

LAS TRANSICIONES POLÍTICAS Y LA CONSTITUCIÓN: ¿REFORMA O
SUSTITUCIÓN?
ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO A PARTIR DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS 01
DE 2016 Y 01 DE 2017

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

Santiago Nicolás Argoti Eraso

C.C. 1085313462

saniares2306@gmail.com

Asesora: María Cristina Gómez Isaza

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

MEDELLÍN

2019

A Guillermo Eraso Apráez y

Fanny Rivera de Eraso.

Ejemplos de vida, la expresión auténtica del amor,

Mi modelo a seguir.

Agradecimientos

En mi ya no tan corto paso por la vida, me he dado cuenta que el concepto de familia, adquiere una connotación mucho mayor a la limitada a los lazos genéticos o sanguíneos, es por esto que he tenido la fortuna de contar con una gran familia compuesta por maravillosas personas que han hecho de mi proceso de aprendizaje constante, una gran aventura, a ellos les debo mucho y, esta es la oportunidad ideal para decir, gracias.

A mis padres Cristina y Santiago, por ser el ejemplo más palpable y especial de la incondicionalidad y el amor, les debo la vida, en todo el sentido de la palabra.

A mi hermanita, mi bebé, María José, por hacerme sentir vivo, darme la oportunidad de conocer el amor genuino, verte crecer es mi mayor honor.

A mi abuelo Guillermo que espero se encuentre orgulloso, siempre estás en mis pensamientos, te extraño y procuro ser día a día un reflejo de tus pasos.

A ti abuelita, agradezco por tenerte conmigo y ser alguien que cada día me asombra más, todo lo que hago, es en procura de hacerte sentir feliz y orgullosa. Te amo.

A mis tíos, primos y familiares, por ser parte activa de mi proceso de formación, el que más importa, como una persona integral.

A mis amigos, mi familia misma, gracias por siempre estar ahí.

En especial a mi novia Carolina, por enseñarme el valor de las cosas pequeñas, volverme mejor persona y permitirme ser tu amigo y compañero, me haces muy feliz.

A mi banda, por permitirme explorar el arte y ser feliz en ello.

A San Juan de Pasto, por inculcar en mí valores únicos, no puedo estar más orgulloso de haber nacido en sus tierras.

A Medellín, por haberme acogido todos estos años y ser mí segundo hogar.

A mi asesora María Cristina Gómez, por no desistir jamás en la búsqueda incesante por la Paz. Te admiro a sobremanera.

A la Universidad de Antioquia y la Facultad de Derecho, por inculcarme la curiosidad, el espíritu crítico y el amor por la lectura, qué fortuna hacer parte de ella.

A Dios o quien sea su expresión en la vida misma, por darme la dicha de contar con quienes más amo.

Resumen

Esta investigación pretende responder al cuestionamiento de si es aplicable el juicio competencial a la reforma constitucional -Test de Sustitución-, a los Actos Legislativos: 01 de 2016 y 01 de 2017, en el marco de la adopción y aplicación de medidas de justicia transicional para la terminación del conflicto armado en Colombia. Esto es, si la versión original del test con sus elementos axiales, identificada en la jurisprudencia abordada en el estudio, es acorde con los postulados excepcionales de Justicia Transicional arraigados al contexto colombiano en el entorno de los Acuerdos de Paz, suscritos con las FARC-EP; o si debió mutar y en últimas, sustituir la Constitución, en aras de acoplar el sistema a la situación coyuntural para propender por el alcance del fin supremo de la Paz.

Dilucidando en el proceso que, en el caso colombiano, se ha pretendido emprender una transición política sin precedentes, supeditada al ordenamiento jurídico ordinario trasegando así, una particularidad única, al igual de diversas vicisitudes que conducen a la conclusión de si la ruta indicada fungió supeditada a los límites estructurales del Pacto Político de 1991 o, por el contrario, se erigió en una idea novatoria y diferenciada.

Palabras Clave: Justicia Transicional, Límite Competencial, Sustitución, Reforma, Paz.

