magister Legum (LL.M) de la Universität Konstanz (Alemania), actualmente docente y candidata al título de Doctor de la misma universidad, becaria del Servicio Católico de Intercambio Académico (KAAD).

NELSON CAMILO SÁNCHEZ. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Magister Legum (LL.M) Harvard Law School, profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia y coordinador de investigaciones sobre justicia transicional del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO. Abogado de la Universidad Santiago de Cali y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle. Magister Legum (LL.M.) y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Becario del DAAD. Profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali e investigador adscripto del CEDPAL.

GONZALO VILLA ROSAS. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Estudios en Filosofía en la Universidad Nacional de Colombia. Becario del DAAD y de la Universidad Externado de Colombia (ALECOL). Maestría

en Derecho (LL.M.) S. C. L. por la Universidad de Christian-Albrecht de Kiel (Alemania). Doctorado en Filosofía del Derecho en la misma universidad. Correo de contacto: *gonzalo.villa@uexternado.edu.co*

JOHN E. ZULUAGA T. Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD, miembro fundador e investigador adscripto del CEDPAL.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA
VEINTISIETE DE MAYO DE DOS MIL CATORCE,
ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE JOHANN
KARL VON DER BECKE (n. 27, V, 1756
y m. 21, VIII, 1830).

LABORE ET CONSTANTIA