

Bogotá, marzo 4 de 2013

Honorables Magistrados(as)

Corte Constitucional de Colombia

Sala Plena

M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

E. S. D.



Ref.: Intervención de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-9499. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial) "[p]or medio del cual se establecen mecanismos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"

Respetados Magistrados,

**EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**, identificado con la Cédula de Ciudadanía no. 6.000.512 de San Antonio (Tolima), portador de la Tarjeta Profesional no. 29229 del C.S.J., en mi calidad de Fiscal General de la Nación, de la manera más respetuosa y dentro del término legal, me permito aportar la intervención de la institución a la cual represento.

Este escrito demostrará, en primer lugar, que la demanda presentada es sustantivamente inepta, por lo cual la Corte debe inhibirse frente a la misma. De manera subsidiaria, se explicará cómo el Acto Legislativo 01 de 2012 (en adelante, el "Acto Legislativo") es compatible con la Constitución Política en su totalidad, toda vez que su contenido no supone un cambio sustancial y trascendental frente a postulados que delinean la identidad de la Constitución Nacional.

I. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS QUE SE DESARROLLAN EN ESTE ESCRITO





La argumentación que se desarrolla en esta intervención está dividida en dos partes. El objetivo del primer bloque argumental es presentar razones suficientes para que la Corte se declare inhibida con respecto a la demanda. Para sustentar estos puntos, en esta intervención se desarrollan los siguientes argumentos:

- 1. La demanda presentada no cumple con las subreglas que la Honorable Corte ha indicado, con respecto a los requisitos rigurosos que debe tener la argumentación en las demandas de sustitución de la Constitución. En este sentido, se demuestra en esta intervención que la demanda presentada incumple las subreglas argumentativas de claridad, certeza, suficiencia y pertinencia. El resultado esperable de esta argumentación es que la Honorable Corte se inhiba de pronunciarse acerca de los apartes del acto legislativo demandado.
- 2. Si se tiene en cuenta que la Corte ha indicado que el rigor esperado de la argumentación en las demandas de sustitución de la Constitución es de tal nivel que no se puede esperar que la Corte construya oficiosamente los cargos de la demanda, el haberse incumplido en este caso con las reglas de argumentación, conduciría a la inhibición por parte de la Corte.
- 3. La carga argumentativa de los demandantes no es suficiente a la luz de los fuertes requisitos con los que debe cumplir una demanda de sustitución de la Constitución, requisitos que la Corte ha enunciado como reglas de argumentación, que en este caso no se cumplen por las siguientes razones: 1) no es clara la argumentación, porque no puede demostrar que se trata de una sustitución y no de una reforma y porque la demanda petrifica una cláusula constitucional; 2) no cumple con el requisito de certeza, y esto se ejemplifica en el hecho que la demanda viola el principio de no contradicción, porque indica que hay sustitución con respecto al acto en su conjunto, pero simultáneamente afirma que hay sustitución con respecto a tres expresiones del acto; 3) la argumentación es insuficiente, porque no se puede establecer una conexión total entre el principio axial que se pretende sustituido y la estructura argumentativa de la demanda; y 4) la argumentación no es pertinente, porque su principal fundamento se encuentra en la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desconociendo la jurisprudencia nacional en lo que tiene que ver con los límites en el carácter vinculante que tienen esas sentencias, porque si bien son relevantes como criterios interpretativos para establecer el alcance de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no ingresan al bloque como parámetros de constitucionalidad.

El objetivo del segundo bloque argumental es responder a un segundo escenario en el que la Corte, a pesar de las razones expresadas en la primera sección, decida pronunciarse sobre el fondo del asunto. En este caso, se presenta una argumentación que demuestra que una



interpretación sistemática y armónica de la Constitución permite sostener que los apartes demandados del Acto Legislativo no constituyen una sustitución de la Constitución sino una reforma que permite la adopción de mecanismos propios de la justicia transicional, que resultan legítimos en un contexto como el colombiano, caracterizado por la necesidad de poner fin a un conflicto armado y construir la paz. La consecuencia de esta segunda argumentación, sería que la Corte declarara la exequibilidad de las disposiciones demandas. Para sustentar estos puntos, en esta intervención se desarrollan los siguientes argumentos:

- 1. De acuerdo con la forma como la Honorable Corte ha venido construyendo la figura de la sustitución, las disposiciones demandadas constituyen una reforma constitucional, pues lejos de reemplazar un pilar esencial de la Constitución, establecen una excepción o limitación de un principio. En este sentido, no aniquilan o reemplazan la obligación 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, sino que establece excepciones que entendidas en el contexto de la justicia transicional contribuyen a garantizar de manera armónica tanto los derechos de las víctimas y las obligaciones correlativas del Estado, como la necesidad de lograr la paz. Así, en la medida en que los contenidos básicos de la obligación no son alterados por el Acto Legislativo acusado, no es posible afirmar la existencia de una sustitución constitucional.
- 2. Si bien no hay total claridad sobre el concepto de sustitución de la Constitución, sí es clara la diferencia entre reforma y sustitución. En este orden de ideas, se indica en esta intervención que las disposiciones demandadas son excepciones, limitaciones, o restricciones de un principio, pero no sustitución o reemplazo de ese principio por otro opuesto.
- 3. El Acto Legislativo es en realidad la matización de un principio, porque, en el marco de la justicia transicional, y con la finalidad de acabar con un largo conflicto que es un fin social superior se matiza el principio maximalista de investigación y se concentra en la figura de los máximos responsables, en la selección de casos y en la construcción de contextos. El resultado de esta matización es totalmente compatible con los principios de verdad, justicia y reparación, y de hecho los honra en gran medida en desarrollo de los procesos propios de la justicia transicional. En este sentido, las disposiciones demandadas se ajustan al precedente constitucional sobre reforma y no sobre sustitución.
- 4. Si bien el Acto Legislativo tiene el objetivo de proveer los mecanismos de justicia transicional necesarios para la superación del conflicto armado, la posibilidad de



priorizar y seleccionar casos en situaciones ordinarias de administración de justicia resulta constitucionalmente legítimo.

- 5. Los contenidos del Acto Legislativo demandados no contravienen la obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, ni el derecho de acceder a un recurso judicial efectivo. Para esto, reconstruimos cuál es el contenido y alcance de esta obligación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional colombiano, con el fin de evidenciar la plena compatibilidad que hay entre los estándares vinculantes y las disposiciones acusadas.
- 6. La obligación de investigar y juzgar constituye un principio y no una regla, lo cual tiene implicaciones importantes en relación con la forma como debe interpretarse su alcance, y en particular, en la forma como debe aplicarse a casos concretos. Así, al ser un principio, constituye un mandato de optimización que ordena que algo se haga en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto implica que el principio en cuestión ordena que el Estado investigue y sancione las violaciones graves a los derechos humanos en la mayor medida posible, y que se garantice el acceso a un recurso judicial efectivo para las víctimas. Pero dado que este principio puede entrar en tensión con otros como la necesidad de lograr la paz debe ser ponderado.
- 7. En Colombia, esta ponderación debe hacerse en un contexto transicional en el cual, si bien se reconoce la importancia de garantizar los derechos de las víctimas, también se admite que estos sean limitados con el fin de poder realizar el principio que juega en sentido contrario, que es la construcción de la paz y estabilidad democráticas. A su vez, éstos constituyen presupuestos fundamentales para la garantía de los derechos de las víctimas. En otras palabras, aunque en los contextos transicionales el Estado está obligado a garantizar de manera integral los derechos de las víctimas, está también legitimado constitucionalmente para limitar algunos de sus contenidos, teniendo en cuenta la importancia de realizar otros principios constitucionales en juego.
- 8. Los mecanismos adoptados en virtud del Acto Legislativo demandado son constitucionalmente legítimos, en la medida en que constituyen mecanismos que contribuyen a optimizar la gestión de la administración de la justicia penal. Tanto la priorización como la selección, cuentan con fundamentos empíricos como jurídicos que justifican su existencia y refuerzan su importancia para la práctica jurídica colombiana, en especial tratándose de un contexto transicional en el que se hace necesario contar con mecanismos que permitan garantizar los derechos de las víctimas, al tiempo que se construyen los cimientos para la paz. Para desarrollar este



punto, mostramos la naturaleza de estos mecanismos, su uso en experiencias comparadas y su compatibilidad con las disposiciones constitucionales que resultan relevantes para analizar su compatibilidad con la Constitución Política Colombiana.

A continuación desarrollamos los dos bloques de argumentos delineados. Para esto, esta intervención cuenta con dos partes principales, que corresponden a los dos argumentos presentados. En este sentido, primero mostramos las razones por las cuales la demanda puede ser considerada inepta desde el punto de vista sustancial; y posteriormente desarrollamos las razones por las cuales la Corte debería declarar que en el presente caso no se presenta una sustitución de la Constitución, sino una reforma de algunos elementos de la obligación de investigar y juzgar las violaciones graves a los derechos humanos, en un contexto transicional.

# II. SOLICITUD DE FALLO INHIBITORIO POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DE DEMANDA

Con base en la lectura integral y detallada de la acción de inconstitucionalidad presentada, se le solicita a la Honorable Corte Constitucional que profiera un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Esta petición se sustenta en el hecho que los demandantes incumplieron la exigencia de una mayor carga argumentativa impuesta por la jurisprudencia constitucional para las demandas contra actos legislativos por vicio de competencia. En consecuencia con lo anterior, y de forma más específica, la demanda carece de una argumentación clara, certera, suficiente y pertinente; como también lo exige la Corte para las acciones de inconstitucionalidad.

### 1. La demanda carece de una carga argumentativa superior y cualificada

La Corte Constitucional ha ratificado, a lo largo de toda su jurisprudencia, que las acciones de inconstitucionalidad que se interpongan contra actos legislativos deben tener una mayor carga argumentativa que las demandas contra leyes, si el ataque se fundamenta en una eventual sustitución de la Constitución. Es una exigencia mayor debido al carácter excepcional que tiene el juicio de sustitución dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta carga argumentativa superior que deben tener estas demandas no es un requisito estrictamente formal. Es una exigencia sustancial que se justifica por el carácter excepcional que adquiere el control de la Corte frente al poder que ostenta el Congreso de la República de reformar la Constitución. De hecho, como ha ocurrido continuamente en la última década, el tribunal constitucional ha proferido diversos fallos inhibitorios de demandas contra actos legislativos, precisamente, porque los demandantes no han



sustentado ni argumentado sólidamente sus conceptos de las supuestas sustituciones a la Carta Política. I

En todas las decisiones inhibitorias de la Corte está presente la justificación de evitar que cualquier demanda de inconstitucionalidad propicie la petrificación de cláusulas constitucionales, en un sistema como el colombiano que no las incorpora; que la Corte asuma un control material sobre reformas constitucionales de cuya competencia carece; y el subjetivismo judicial motivado por aceptar cualquier cargo de inconstitucionalidad como una sustitución de la Constitución.

En un reciente fallo inhibitorio frente a una demanda por juicio de sustitución, la Corte reiteró este criterio general así:

"La tesis según la cual los actos de enmienda de la carta política pueden ser invalidados por esta corporación bajo la consideración de que su autor carecía de competencia para ello al tratarse de una sustitución de la Constitución más que de una reforma de la misma, se base en esa trascendental distinción entre reforma y sustitución de la Constitución, la cual a su vez constituye sin duda una situación en extremo excepcional, por al menos dos razones: de una parte porque, según se desprende del artículo 374 superior, el Congreso de la República tiene, de manera permanente, el poder de reformar la Constitución Política; de otra, porque según lo ha reconocido la Corte, ese texto no contiene cláusulas pétreas, por lo que en principio cualquiera de sus disposiciones, e incluso todas ellas, pueden ser objeto de enmienda. Es justamente bajo esas consideraciones, que esta corporación ha resaltado que la carga argumentativa que en estos casos debe cumplir el actor es muy superior a la que de ordinario le incumbe cuando se demanda la inconstitucionalidad de las leyes, pues además de sustentar y demostrar los pertinentes cargos, debe desvirtuar la presunción de que el Congreso obró en ejercicio de sus competencias."2 (Subrayado fuera de texto)

Estos criterios de la Corte en materia de requisitos para demandar actos reformatorios de la Constitución están destinados, en últimas, a perfilar y perfeccionar el concepto de

Sobre el requisito de una mayor carga argumentativa en las demandas contra actos reformatorios de la Carta Política por vicios de procedimiento pueden tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Constitucional: C-178, C-180, C-216 y C-293 del 2007; C-599 del 2010, C-574 del 2011; y C-132, C-243, C-317, C-709, C-846 y C-1056 del 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-846 del 2012, M.P. Nilson Pinilla.



sustitución de la Carta; además de diferenciarlo de una estricta reforma constitucional<sup>3</sup>. Así, la demanda contra un acto legislativo tiene que ser lo suficientemente persuasiva, convincente y sólidamente argumentada, para que la Corte entre a analizar de fondo la exequibilidad o inconstitucionalidad del aparte demandado. Otro fallo inhibitorio emitido recientemente por la Corte recordó la síntesis del por qué se exige una carga argumentativa adicional:

"[...] [p]or eso, conforme se ha insistido en la jurisprudencia constitucional, para que la Corte pueda entrar a estudiar si asiste razón al demandante al señalar que el Congreso excedió su poder de reforma a la Constitución, es preciso que indique de qué manera dichos cambios suponen un cambio sustancial y trascendental frente a postulados que delinean la identidad de la Constitución."

Hechas estas advertencias generales, se evidencia que la demanda contra las expresiones atacadas del Acto Legislativo 01 de 2012, incumple de muchas formas el requisito de una carga argumentativa acorde a lo que se necesita para analizar de fondo un eventual juicio de sustitución.

En concreto, la argumentación adolece de claridad, certeza, suficiencia y pertinencia, requisitos ineludibles para que la Corte acepte decidir de fondo y no emita un fallo inhibitorio.

(i) La demanda no plantea claramente si las disposiciones demandadas configuran una reforma o una sustitución

Si bien la demanda cumple con algunos aspectos formales, como la enunciación clara del principio estructural supuestamente sustituido, no plantea con claridad la argumentación de las dos tesis esenciales para analizar de fondo la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas: 1) si la alteración de este principio esencial encaja en una reforma o en una sustitución de la Constitución; y 2) si no se trataría de la petrificación de una cláusula constitucional<sup>5</sup>.

Esta ausencia de claridad se nota en varios elementos de la demanda. Uno de ellos es la contradicción entre la petición de inexequibilidad por sustitución y la advertencia de que el acto legislativo, en sí mismo y en su conjunto, no sustituye la Carta del 91. Por ejemplo, en la página 25 de la demanda, se encuentra la siguiente premisa:

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-243 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La tesis concluyente extraída de la Sentencia C-846 del 2012 también se puede encontrar en otras como la C-132 del 2012 y C-574 del 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Este deber argumental está dispuesto, entre otras, en la Sentencia C-574 del 2011, M. P. Juan Carlos Henao.



"[...] [d]e hecho, el acto legislativo demandado precisamente regula el deber estatal de investigación y juzgamiento, al permitirle al Fiscal General de la Nación adoptar criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, lo cual consideramos que no sustituye el pilar esencial de la Constitución al que nos hemos venido refiriendo, pues no implica per se una renuncia a la investigación y el juzgamiento de todos los hechos que constituyan graves violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH, así como de todos sus responsables."

De esta forma, si el eje central del Acto Legislativo es la priorización y la selección de casos sometidos al proceso de justicia transicional, y estos no constituyen una sustitución, sino una reforma constitucional, no es claro cómo la especificación de estos mecanismos son demandados por sustitución de la Constitución.

Por esta razón, cuando la misma demanda plantea contradicciones en la argumentación, la Corte se ha declarado inhibida, por incumplirse el deber de una línea argumentativa clara. En la Sentencia C-132 del 2012 se estableció un precedente concreto al respecto. En esta ocasión, la Corte profirió un fallo inhibitorio frente a la demanda por juicio de sustitución frente al Acto Legislativo 03 de 2011 (sostenibilidad fiscal), por la contradicción en la argumentación del demandante, la cual le restaba claridad al cargo de vicio de competencia. La Corte se pronunció así:

"[...] [a]unado a lo anterior, las explicaciones dadas por el ciudadano no terminan de ser claras por cuanto, por una parte, alega que la reforma constitucional vulnera los derechos fundamentales pero, por la otra, sostiene que algunas cláusulas contenidas en la misma, terminan por ser "retóricas", queriendo decir con ello que carecen de efectos vinculantes."

Este mismo fenómeno de contradicción argumentativa se presenta en la demanda bajo análisis. De una parte se afirma que el Acto Legislativo en su conjunto no sustituye la Constitución, pero de otra, se asegura que tres de sus expresiones sí; de tal forma que los actores desconocen que las disposiciones cuya exequibilidad cuestionan son manifestaciones específicas de la priorización y la selección propias de la justicia transicional reguladas en el Acto Legislativo.

De acuerdo con lo anterior, no es claro si las expresiones demandadas también hacen parte de la reforma que los demandantes comparten y cuya exequibilidad no enjuician, o si realmente solo extrayéndolas del contexto de todo el Acto Legislativo se consideran una sustitución de la Constitución.



Bajo la misma confusión argumentativa, tampoco es clara la relación entre el principio estructural y axial propuesto como sustituido y toda la estructura argumentativa de la demanda. El elemento estructural expuesto como vulnerado consiste en el deber del Estado colombiano de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los derechos humanos (en adelante, "DDHH") y al derecho internacional humanitario (en adelante, "DIH"). Sin embargo, los argumentos se concentran en el desconocimiento de los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "CtIDH") relativos a esta obligación. Así, de la armazón argumentativa de los demandantes se extrae otro principio afectado que el propuesto, más asociado al deber del Estado de respetar y acatar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, consagrado en el artículo 93 de la Constitución.

Adicionalmente, en ningún lugar de la demanda hay argumentos extraídos de los precedentes de la Corte Constitucional sobre éste deber o de otros artículos que conforman el elemento axial, como puede ser el acceso a la administración de justicia o las normas relativas a la protección de los derechos del preámbulo de la Constitución Política. La concentración en los precedentes de la CtIDH también genera un halo de confusión a lo largo de toda la demanda, ya que no se puede construir un principio estructural de la Constitución sin tener en cuenta no solo las interpretaciones que del bloque de constitucionalidad hacen los organismos internacionales, sino las propias elaboradas por la Corte Constitucional colombiana.

De este desbalance en argumentos no queda claro si la aplicación de los precedentes de la CtIDH se ajustan al principio propuesto o a otro radicalmente diferente no contemplado en la demanda: el deber del Estado de respetar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos, tal y como lo señala el artículo 93 de la Carta Política.

Por las anteriores razones, la demanda carece de argumentos claros que sustenten el juicio de sustitución. En consecuencia, se incumple uno de los requisitos para que la Corte acepte analizar de fondo la demanda, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia de este alto tribunal.

Sobre la falta claridad de los argumentos en las demandas de inconstitucionalidad, la Corte ha establecido dos sub-reglas claras: (1) es causal de inhibición; y (2) en materia de demandas contra actos legislativos no puede aplicarse el principio *pro actione* con el fin de que la Corte deduzca claramente los cargos.

La falta de nitidez argumentativa en los juicios de sustitución ha sido entendida por la Corte, tanto en demandas contra leyes como contra actos legislativos, de la siguiente forma:



"[...] [l]a claridad de la demanda se predica de aquella que tiene una coherencia argumentativa tal que le permita a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque debido al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de forma coherente y comprensible."

Por argumentaciones equívocas, dudosas, ambiguas; es decir, sin claridad, la Corte Constitucional se ha inhibido en varias ocasiones de estudiar si en realidad un acto legislativo sustituyó o reformó la Carta del 91<sup>7</sup>.

Además, y a diferencia de lo que se permite en las demandas de inconstitucionalidad contra leyes, en los casos de acciones contra actos reformatorios de la Constitución, por el cargo de vicio de competencia, el principio *pro actione* es limitado en su aplicación por parte del juez constitucional. Esto es, la Corte no puede deducir o inferir de una argumentación confusa los cargos o las justificaciones reales implícitas en la demanda.

Esta inhibición y poco margen de aplicación de este principio en estas demandas hace parte del precedente constitucional. En la Sentencia C-574 del 2011, 8 la Corte determinó la improcedencia de una lectura supuesta de la demanda por parte del juez constitucional, para construir de oficio los vicios de procedimiento, en los siguientes términos:

"[...] [e]n este caso la Corte no puede llegar en el control de la inconstitucionalidad por sustitución en las reformas constitucionales a 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. Como se estableció en la Sentencia C-682 de 2009, <<[...] cuando los actores no satisfacen la carga mínima de argumentación la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales [sic] va a pronunciarse y menos aún 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>>".

<sup>8</sup> M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1052 del 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Sentencias C-243 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y C-132 del 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.



De hecho, este precedente fue consolidado en la Sentencia C-317 del 2012, <sup>9</sup> especificamente, en la prohibición que tiene el juez constitucional de construir oficiosamente el cargo de inexequibilidad por juicio de sustitución:

"[...] [e]n cualquier caso, la Corte ha precisado que si no existe cargo, la Sala no puede, a propósito del control de la inconstitucionalidad por sustitución en las reformas constitucionales, 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."

En conclusión, se le solicita a la Honorable Corte Constitucional inhibirse de fallar de fondo esta demanda contra Acto Legislativo 01 de 2012, por incumplir la claridad en la carga argumentativa, a pesar de haber expuesto las tres premisas del juicio de sustitución, como también lo exige la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, si la Corte encuentra la argumentación clara y los cargos igualmente comprensibles, hay otros yerros en la argumentación de la demanda que también deben ser analizados por la Corte para sustentar la solicitud de inhibición.

#### (ii) Las premisas del juicio de sustitución desconocen el requisito de certeza

Junto a la claridad, otro requisito inescindible para que la Corte entre a decidir de fondo las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos por sustitución de la Constitución es la certeza en la argumentación. Respecto de esta característica, las Sentencias C-1052 del 2001<sup>10</sup> y C-243 del 2012<sup>11</sup> también señalaron lo siguiente:

"La certeza de las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad, tiene que ver con que los cargos se dirijan contra una proposición normativa << real y existente>>. Esto es, que esté efectivamente contenida en la disposición acusada y no sea inferida por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. La certeza exige que la norma que se acusa tenga un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto". (Subrayado fuera de texto)

Cuando se juzga la certeza de los argumentos en demandas fundamentadas en el juicio de sustitución, se debe tener en cuenta, concretamente, la premisa menor aducida por los demandantes. Esto es, el nuevo principio que deducen del cambio constitucional. Y esta proposición debe ser certera y fácilmente demostrable de la lectura completa del acto

<sup>9</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>10</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>11</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



legislativo, y no de las interpretaciones subjetivas de los actores. Por esta causa, por ejemplo, la Corte<sup>12</sup> se inhibió de resolver la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 04 del 2011, que homologaba la provisionalidad en los cargos de carrera administrativa con un alto puntaje en los concursos públicos de méritos.

En la demanda en comento, la Corte encontró que el principio de mérito en el acceso a cargos públicos sí era un elemento estructural de la identidad de la Constitución, pero que la premisa menor propuesta en la demanda era equivocada, por no ser cierta, según la cual la homologación exoneraba a los servidores públicos provisionales de la presentación del concurso de méritos. En realidad, la proposición normativa sí obligaba a estos funcionarios a concursar. La providencia en mención afirmó:

"Es cierto que el pronunciamiento hecho por el pleno de esta Corporación a propósito del Acto Legislativo 1 de 2008, se fundó en que el tenor literal de esta reforma que ordenaba la implementación de << 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 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados, bajo ciertas condiciones. Así, la Corte examinó un precepto en el cual se excluía de forma expresa a ciertos ciudadanos del concurso público y se ordenaba su inclusión automática dentro de la carrera administrativa. En contraste, la norma acusada por los demandantes somete a los actuales servidores públicos provisionales y en encargo a un proceso de selección, en el que se asigna un valor numérico a la experiencia y a los estudios adicionales requeridos para ejercer el cargo. Por ende no se deduce del tenor literal del texto, como lo sostienen los demandantes, que lo dispuesto por el Acto Legislativo 04 de 2011 sustraiga de manera absoluta del concurso público a un determinado sector de la población. De este modo, el cargo propuesto contraría las exigencias del requisito de certeza, al recaer en una proposición normativa que no se desprende de la literalidad del Acto Legislativo 4 de 2011 sino que, por el contrario, deriva su contenido del texto de otra enmienda declarada inexequible por la Corte. En este escenario, mal haría la Corporación en estudiar la reforma introducida a la Constitución por el Congreso en los términos propuestos por los ciudadanos, pues los elementos de los que parte no se desprenden necesariamente de la norma. "(Subrayado fuera de texto)

<sup>12</sup> Ibid



En este mismo error incurre esta demanda, ya que las dos premisas menores del supuesto nuevo elemento conformado por el Acto Legislativo 01 del 2012 son erróneas. Las proposiciones normativas elaboradas por los demandantes son las siguientes<sup>13</sup>:

"[...] [e]s deber del Estado colombiano garantizar los derechos de algunas de las personas residentes en Colombia e investigar <u>algunas</u> de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y juzgar solo a <u>algunos</u> de sus responsables"

El Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar todas las conductas que constituyan crímenes de guerra, sino <u>tan solo</u> aquellas conductas que constituyan crímenes de guerra cometidas de manera sistemática. "(Subrayado fuera de texto)

Como se sustentará a continuación, estas proposiciones son interpretaciones incorrectas de las expresiones cuestionadas del Acto Legislativo, pues se hace una lectura descontextualizada del texto gramatical general en el que están inmersas. De manera resumida, se puede decir que la demanda está en contra de que no se investiguen todos, sino algunos, de los crímenes contra graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Pero olvidan los accionantes otros apartes del acto legislativo en el que se desvirtúa esta proposición. En este sentido apunta el inciso segundo del nuevo Artículo Transitorio 66 del Acto Legislativo 01 de 2012: "[m]ediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas."

Pero hay otro texto al interior del inciso cuarto del Artículo Transitorio 66 que también es necesario vincular para cuestionar la veracidad de la premisa menor determinada por la demanda:

"[...] [s]in perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, 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

<sup>13</sup> Página 4 de la demanda.





de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática". (Subrayado fuera de texto)

Las palabras resaltadas del propio Acto Legislativo 01 del 2012 demuestran que el deber del Estado colombiano de investigar y sancionar estos delitos sigue conservando su carácter de obligación general y total, y no relativo, como lo proponen los demandantes. Por el contrario, se puede sostener, a diferencia de lo argumentado en la demanda, que a partir de este Acto Legislativo, el Estado seguirá conservando la obligación de investigar y sancionar todos los crímenes por graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

Por lo anterior la Corte debe también declararse inhibida de pronunciarse sustancialmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la demanda, en virtud de su precedente sobre los requisitos de claridad y certeza en la argumentación de estas demandas<sup>14</sup>.

(iii) La demanda tiene una argumentación insuficiente para demostrar la sustitución de la Constitución

A lo largo de todos los fallos inhibitorios contra actos legislativos demandados por supuesta sustitución de la Constitución, la Corte Constitucional ha impartido una serie de sub-reglas sobre los requisitos más rigurosos que deben tener los argumentos de estas demandas. En los acápites anteriores se abordaron los de claridad y certeza, y la forma en la que la Corte, en casos concretos, ha determinado cuando un planteamiento de sustitución no es claro ni cierto. Otra de las exigencias para los argumentos es la de la suficiencia.

De forma general, y sin ser redundante, la Corte ha indicado que la suficiencia se refiere a que se le brinden argumentos suficientes para persuadirla de examinar el caso de fondo, y pueda decidir sobre la exequibilidad de la modificación constitucional. En palabras de la Corte:

"[...] [l]a suficiencia se predica de las razones que guardan relación, por una parte, <<con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup>La claridad y certeza en la argumentación como requisitos formales de las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos por sustitución de la Constitución es un precedente reiterado, que se puede encontrar, entre otras, en las siguientes providencias: Sentencia C-599 del 2010, M.P. Jorge Iván Palacio; Sentencia C-574 del 2011, M.P. Juan Carlos Henao Vargas; Sentencia C-132 del 2012, M.P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-243 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-317 del 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia C-709 del 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-846 del 2012, M.P. Nilson Pinilla.



constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche>> y, por otra parte, con el alcance persuasivo de los argumentos de la demanda que, <<a href="equationalidac"><a unque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si [sic] despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.>>"

La insuficiencia puede verificarse desde varias aristas, las cuales han sido abordadas en los últimos fallos inhibitorios de esta alta corte.

La insuficiencia puede verificarse desde varias aristas, las cuales han sido abordadas en los últimos fallos inhibitorios de esta alta corte. Una de ellas es cuando la demanda no ataca toda la reforma constitucional, y en esta medida, no tiene en cuenta el contexto general y total de todo el acto legislativo.

Esta descontextualización se genera cuando la demanda se interpone solo contra algunas expresiones del acto legislativo y no contra la totalidad; y el demandante extrae conclusiones aisladas de los apartes cuestionados, sin tener en cuenta la integridad del acto modificatorio. Este es el caso de la Sentencia C-574 del 2011, en el que la Corte se inhibió de fallar de fondo una demanda parcial contra algunas expresiones del Acto Legislativo 02 del 2009, que prohibió el porte y el consumo de la dosis personal de estupefacientes. Sobre este punto, la Corte expresó:

"[...] [e]n efecto, la expresión normativa acusada, según la cual <<El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido>>, que encabeza el inciso sexto del artículo 49 de la Carta, no puede ser comprendida autónomamente, sin tener en cuenta la segunda y la tercera parte del precepto que prescribe que <<con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéuticos para las personas que consuman dichas sustancias>>, y que, <<el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto>>.

Como se ha establecida en reiterada jurisprudencia, aplicable especialmente a la teoría de la sustitución de la Constitución de la Constitución, cuando en la demanda no se establece la proposición jurídica completa, se está vulnerando el principio de suficiencia que deben tener las demandas de constitucionalidad y que consisten 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 que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada."

Pues bien, esta demanda incurre en este mismo yerro. Aunque se trata de actos legislativos de contenido diferente, la demanda, desde un punto de vista formal y de estructura argumentativa, tiene identidad fáctica con la descrita por la Corte en la Sentencia C-574 del 2011. Las dos son demandas parciales, contra algunas expresiones de las reformas, pero no contra el acto en su integridad; y, principalmente, las dos extraen proposiciones normativas que desconocen por completo todo el marco jurídico del acto en general.

Los actores deducen de las expresiones que demandan una consecuencia según la cual solo algunos crímenes de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario serán investigados y sancionados, pero en ningún momento hacen referencia ni literal ni argumentativa del Acto Legislativo 01 del 2012 en su totalidad, cuya lectura completa indica lo contrario. Por ejemplo, la demanda no aborda los elementos esenciales de toda esta reforma constitucional que se encuentran a lo largo de su texto como la justicia transicional, el objetivo de facilitar la finalización del conflicto armado colombiano, los conceptos de priorización y selección en la justicia transicional comparada, la obligación que sigue conservando el Estado de investigar y sancionar estos delitos, las garantías de no repetición de crímenes atroces y los mecanismos judiciales y extrajudiciales de investigación y sanción de ellos que se propondrán en una ley estatutaria.

A manera de ejemplo, los demandantes – al desconocer el contexto integral de todo el Acto Legislativo 01 del 2012 – adoptaron una visión estrictamente judicial de la investigación y sanción de estos delitos, cuando el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acogieron una óptica más amplia de administración de justicia, al incorporar mecanismos no judiciales de investigación y sanción. Tal y como quedó en la reforma constitucional, y de acuerdo con los antecedentes del proyecto de acto legislativo, se planteó un completo abordaje de los crímenes atroces cometidos en el conflicto colombiano, desde lo judicial y lo alternativo:

"[...] [a]utorizar la creación de mecanismos no judiciales de investigación y sanción, puesto que no existe no existe ninguna obligación internacional que prohíba que los deberes de investigar y sancionar se garanticen por medio de instrumentos no judiciales. De la lectura de los artículos 1.1., 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se desprende que el cumplimiento de estas obligaciones tenga que hacerse por medios judiciales. Asimismo, la interpretación del artículo 17 del Estatuto de Roma,



implica que si se realiza una investigación no judicial completa generaría la inadmisibilidad de un caso ante la Corte Penal Internacional. Además, los grandes contextos de verdad responden típicamente a procesos no judiciales; que en vez de probar cada hecho, esclarecen contextos amplios y buscan explicar las causas mismas del conflicto armado interno." (Subrayado fuera de texto)

En desarrollo de esta visión no tradicional del acceso y la administración de justicia, en los debates parlamentarios de este proyecto se profundizó en las ventajas que tienen los mecanismos extrajudiciales de investigación y sanción de grandes crímenes:

"Esta clase de mecanismos:

Resultan sumamente útiles para la satisfacción de los derechos a la verdad de los patrones y los contextos del conflicto, la justicia, la reparación de las víctimas, la garantía de no repetición y permiten cumplir los compromisos que el Estado adquirió con los desmovilizados. Atienden las obligaciones internacionales de Colombia, porque:

Tal como lo afirma la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el fin de cerrar la brecha de impunidad, las iniciativas de enjuiciamiento habrán de entablar relaciones constructivas con otros mecanismos de la justicia de transición.

En un caso como el de Colombia es imposible humana y técnicamente investigar a todos los autores y todas las conductas.

La persecución penal de todos y cada uno de los individuos que hayan participado en las atrocidades generaría una desestabilización política y división social.

Hacen más plausible el procesamiento de un mayor número de casos.

Pueden generar mayor confianza de los miembros de la sociedad en las instituciones y en el nuevo orden.

Generan la tranquilidad de las víctimas de que las personas que han participado en los abusos no permanecerán en sus cargos.

La información recogida en los mecanismos no judiciales puede contribuir a la verdad.

La participación de la sociedad civil puede ser más efectiva en los mecanismos no judiciales, tomando en consideración que tienen metodologías menos formales que los mecanismos judiciales.

RUILLO

Congreso de la República, Antecedentes del proyecto de acto legislativo 094 del 2011, Cámara, Gaceta 681/11.



Los mecanismos no judiciales pueden contribuir con mayor facilidad a esclarecer patrones de comportamiento y sugerir reformas institucionales para prevenir futuros crímenes." 16

Esta lectura descontextualizada fue la que llevó a los demandantes a plantear una carga argumentativa insuficiente contra las expresiones cuya exequibilidad se ataca. Así, se le plantea a la Corte una razón más de seguir su precedente en materia de inhibición y declararla en este caso, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Adicionalmente, la demanda no solo incurre en insuficiencia por descontextualización, sino que también se ajusta al segundo presupuesto detallado por la Corte: el de la omisión de exponer todos los problemas hermenéuticos que subyacen en la enmienda constitucional. Este fue el caso de la Sentencia C-132 del 2012<sup>17</sup>, en el que la Corte también se inhibió de tomar una decisión sustantiva respecto del Acto Legislativo 03 de 2011 (sostenibilidad fiscal). Así, la insuficiencia por la falta de presentación de todas las posibilidades hermenéuticas se presenta cuando la demanda se enfoca solo en la supuesta contradicción de un solo concepto constitucional. En este fallo, la Corte sostuvo:

"[...] [a]hora bien, si se confrontan los anteriores argumentos con los requisitos mínimos anteriormente señalados, se encuentra que no se cumple con el requisito de suficiencia. En efecto, la Corte encuentra que el demandante no abordó realmente los numerosos problemas hermenéuticos que ofrece la enmienda constitucional. Por el contrario, sus explicaciones apuntaron tan sólo a plantear una supuesta y abierta contradicción entre el concepto de sostenibilidad fiscal y el modelo de Estado Social de Derecho, sin reparar en las complejas relaciones existentes entre ambos conceptos. De igual manera, el examen que realiza el ciudadano acerca de la eventual afectación de la procedencia del amparo en materia de DESC, no toma en consideración todo el contexto normativo, es decir, la integridad misma de la reforma constitucional."

Esta acción también carece en su argumentación de un mayor espectro hermenéutico. Solo se concentra en aducir que las normas demandadas del Acto Legislativo facultan al Estado colombiano para no juzgar todos los crímenes cometidos por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Así, en la demanda no se propusieron ni se desarrollaron los siguientes elementos integrantes de todo el contexto de esta reforma constitucional, más allá del deber de investigar y sancionar:

<sup>17</sup> M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>16</sup> Congreso de la República, ponencia para segundo debate, Gaceta 783/11.



- La flexibilización de ciertos principios relativos a la sanción e investigación de delitos en los contextos de justicia transicional.
- 2) La relativización de los mecanismos judiciales para superar un conflicto armado.
- 3) La posibilidad de investigar y sancionar fuera de los marcos tradicionales de justicia, inclusive en la ausencia de un conflicto armado.
- La relación entre los conceptos de priorización y selección de casos y la renuncia a la sanción.
- 5) La garantía de los derechos a la verdad y a la reparación, más allá de la sanción contra los autores de graves delitos.
- 6) El derecho a la no repetición de graves crímenes, como elemento esencial también del deber de respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos.

Ninguna de estas posibilidades en la interpretación subyacentes en el Acto Legislativo fue abordada en la demanda. Ni siquiera como esquema complementario de argumentación para reforzar la tesis de una eventual sustitución de la Constitución.

Asimismo los demandantes desconocieron que la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia la posibilidad de que el legislador establezca mecanismos que puedan conducir al establecimiento y consolidación de la paz. Así, en contextos de transición democrática, en los que se pretende pasar de la guerra a la paz, sería admisible constitucionalmente la realización de acuerdos políticos con grupos armados ilegales, con el fin de lograr la dejación de las armas, y la cesación del conflicto. La Corte ha considerado que esto demanda cierto grado de flexibilidad al momento de aplicar los principios que rigen la función judicial, por lo cual serían admisibles ciertas restricciones a principios constitucionales como el derecho a la justicia de las víctimas y la obligación del Estado de investigar y juzgar. Dichas restricciones, que pueden incluir amnistías e indultos, rebajas de penas y la adopción de mecanismos especiales de administración de justicia, entre otros, no constituirían una denegación de los principios constitucionales enunciados, sino una restricción justificada en función de la superación de la violencia y la concreción de otros principios constitucionales relevantes<sup>18</sup>.

La norma demandada constituye una herramienta para luchar contra la impunidad y para cumplir con los fines del Estado en un contexto de transición democrática. Por ello, debería ser entendida como una excepción al principio general de la justicia, que si bien puede

Corte Constitucional, C-370 de 2006. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.



restringir algunos de sus contenidos, es admisible constitucionalmente por contribuir a la consecución de la paz y la realización de otros principios constitucionales.

Hasta el momento, entonces, la demanda presenta dos deficiencias específicas en relación con el defecto de argumentación insuficiente: una proposición normativa incompleta y un escaso planteamiento de los diversos problemas de interpretación que pueden generar las expresiones demandadas. A estos se suma otro yerro de insuficiencia, relacionado con el anteriormente desarrollado, y que también ha sido explorado por la jurisprudencia de la Corte: asimilar los cambios producidos por la reforma como una automática sustitución de la Constitución. Si no se brindan argumentos sólidos para sostener que esos cambios sí trastocan con una gran magnitud un elemento definitorio y esencial de la Carta Política, la demanda sigue siendo insuficiente.

Las Sentencias C-243 del 2012<sup>19</sup> y la C-846<sup>20</sup> del mismo año son un buen ejemplo de inhibición por esta causa. En el caso de la primera, la Corte consideró que, si bien el Acto Legislativo 04 del 2011, sobre la homologación de los cargos provisionales en los concursos de carrera administrativa, producía unas consecuencias contrarias a ciertas normas constitucionales, la sola enunciación de este cambio en la Constitución era insuficiente para concluir que se trataba de una modificación estructural de toda la Carta Superior. Es el mismo caso de la Sentencia C-846, en el que la Corte también se inhibió de emitir un fallo de fondo sobre el Acto Legislativo 01 del 2011, el cual excluía el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, cuando se tratara del trámite de actos legislativos. El demandante expuso algunas consecuencias adversas a ciertos principios constitucionales, como la pérdida de la transparencia en el ejercicio de la función pública y la posible prevalencia de los intereses personales de los parlamentarios sobre el interés general; pero la Corte consideró que la sola enunciación de los cambios y las modificaciones no permitían concluir de inmediato una sustitución de la Carta. La argumentación fue insuficiente, ya que la Corte consideró que "[...] todas las reformas a la Carta Política introducen en ella elementos que antes no se encontraban, modifican los ya existentes, incluyen restricciones frente a los artículos contenidos en la Carta, e incluso pueden contemplar disposiciones que contradigan en todo aspectos que ya habían sido objeto de regulación."21

En otras palabras, no basta con enumerar las consecuencias que se consideren contrarias a ciertos principios constitucionales, sino que hay que incrementar la carga argumentativa para advertir que esos cambios tienen la trascendencia de cambiar la identidad de la Constitución. Si bien se describe con exactitud esta consecuencia, y se refuerza con la argumentación de los precedentes de la CtIDH, se omitió arguir cómo este cambio también

<sup>19</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>20</sup> M.P. Nilson Pinilla.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Sentencias C-243 del 2012, C-588 del 2009 y C-1200 del 2003.



puede transformar radicalmente el funcionamiento de la administración de justicia en los casos penales.

Con base en toda la argumentación anterior, se le insiste a la Corte que se inhiba de enjuiciar la inexequibilidad de las expresiones atacadas del Acto Legislativo 01 del 2012, por adolecer la demanda de insuficiencia absoluta en su carga argumentativa.

 Los argumentos de la demanda relativos a los instrumentos internacionales como parámetro de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012 son impertinentes

En este punto, vale la pena anotar que la demanda se fundamenta en la presunta existencia de un vicio de procedimiento consistente en la falta de competencia del Congreso de la República para aprobar una reforma constitucional como la contenida en el contra el Acto legislativo 01 de 2012, comoquiera que, a juicio de los demandantes, a partir de éste se habría causado una sustitución de la Constitución Política de 1991. No obstante, las razones que los demandantes presentan son impertinentes e imprecisas para sustentar dicho cargo, como se expondrá a continuación. Sea lo primero recordar que, como ya se señaló, la Corte ha establecido la pertinencia de los argumentos como uno de los requisitos para que la demanda sea considerada apta para un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

A este respecto, no sobra exponer que la Corte se ha referido a la pertinencia como un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad y lo ha definido de la siguiente manera:

"[...] el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que 'el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico'; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola 'de inocua, innecesaria, o reiterativa' a partir de una valoración parcial de sus efectos."<sup>22</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Sentencia C-1052 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.



De conformidad con lo anterior, lo primero que debe ponerse a consideración de la Corte es que los demandantes parten de un supuesto equivocado, ya que proponen a la Corte que se efectué un juicio de control material y no formal de constitucionalidad. En efecto, el grueso de la argumentación de la demanda se dirige a demostrar cómo los apartes demandados del Acto Legislativo quebrantan, de un lado, deberes contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad, y de otro, las interpretaciones que de los mismos ha efectuado el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, un pronunciamiento de fondo al respecto, equivaldría a aceptar que la Corte puede realizar un control de contenido de las reformas constitucionales, y justamente consolidada jurisprudencia de esa Corporación ha señalado, sin excepciones, que la Constitución Política de Colombia no la habilita para conocer de las demandas de contra actos legislativos por presunta violación sustantiva de la Constitución, mucho menos tomando como referente supraconstitucional algunos tratados de derecho internacional. Su competencia se limita exclusivamente a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación.<sup>23</sup> Ello significa también que a la Corte le corresponde la revisión de la competencia del Congreso para aprobar actos de reforma de la constitución, verificando que no se haya cambiado, derogado, reemplazado o sustituido la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente.<sup>24</sup>

Ahora bien, los demandantes aciertan al afirmar que el bloque de constitucionalidad en su integridad es relevante para determinar si una reforma constitucional es en realidad una sustitución de la Constitución, en la medida en que los elementos esenciales definitorios de la Constitución no sólo se encuentran directamente en su texto, sino que también emanan de las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, de esa premisa no se puede concluir válidamente que un acto legislativo puede ser juzgado por vicios sustantivos estableciendo una comparación entre la disposición constitucional cuestionada y un artículo de determinado tratado, porque ello supondría la reducción del cargo que se eleva contra una reforma constitucional, al de una norma inferior a la Constitución. Así también implicaría extraer de la Constitución los tratados que conforman el bloque para ubicarlos en una categoría supraconstitucional. De ahí que la Corte no pueda, como se plantea en la demanda, entrar a comparar la disposición cuestionada con los

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> En los términos de la Constitución Política de 1991 en el artículo 241 "A la Corte Constitucional se le confia 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: 1. decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea si origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación."

Al respecto se puede consultar, entre otras, la Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En ésta, la Corte explica que la falta de competencia del órgano reformador también constituye un vicio de forma. en los siguientes términos: "[...] no sólo 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"



tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad para determinar si se ajusta a la Constitución. En ese sentido, la Corte ha señalado:

"[...] [l]a Corte ha avanzado, por un lado, en la identificación de aquello que no puede tenerse como una sustitución de Constitución. Así, ha dicho, no se trata de una vía para abordar un control por vicios de fondo de las reformas constitucionales, que está expresamente excluido por el ordenamiento. De este modo, el análisis de sustitución de la Constitución no consiste en la confrontación material de una reforma con determinadas normas constitucionales o de tratados internacionales que hagan parte del bloque de constitucionalidad. El juicio de sustitución no puede asimilarse a un control material ordinario.

Es claro que toda reforma de la Constitución, en cuanto que versa sobre normas que, por el solo hecho de estar contenidas en la Constitución, son fundamentales, es, per se, fundamental. No basta con señalar, entonces, que ha habido un cambio fundamental que contradice de manera importante una norma constitucional, porque ese es, precisamente, el cometido de las reformas constitucionales. Y por eso, precisamente, el procedimiento se ha rodeado de mayores garantías, las cuales carecerían de sentido si el poder de reforma no pudiese producir alteraciones sustanciales."<sup>25</sup>

En un segundo término, el argumento que se utiliza como fundamento del cargo de sustitución, según el cual los instrumentos internacionales citados por los demandantes, revelan deberes propios del pilar esencial de la Constitución que a su juicio fue sustituido en el Acto Legislativo, es igualmente impertinente y carece del rigor necesario para constituir un cargo frente a una reforma constitucional. En efecto, la demanda se apoya casi en su totalidad en interpretaciones contenidas en la jurisprudencia de la CtIDH y en Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos, los cuales se intentan aplicar de manera indistinta como parámetro de constitucionalidad del Acto Legislativo, cuando, en realidad, no lo pueden ser.

En primer lugar, si bien es cierto las interpretaciones que hacen los órganos autorizados de los tratados internaciones de derechos humanos son instrumentos de suma importancia y constituyen pautas normativas que deben ser tomadas en cuenta por los jueces al momento de efectuar control de constitucionalidad<sup>26</sup>, ello no significa que por sí mismos sean normas

Sentencia C-970 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia la Corte estudió la constitucionalidad de Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias, entre otras, C-406 de 1996, C-251 de 1997, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003 ha destacado que la jurisprudencia de



imperativas con fuerza constitucional, más aun si se tiene en cuenta que, en el caso de las Observaciones Generales, se trata de directrices generales y amplias que no detallan de manera precisa su marco de aplicación.

Adicionalmente, respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha sostenido que debe ser un parámetro hermenéutico para los jueces constitucionales. Por ejemplo, en la Sentencia C-936 de 2010<sup>27</sup>, la Corporación señaló:

"[...] en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales."

Pero, a pesar de que también, en pocas oportunidades, <sup>28</sup> la Corte ha reconocido su fuerza vinculante, sólo lo ha hecho a afectos de (1) recordar que las sentencias de dicho órgano son obligatorias para el caso concreto; y (2) afirmar que si bien son referentes importantes no pueden ser utilizados indiscriminadamente como precedente. Precisamente así se puede constatar en la Sentencia C-442 de 2011, <sup>29</sup> donde la Corte revisaba la constitucionalidad de los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 de la Ley 599 de 2000<sup>30</sup> sobre los tipos penales de injuria y calumnia. Gran parte de la demanda se basaba en el caso *Kimel v. Argentina* para sustentar que tales tipos constituían, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una limitación al derecho de libertad de expresión. Sin embargo, a

las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos.

M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificatorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 ("Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"). Esta disposición regulaba la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados.

La Corte Constitucional se ha referido a la fuerza vinculante de jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias, solamente en las sentencias de constitucionalidad: C-370 de 2006, M.P Manuel José cepeda espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y C-442 de 2011 MP. Humberto Antonio Sierra Porto. en los siguientes términos: "[...] [p]or su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario."

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> M.P. Humberto Sierra Porto.
<sup>30</sup> "Por la cual se expide el Código Penal"



pesar de que se afirmó el efecto vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se consideró que no eran un precedente obligatorio para el caso concreto y señaló:

"[...] aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia [...]"

Bajo esa consideración, la Corte no falló de acuerdo a las interpretaciones contenidas en la citada sentencia, sino que declaró la exequibilidad de las normas demandadas. Adicionalmente, no puede dejarse de lado que, ni en la CtIDH, ni en el derecho internacional público como sistema jurídico, existe una disciplina de precedente. De esa manera, la función de las decisiones judiciales en el derecho internacional público es de servir de fuentes auxiliares, en el sentido de contribuir a la identificación e interpretación de las fuentes principales.

De conformidad con lo anterior, lo que se pretende es llamar la atención de la Corte sobre la carencia de rigor en la construcción del cargo de sustitución, cada vez que en la demanda se alude a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetro de control de constitucionalidad y específicamente, como parámetro de control de un acto legislativo. Bajo ningún punto de vista se quiere señalar que carecen de importancia y no reflejen estipulaciones convencionales ellas sí vinculantes. Por el contrario, se reconoce su valor como pauta hermenéutica, como repetidamente lo ha expresado la Corte Constitucional. Otra cosa completamente diferente es que a dichos instrumentos se les otorgue jerarquía constitucional y que de ellos deban extraerse los pilares fundamentales de la constitución, comoquiera que no permiten fundar cargos de inexequibilidad por sustitución de la Constitución del Acto Legislativo.

## III. SOLICITUD DE EXEQUIBILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2012

En el evento en que la Corte determine que la demanda es apta y debe ser analizada de fondo, un estudio de su contenido demuestra que está en perfecta sintonía con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, al igual que con la jurisprudencia constitucional desarrollada por la Corte. En consecuencia, las disposiciones demandadas deben ser declaradas exequibles.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", 2 Journal of International Dispute Settlement 1 (2011), p. 7.



# 1. El Acto Legislativo 01 del 2012 y las disposiciones demandadas son una reforma constitucional, no una sustitución de la Constitución

La solicitud de exequibilidad de las expresiones demandadas del Acto Legislativo se fundamenta en el seguimiento del precedente de la Corte Constitucional. Aunque la propia Corte ha afirmado insistentemente que la sustitución es un concepto en construcción y no definitivo, también ha fijado unos precedentes concretos sobre situaciones que sí se consideran reformas constitucionales legítimas y válidas del Congreso, y no sustitución de la Carta. Es en cada caso concreto en el que la Corte decide si cada enmienda encaja en una reforma o en una sustitución. En esta demanda particular, y de acuerdo a los precedentes conceptuales de la jurisprudencia constitucional, las disposiciones cuestionadas se enmarcan perfectamente dentro de lo que la Corte considera una reforma constitucional, y no una sustitución.

#### (i) Indefinición del concepto de sustitución de la Constitución

Sobre la construcción del concepto de sustitución, la Corte ha sostenido que su indefinición no señala un precedente claro que permita ser acatado por la jurisprudencia:

"El concepto de sustitución no es un tópico completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte solo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la dificil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores." 32

Como lo denota la Corte, sobre la sustitución es difícil seguir un precedente que esclarezca que en cada caso se sustituye o no la Carta Política. Por el contrario, sobre el concepto de reforma y su diferencia con la sustitución sí han establecido unos parámetros que deben ser acatados en cada caso en el que se plantee una demanda contra un acto reformatorio de la Constitución. Incluso, como lo resalta la misma Corte, sobre los principios estructurales que en cada fallo se encuentre como esencial y axial de la estructura constitucional colombiana sí se pueden establecer unos precedentes, pero no en sí sobre el concepto de sustitución.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-288 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este mismo sentido, Sentencia C-243 del 2012, M.P. Juan Carlos Henao.



De hecho, la sustitución sigue siendo un concepto vago e indefinido, planteado muy generalmente a lo largo de toda la jurisprudencia constitucional. En su defecto, solo hay al interior de los precedentes de la Corte unos elementos fácticos que permiten establecer las diferencias entre sustitución y reforma, los cuales se deducen de acuerdo a cada caso concreto y según el principio axial que se debata en cada una de las demandas.

#### Inexistencia de precedentes sobre el principio planteado en la demanda (ii)

En este caso concreto, no existe un precedente sobre el principio propuesto en la demanda: "el deber del Estado de garantizar, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción "33; esto, en atención a la misma tesis de la Corte según la cual tampoco existe un catálogo taxativo de principios esenciales de la Constitución, sino que también son fijados en cada caso y con base también en un método inductivo. En la Sentencia C-288 del 2012, la Corte planteó:

"[...] De otro lado, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional no ha previsto un catálogo taxativo de aquellos aspectos definitorios de la Constitución. Es por ello que se ha concluido que la identificación de esos ejes está precedida de un razonamiento inductivo, en el que cada caso se determina, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, cuáles son esos asuntos transversales que hacen parte de su identidad y que, al ser subvertidos, ocasionan la sustitución de la Carta. En consecuencia, ese proceso de identificación se construye paulatinamente en las distintas sentencias de la Corte que, basadas en un análisis con las condiciones señaladas, determina cuáles son los mencionados aspectos estructurales." (Subrayado fuera de texto)

En efecto, revisadas las providencias de la Corte sobre sustitución de la Carta, sean estas inhibitorias o de fondo, no se encuentra un precedente concreto sobre este principio; a diferencia de otros elementos definitorios de la Corte que ya han quedado en el catálogo jurisprudencial de la Corte, como los de separación de poderes<sup>34</sup>, de bicameralismo<sup>35</sup> y de mérito en el acceso a los cargos públicos36.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-1040 del 2005, M.P. Manuel José Cepeda; y C-141 del 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

35 Corte Constitucional, Sentencias C-1056 del 2012, M.P. Nilson Pinilla; y C-757 del 2008, M.P. Rodrigo

<sup>36</sup> Sentencias C-588 del 2009, M.P. Gabriel Mendoza Martelo; y C-249 del 2012; M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>33</sup> Página 2 de la demanda.



Por lo tanto, en este caso, le corresponde a la Corte precisar si el elemento propuesto por la demanda sí hace parte de los elementos definitorios e integrales de la identidad de la Carta del 91, así como si la enmienda contenida en el Acto Legislativo, con todas sus disposiciones, son una reforma o una sustitución.

No obstante que la premisa de la cual parten los demandantes – sobre la identidad del principio sustituible – es acertada, la premisa menor resulta equivocada. En este sentido, la siguiente argumentación va dirigida a controvertir la premisa menor de la demanda, según la cual las expresiones atacadas no son una reforma sino una sustitución de la Constitución, ya que se trata de una reforma legítima. Para concluir que es una reforma que debe ser declarada exequible, se demostrará que los precedentes de la Corte Constitucional se ajustan, en este caso, al concepto de reforma.

Así, como siempre ha determinado el alto tribunal, esta es una oportunidad más para delimitar y precisar los conceptos y elementos de una reforma constitucional y de una sustitución de la Constitución:

"[...] [a]sí las cosas, cabe precisar que <<el proceso de elaboración doctrinaria sobre la materia se encuentra en curso>> y que, <<a medida que se le presenten casos diversos a la Corte>>, a partir de 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>><sup>37</sup>

(iii) Las disposiciones demandadas reformaron la Constitución, por ser la excepción, limitación o restricción de un principio

Uno de los precedentes que ha establecido la Corte para delimitar los hechos concretos que se conciben como reforma y no como sustitución es el del concepto de excepción o limitación de un principio. En la Sentencia C-1200 del 2003, por primera vez, se acuñó esta noción, en los siguientes términos:

"[...] [d]e tal manera que no constituyen sustituciones parciales, por ejemplo, las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial (i.e. "estado de derecho, social y democrático" por "estado democrático y social de derecho"); las reconceptualizaciones, es decir, el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución (i.e. "el pueblo es el único titular de la

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Sentencias C-1040 del 2005, M.P. Manuel José Cepeda; y Sentencia C-588 del 2009, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.



soberanía" por "la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo"); las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), las limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley). "(Subrayado fuera de texto)

Este derrotero conceptual, que ha marcado buena parte del camino por el cual la Corte ha transitado entre la exequibilidad o inexequibilidad de actos legislativos, ha sido un criterio reiterado en varias oportunidades en su jurisprudencia.

Así, dentro de este criterio de reformulaciones, reconceptualizaciones, excepciones, limitaciones o restricciones, la Corte ha declarado exequibles reformas constitucionales que constituyeron una excepción a un principio esencial como la separación de poderes<sup>38</sup>, al igual que el de la independencia judicial, en el caso del establecimiento del elemento de sostenibilidad fiscal en las decisiones de las corporaciones judiciales<sup>39</sup> así como ha declarado inexequibles otras enmiendas que no encajaban dentro de este catálogo de situaciones reformatorias, pero sí sustitutivas de la Constitución, como en el caso de la exoneración del concurso de méritos para acceder a cargos públicos<sup>40</sup>o la eliminación de la causal de pérdida de investidura para los congresistas por la inexistencia de conflicto de intereses en el trámite de actos legislativos<sup>41</sup>.

Según los hechos de las sentencias mencionadas, la Corte ha sabido diferenciar las reformas que establecen reglas generales de las que estipulan situaciones específicas. Así, en las Sentencias C-970<sup>42</sup> y C-971 del 2004<sup>43</sup>, se trató de una delegación parcial y temporal, no total, de la facultad legislativa a otra rama del poder, del Legislativo al Ejecutivo o al Judicial. En estos casos, la Corte encontró que se trataban de excepciones parciales y temporales que en nada afectaban la generalidad del principio de separación de poderes. Por el contrario, cuando ha declarado inexequibles actos legislativos, sí ha sido porque se ha modificado con carácter general y permanente un elemento esencial, como el abolir el

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Sentencias C-970 y C-971 del 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Sentencia C-288 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>40</sup> Sentencias C-588 del 2009 y C-249 del 2012, MM.PP. Gabriel Eduardo Mendoza y Juan Carlos Henao.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Sentencia C-1056 del 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>43</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



concurso de méritos o una causal de pérdida de investidura de congresistas que garantizaba la transparencia del ejercicio parlamentario, sin excepción de materia o de tiempo.

En todas las decisiones de exequibilidad, la Corte ha determinado que las demandas aciertan en la premisa mayor, en la identificación de un principio esencial y definitorio de la Constitución, como la separación de poderes, la independencia judicial o el mérito como criterio de acceso a los cargos públicos, pero ha descartado las premisas menores de los accionantes, ya que siempre ha concluido que la modificación, aunque sí trastoca el elemento axial, no lo sustituye completa ni radicalmente.

En este marco de excepciones, limitaciones y restricciones es que encaja las expresiones demandadas. En efecto, la priorización y selección de casos y de responsables es una excepción, o una limitación, al principio general 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.

La excepción consiste en investigar y juzgar algunos, los más graves, los de mayor contexto, los que signifiquen una mejor garantía para las víctimas, pero solo en el contexto de la justicia transicional. Una sustitución verdadera del principio se hubiera presentado si el Estado hubiese renunciado completa o totalmente al investigar y sancionar estos delitos. Pero no es así. Es una selección regida para algunos casos, para ciertos delitos cometidos dentro de un conflicto armado, y bajo el contexto de una justicia especial.

Además, el alcance general del principio sigue incólume, pues los delitos similares que se hayan cometido fuera del conflicto y no lleguen a incorporarse al marco de justicia transicional propuesto en el Acto Legislativo, sino que se presenten dentro de la justicia normal y ordinaria, seguirán investigándose y sancionándose. Bajo esta premisa, la Corte ha reiterado la noción de excepción o restricción al principio, en los siguientes términos:

"[...] Así lo ha aceptado la Corte Constitucional, cuando, a título de ejemplo, ha señalado que no constituyen sustitución parcial, sino reforma, << las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general>>, como sería el caso del establecimiento de << una inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas>> [...]"<sup>44</sup>

Con base en este precedente, las excepciones propuestas en las expresiones denunciadas del Acto Legislativo se ajustan al concepto de reforma y no de sustitución, de tal manera que

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-1200 del 2003, M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil; y C-588 del 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



deben ser declaradas exequibles por la Corte Constitucional. La excepción en este caso está delimitada por los responsables, la clase de delitos, el tiempo y el proceso especial de justicia transicional. En un contexto fuera del conflicto armado, el principio general sigue vigente y válidamente aplicado.

No obstante, si no se quiere aceptar el criterio de excepción o de limitación de un principio, la Corte ha permitido la matización de los principios estructurales, la cual también está incluida dentro del concepto de reforma y no de sustitución. Este precedente se encuentra en la Sentencia C-757 del 2008, que declaró exequible el Acto Legislativo 01 de 2007, el cual restringió la moción de censura a una sola de las dos cámaras del Congreso.

La Corte concluyó que si bien se afectaban los principios de separación de poderes y de bicameralismo, esta afectación era mínima, ya que la esencia profunda de dicha separación seguía intangible; además de que el bicameralismo seguiría operando regular y generalmente para el trámite de numerosas funciones asignadas por la Carta del 91 al Congreso de la República. Es decir, se trató de una matización, no de una sustitución de estos elementos axiales y definitorios del sistema constitucional colombiano, la cual sí configura una reforma y no una sustitución:

"Sobre el particular observa la Corte que cuando se introducen reformas a los instrumentos de control interorgánico previstos en la Constitución, es posible que un órgano se vea fortalecido, en contraste con otro o con otros que, como efecto de la reforma, se ven debilitados en sus competencias, o sometidos a controles más estrictos o recortados en su capacidad de vigilar o condicionar la actuación de otros. Pero mientras tales reformas se mantengan dentro del ámbito del principio de separación de poderes como eje definitorio de la identidad de la Carta Fundamental, no puede decirse que las mismas hayan dado lugar a una sustitución de la Constitución. Existe sustitución cuando se suprime el principio mismo y se reemplaza por otro distinto y de carácter opuesto. Así, por ejemplo, ocurriría cuando una reforma condujese a la concentración de las funciones del Estado en un sólo órgano, que escaparía, por consiguiente, a cualquier esquema de frenos y contrapesos. Lo mismo cabría decir de una reforma por cuya virtud se afirmase la plena autonomía y supremacía de un órgano que lo hiciese inmune a cualquier tipo de control por otros. En esas eventualidades se sentaría un principio incompatible con la Constitución de 1991 y el esquema de separación de poderes que se desprende de sus distintas disposiciones. Pero no ocurre lo mismo cuando dentro del esquema de la separación de los poderes y sin desnaturalizarlo, se hace una nueva distribución de competencias o se modifica la manera como operan determinados controles reciprocos entre los órganos del Estado, o se alteran las condiciones de



procedencia de los mismos. Se trata de consideraciones de oportunidad y de conveniencia sobre el diseño institucional, que caben dentro del ámbito competencial del poder de reforma y que, por consiguiente no pueden considerarse como una sustitución de la Constitución." (Subrayado fuera de texto)

Por lo descrito anteriormente, también se puede establecer que las expresiones demandadas del acto reformatorio en cuestión es una matización del principio de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, y no una sustitución. Este matiz obedece al fin legítimo de finiquitar un conflicto armado de décadas, gracias a un lapso de aplicación de un marco de justicia transicional. Por ello, se trataría de una reforma constitucional y no de una sustitución de la Constitución.

(iv) Las expresiones demandadas son alteraciones de un principio estructural que la Corte Constitucional ha concebido como reformas constitucionales

Debido al carácter excepcional del juicio de sustitución, la Corte construyó otro concepto limitante, con el fin de no invadir la facultad de reforma constitucional que ostenta el Congreso de la República. Este concepto es el de alteración del principio estructural. Fue en las Sentencias C-970 y C-971 del 2004<sup>45</sup> en las que la Corte inauguró, desarrolló y aplicó estrictamente este precedente.

Básicamente, y muy a tono con las nociones de excepción o limitación a los principios axiales de la Constitución, la alteración del principio estructural es cualquier modificación puntual, excepcional, transitoria y específica a dicho elemento definitorio de la Carta Política.

En el caso de la Sentencia C-970 del 200446, la Corte declaró exequible la demanda contra la norma del Acto Legislativo 03 del 2002 que le delegaba funciones legislativas al Ejecutivo, con el fin de implementar rápidamente las normas sustanciales y procesales adecuadas para la correcta entrada en funcionamiento del nuevo sistema procesal penal.

La razón por la que declaró exequible esta norma fue, precisamente, la concepción de esta enmienda como una alteración al principio de separación de poderes, porque se trataba de una modificación no general y permanente, sino para unos casos específicos y por un tiempo determinado. Es decir, se trató de una alteración puntual, excepcional, transitoria y específica. En efecto, una vez implementado el sistema acusatorio, el Ejecutivo perdía su

46 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda, respectivamente.



competencia para legislar en asuntos de justicia penal y administración de justicia. El eje argumentativo central de esta posición respecto de la reforma constitucional es el siguiente:

"No puede perderse de vista, sin embargo, que el poder de reforma constitucional obedece a la necesidad de acomodar la Constitución a nuevas realidades políticas, a nuevos requerimientos sociales, o a nuevos consensos colectivos. Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. "47 (Subrayado fuera de texto)

Con base en esta premisa, la Corte determinó que el principio de separación de poderes se alteraba parcialmente, pero por un tiempo prudencial y solo para unos efectos específicos, de tal forma que esta alteración era una reforma, y no una sustitución de la Constitución. En este sentido, el principio seguía haciendo parte de la Carta del 91, razón por la que no fue sustituido. El procedimiento lógico que hizo la Corte fue el siguiente:

"En primer lugar, la norma establece un término dentro del cual el Congreso de la República debe expedir las leyes necesarias para poner en marcha la reforma introducida por el propio Acto Legislativo, vencido el cual se habilita de manera extraordinaria al Presidente de la República para que lo haga.

Significa lo anterior, que la norma acusada no priva al Congreso de la República de su competencia para expedir las normas necesarias para poner en marcha el nuevo sistema, sino que le fija un plazo perentorio para que proceda a hacerlo. Sin embargo, aún después de expirado ese plazo, el Congreso conserva su competencia legislativa ordinaria sobre la materia. Lo que ocurre es que la referida disposición habilita al Presidente de la República para que, de manera supletoria, esto es, si no lo ha hecho el

<sup>47</sup> Ibid.



Congreso, y mientras no lo haga, expida las normas con fuerza de ley que sean necesarias.

De este modo, la habilitación para el Presidente es apenas eventual, y queda sin base si el Congreso expide de manera oportuna las leyes de desarrollo del Acto Legislativo.

A su vez, las facultades extraordinarias que se confieren al Presidente de la República tienen carácter eminentemente transitorio, puesto que se extienden por un periodo de dos meses y se conceden para la expedición de normas legales, lo cual confirma que la competencia para la regulación de esas materias no se sustrae al legislador, sino que, manteniéndola de modo general en el Congreso, se permite que de manera subsidiaria y transitoria la misma sea ejercida por el Presidente de la República. Se trata, pues, de una excepción transitoria y parcial a la previsión del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Por otra parte, el Congreso de la República puede, en cualquier tiempo, derogar o modificar las norma expedidas por el Presidente en ejercicio de las facultades extraordinarias, y, de todos modos, siempre tendrá prevalencia la ley posterior.

Tales facultades, además, están limitadas en cuanto la materia, puesto que tienen como propósito el desarrollo del sistema acusatorio introducido por el propio Acto Legislativo y, además, su ámbito está delimitado, puesto que se contraen a la expedición de las normas legales que sean necesarias al nuevo sistema, esto es, remiten a la regulación de aquellos aspectos que no hayan sido desarrollados por el legislador y sin los cuales el nuevo sistema no podría operar adecuadamente.

La habilitación al Presidente de la República tiene, por otra parte, un objetivo determinado, cual es el de asegurar la oportuna entrada en operación del nuevo sistema penal acusatorio, dentro del término previsto por el constituyente derivado. Es pues, desde esta perspectiva, una disposición necesaria para el oportuno desarrollo de la reforma constitucional. A ese efecto, se confieren facultades extraordinarias para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. Es claro, no obstante la deficiente redacción de la norma, que la referencia a los cuerpos normativos que se acaban de citar, no comporta una habilitación abierta para que el Presidente de la República los afecte de manera integral, sino que, en cada



caso, las normas para cuya expedición se habilita al Presidente tendrían que tener una relación de conexidad directa con el desarrollo del sistema penal acusatorio, con la condición adicional de que sean necesarias para su puesta en marcha.

En síntesis, en la disposición acusada, el poder de reforma confiere unas facultades extraordinarias legislativas a la Presidente de la República, de carácter supletorio y transitorio, en materias delimitadas y para una finalidad determinada, en relación con las cuales, en el régimen constitucional ordinario existe una especial reserva de ley en sentido formal. Dicha norma no sustrae las materias sobre las que recae de la competencia del legislador, en la medida en se trata de una habilitación transitoria para la expedición de normas con fuerza de ley, las cuales, por la misma razón, no se eximen del control de constitucionalidad propio de las leyes." 48

Esta misma línea argumentativa y este mismo precedente lo aplicó en la Sentencia C-971 del 2004<sup>49</sup>. En esta ocasión también se demandó una delegación legislativa del Congreso al Ejecutivo, para reglamentar unas elecciones producto de la reforma política del Acto Legislativo 01 del 2003.

Aquí, la regla de la alteración del principio volvió a ser el sustento de una exequibilidad, por tratarse dicha variación en una reforma, y no en una sustitución. La Corte estimó que se trató de una alteración puntual, excepcional, transitoria y específica del principio de separación de poderes.

Detallado este precedente, es claro que las expresiones del Acto Legislativo que cuestionan los demandantes se erigen como una alteración del principio propuesto – y no una sustitución – por ser, precisamente, lo que la Corte ha definido como una modificación puntual, excepcional, transitoria y específica. El hecho de que se investiguen y sancionen algunos casos de graves crímenes, como lo propone el demandante, es algo puntual, porque solo se está refiriendo a los delitos contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y no contra todo el abanico de bienes jurídicos protegidos en las normas penales colombianas. Es algo excepcional, porque solo se aplica para los casos de justicia transicional, pero no para los de la justicia ordinaria. También es transitorio, porque solo regirá hasta que se finalice el proceso de negociación con los grupos armados al margen de la ley y se judicialice a sus integrantes. Es un marco judicial que no está hecho para que perdure infinitamente en el sistema judicial colombiano. Finalmente, es una situación específica, ya que, de acuerdo con las disposiciones demandadas, la selección es solo para el caso de los máximos responsables y para los crímenes de guerra cometidos de forma

<sup>48</sup> Ibid

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



sistemática, además de ser una "renuncia" a esta persecución y sanción de forma condicionada, no abierta, como lo impone el mismo Acto Legislativo.

De acuerdo con lo anterior, las normas demandadas configuran lo que la Corte ha definido como reforma constitucional, y no como sustitución de la Constitución. Por esta razón, y en acatamiento y respeto a su precedente, debe declararse la exequibilidad de las disposiciones demandadas del Acto Legislativo 01 del 2012.

(v) La conservación de otros elementos fundamentales del principio según el cual es deber del Estado investigar y sancionar los graves delitos contra los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario

Otro aspecto que la Corte debe tener en cuenta a la hora de decidir la exequibilidad de esta reforma es la conservación de algunos elementos esenciales del principio estructural alterado, a pesar de que otros se hayan quebrantado<sup>50</sup>.

En este caso, puede argumentarse que se quebrantaron elementos como la investigación y la sanción de los responsables de delitos atroces, pero se conservaron, a pesar de la reforma, otros ingredientes fundamentales de este mismo principio. De esta forma, el balance entre lo quebrantado y lo salvaguardado por la reforma permite concluir que el principio, lejos de haber sido sustituido, fue simplemente modificado, alterado o reformado.

Es del mismo bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia de la CtIDH de los que se extraen estos ingredientes que también hacen parte del principio propuesto en la premisa mayor por los accionantes. Partes que fueron desconocidas completamente en esta acción de inconstitucionalidad. Estos elementos están relacionados con aspectos de la justiciabilidad como los derechos de las víctimas, el derecho a la verdad y a la no repetición, no necesariamente con la sanción de los responsables de los delitos.

Sobre la obligación general que tiene el Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, la propia CtIDH ha establecido los siguientes precedentes, que la Corte debe tener en cuenta, para concluir que no se está ante una sustitución de la Constitución:

1) En casos complejos, la obligación de investigar implica el deber de dirigir los esfuerzos para desentrañar las estructuras, sus causas, las personas que diversas formas participaron, sus beneficiarios y sus consecuencias. Lo anterior por cuanto, la estructura permanece luego de cometido el crimen y para procurar su impunidad pueden intimidar y amenazar a los testigos y a quienes investigan. Por lo tanto, no

Sentencias C-970 del 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-971 del 2004, M.P. Manuel José Cepeda; y Sentencia C-757 del 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



sólo se debe analizar el crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto determinado. 51

- 2) Es posible que en determinadas circunstancias, los recursos disponibles en un Estado, puedan satisfacer de una manera colectiva los requerimientos establecidos en los artículos 87 y 25 de la Convención Americana, incluso sí ninguno de ellos, en lo individual, cumpla de manera integral con dichas disposiciones<sup>52</sup>.
- 3) El Estado debe garantizar a las víctimas y/o sus familiares su participación en todas las etapas del proceso, de manera que puedan realizar todas las actuaciones tendientes a hacer valer sus derechos<sup>53</sup>.
- 4) La participación de las víctimas en el proceso tiene como finalidad el acceso a la justicia, la verdad de lo ocurrido y la reparación justa<sup>54</sup>.
- 5) La búsqueda efectiva de la verdad es responsabilidad del Estado y no depende las víctimas o sus familiares, ni de la aportación privada de elementos probatorios<sup>55</sup>.
- 6) El Estado debe satisfacer la expectativa de la sociedad y de las víctimas<sup>56</sup> de saber la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos<sup>57</sup>.
- El Estado debe hacer divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos de las graves violaciones de derechos humanos<sup>58</sup>.

Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Para. 246; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 172

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.
 para. 177; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo,
 Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.172

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones v Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Para. 204

y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Para. 204

<sup>57</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 181; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173



- 8) El Estado debe determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades<sup>59</sup>.
- 9) Una reparación adecuada, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición<sup>60</sup>.
- 10) El derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación<sup>61</sup>.
- 11) La investigación y juzgamiento es una forma de reparación<sup>62</sup>. En ese sentido, un proceso que se lleva hasta su fin y cumpla su fin, es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones de derechos humanos y contribuye a la reparación de las víctimas<sup>63</sup>.
- 12) La reparación integral no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima<sup>64</sup>.

De acuerdo con estos límites desarrollados por la CtIDH, se evidencia que hay un conjunto de elementos que conforman el principio de investigar y sancionar las violaciones a los DDHH y al DIH, más allá del único propuesto por la demanda. Esto significa que el principio en sí ha conservado muchos de sus elementos esenciales, de tal forma que no ha sido sustituido por la reforma constitucional, sino simplemente alterado. En estos casos, como se demostró con los precedentes de la Corte Constitucional, no se trataría de una sustitución, sino de una reforma constitucional, de tal forma que procedería su declaratoria de exequibilidad

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 341; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para 139

<sup>63</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 21. Para 153

64 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 109

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173

Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. para. 204. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Para. 164
 Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 291



2. El Acto Legislativo no contraviene la obligación de investigación y sanción o de otorgar un recurso judicial efectivo según el derecho internacional público y el derecho constitucional colombiano

En la demanda se plantea que el Acto Legislativo 01 de 2012 quebranta tanto la obligación de investigación y sanción propia de cada Estado, como la de brindar a las víctimas un recurso judicial efectivo. Para sustentar tal posición, los demandantes citan los parámetros que, a su juicio, establece la jurisprudencia internacional en relación con las mencionadas obligaciones. No obstante, como se mencionó en apartado anterior, se advierte que la presentación de dichos parámetros es incompleta, comoquiera que omite la exposición de otros principios que también se pueden extraer, tanto del derecho internacional público como de la jurisprudencia constitucional colombiana. Tal situación conlleva a una interpretación subjetiva y parcializada de la norma. Por ello, a lo largo de este acápite se precisarán detalladamente los estándares internacionales relativos al deber de investigación y sanción y al recurso efectivo, a fin de ilustrar como a partir de una lectura integral y sistemática de los mismos, no se puede entender los mismos de forma tan estricta y limitada como lo pretenden los demandantes.

(i) La obligación de investigación y sanción en el sistema europeo de protección de derechos humanos

A través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos se han instituido parámetros específicos en relación con la obligación por parte de los Estados de investigar y sancionar todas las conductas delictivas que ocurran dentro de su ámbito jurisdiccional, así como los mecanismos de acceso a la administración de justicia de sus habitantes. Sobre estos parámetros, se pueden extractar de la jurisprudencia del Tribunal Europeo dos categorías que desarrollan el principio de acceso a la administración de justicia: (1) el deber de una investigación eficaz; y (2) la existencia de recursos efectivos de los habitantes que garanticen el acceso a la administración de justicia.

## A. El deber de investigación eficaz

Con respecto al deber de investigación eficaz, la jurisprudencia del Tribunal ha entendido que el Estado debe ser capaz de generar investigaciones que conduzcan al establecimiento de los hechos del caso y la identificación y sanción de los responsables. No obstante, se ha considerado que esta obligación no puede ser considerada como de resultado sino de medios<sup>65</sup>, toda vez que no toda investigación debe necesariamente tener éxito o llegar a una conclusión que coincida con lo dicho por el denunciante de los acontecimientos. De igual manera, el Tribunal Europeo ha señalado la necesidad de que en la acción penal se

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Savitskyy vs. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012, para. 100.



establezca la veracidad de los hechos y, como consecuencia de dicho esclarecimiento, se hallen los máximos responsables.

Otro aspecto al que se ha referido el Tribunal es la necesidad por parte de las autoridades competentes de tomar las medidas razonables a su alcance para que la investigación sea realizada con prontitud y el resultado se produzca en un tiempo razonable<sup>66</sup>. A este respecto, es importante señalar que la jurisprudencia del Tribunal ha sostenido que aun cuando puede haber obstáculos que impiden el progreso de una investigación en una situación particular, una pronta respuesta de las autoridades es vital para mantener la confianza del público en su adhesión al imperio de la ley y en la prevención de cualquier apariencia de connivencia o tolerancia de actos ilegales<sup>67</sup>.

En suma, de acuerdo al Tribunal, una investigación eficaz tiene como finalidad la lucha contra la impunidad, especialmente en materia de crímenes de lesa humanidad. Sobre este punto giraron las consideraciones en el caso de *Aslakhanova y otros vs. Russia*, donde el Tribunal sostuvo que tratándose de crímenes como la desaparición forzada, debe ser posible encontrar la verdad y enjuiciar a los perpetradores incluso muchos años después de los hechos.<sup>68</sup>

Justamente es la obtención de investigaciones eficaces, como elemento fundamental del deber general de investigación y sanción, lo que se pretende garantizar con la adopción del Acto Legislativo 01 de 2012. En éste, se autoriza al Congreso para que cree, por medio de una ley estatutaria, medidas para centrar esfuerzos en encontrar los máximos responsables de los crímenes más graves. De ahí que la norma acusada – lejos de desconocer este arista del deber de investigaciones – lo que busca es su cumplimiento.

## B. El deber de recursos judiciales efectivos

Con respecto a los recursos judiciales que permitan el acceso a la administración de justicia, debe señalarse que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha entendido que su eficacia se mide por dos factores<sup>69</sup>: (1) si impiden la presunta violación de un derecho o su continuación; o (2) si proporcionan una reparación adecuada por cualquier violación que ya se ha producido. Esto conduce también a la obligación por parte de los Estados de tomar medidas preventivas en contra de determinadas circunstancias como las demoras

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Savitskyy vs. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012, para. 99.

Fribunal Europeo de Derechos Humanos, Aslakhanova and others vs. Russia. Demandas No. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10. 18 de diciembre de 2012, para. 229.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aslakhanova and others v. Russia. Demandas No. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10. 18 de diciembre de 2012. Para. 214

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Bashikarova and others v. Bulgaria. Demanda no. 53988/07. 5 de febrero de 2013. Para. 34



injustificadas en la resolución de los procesos, las limitaciones en la participación dentro del procedimiento por parte de las víctimas y sus familiares<sup>70</sup>, o la inexistencia de representación judicial de las mismas<sup>71</sup>.

De cualquier modo, a la hora de determinar la efectividad de los recursos que ofrece un Estado, el Tribunal ha considerado que tal determinación se debe hacer a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta la complejidad del mismo, la conducta del solicitante, las autoridades competentes o, en todo caso, lo que estaba en juego para la demandante en el litigio<sup>72</sup>. Así, en el caso *Savitskyy v. Ukraine*, se indicó que un recurso es ilusorio si permite que una decisión judicial final y vinculante permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. Por lo tanto, una demora excesivamente larga en la ejecución de una resolución vinculante puede violar la Convención<sup>73</sup>. Sin embargo, para el Tribunal, aunque un recurso puede no ser efectivo considerado individualmente, puede no existir violación si el conjunto de los mismos, previstos en el ordenamiento interno, resultan efectivos.

De todo lo anterior se puede concluir que el derecho a un recurso judicial efectivo, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, no puede reducirse, como erróneamente se hace en la demanda, al hecho de contar con la acción penal. Esta obligación requiere de la adopción de medidas especiales en el contexto colombiano, dada la situación de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y la cantidad de víctimas del conflicto.

Ahora bien, la mayor parte de la demanda está dirigida a demostrar cómo el Acto Legislativo contraviene el deber de investigación de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos. No obstante, como ya se ha mencionado en varias oportunidades en esta intervención, la obligación de investigación y sanción tiene varias aristas que no fueron tocadas por los demandantes. A continuación se expondrán todas estas a fin de que se tenga un entendimiento integral de todos los componentes de la obligación presuntamente quebrantada por la norma parcialmente demandada.

(ii) La obligación de investigación y sanción en el sistema interamericano de derechos humanos

<sup>71</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Savitskyy v. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012. Para, 116

<sup>72</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pashov and others v. Bulgaria. Demanda no. 20875/07. 5 de febrero de 2013. Para. 56.

<sup>73</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Savitskyy v. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012. Para, 147

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Savitskyy v. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012. Para. 101.



Para empezar, vale la pena recordar que, del artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. Se trata de una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención<sup>74</sup>, que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y que no puede depender de la iniciativa de terceros<sup>75</sup>. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado unos parámetros generales a seguir en cumplimiento de este deber, como lo son: (1) la obligación de efectuar investigaciones frente a las violaciones de derechos; y (2) la necesidad de disponer de recursos judiciales efectivos. Adicionalmente, ha sostenido que deben seguirse unas reglas más especiales para los Estados es los que se presentan graves violaciones de derechos humanos dentro de un contexto de violaciones masivas y sistemáticas. De ahí que las medidas que adopte un Estado en este contexto para garantizar el cumplimiento de la obligación general contenida en el artículo 1(1) de la Convención deben ser mucho más específicas, como se pasará a explicar.

De manera amplia y general, la Corte Interamericana, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha entendido el deber de investigar se configura como una obligación de medios y no de resultado. Por lo tanto, la obligación de investigar no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio<sup>76</sup>. No obstante, debe estar orientada hacia la determinación de la verdad y la investigación, la persecución, captura, enjuiciamiento y, del ser del caso, la sanción de los responsables de los hechos para asegurar a la víctima una adecuada reparación. Para estos efectos, es responsabilidad de las autoridades estatales, una vez tengan conocimiento del hecho, y sin importar quién sea el autor del mismo<sup>78</sup>, realizar una investigación seria, imparcial y efectiva<sup>79</sup> por todos

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. Pár. 174

Torte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Para. 219

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para 41.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 173; Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. párr. 47; Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259. párr. 154 y ss; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 171.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.

<sup>4.</sup> para. 177

<sup>79</sup> Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117. Para. 129



los medios legales disponibles<sup>80</sup>. En particular, para que sea eficaz una investigación, el órgano que realiza la indagación debe llevar a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de obtener el resultado que persigue.<sup>81</sup>

De igual manera, respecto del recurso judicial efectivo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que nadie puede ser sustraído de la protección judicial y del ejercicio de un recurso sencillo y eficaz<sup>82</sup>. En este sentido, ha entendido que el acceso a un recurso judicial efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". <sup>83</sup>

Frente a cómo y qué clase de recursos se deben utilizar, la CtIDH establece que los recursos no sólo deben existir formalmente, sino que los mismos deben ser apropiados y óptimos para obtener una respuesta o resultado como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos. Hara esto, lo determinante para saber si el recurso fue efectivo y permitió el acceso a la justicia no es si se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios de responsabilidad, sino si los procesos permitieron garantizar un pleno acceso a la justicia. En ese sentido, no es relevante si la decisión adoptada fue acorde con los intereses de una parte, sino si las actuaciones realizadas son compatibles con la Convención Americana.

Ahora bien, tomando a las víctimas y a sus familiares como centro de protección por el sistema interamericano, se tiene que el Estado está en la obligación de garantizar la participación de estos sujetos en todas las etapas del proceso, de manera que puedan realizar todas las actuaciones tendientes a hacer valer sus derechos.<sup>87</sup> Esto es con el

Reparaciones y Costas. Parr. 143; Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. Para. 176

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120. Párr. 83 y 149

<sup>82</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Para.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. para. 131

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. Para. 117

<sup>85</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Para. 211; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Para. 339

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Corte IDH. Caso Fermin Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. Para 62

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Para. 246; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs.



objetivo de que conozcan la verdad de lo sucedido, lo cual presupone que el Estado debe suministrar recursos judiciales necesarios que deben ser tramitados y sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal<sup>88</sup>.

Sobre este punto es relevante establecer que no es necesario que en todos los casos se utilicen todos los recursos con los que cuenta un Estado, sino solo los que son aplicables según las circunstancias. Es posible que en algunos casos los recursos disponibles en un Estado puedan satisfacer de una manera colectiva los requerimientos establecidos en los artículos 87 y 25 de la Convención Americana, incluso si ninguno de ellos, en lo individual, cumpla de manera integral con dichas disposiciones. 90

Sin embargo, una lectura adecuada de la jurisprudencia de la CtIDH revela también que el deber de investigación y sanción no tiene un esquema rígido, y por el contrario, su garantía depende de que se asuman medidas distintas de acuerdo a la realidad social de cada Estado. En tal sentido, la Corte ha sostenido que el deber debe materializarse de una manera diferente en casos complejos, toda vez que en estos casos los esfuerzos se deben dirigir a develar y desentrañar las estructuras criminales, sus causas, las personas que diversas formas participaron, sus beneficiarios y sus consecuencias. Lo anterior, por cuanto la estructura criminal puede permanecer después de cometido el crimen, y para procurar la impunidad de sus miembros, éstos pueden intimidar y amenazar a los testigos y a quienes se investigan. Por lo tanto, no solo se debe enfocar la investigación del crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto determinado<sup>91</sup>, que permita determinar la responsabilidad no sólo de los autores materiales sino también de los intelectuales o mediatos<sup>92</sup>.

Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.172

Rorte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 91; Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. párr. 273; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 170

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 64; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Para. 288

Ocrte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Para. 288

Orte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119

Orte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Para. 143; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.172



Adicionalmente, del estudio de los instrumentos del sistema interamericano también se extraen consideraciones específicas para los Estados en los cuales se presentan violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Esto implica que éstos deben asumir el deber de investigación y sanción a partir de otro enfoque y bajo unos parámetros particulares. De ahí que un análisis de la norma demandada debe efectuarse a partir de las siguientes consideraciones, toda vez que son las que aplican concretamente para el Estado colombiano según la jurisprudencia internacional.

A. Obligaciones especiales del Estado en caso de graves violaciones de derechos humanos dentro de un contexto de violaciones masivas y sistemáticas

En casos de violaciones a los derechos humanos que surjan de manera masiva y sistemática, dada las modalidades del crimen, la Corte Interamericana entiende que surgen unos deberes específicos para los Estados en relación con la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas, que deben cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y la repetición. <sup>93</sup> Lo contrario propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. <sup>94</sup>

En efecto, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva<sup>95</sup>. Tratándose de crímenes de lesa humanidad no es posible conceder amnistías absolutas ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, o cualquier forma de exclusión de responsabilidad que impida la investigación de este tipo de crímenes.<sup>96</sup>

No obstante, en estos casos en particular, la Corte Interamericana ha indicado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos. Para el cumplimiento de dicho propósito, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de los hechos, el

Orte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.261

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Para. 154 y ss.

Orte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párrs. 219 y 223: Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Párr. 143; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173

Orte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.226



contexto y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos.<sup>97</sup>

Es desde esta óptica que se debe entender el acatamiento del deber y no a partir de una perspectiva estricta e inflexible como la que se sugiere en la demanda. En ese orden de idas, un entendimiento adecuado del Acto Legislativo 01 de 2012 permite deducir que la finalidad de la norma es legítima y se ajusta al estándar internacional anteriormente descrito, en tanto lo que pretende es concentrar esfuerzos para develar las estructuras criminales, sus causas, las personas que de diversas formas participaron, sus beneficiarios y sus consecuencias. Todo esto permite evitar que la impunidad genere la repetición indefinida de crímenes de lesa humanidad en el marco de un contexto social complejo como es el colombiano.

## B. La verdad como finalidad del proceso y como forma de reparación para el Sistema Interamericano

En el mismo sentido, el alcance e importancia del derecho a la verdad ha sido fijado en múltiples ocasiones por la Corte Interamericana, al indicar que las víctimas y sus familiares tienen derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, todo lo cual constituye una forma de reparación <sup>98</sup>. Así, el Estado debe determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades <sup>99</sup>, luego de lo cual, el Estado debe divulgar públicamente los resultados de los procesos penales e investigativos de las graves violaciones de derechos humanos <sup>100</sup>.En razón a ello, la Corte ha señalado que una reparación adecuada, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición <sup>101</sup>. Junto con el esclarecimiento de los hechos que al ser reconocidos en una situación concreta, constituyen un medio importante de reparación <sup>102</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 173

Orte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 291

Orte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 173

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Para. 341; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para 139

Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. para. 204. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Para. 164



(iii) Conclusiones acerca de la obligación de investigación y sanción en el derecho internacional público

En síntesis, en el marco del derecho internacional, tanto para el Tribunal Europeo como para la Corte interamericana de Derechos Humanos, garantizar el acceso a la administración de justicia es una obligación de los Estados, por medio de la cual se permita eficazmente conducir al establecimiento de los hechos del caso y la identificación y sanción de los responsables. Esta obligación del Estado en la investigación es de medios y no de resultado, en cuanto no toda investigación debe necesariamente llegar al establecimiento de una sanción, coincidiendo con lo dicho por el denunciante de los acontecimientos. Se destaca, además, que las consideraciones desarrolladas por estas instancias internacionales no dependen de un contexto de justicia transicional, sino que son aplicables a las obligaciones generales de las convenciones de derechos humanos inclusive en la ausencia de un conflicto armado.

En tal sentido, la investigación a realizar por parte del Estado se considera eficaz si: (1) impide la violación de un derecho o su propagación; o (2) proporciona una reparación adecuada por cualquier violación que ya se ha producido. No obstante, a la luz de la jurisprudencia de estos Tribunales, en graves violaciones de derechos humanos, en especial cuando se dan en un contexto de vulneración sistemática, el Estado debe (3) determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta que conjuraron los hechos; y (4) determinar las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones.

Así las cosas, es válido afirmar que los Estados en ejecución del deber de obligación y sanción tienen la obligación de asumir la investigación penal de una manera diferente en casos complejos como el colombiano, ya que los esfuerzos se deben dirigir a develar y desentrañar las estructuras criminales, sus causas, las personas que diversas formas participaron, sus beneficiarios y sus consecuencias. Para ello, corresponde a las autoridades no sólo analizar el crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto determinado los que permita determinar la responsabilidad no sólo de los autores materiales sino también de los intelectuales o mediatos. Esto adquiera una importancia superlativa, pues si no se logra establecer el contexto en el cual operó la estructura criminal, no es posible conocer en su totalidad la verdad de los hechos. En consecuencia, se haría inviable el cumplimiento del deber del Estado.

De conformidad con lo anterior, se puede concluir que, de un lado, la obligación de investigación y sanción no sólo autoriza al Estado a tomar medidas especiales en contextos de masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos, sino que así se lo demanda.

Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119



Por el otro lado, la materialización de los esfuerzos del Estado por garantizar la obligación de investigación y sanción necesariamente ha de estar enfocada hacia el esclarecimiento de la verdad, la rendición de cuentas por parte de los máximos responsables, y el desmantelamiento de las estructuras criminales.

Finalmente, y de acuerdo a lo expuesto, vale la pena reiterar que el Acto Legislativo 01 de 2012, no sólo se ajusta a los parámetros internacionales descritos, sino que los incorpora en nuestra Constitución transitoriamente, a fin de centrar esfuerzos para encontrar la verdad y a los máximos responsables de las violaciones de derechos humanos.

(iv) La obligación de investigación y sanción como presupuesto del acceso a la administración de justicia en la jurisprudencia constitucional colombiana

En relación con la obligación de investigación y sanción, lo primero que debe señalarse es que la Corte Constitucional ha entendido que forma parte del derecho de acceso a la justicia. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una importante tendencia jurisprudencial a través de la cual ha resaltado que se trata de un derecho de las víctimas, en virtud del cual el Estado debe cumplir con ciertas obligaciones en el ámbito penal. En este orden de ideas, la Corte ha considerado que:

"En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia constitucional al interpretar armónicamente los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta, ha ido decantando una protección amplia de los derechos de las víctimas del delito y precisando el alcance de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, dentro de una concepción que recoge los avances del derecho internacional de los derechos humanos en la materia". 104

Para presentar los estándares desarrollados por la Corte en este sentido, a continuación se identifican cronológicamente las sentencias relevantes, distinguiendo entre los pronunciamientos que ha emitido en el contexto de la justicia penal ordinaria, y aquellos que ha desarrollado específicamente en relación con la Ley de Justicia y Paz. Lo anterior, con el fin de identificar posibles diferencias derivadas del contexto y el paradigma transicional que ha orientado este proceso. Posteriormente, se presentan de manera resumida los elementos principales que se han desarrollado en las sentencias citadas.

## A. El derecho a la justicia en el ámbito de la justicia ordinaria

La jurisprudencia en la materia se empezó a desarrollar a partir de la década de 2000. Así, la primera sentencia que se refiere al alcance del derecho a la justicia es la T-1267 de

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007. MP: Manuel José Cepeda



2001<sup>105</sup> en la que la Corte debió analizar una tutela interpuesta por una persona que consideraba que se había vulnerado su derecho al debido proceso porque el Tribunal que conoció en segunda instancia su caso, agravó su situación. De acuerdo con el accionante, esto no era legítimo, por cuanto quien presentó la apelación fue la parte civil.

En este caso la Corte aclaró que una decisión penal adoptada en primera instancia puede verse agravada en la segunda, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte civil, por cuanto la víctima del delito es titular del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, con miras a satisfacer sus derechos subjetivos a la verdad, la justicia y la reparación. A partir de esta sentencia se empieza a modificar entonces la perspectiva desarrollada por la legislación penal colombiana, de acuerdo con la cual la víctima podía participar en el proceso penal sólo con una pretensión indemnizatoria, y se empieza a reconocer que los derechos de las víctimas en sede penal tienen un mayor alcance, e incluyen el derecho a la verdad y a la justicia, que trascienden el campo patrimonial.

Posteriormente, en la sentencia C-228 de 2002<sup>106</sup>, que puede ser considerada un hito en el desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos de las víctimas, la Corte establece que las víctimas y perjudicados por un delito tienen derecho a participar en el proceso penal con el fin de que sean garantizados de manera integral sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. De esta forma, se supera la concepción según la cual el interés de las víctimas en el proceso era eminentemente pecuniario. De acuerdo con la Corte, las autoridades deben orientar "sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos". Específicamente en relación con el derecho a la justicia, la Corte indicó que este puede ser entendido como "la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales." 107

Más adelante, en la sentencia C-580 de 2002<sup>108</sup>, en la que analizó la constitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte reiteró que las víctimas de los delitos tienen derechos y que de estos surgen también obligaciones para el Estado. Así, indicó que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad, a que se haga justicia y a ser reparadas. En relación con el derecho a la justicia señaló que el Estado tiene la obligación de combatir la impunidad, para lo cual es importante que se conozca la verdad sobre los hechos y que se atribuyan responsabilidades personales e individuales.

<sup>105</sup> M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>106</sup> MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

<sup>107</sup> SU-1184 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, citada por la sentencia C-228 de 2002.

<sup>108</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil



Además, la sentencia se refirió a la imprescriptibilidad de violaciones graves a los derechos humanos, como la desaparición forzada, indicando que en virtud de los derechos de las víctimas, "[...] la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado".

Ese mismo año, mediante la sentencia C-875 de 2002, <sup>109</sup> la Corte reiteró que las víctimas de delitos son titulares de derechos a la verdad y a la justicia, y como tal sus derechos como parte civil van más allá de la pretensión indemnizatoria. En este caso la Corte estableció que existen "hechos punibles respecto de los cuales el interés de las víctimas y de los perjudicados en conocer la verdad de los hechos y en establecer responsabilidades individuales, se proyecta a la sociedad en su conjunto" por lo cual, "podría plantearse que existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés de la sociedad en su conjunto, por establecer la verdad y lograr que se haga justicia, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil".

Luego, en la sentencia C-004 de 2003<sup>110</sup>, en virtud del reconocimiento de los derechos de las víctimas, la Corte reconoció derechos procesales en cabeza de ellas. En este sentido, indicó que tratándose de delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos, tienen derecho a presentar acción de revisión, lo cual fue posteriormente refrendado por la sentencia C-370 de 2006. Al respecto, señaló que no se ajustaba a la Constitución una norma que en virtud del principio *non bis in idem* establecía que la acción de revisión no podía ser presentada por la víctima, pues esta norma impedía la realización de los derechos de las víctimas. Sobre el alcance de este principio en relación con los derechos de la víctima la Corte indicó que:

"[...] la fuerza normativa del non bis in ídem indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos."

Adicionalmente, la Corte resaltó que el Estado, en virtud de los derechos de las víctimas, debe esclarecer los hechos, investigar seria e imparcialmente los hechos punibles y sancionar a los responsables. Al respecto, indicó que "[c]omo es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen



<sup>109</sup> MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>110</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynett.





derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles".

En virtud de estos derechos y obligaciones, es posible que las investigaciones se revisen, en aquellos casos en los que no se haya investigado adecuadamente, pues allí se ha incumplido con su deber de investigar seria e imparcialmente los hechos punibles. Por estas razones, las víctimas pueden solicitar la revisión de las decisiones que como la preclusión, pueden afectar sus derechos al impedir una investigación seria y eficaz. También podría impugnar otras decisiones claves dentro del proceso, como las sentencias. La garantía de impugnar en una sentencia absolutoria, recogida para la ley 600 en esta sentencia, fue en el nuevo sistema recopilada en el fallo C-047 de 2006<sup>112</sup>.

En la sentencia T-249 de 2003<sup>113</sup> la Corte reiteró que en frente a delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, la garantía de los derechos de las víctimas debe ser más intensa. Además, indicó que "existe una relación entre la gravedad del hecho punible y la existencia de un interés de la sociedad en conocer la verdad y hacer justicia", por lo cual este interés es más intenso cuando se trata de delitos graves.

Posteriormente, mediante la Sentencia C-014 de 2004<sup>114</sup>, la Corte amplió la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación a los procesos disciplinarios, indicando que en todo caso se debe respetar la finalidad de este tipo de procesos.<sup>115</sup>

Más adelante, en la sentencia C-209 de 2007<sup>116</sup>, la Corte Constitucional reiteró que la Constitución, interpretada armónicamente con el derecho internacional de los derechos humanos, reconoce a las víctimas y perjudicados por un hecho punible unos derechos que desbordan el campo de la reparación económica, pues incluyen también el derecho a la verdad y a que se haga justicia; 117 el cual implica que toda víctima tenga la posibilidad de

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> En cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles.

<sup>112</sup> MP: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>113</sup> MP. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>114</sup> MP. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>115</sup> Véase también, en el mismo sentido, la sentencia C-209 de 2007, MP. Manuel José Cepeda.

<sup>116</sup> MP. Manuel José Cepeda.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Ver sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.



hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para — conseguir que su agresor sea juzgado. 118

Finalmente, en la sentencia C-241 de 2009, la Corte precisó que el derecho a la justicia incluye el derecho de acceder a la administración de justicia, y por tanto, comprende "la posibilidad de hacer uso de todas las acciones y mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico". Además, este derecho debe ser garantizado en condiciones de igualdad para todas las víctimas.

#### B. El alcance de los derechos de las víctimas en contextos transicionales

En el caso de la jurisprudencia sobre derechos de las víctimas en contextos transicionales, la Corte ha reiterado la importancia del reconocimiento de estos sujetos – no sólo en el ámbito del proceso penal – sino en general en todos los mecanismos que se diseñen para enfrentar las violaciones graves a los derechos humanos. Sin embargo, la Corte ha aceptado que estos derechos puedan ser ponderados y limitados, pues su alcance puede chocar con la búsqueda de la paz, que constituye otro principio central para el Estado colombiano y la democracia. Por ello, aunque la Corte reitera los contenidos del derecho a la justicia que desarrolló en el ámbito del derecho penal ordinario, acepta que estos sean limitados con el fin de lograr la paz, siempre que no se sacrifiquen todos sus contenidos.

Dicha jurisprudencia constitucional está en concordancia con los estándares internacionales, los cuales han reconocido los derechos de las víctimas y el derecho a la paz, como propósitos fundamentales del derecho internacional y como derechos subjetivos que deben ser garantizados por el Estado. La garantía de estos derechos puede ser distinta en tiempos de paz y de conflicto, lo cual no implica su desconocimiento, sino que busca lograr la mayor satisfacción de estos derechos según el contexto existente en el país. Asimismo la Corte ha sido clara sosteniendo que el legislador puede diseñar los mecanismos que estime conducentes a lograr la paz, valorando las circunstancias específicas de cada contexto.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha entendido que cuando se pretende celebrar un acuerdo político con grupos armados ilegales para alcanzar la paz, la situación exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual implica<sup>120</sup>:

<sup>118</sup> C-370 de 2006, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>119</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.M.P.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>120</sup> Ibid.



- 1) Aceptar con ciertas restricciones amnistías e indultos, siempre y cuando no signifiquen un obstáculo para el acceso efectivo a la justicia. Vale la pena subrayar que la Corte Constitucional ha dicho que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz son "instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario". 121
- Aceptar con ciertas restricciones las rebajas de penas.
- 3) Aceptar con ciertas restricciones mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que ayuden al pronto abandono de las armas y la recuperación de la armonía social.

Lo anterior es válido siempre y cuando las medidas que se tomen propicien la superación de la violencia, y no impliquen la plena eliminación del derecho a la justicia. Así pues, para que sea constitucionalmente válida la forma de administrar justicia, a pesar de las restricciones que se hagan en un marco de justicia transicional, el Estado debe investigar y reparar las violaciones a derechos humanos y asegurar que los victimarios contribuyan al esclarecimiento de los hechos y reciban algún tipo de sanción (sin que eso implique necesariamente la privación de libertad). En ese sentido, no son compatibles los instrumentos que conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad de lo sucedido. 122

En este contexto, es claro que la norma demandada no desconoce los derechos de las víctimas, en especial su derecho a la verdad, sino que se constituye en una herramienta contra la lucha de la impunidad y en un instrumento eficaz para que el Estado cumpla su obligación nacional 123 e internacional de lograr y mantener la paz.

Si bien desde las sentencias T-1267 de 2001<sup>125</sup> y C-228 de 2002<sup>126</sup>, la Corte Constitucional ha reconocido los derechos de las víctimas a conocer la verdad, a acceder a la justicia y a

<sup>121</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-695 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. M.M.P.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>123</sup> Constitución Política, Preámbulo, artículos 2, 22, entre otros.

Entre otros instrumentos se pueden ver: el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

<sup>125</sup> Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>126</sup> MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.



obtener una reparación, el alcance de estos derechos es diferente tratándose de un periodo de justicia transicional, donde la justicia se materializa por vías diferentes a las existentes en la justicia ordinaria, con el objetivo de poner fin al conflicto armado y conseguir la paz.

De esta manera, si bien en principio se podría considerar que se afecta el derecho a la justicia y los derechos de las víctimas, la reducción en el alcance del valor y el derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional, en realidad, puede constituir un medio idóneo y eficaz, para realizar los derechos de las víctimas 127:

- 1) El derecho a la no repetición, por el cese del conflicto armado.
- El derecho a la verdad como herramienta para combatir la impunidad, ya que quienes se desmovilizan deben revelar los hechos, porque que el silencio o la mentira no pueden ser las bases de un proceso de negociación que se ajuste a la Constitución.
- 3) El derecho a la reparación con el establecimiento de mecanismos especiales, que pueden ofrecer más fácil y rápido acceso, a las víctimas que en los procesos ordinarios.

Sobre estos puntos, la Corte ha considerado:

"[...] el relato genuino y fidedigno de los hechos, acompañado de investigaciones serias y exhaustivas y del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, pueden ser las bases de un proceso de negociación en el cual, incluso, se admita constitucionalmente la renuncia a la imposición o aplicación plena de las penas que el derecho penal ordinario ha establecido, inclusive para los delitos que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad [...]" 128

En esta línea argumentativa, la Corte Constitucional también ha considerado que es constitucionalmente válido restringir el derecho de las víctimas a la justicia, ya que de lo contrario "por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la

128 Ibid.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.M.P.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.



paz seria un ideal inalcanzable". <sup>129</sup> Ahora bien, estas limitaciones son posibles siempre y cuando al menos se garantice <sup>130</sup>:

- 1) El derecho a que los delitos más graves sean investigados <sup>131</sup>.
- El derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos.
- 3) El derecho de la sociedad de que se haga la reconstrucción de la verdad histórica, en especial que se esclarezcan los procesos de macro criminalidad que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población.

De lo anterior se desprende que el Acto Legislativo no es una sustitución del contenido de la Constitución que modifique las obligaciones que se derivan del bloque de constitucionalidad, sino que es una herramienta para que el Estado proteja los derechos de las víctimas, impida la impunidad de los delitos cometidos y, a la vez, evite que estas conductas se presenten en el futuro. Por lo tanto, no se puede afirmar que en los procesos de justicia transicional se desconozcan los derechos de las víctimas, por el solo hecho de que se garanticen de manera distinta que en el proceso ordinario. De igual manera, se reitera que la Corte Constitucional ha sostenido que en contextos transicionales los derechos de las víctimas pueden ponderarse con otros principios en juego, como la necesidad de alcanzar la paz, por lo cual algunas limitaciones a su contenido pueden ser legítimas, como la posibilidad de conceder penas alternativas y establecer procedimientos penales especiales.

3. El derecho al acceso a la administración de justicia y a una pronta solución sin dilaciones injustificadas debe ser entendido como un mandato de optimización

Tal y como se estudió en el punto anterior, existen reglas jurisprudenciales aplicables al caso colombiano para la satisfacción del derecho al acceso a la administración de justicia en el marco del Acto Legislativo. Sin embargo, éstas deben ser interpretadas de manera sistemática, y su aplicación dependerá de la realidad que afronte cada sistema judicial en particular.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 37048 del 6 de diciembre de 2012. M.P.: Javier Zapata Ortiz; Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.M.P.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.



Desde la perspectiva de Alexy<sup>132</sup> se puede observar que no es posible aplicar los mecanismos tradicionales de solución de antinomias para el conflicto bajo estudio<sup>133</sup>, y que el derecho al acceso a la administración de justicia, dado su bajo grado de especificidad en la prescripción de las conductas tendientes a su satisfacción, pero sobre todo por su contenido – que implica un deber ser que determina un objetivo ideal que no prevé consideraciones de tipo jurídico o fáctico del escenario en que se pretende concretar – debe ser entendido como un principio.

En esa medida, la validez y exigencia del principio de acceso a la administración de justicia, contrario a lo que sucede con las reglas, presupone la existencia de aquellas circunstancias jurídicas y fácticas adecuadas para su cumplimiento, por lo que su satisfacción no debe ser percibida con una dualidad apodíctica, sino en grados de consecución. En otras palabras, la orden derivada de un principio es que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. 134

Conforme a lo antes señalado, la regulación de cualquier principio debe tener en cuenta las condiciones materiales en que éste se concreta, de manera que pueda ser compatible con esa realidad, pues procurar una aplicación sin cumplimientos graduales, hace que éste se vuelva letra muerta.

Así las cosas, y entendiendo que el derecho al acceso a la administración de justicia – específicamente las obligaciones de investigación y sanción – deben garantizarse en la mejor medida posible, podríamos aducir que se está frente a una excepción relativa en su aplicación absoluta, lo cual no se justifica por normas propias del sistema jurídico, sino por razones aducibles a un caso o realidad concreta que no fueron previstas por el sistema normativo, pero que son relevantes para su justificación. Lo anterior, por cuanto el derecho debe ser interpretado y aplicado desde una óptica que brinde una apertura a la realidad social que pretende reflejar.

Teniendo como base lo anterior, ahora es preciso manifestar que en cumplimiento de su deber de ejercicio de la acción penal, en la actualidad, la Fiscalía General de la Nación adelanta 1.509.244 procesos, incluidos aquellos que se surten bajo las normas de la Ley 600 de 2000, la Ley 906 de 2004 y la Ley 1098 de 2006.

134 Sentencia C-1114 de 2003. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

R. Alexy, "Epilogo a la Teoria de los derechos fundamentales", trad. C. Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 13.

<sup>133 &</sup>quot;[...] la diferencia entre regla y principio emerge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación". L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argometazione bassata su principi", en Rivista Internacionale di Filosofia del Diritto (1985), p. 72.



De igual forma, entre los años 2011 y 2012 la Fiscalía recibió 2.174.435 denuncias cuyos hechos debe investigar para decidir si abre formalmente proceso y se ejerce la acción penal. Además, es importante resaltar que la Fiscalía General de la Nación tiene también a su cargo la investigación penal de las conductas perpetradas por los grupos armados al margen de la ley que se desmovilizaron dentro del proceso de justicia transicional implementado por la Ley 975 de 2005, en el que se están indagando aproximadamente 346.433 procesos.

A raíz de esta multiplicidad de noticias criminales, a los fiscales se les debe asignar un número irrazonable de procesos. A manera de ejemplo, la Unidad Nacional contra la Desaparición y el Desplazamiento Forzado asume aproximadamente 29.000 procesos y cuenta con 48 Fiscales. Esto significa que cada fiscal debe investigar en promedio 604 conductas delictivas. Esto hace, teniendo en cuenta su complejidad, que la labor de investigación y sanción sea una tarea ardua, en la que se trabaja constantemente para garantizarle a la comunidad en general su derecho al acceso a la administración de justicia, pretendiendo siempre la eficaz y pronta solución de sus necesidades.

La asunción de un nuevo proceso de justicia transicional, como es el propuesto en el Acto Legislativo, implicaría la carga investigativa, por parte de la Fiscalía General de la Nación, de las conductas delictuales que se han perpetrado a lo largo de todo conflicto armado. A manera de ilustración, si se asume que cada uno de los siete bloques de las FARC cometió al menos dos delitos diarios durante el conflicto, la Fiscalía debería investigar aproximadamente 300.000 hechos delictivos, lo cual es una tercera parte del total de denuncias anuales que recibe el ente investigador.

Las medidas adoptadas en el acto legislativo en cuestión toman en consideración la situación antes expuesta (condiciones fácticas y jurídicas para la satisfacción del principio) y por ello brinda la posibilidad de adoptar criterios de priorización y de selección de casos, los cuales buscan un fin constitucionalmente legítimo que es la eficaz administración de justicia y constituye un medio idóneo para satisfacerlo.

El modelo acogido garantiza que los esfuerzos investigativos de la Fiscalía se concentren en la persona que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la comisión de crímenes o conductas especialmente relevantes para una sociedad democrática. Además, salvaguarda los principios de eficiencia y celeridad de la administración de justicia de todos los ciudadanos que acuden a esta institución con el fin de que se ejerza la acción penal cuando consideran que sus derechos fueron vulnerados. Así las cosas, con este enfoque se permite que las personas conozcan efectivamente y en un plazo realizable lo que realmente sucedió.

La ausencia de una política criminal en este sentido podría hacer que el cumplimiento del deber de investigar en todos los procesos, de asegurar el acceso a la administración de



justicia y la pronta solución a las necesidades de la ciudadanía frente al ente investigador, se conviertan en una tarea utópica, y su grado de satisfacción sea muy bajo. Esto haría que no se consigan los resultados esperados respecto de las obligaciones de garantía de verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto armado.

- 4. La priorización y selección de casos como mecanismos constitucionales de gestión de la administración de justicia penal
  - (i) Fundamentos teóricos y práctica judicial de la priorización

La priorización, en términos sencillos, no es más que una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre peticiones ciudadanas de justicia con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia 135. Se trata, en consecuencia, de un instrumento de política criminal.

De hecho, la priorización parte de considerar que (1) no todos los delitos ofrecen la misma gravedad, impacto en la comunidad o afectación de bienes jurídicamente amparados; (2) el grado de lesión de los derechos fundamentales de las víctimas es diferente, en especial, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional (niños y niñas, minorías étnicas, discapacitados, etc.); y (3) en punto a los victimarios, existen algunos cuya responsabilidad es mayor (máximos responsables), tomando en cuenta la estructura, el funcionamiento de la organización delictiva y, en últimas, las cadenas de mando y dominio que tengan sobre la ejecución de los planes criminales.

En términos del cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia en materia de derechos humanos, la priorización permite que el Estado de cumplimiento a su obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos 136 de manera diligente con el fin de evitar la impunidad y que los hechos vuelvan a repetirse. 137

<sup>137</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Para. 154 y ss.

Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación".

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para.166 y 167; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.169; Comité de Derechos Humanos. Comunicación Nº 1558/2007. 18 de julio de 2012. para 10.7.



La priorización permite que el Estado utilice de manera más eficaz los recursos disponibles y por lo tanto, satisfaga en una mayor medida la expectativa de la sociedad y las victimas de saber la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos o como se lo impone el estándar internacional. Lo anterior, como se ha dicho, inclusive si no se trata de un contexto de justicia transicional.

Asimismo, la priorización satisface la obligación internacional de que en las violaciones de derechos humanos se desentrañen las estructuras, sus causas, las personas que de diversas formas participaron, sus beneficiarios y sus consecuencias. Lo anterior por cuanto la priorización hace posible, dar un mejor cumplimiento a la obligación de que un crimen no se investigue de manera aislada, sino inserto en un contexto determinado y por lo tanto garantizar un mejor acceso a la justicia para las víctimas, al garantizar recursos que den respuesta y resultado a las violaciones de derechos.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la obligación del Estado de investigar para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone al Estado la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares<sup>143</sup>, situaciones que a través de la priorización es posible evitar.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que una ambiente de impunidad socava el orden democrático y da lugar a más violaciones de derechos humanos<sup>144</sup>, que se encuentran garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

138 Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones v Costas. Septencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Para. 204

Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119

<sup>141</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119

<sup>142</sup> Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. Para. 117

143 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.261

144 Comité de Derechos Humanos. Comunicación 322/1988. 19 de julio de 1994. Para 12.4.

y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Para. 204

139 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 181; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.173



De allí que la priorización, se convierta en un instrumento para luchar contra la impunidad y que garantizar a las personas un acceso a la administración de justicia, a través de recursos efectivos.

A través de los criterios de priorización es posible que las autoridades encargadas de las investigaciones, en especial en casos de graves violaciones de derechos humanos, valoren los patrones sistemáticos que dieron lugar a las violaciones<sup>145</sup>, lo cual es de gran importancia, porque como lo ha reconocido la Corte Interamericana, luego de cometido un crimen la estructura permanece y para procurar su impunidad puede intimidar y amenazar a los testigos y a quienes investigan<sup>146</sup>.

Por otro lado, la priorización es un modelo aplicado en varios países anglosajones 147, como es el caso de Canadá 148, así como en algunos latinoamericanos como Chile 149, al igual que

<sup>145</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 173

<sup>146</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 118 y 119

<sup>147</sup> Beitner, Terry M.; "Canada's Approach to File Review in the Context of War Crimes Cases", en *Criteria* for *Prioritizing and Selecting Core International Crime Cases* (Morten Bergsmo ed.), disponible en: www.fichl.org, p. 119.

148 En Canadá, El "Programa de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad" reúne a las distintas entidades del Estado que tienen la función de investigar y judicializar a los presuntos autores de crímenes internacionales, incluyendo las autoridades migratorias, policiales y jurisdiccionales. El objetivo de la agrupación de las diferentes entidades estatales es evitar la duplicidad de esfuerzos en la investigación y sanción. Mensualmente reúne a los representantes del Departamento de Justicia, el Departamento de Nacionalidad e Inmigración, la Agencia de Servicios Fronterizos y la Policía Montada de Canadá en el Comité de Operaciones y Coordinación del Programa de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, el cual aplica los criterios de priorización y selección de casos a través del Subcomité de Revisión de Expedientes.

Este Subcomité de Revisión de Expedientes formula recomendaciones de investigación, análisis o judicialización en los casos contra presuntos autores de crímenes internacionales que residan en Canadá. Hasta el momento, ha priorizado 57 casos sobre los cuales ha formulado distintas recomendaciones. La priorización de estos últimos no obedece a unos criterios formalmente adoptados por la Fiscalía General de Canadá, sino a unos adoptados por el mismo Subcomité: (i) el caso debe versar sobre responsabilidad de comando; (ii) el material probatorio debe estar corroborado; y (iii) éste debe ser fácilmente accesible. En el evento en que no se reúnan estas tres características, pero existan razones de política pública, de justicia internacional, de impunidad internacional, o que verse sobre un ciudadano canadiense residente en Canadá, el caso puede ser igualmente priorizado. Adicionalmente, los expedientes con elementos criminales comunes son asociados, ya sea por su geo-referencia o por sus autores. Este proceso de priorización no contó inicialmente con los tres criterios mencionados, sino con un catálogo más extendido donde se incluía la gravedad del delito, el impacto sobre las víctimas, o la posibilidad de expulsar al presunto culpable del territorio canadiense.

<sup>149</sup> En el caso chileno, la priorización de casos ha girado alrededor de dos ejes. El primero es la creación de las Fiscalías Especializadas de Delitos de Alta Complejidad y Fiscalías de Tratamiento de Causas Menos Complejas, las cuales deben asumir los procesos de manera diferenciada de conformidad con los criterios de



por los Tribunales Penales Internacionales. Sin embargo, en relación con estos últimos, la priorización, antes que una técnica de gestión judicial ordinaria, constituye un principio que orienta el ejercicio de las competencias de aquéllos; en el caso de la CPI, complementaria frente a las jurisdicciones internas.

En efecto, las jurisdicciones penales internacionales siempre han tenido una priorización implícita en el ejercicio de su jurisdicción. El artículo 1(1) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona establece la posibilidad de investigar únicamente a las personas que tienen "la mayor responsabilidad" en la comisión de delitos bajo su jurisdicción. El Acuerdo para el Establecimiento de las Cortes Extraordinarias de Cambodia, por su parte, contempla el ejercicio de jurisdicción sobre "altos funcionarios de la Kampuchea Democrática y aquellos con mayor responsabilidad" por los crímenes cometidos entre 1975 y 1979. El artículo 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia extiende la jurisdicción del Tribunal a las "personas responsables de violaciones graves de derecho internacional humanitario", lo cual fue interpretado por el primer Presidente del Tribunal como una priorización de los casos más graves cometidos por los líderes del conflicto. <sup>151</sup>

Por su parte, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se fundamenta igualmente en criterios de priorización. El artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece unos límites a la admisibilidad de casos ante la Corte de tal manera que únicamente activa su jurisdicción cuando el Estado no quiera o no pueda investigar y sancionar a las personas que hayan cometido delitos bajo su jurisdicción.

priorización establecidos en el Plan Estratégico del Fiscal Nacional de Chile. La complejidad de los delitos está dada principalmente por el tipo y gravedad del delito y el acceso al material probatorio. El segundo eje está construido alrededor de la categorización temprana de causas, en virtud de la cual todas las noticias criminales son inicialmente clasificadas en cuatro grupos: (i) las causas para archivo definitivo (conducta atípica); (ii) las causas para archivo temporal (conducta típica con autor desconocido); (iii) las causas para la aplicación del principio de oportunidad; y finalmente (iv) reparto de los casos viables. Esta categorización hace que el 70-80% de las causas sean inicialmente desestimadas, con sólo un 20% de las denuncias siendo asignadas a los Fiscales Adjuntos. Ver al respecto, De la Barra Cousiño, R (2010). Desafios para la investigación y persecución penal de los delitos complejos en países de las Américas. Informe nacional de Chile. Persecución de delitos complejos. Capacidades de los sistemas penales en América Latina. Chile, Santiago: CEJA-JSCA. Ministerio Público (2009), Plan Estratégico Ministerio Público 2009 – 2015. República de Chile División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión. Chile, Santiago: Ministerio Público.

El acuerdo para el establecimiento de este tribunal híbrido se encuentra anexo a la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 57/228. El artículo 2 del mismo dispone, en el inglés original: "The present Agreement further recognizes that the Extraordinary Chambers have personal jurisdiction over senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes referred to in Article 1 of the Agreement."

<sup>151</sup> Cassese, Antonio, "The ICTY: A Living and Vital Reality", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 2, pp. 585, 587.



Ahora bien, en cuanto a los criterios de priorización, la Fiscalía General de la Nación, mediante Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, acogió los siguientes:

"Subjetivo. Toma en consideración las calidades particulares de la víctima (vgr. integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etcétera), así como la caracterización del victimario (vgr. máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.).

Objetivo. Parte de analizar la clase de delito perpetrado, así como su gravedad y representatividad, en términos de (i) afectación de los derechos fundamentales de la o las victima(s) en particular, de la comunidad en general, o de un bien jurídicamente amparado; y (ii) la modalidad de comisión del delito.

Complementario. Existen diversos criterios complementarios tales como: región o localidad donde se perpetraron los crímenes; riqueza probatoria y viabilidad del caso; el examen del caso por un órgano internacional de protección de los derechos humanos y su valor didáctico, entre otros."

Por otra parte, en lo que atañe a los efectos jurídicos de priorizar un caso o situación, en los términos de la Directiva 001 de 2012, expedida por la Fiscalía General de la Nación, se aclara que "[d]e manera alguna la priorización equivale a una extinción de la acción penal en relación con los casos no priorizados o una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas". Lo anterior significa que, aquellos casos o situaciones que no hayan sido priorizados, seguirán normalmente su trámite procesal.

Finalmente, es preciso aclarar que la priorización, en tanto que modelo de gestión de la investigación penal, puede ser empleada en situaciones de normalidad (vgr. modelo chileno y países anglosajones), en especial, como medio para combatir manifestaciones de crimen organizado o, eventualmente, como instrumento de justicia transicional. En ambos casos el fin es el mismo: enfocar, direccionar y racionalizar, de manera más eficiente, eficaz y estratégica, el accionar investigativo del Estado. De allí que, resulte innato a la priorización, (1) la técnica de asociación de casos; (2) la investigación en contexto, mediante la aplicación de técnicas de análisis criminal (vgr. georeferenciación, establecimiento de patrones macrocriminales, análisis estadístico, etc.); <sup>152</sup> y (3) el empleo de mecanismos de doble imputación penal (a la organización como tal y sus integrantes), a diferencia del modelo de investigación tradicional de caso a caso.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Lersch, K.M. & Hart, T. (2011). Space, time and crime. USA, North Carolina: Carolina Academic Press.



#### (ii) La selección de casos

Entre las obligaciones internacionales que tiene el Estado en materia de acceso a la justicia, se encuentra garantizar un acceso a un recurso sencillo y eficaz<sup>153</sup>. El cumplimiento de esta obligación, es posible que se encuentre garantizado, no por un recurso individualmente considerado, sino que los recursos disponibles de un Estado en su conjunto, pueden satisfacer de manera colectiva los derechos a las garantías judiciales y protección judicial<sup>154</sup>. Es decir, que aunque un recurso, ya sea administrativo, judicial o disciplinario, puede no ser efectivo considerado individualmente, el Estado puede cumplir su obligación de garantizar un recurso efectivo, examinándose en conjunto los recursos<sup>155</sup>.

Lo anterior, es relevante en un contexto de justicia transicional, en el cual los instrumentos ordinarios de administración de justicia son insuficientes y es necesario por lo tanto diseñar herramientas que permitan garantizar los derechos de las víctimas y a la vez alcanzar la paz. En este punto es importante mencionar que el estándar internacional de garantía de derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos no establece que una adecuada reparación solo pueda darse en un proceso penal.

A decir verdad, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido que los particulares no tienen derecho a reclamar al Estado a que enjuicie penalmente a otra persona<sup>156</sup>, lo cual es independiente de la obligación que tiene el Estado de garantizar que toda persona tenga acceso a recursos efectivos y susceptibles de aplicación coercitiva para hacer valer los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>157</sup>.

Es decir, los derechos de las víctimas no pueden ser solamente garantizados a través de un proceso penal, sino que sus derechos pueden ser garantizados por otra clase de procedimientos, que en contextos como los de justicia transicional, pueden ser más efectivos y garantistas con los derechos de las víctimas.

De esta forma, como el derecho de acceso a la justicia no es solo el derecho a interponer un recurso, sino también a obtener una respuesta de la controversia por parte de un tribunal 158,

<sup>153</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Para.

<sup>154</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ananyev and others v. Russia. Demanda 42525/07 y 60800/08. 10 de Enero de 2012. Para 96.

<sup>156</sup> Comité de Derechos Humanos. Comunicación Nº 612/1995. 14 de junio de 1994. Para. 8.8

<sup>157</sup> Comité de Derechos Humanos. Comunicación Nº 1805/2008. 1 de noviembre de 2012. Para. 6.10.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Muscat v. Malta. Demanda 24197/10. 17 de julio de 2012. Para.



en un marco de justicia transicional, esta obligación sólo podrá garantizarse con otros instrumentos distintos a los penales. Por cuanto que dadas las particularidades del conflicto, es imposible llevar a cabo una investigación penal efectiva contra todos los involucrados.

Por lo tanto, si se entendiera que la única forma de garantizar el acceso a la justicia es el proceso penal, se estaría cercenando la posibilidad de dar una efectiva y real reparación a las víctimas, ya que en la práctica el proceso penal no les garantizaría sus derechos y por lo tanto, el Estado desconocería la obligación internacional de asegurar a las víctimas y sus familiares el acceso a la justicia en un tiempo razonable 159.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha dicho que un recurso es ilusorio si permite que una decisión judicial final y vinculante permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes. Una demora excesivamente larga en la ejecución de una resolución vinculante puede violar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>160</sup>.

De lo anterior se desprende que, considerar que los derechos de las víctimas sólo se garantiza por procesos penales, conlleva no a la garantía de estos derechos, sino a su vulneración, pues se trataría de recursos ilusorios. Adicionalmente, se desconoce la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que si bien ha entendido que los recursos no judiciales no son efectivos por si solos, pueden resultar eficaces o útiles como complemento para establecer la verdad, para la reparación de las víctimas, para determinar la responsabilidad estatal, y evitar la impunidad<sup>161</sup>.

La selección de casos es un instrumento de justicia transicional que, si bien a semejanza de la priorización apunta a centrar los esfuerzos investigativos en los máximos responsables de las conductas punibles, presenta dos diferencias importantes en relación con aquélla, a saber: (1) su aplicación se limita a escenarios de justicia transicional; y (2) su puesta en ejecución condiciona el ejercicio de la acción penal y el cumplimiento de las penas.

En nuestro país se han adoptado de manera progresiva varios mecanismos que son propios de la justicia transicional. A través de la Ley 975 de 2005 ("Justicia y Paz") se adoptaron

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. para. 91; Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 273; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para.170

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Savitskyy v. Ukraine. Demanda no. 38773/05. 26 de Julio de 2012. Para. 147

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para 130



juicios especiales y penas alternativas para los desmovilizados que cometieron crímenes atroces. Y, posteriormente, para aquellos miembros de los grupos armados que se hubieren desmovilizado, pero que no hubieran cometido este tipo de crímenes, se empezaron a adoptar salidas alternativas.

Recientemente, ante las dificultades enfrentadas con la Ley de Justicia y Paz, el Gobierno promovió una reforma constitucional con el fin de crear un marco jurídico para la reincorporación de miembros de grupos armados a la sociedad civil. El Acto Legislativo incorpora aspectos que involucran modificaciones importantes a la forma como ha operado el derecho penal frente a las violaciones graves a los derechos humanos ocurridas con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Estos incluyen la idea de la selectividad, la priorización y las penas alternativas. Todo lo anterior, en la lógica de ponderar entre los derechos de las víctimas y la necesidad de desmovilización y de la paz, que es propia del campo de la justicia transicional. En conjunto, se tratan de mecanismos propios del derecho penal, pero que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico lógicas diferentes a las tradicionales que, como se ha visto, están en sintonía con estándares internacionales.

En efecto, en una situación de normalidad el Estado se encuentra obligado, en principio, a investigar y sancionar todas las conductas punibles que se cometan en su territorio. Se trata, sin duda, de una manifestación del principio de legalidad y de un desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Sin embargo, téngase presente que la Constitución faculta a la Fiscalía General de la Nación, incluso para casos que no guardan relación alguna con el conflicto armado interno, a acudir ante un juez de control de control de garantías, con el fin de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, en los casos previstos en la ley y dentro del marco de la política criminal del Estado.

Ahora bien, en situaciones de justicia transicional, el deber estatal de perseguir y sancionar los delitos, en especial aquellos que revistan el carácter de crímenes internacionales, debe ponderarse, por una parte, con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; y por la otra, con la consecución de la paz. Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C- 370 de 2006, a cuyo tenor:

"El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal



inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución."

De allí que el análisis de constitucionalidad que se adelante sobre la regulación del mecanismo de selección de casos, debe partir que se trata de un típico instrumento de justicia transicional, y por ende, presenta un carácter excepcional.

Aunado a lo anterior, como se ha mencionado, la selección de casos condiciona, de diversas maneras, el ejercicio de la acción penal, así como el cumplimiento efectivo de la pena. En efecto, una lectura del Acto Legislativo 01 de 2012, evidencia que corresponderá al legislador estatutario determinar unos 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". De igual manera, es competencia del legislador estatutario establecer unos casos, requisitos y condiciones en los que procederán diversas medidas en relación con aquellos que no sean calificados en términos de "máximos responsables", tales como: (1) la suspensión de la ejecución de la pena; (2) aplicación de sanciones extrajudiciales; (3) penas alternativas; (4) modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y (5) autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados.

Como puede advertirse, la actual regulación constitucional de la selección de casos apunta a que, dentro de un escenario de justicia transicional, el ejercicio pleno de la acción penal se encause hacia aquellos que son considerados como los máximos responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, en tanto que frente a



quienes no detentan tal calidad, se puedan aplicar otras medidas especiales, a condición, por lo demás, que cumplan con ciertos requisitos.

En este orden de ideas, la actual regulación constitucional del proceso de selección de casos se caracteriza por:

- 1) Enmarcarse exclusivamente dentro de un escenario de justicia transicional.
- 2) No constituir un ejemplo de autoamnistía, incompatible con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.
- 3) Ofrecer un equilibrio entre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación; el deber estatal de investigar y sancionar los crímenes internacionales; y el derecho a la paz y a la reconciliación nacional.
- 4) Apuntar a que, de manera efectiva, sean sancionados penalmente aquellos sobre los cuales recae el mayor peso por la comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio. Por el contrario, para el elevado número de integrantes de la organización delictiva, quienes participaron igualmente en la comisión de aquéllos, en especial, en calidad de autores materiales, se prevé la aplicación de otras medidas de justicia transicional, beneficios cuyo otorgamiento, por lo demás, se encuentra condicionado al cumplimiento de múltiples condiciones, encaminadas a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. No se trata, en consecuencia, de una amnistía o indulto automático para estos integrantes rasos de la organización armada, lo cual resultaría incompatible con la jurisprudencia constitucional.<sup>162</sup>

## (iii) El concepto de máximo responsable

La comprensión del concepto de "máximo responsable" resulta esencial para comprender el sentido, alcance y aplicación de las técnicas de priorización y selección de casos. En tal sentido, tal y como se afirma en la Directiva 001 de 2012, proferida por la Fiscalía General de la Nación, el concepto de "máximo responsable" apunta a aquellos individuos que sobre los cuales recae un mayor grado de responsabilidad por la comisión de los crímenes de sistema. En tal sentido, se acogió la siguiente definición del mencionado término:

"Máximo responsable: el concepto de máximo responsable se aplica respecto a dos categorías diferentes, a saber: (i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía



Sentencia C- 936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido crímenes particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva".

Al respecto, los diferentes tribunales internacionales han variado los factores específicos con los cuales se ha tratado de determinar a las personas que cargan el máximo nivel de responsabilidad. Así, por ejemplo, en el TPIY se han empleado factores como: "el rango del acusado junto con el alcance de su autoridad (*de facto* o *de jure*)", o el "rol en la comisión de los crímenes (incluye una evaluación de la forma de responsabilidad por la cual puede ser vinculado al crimen)"; por su parte, en el caso de Bosnia y Herzegovina, se emplearon factores como, por ejemplo, "la función política" del autor, o su calidad de ser "un líder a nivel nacional, regional o municipal". 163

En este orden de ideas, la noción de "máximo responsable" no se limita a los integrantes de la cúpula del grupo armado ilegal, quienes usualmente son los responsables por el diseño del plan criminal, sino que puede llegar a abarcar a mandos medios, en la medida en que dominen la comisión del hecho, o incluso, a financiadores y aportantes, siempre y cuando su contribución haya jugado un papel esencial en la implementación del plan delictivo. Es más, como se explicó, de manera excepcional, se podrá calificar como máximo responsable a una persona que ha cometido crímenes particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva.

Así las cosas, el Acto Legislativo – al señalar que se seleccionarán a aquellos que sean considerados los "máximos responsables" de la comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio – está ajustándose a los estándares internacionales en la materia. Por el contrario, de llegar a declararse inexequible tal expresión, el Estado no contaría con la facultad de focalizar su actividad investigativa hacia quienes causaron un mayor perjuicio a las víctimas, sino que se vería obligado a prestar igual atención a los comandantes como a quienes se hayan en la base de la organización delictiva. Tal consecuencia, por supuesto, resultaría indeseable en términos de derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

## (iv) El carácter sistemático de los crímenes de guerra

Los ciudadanos demandan la expresión "cometidos de manera sistemática", alegando que la selección sólo se aplicaría en relación con los crímenes de guerra que no sean



Ver, Fiscalia vs. Ademić et al, "Decisión para la remisión a las autoridades de Croacia conforme a la regla 11bis", Caso No. IT-04-78- PT, Tribunal de Remisión, 14 de septiembre de 2005, Pár. 29-30; y "Criterios de orientación para los casos sensibles de 'Rules of the Road", Op. Cit.



perpetrados de forma sistemática, es decir, excluyendo aquellos cometidos de forma aislada. Estimamos que no les asiste razón a los demandantes por las siguientes razones.

Efectivamente, los crímenes de guerra pueden ser perpetrados de forma aislada. Esta es una diferencia esencial con los crímenes de lesa humanidad los cuales, por definición, sólo pueden ser cometidos de forma sistemática o generalizada.

Ahora bien, siendo la finalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 que sean sancionados los "máximos responsables" por la comisión de crímenes internacionales, se entiende que la actividad investigativa del Estado se centre en quienes, desde la dirigencia de la organización delictiva, diseñaron los planes para cometer crímenes de guerra a gran escala (vgr. secuestro, toma de rehenes, tomas de poblaciones, etc). Por el contrario, los crímenes de guerra cometidos de forma aislada usualmente son perpetrados por mandos bajos, es decir, por quienes no ejercen un control sobre la organización. Lo anterior no obsta para que, en los términos de la Directiva 001 de 2012, en algunos casos estemos en presencia de "máximos responsables", tomando en consideración la gravedad de los hechos y la representatividad del caso.

De allí que, de llegar a incluirse en el concepto de selección a todos aquellos que participaron en la comisión de crímenes de guerra (no sólo máximos responsables), además por la perpetración de todos los crímenes de guerra, se desdibujaría por completo la razón de ser y la filosofía que orienta la adopción del Acto Legislativo. En efecto, la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas conduciría, en la práctica, a acabar con el mecanismo de selección de casos.

De lo anterior puede concluirse que la priorización y selección garantiza el acceso a la administración de justicia a la luz de los estándares nacionales e internacionales al ser instrumentos que permiten al Estado (1) cumplir con su deber de investigar las violaciones a los derechos humanos de manera eficaz; (2) evitar la impunidad y; (3) garantizar los derechos de las víctimas el esclarecimiento de los hechos, lo cual constituye un medio importante de reparación<sup>164</sup>. Además se trata de instrumentos que no desconocen el deber del Estado de reparar plenamente a todas las víctimas<sup>165</sup>, ya que no se oponen a medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición<sup>166</sup>.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. para. 204. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Para. 164
 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Para. 173

<sup>166</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Para. 341; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Para. 139; Comité de Derechos



# 5. El acto legislativo 01 de 2012 es constitucionalmente legítimo, en tanto parte de la existencia de un proceso de justicia transicional

En la demanda se plantea que el Acto legislativo reemplaza un pilar fundamental de la Constitución, cual es el deber de investigar, juzgar y sancionar todas las violaciones de derechos humanos. Ello, porque a juicio de los demandantes, la aplicación de la norma supone que el Estado sólo investigue a los *máximos responsables* de las violaciones cometidas de manera sistemática. Sin embargo, en el evento en que la Corte considere que tal interpretación de la norma constituye un cargo suficiente, debe considerar los siguientes aspectos para emitir un pronunciamiento de fondo.

#### (i) La justicia transicional según la jurisprudencia constitucional

El cargo no tiene vocación de prosperidad comoquiera que no tiene en cuenta que, de efectuarse un juicio de constitucionalidad respecto de la disposición acusada, tal juicio debe hacerse sobre la base de que la norma fue adoptada en un escenario de justicia transicional, por consiguiente, debe partir que la selección de ciertos casos y la concentración de esfuerzos para investigar y sancionar a los máximos responsables, es una medida típica en el contexto de la justicia transicional, cuya naturaleza es precisamente de carácter excepcional, lo que en sí mismo supone tal estado de violaciones masivas de derechos humanos que impone sobre el Estado la obligación de tomar medidas para su superación a fin de conseguir la paz. De allí que un análisis jurídico suficiente sobre la inconstitucionalidad de la norma no pueda dejar de mencionar esa especial circunstancia.

Justamente esta insuficiencia resulta particularmente marcada, ya que ignora que la justicia transicional, como ya lo ha reconocido la Corte Constitucional implica "toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación." En ese mismo sentido, en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte señaló:

Humanos. CCPR/C/COL/CO/6. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos- Colombia. 4 de agosto de 2010. Para. 10.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, a partir del concepto de justicia transicional consagrado en el Informe del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 3 de agosto de 2004. Al respecto se puede consultar la sentencia C-771 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esa oportunidad la Corte estudiaba la constitucionalidad de los artículos 1°, 4°, 6° y 7° (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010, "Por la cual se dictan 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"



"[...] [e]llo se hace, principalmente, con el propósito de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, para lo cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un legado de abusos de derechos humanos en un contexto democrático y aplicando medidas, de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes".

Ahora bien, un análisis del Acto legislativo no puede dejar de lado que este es el resultado de un debate democrático surtido en el Congreso, el cual en ejercicio de su poder de reforma puede y debe, en desarrollo del proceso de transicional de justicia, formular normas específicas cuya finalidad sea generar una serie de medidas que tengan un efecto reparador para aquellos que hubieran sufrido daños como consecuencia de las infracciones al derecho internacional humanitario y las violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos con ocasión del conflicto armado interno. Sin embargo, estas mismas normas propenden por garantizar la paz, como fin constitucional esencial del Estado y un deber de obligatorio cumplimiento, teniendo en cuenta que, precisamente es en cuestiones de justicia transicional, en donde el ejercicio de ponderación de los distintos intereses en juego cobra vital importancia.

De ahí que la Corte Constitucional haya considerado ajustadas a la Constitución distintas normas que ha diseñado el legislador en el marco de la justicia transicional. Entre estas, la Ley 1424 de 2010 ("Por la cual se dictan 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 varias disposiciones demandadas de la Ley 1448 de 2011 ("Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones"). A este respecto vale la pena anotar para el caso que, en la Sentencia C-052 de 2012, la Corte consideró que se trataba de "ambicioso esfuerzo normativo del Estado colombiano enmarcado desde su origen dentro de un contexto de justicia transicional".

Así mismo, en aquella oportunidad la Corte reitero la finalidad legítima de la justicia transicional entendida en términos de la Corte como:

"[...] una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la



democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes [...]" 168

Por último, es importante poner de presente que la necesidad de recurrir a medidas transicionales en Colombia, en lugar de recurrir a medidas ordinarias, sólo encuentra justificación en el esfuerzo por superar los efectos de la violencia masiva de las últimas décadas, cerrar el ciclo y consolidar la paz. Parte esencial de ese esfuerzo supone adoptar medidas en el ejercicio pleno de la acción penal, para encausarla hacia aquellos que son considerados como los máximos responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, en tanto que frente a quienes no detentan tal calidad, se puedan aplicar otras medidas especiales

Así las cosas, una lectura sistemática del Acto Legislativo, permite concluir que la norma pretende focalizar esfuerzos y optimizar recursos para lograr la verdad, la justicia – no desde una perspectiva sancionatoria, sino restaurador – la garantía de la no repetición y la reconciliación nacional necesaria para garantizar una transición responsable y eficiente hacia la paz.

#### (ii) Los modelos comparados de justicia transicional

Sea lo primero advertir que en la demanda de inconstitucionalidad presentada no se hace alusión al concepto de justicia transicional y mucho menos a los mecanismos de ésta, siendo que el Acto Legislativo demandado anuncia desde su título que su finalidad es precisamente establecer mecanismos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política. Esta omisión desconoce la práctica internacional en materia de graves violaciones a los derechos humanos.

En este aparte veremos cómo en diversos países en los que existió conflicto armado, o en todo caso, violaciones masivas de derechos humanos, se adoptaron diferentes mecanismos para resolver las tensiones entre los derechos de las víctimas y las necesidades que se derivan y los imperativos internacionales de castigo a los perpetradores de violaciones de derechos humanos. Dichos mecanismos, enmarcados dentro del concepto de justicia transicional que utilizaron los Estados descritos a continuación, combinaron la persecución penal, negociaciones o diálogos para alcanzar la paz, con mecanismos de reparación a las víctimas para lo cual se crearon comisiones de la verdad, programas de reparación, rebajas de penas e incluso amnistías condicionadas con el fin de lograr el tránsito hacia la paz.

Un primer ejemplo lo tenemos en Uganda cuyo origen del conflicto de tipo religioso se superó mediante la combinación de dos mecanismos: persecución penal y negociaciones.

<sup>168</sup> Sentencia C-052 de 2012, MP Nilson PinillaPinilla



También fue promulgada una amnistía que era respaldada por consultas a lo largo del país. Se trató de una amnistía amplia pues bastaba con que los grupos renunciaran a la insurgencia, y fue necesaria la intervención de la Corte Penal Internacional. 169

En Sudáfrica, el conflicto tuvo origen racial. En su tránsito a la paz, cobró importancia la Comisión de Verdad y Reconciliación que nació de una ley promulgada por el parlamento. La Comisión tenía un comité específico de Rehabilitación y Reparación. Además, como otra herramienta de justicia transicional, se establecía una amnistía individual cambio de confesión de crímenes y un indulto para delitos políticos. Cuando la Comisión terminó su labor, se estableció una unidad especial en la Fiscalía para investigar crímenes, entre otros los derivados de las investigaciones que hiciere la mencionada Comisión. 170

Para Sierra Leona<sup>171</sup> se observa que el conflicto surgió con tintes de desigualdad social y factores étnicos sumados a invasión extranjera y colaboración de grupos armados extranjeros con la insurgencia interna. Para la superación del conflicto se necesitó intervención de la ONU que estableció una misión especial e intervención militar del Reino Unido. Además, se contempló una amnistía amplia que otorgaba participación política a los grupos insurgentes. Finalmente fue establecido un tribunal híbrido para el juzgamiento de crímenes.<sup>172</sup>

Como se puede observar, en la descripción de los conflictos de los países mencionados hasta el momento, podemos concluir que ante una situación excepcional de conflicto armado y por ende, de graves violaciones a los derechos humanos, el tratamiento en cuanto a persecución penal para lograr la transición a la paz tiene necesariamente que ser diferente, tal y como se establece en el Acto Legislativo demandado.

Este mismo análisis podemos hacerlo al observar otros conflictos como el de Argentina, el cuál consistió en la ostentación del poder político por parte de una dictadura militar. Para la transición hacia una democracia se creó una Comisión sin funciones jurisdiccionales,

Para una mayor descripción del caso Ugandés véase: Otim, M. & Wierda, M.; Marín Ortega, O. & Herman J.; Filippini, L.; Varney, H. & Cuellar Martínez, B. (2010). Parte II - Experiencia comparada, en: M. Reed & M.C. Rivera (Eds. En español), Transiciones en contienda. Dilemas de la Justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada Bogotá: Centro Internacional Para la Justicia Transicional. (ICTJ), pp. 253-281.
 Para el conflicto en Sudáfrica ver: Castellanos Morales, M. (2008). Pastriacionas fásticas el conflicto en Sudáfrica ver: Castellanos Morales, M. (2008). Pastriacionas fásticas el conflicto.

Para el conflicto en Sudáfrica ver: Castellanos Morales, N. (2008). Restricciones fácticas, algunas experiencias significativas. En E. N., Castellanos Morales, *Justicia Transicional en Colombia. Formulación de propuestas desde un análisis comparado*). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp 107-115.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Una descripción detallada del conflicto en Sierra Leona puede verse en Springer, N. Desactivar la Guerra: Alternativas Audaces para Consolidar la paz. Bogotá: Aguilar (2005), pp 173-184.

Para consultar mecanismos de justicia transicional en Sierra Leona ver: Uprimmy, R. & Saffon, M.P.;
 Bolivar Jaime, A. P.; Diaz Gómez, D. (2009). Parte I - Elementos Conceptuales y Estudios Comparados, en:
 C. Diaz, N.C. Sanchez & Rodrigo Uprimmy (Eds.), Reparar en Colombia: Los Dilemas en Contextos de Conflicto, Pobreza y Exclusión. Bogotá: Centro Internacional Para la Justicia Transicional. (ICTJ), pp 80-94.



encargada del esclarecimiento de los hechos violentos. Sin embargo, la persecución penal estaba en cabeza de los órganos judiciales. Posteriormente se promulgaron las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida". Bajo dichas leyes se estableció una presunción en virtud de la cual los delitos cometidos por agentes militares durante la época de la violencia no serían perseguidos penalmente por cuanto habrían sido cometidos bajo la "obediencia debida", según la cual los subordinados solo cumplen las órdenes de sus superiores. Con estas leyes se regresó a un periodo de impunidad que se superó finalmente gracias a la ratificación de instrumentos internacionales y abundantes programas de reparación a las víctimas. 173

Adicionalmente, está el caso de Irlanda del Norte, cuyo origen del conflicto fue religioso y político. La insurgencia surgió por la ideología independentista de los irlandeses, y tras varios intentos de negociación, se firmó un acuerdo con el gobierno Británico, no sin antes realizar varios referendos en todo el país y crear una Comisión de la Verdad. Sumado a ello, también se dio una operación de desarme vigilada por organismos internacionales. 174

Para el Salvador<sup>175</sup>, el conflicto tuvo relación con una dictadura militar que luchó contra varios grupos insurgentes que se unieron para formar un solo frente. En el tránsito a la democracia existieron varios acuerdos de negociación que incluyeron cambios en la estructura militar interna e inclusive cambios en la Constitución Política. Hubo intervención de la ONU y se creó la comisión de la verdad con programas de reparación de víctimas. Adicionalmente, se promulgaron leyes de amnistías que incluía un sentido amplio del delito.<sup>176</sup>

En Camboya, el conflicto mezcló varios elementos: invasión extranjera previa, conflictos entre etnias y de grupos independentistas. Con el apoyo de la ONU se logró el tránsito de un conflicto militar a uno político y para superarlo fue necesario dotar a las Naciones Unidas de una autoridad temporal para restablecer un nuevo gobierno civil. Adicionalmente, se creó un tribunal híbrido con el fin de juzgar los crímenes que guardaba independencia del sistema judicial. 177

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Sobre el modelo de justicia de transición en Argentina ver: Parenti, P. & Pellegrini, L.; Guzmán Dalbora, J.L.; Martínez Ventura, J. (2009). Informes nacionales (Argentina, Chile, El Salvador). En K. Ambos, E. Mallarino & G. Elsner (Eds.), *Justicia de transición con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Uruguay: Fundación Konrad – Adenauer-Stiftung, pp 133-152.

<sup>Véase también Castellanos Morales, supra 170, pp 116-124.
Véase también Martínez Ventura, supra 173, pp 301-324.</sup> 

La Ley de Amnistía de 1993 amplió la definición de delito político, para incluir los "delitos contra la paz pública", los "delitos contra la actividad judicial", y aquellos delitos "cometidos con motivo o como consecuencia del conflicto armado, sin que para ello se tome en consideración la condición, militancia, filiación o ideología política.

<sup>177</sup> Véase también Springer, supra 171, pp 219-243.



En Chile, la dictadura militar provocó la comisión de innumerables violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades estatales. Existieron leyes de amnistía que impedían perseguir militares y se extendía a otras formas de participación criminal. La transición hacia una democracia inició con una mesa de diálogo y tras lograr elecciones democráticas se creó la comisión de la verdad aunque sin poderes judiciales. Como otros mecanismos de justicia transicional, se crearon corporaciones y comisiones con el fin de reparar y reconciliar a las víctimas. 178

Por último, el conflicto de Timor Oriental data desde la ocupación del ejército indonesio en 1975 lo cual generó un conflicto armado posterior dejando miles de víctimas mortales. Con la intervención de la ONU, que asumió entonces la administración del territorio, se logró la transición a la democracia. Para el esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos se establecieron Comisiones de la Verdad y se creó un mecanismo especial auspiciado por las Naciones Unidas llamado "Salas Penales en los Tribunales del Distrito" ("TRIAL" por sus siglas en inglés). 179

Estos son apenas algunos ejemplos para ilustrar cómo es que los Estados, con tipos de conflicto diversos, han necesitado implementar mecanismos de justicia transicional, tendientes en resolver la difícil tensión entre paz y justicia. Está claro que los mecanismos tradicionales de sólo persecución penal no resultan exitosos para tales fines. Como se puede notar, cada contexto es diferente, ya que debe ser diferente la manera de articular estos instrumentos y eso es precisamente lo que pretende desde su enunciado el Acto Legislativo 01 de 2012. Colombia no ha sido ajena a esta evolución y también ha introducido anteriormente mecanismos de la llamada justicia transicional, tal como lo sostiene la doctrina autorizada en la materia. 180

La misma Corte Constitucional en reciente sentencia, <sup>181</sup> cuando estudió la constitucionalidad de la ley 1424 de 2010 y reiterando a su vez lo sostenido en la sentencia C-370 de 2006, confirmó el carácter excepcional de la justicia transicional:

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Una descripción detallada puede consultarse en: Galvis, M.C.; Barbuto, V; Feddersen, M; Cuellar, B. (2010). Informe Comparativo-Argentina-Chile-El Salvador. En Fundación Para el Debido Proceso Legal (Ed.), Las víctimas y a Justicia transicional ¿Están cumpliendo los países latinoamericanos los estándares internacionals? Washington D.C.: Editores, pp 63-94.

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> Véase Stahn, C., Geometría de la justicia transicional: opciones: opciones de diseño institucional, en: Rettberg, Angelika (ed.), Entre el Perdón y el Paredón – Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional, Ediciones Uniandes (2005).

Minow, M., Crocker, D. & Mani, R. *Justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad Javeriana (2011) p. 22. Los autores mencionan cómo, dentro del marco jurídico para la paz, en los últimos años se han introducido mecanismos tales como procesos penales especiales contra victimarios de crímenes atroces que incluyen rebajas de penas y escenarios de reparación, entre otros.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011, P.P. Nilson Pinilla Pinilla



"Como también se anunció, esta circunstancia resulta trascendental para la resolución de los problemas de constitucionalidad propuestos por los actores puesto que, según lo ha reconocido este tribunal, el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sobre los cuales se sustentan los cargos formulados, podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio, concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales." (Subrayado fuera de texto).

En la misma providencia, la Corte, al referirse al concepto de justicia transicional en derecho comparado, afirmó:

"[...] [e]n esta misma línea, el referido autor<sup>182</sup> señala que la justicia de transición "supone mucho más que la justicia penal retributiva" y abarca "a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de una justicia creativa)". A partir de estos elementos, puede entonces la justicia de transición ser entendida como una justicia de excepción que aspira a superar la situación de conflicto o posconflicto, pasando "de un peor a un mejor estado"

Otros autores también han insistido en el carácter excepcional de los mecanismos de justicia transicional por cuanto los mecanismos tradicionales no han resultado suficientes para lograr los objetivos de verdad, justicia y reparación. Se ha sugerido que los modelos en los cuales se pretende sancionar a todos los responsables por todos los crímenes — o modelos maximalistas — carecen de efectividad. Al respecto, la literatura sostiene que los resultados de los procesos de sanción han sido cuestionados y no han satisfecho la expectativa inicial en términos de condenas conseguidas y ejecutadas, de manera que se ha

Aquí la corte se refiere a ("El marco jurídico de la Justicia de Transición", en "Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España", Kai Ambos y otros, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009.)

<sup>183</sup> Cardona Chaves, J.P. Transiciones hacia la Paz en perspectiva comparada: Colombia y Ruanda, dos escenarios de justicia maximalista. En: Marquartd, B. (Coord) Constitucionalismo científico, dinámicas globales y locales, Bogotá: Temis (2012). p. 47. El autor sostiene que los resultados de los procesos de sanción han sido cuestionados y no han satisfecho la expectativa inicial en términos de condenas conseguidas y ejecutadas, de manera que se ha puesto en debate la pertinencia del modelo maximalista de justicia, específicamente, en casos de transición, se ha motivado el empleo de alternativas o nuevas estrategias para adelantar los procesos (idea no textual).



puesto en debate la pertinencia del modelo maximalista de justicia, particularmente en casos de transición. 184

También se ha concluido por parte de la doctrina que así como el extremo perdón de los crímenes atroces se hace inviable como fórmula de justicia transicional, también lo es el externo opuesto, es decir, la punición absoluta e inflexible. En los modelos de transiciones, y en especial en el caso Colombiano, se deben aplicar "perdones responsabilizantes", es decir, aquellos que se compensen los perdones otorgados a los responsables con medidas de reparación a las víctimas y recuperación de la verdad.

Un ejemplo claro de este modelo sugerido es el caso de Sudáfrica o Sierra Leona, donde se instaló un tribunal híbrido que por mandato tenía que centrarse en investigar y juzgar solo a los máximos responsables de las atrocidades cometidas. Así mismo sucedió en Argentina tras el triunfo del gobierno democrático; el Estado entendió que no podría juzgar a todos por lo que se concentró en perseguir penalmente a los más comprometidos con el plan represivo.

Precisamente hemos evolucionado hacia la consecución de la paz implementando diversos mecanismos, y es totalmente válido que sean constitucionalmente introducidos. Así lo ha afirmado también la Corte Constitucional en la sentencia que venimos mencionando al analizar el fundamento constitucional de la Justicia Transicional

"[...] [d]esde esta perspectiva, resulta entonces posible asumir que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional colombiano, siempre que queden a salvo los derechos de las víctimas así lo juzguen las autoridades a quienes la norma superior asignó la responsabilidad de formular esas políticas, por considerar que concurren las especiales circunstancias que, según se explicó, justifican y hacen conveniente la adopción de este tipo de medidas." <sup>186</sup>

Más que una necesidad de los estados que sufren el conflicto armado con graves consecuencias de violaciones de derechos humanos, la búsqueda e incorporación de

186 Supra 181.

<sup>184</sup> Ibid.

Uprimmy, R., Saffon, M.P., Botero Marino, C., & Restrepo Saldarriaga, E. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Verdad justicia y reparación para Colombia. (pp 23, 135 y 136). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.



medidas tendientes a superar dicha situación se convierte en una obligación. Así lo manifiesta la doctrina 187:

"Ante situaciones de un conflicto que no se resuelve por la justicia tradicional retributiva los Estados están en la obligación de buscar mecanismos alternativos con estrategias que permitan buscar el equilibrio correcto entre justicia y paz de tal manera que una rebaja de pena o una pena alternativa e inclusive un el perdón si ello es justificable cuando constituye una medida para alcanzar la paz."

Todo lo anterior nos puede dar una luz para concluir que además de necesarios y eficientes, los mecanismos de justicia transicional se muestran no ya como una simple opción o tendencia, sino más bien como una obligación para garantizar la protección der derechos humanos en cada contexto. Es por ello que no puede afirmarse que dichos mecanismos sustituyan la justicia tradicional retributiva ni que sean menos rigurosos que aquella, sino que más bien se erigen en un complemento adecuado en búsqueda de la paz. En este mismo sentido se ha expresado el Relator Especial de la ONU para la promoción de la verdad, la justicia y la reparación. <sup>188</sup>

Cómo se deduce de lo anterior, una situación excepcional como el contexto del conflicto y proceso de paz colombiano debe ser tratado también de manera excepcional, integrando los elementos y mecanismos de justicia transicional que se erigen como un veredero cambio para lograr la verdad, la justicia, la paz y la garantía de no repetición.

Por lo anterior debemos recalcar que los argumentos esgrimidos en la demanda de inconstitucionalidad que nos ocupa, se quedan cortos por cuanto carecen de un análisis sobre los elementos de la justicia transicional haciendo caso omiso del marco jurídico y constitucional dentro del cual fue expedido el Acto Legislativo demandado.

#### IV. CONCLUSIONES Y PRETENSIONES

A lo largo de la presente intervención hemos mostrado diversas razones por las cuales la Corte Constitucional debería ordenar que las disposiciones demandadas por la Comisión Colombiana de Juristas permanezcan en el ordenamiento constitucional. Estas razones se pueden sintetizar de la siguiente forma:

López, C., González, J. & Errandonea, J., Justicia transicional en Colombia. En A. Forer & C. López. (Eds.), Colombia: Un nuevo modelo de justicia transicional. Bogotá: Profis GTZ (2012), p. 18.

Oficina del Alto Comisionado para la Verdad, Justicia y Reparación, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición, Documento ONU A/HRC/21/46/(2012).



- 1. La demanda adolece de ineptitud sustantiva, por contener una argumentación poco clara, incierta, insuficiente e impertinente para probar la existencia de una alegada sustitución constitucional. Esto se debe al desconocimiento de las subreglas de la Corte que establecen los requisitos para pronunciarse de fondo en las demandas de inconstitucionalidad por vicios de competencia contra actos legislativos. Como resultado, la Corte debería declararse inhibida para pronunciarse sobre el fondo de la demanda, pues no se cumple con la carga de argumentación requerida para casos en los que se alega la sustitución constitucional.
- 2. Incluso si la Corte decide pronunciarse sobre el fondo de la demanda, hemos mostrado que no le asiste razón a los accionantes en sus afirmaciones, pues las disposiciones acusadas del Acto Legislativo no constituyen una sustitución de la Constitución, sino una reforma a la misma. En este sentido, demostramos que las disposiciones señaladas constituyen una excepción y limitación del principio que ordena investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, y por tanto, no constituyen una forma de suplantar dicho principio, sino un medio para precisar su sentido y alcance en un contexto determinado por la adopción de mecanismos de justicia transicional destinados a la consecución de la paz.
- 3. El análisis de las disposiciones acusadas y de su alcance en relación con el derecho a la justicia debe hacerse tomando en cuenta la naturaleza misma de este derecho y de sus contenidos. Así, demostramos que el deber de investigar y juzgar, así como el derecho de acceder a un recurso judicial efectivo, tienen la forma lógica de principios, y por tanto, constituyen mandatos de optimización. Esto implica, entre otras cosas, que son susceptibles de ser ponderados cuando entran en tensión con otros principios constitucionales relevantes que juegan en sentido contrario, y por tanto, algunos de sus contenidos pueden ser limitados con el fin de hacerlos compatibles. En un contexto transicional, como el colombiano, esto implica que con el fin de lograr la paz, se justifica constitucionalmente la limitación de algunos componentes del derecho a la justicia, cuando esto contribuye a la construcción de la paz y a la satisfacción de otros derechos de las víctimas.
- 4. En el caso objeto de estudio, los mecanismos adoptados por el Acto Legislativo demandado que en lo esencial consisten en mecanismos de priorización y selectividad resultan legítimos, adecuados e incluso necesarios para lograr una mejor actuación de la justicia penal en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Por tanto, lejos de constituir limitaciones ilegítimas a la obligación de investigar, juzgar y castigar, son medios idóneos para lograr la realización de los derechos de las víctimas, al tiempo de que se brindan garantías para avanzar en la consolidación de la paz.





Por las razones mencionadas, solicito a la H. Corte Constitucional, de la manera más respetuosa, declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la demanda presentada.

De manera subsidiaria, y en el evento en que la H. Corte Constitucional considere que debe pronunciarse sobre el fondo de la demanda, solicito de la manera más respetuosa que declare **EXEQUIBLES** los apartes demandados.

De los Honorables Magistrados,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Fiscal General de la Nación