Abstract

This investigation is intended to answer the question of whether the judgment applicable to the constitutional reform -Test of Substitution-, to the Legislative Acts: 01 of 2016 and 01 of 2017, in the framework of the adoption and application of transitional justice, measures for the termination of the armed conflict in Colombia.

That is, if the original version of the test with its axial elements, identified in the jurisprudence addressed in the study, is in accordance with the exceptional Transitional Justice postulates rooted in the Colombian context of the Peace treaties, signed with the FARC- EP; or if it had to mutate and in last, to substitute the Constitution, in order to couple the system to the conjunctural situation to tend for the reach of the supreme aim, of the Peace.

Trying to show in the process that, in the Colombian case, made efforts have intended to undertake an unprecedented political transition, subjected to the ordinary legal system thus transferring a unique particularity, as well as various vicissitudes that lead to the conclusion of whether the indicated route worked subjected to the structural limits of the Political Pact of 1991 or, on the other side, it became a novatory and differentiated idea.

Key words: Transitional Justice, Competence Limit, Substitution, Reform, Peace.

Tabla de contenido

Introducción	1
 TRANSICIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL: Postulados de Justicia	
Transicional y su adaptación al marco Constitucional y Legal en Colombia.....	4
1.1 Transición Política y Justicia Transicional	6
1.2 El caso Colombiano: Marco Jurídico que directa o alusivamente ha referido a la Justicia Transicional en el escenario de las transiciones políticas en Colombia.....	23
1.2.1 Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005 - Sentencia C-370 de 2006; Ley 1312 de 2009 - Sentencia C-936 de 2010)	26
1.2.2 Marco Jurídico para la Paz: (Ley 1424 de 2010 - Sentencia C-771 de 2011 y Acto Legislativo 01 de 2012- Sentencia C-579 de 2013 y C-577 de 2014)	33
1.2.3 Los Actos Legislativos: 01 de 2016 y 01 de 2017: Implementación de la Justicia transicional en el marco Constitucional y Jurídico colombiano en materia sustancial y procesal (Fast-track).....	37
 LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL - TEST DE SUSTITUCIÓN:	
Generalidades y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.	39
2.1 LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL - TEST DE SUSTITUCIÓN. Generalidades	42
2.2 EL JUICIO COMPETENCIAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA - Desarrollo jurisprudencial	48
2.3 SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL, en la jurisprudencia colombiana.....	49
2.3.1 Sentencia C-551 de 2003.....	49
2.3.2 Sentencia C-1200 de 2003.....	57
2.3.3 Sentencia C-970 de 2004.....	62
2.3.4 Sentencia C-1040 de 2005- [Hito].....	68
2.3.5 Sentencia C-588 de 2009.....	83
2.3.6 Sentencia C-574 de 2011.....	95
2.3.7 Sentencia C-249 de 2012.....	105
2.4 CONCLUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL ELEMENTO IDENTITARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Estado de cosas	115
LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN Y LA TRANSICIÓN A LA PAZ EN COLOMBIA	119
3.1 El Acto Legislativo 01 de 2016 y su control de constitucionalidad	121
3.1.1 Sentencia C-699 de 2016.....	122

3.1.2 Sentencia C- 332 de 2017.....	140
3.2 El Acto Legislativo 01 de 2017 y su control de constitucionalidad	162
3.2.1 Sentencia C- 674 de 2017.....	164
CONCLUSIONES	177
Referencias.....	190

Introducción

La discusión actual de raigambre constitucional en Colombia ha tomado un rumbo semejante al que ha caracterizado la conformación de las instituciones políticas y jurídicas del país a lo largo de su historia. Lo anterior se dilucida, por ejemplo, a partir de las reformas constitucionales las cuales han traído consigo un trasfondo que refleja que, desde tiempos de antaño, las transiciones sociales, económicas y políticas del país llevan consigo una transformación del sistema jurídico que se manifiesta en gran medida, a la par de las coyunturas inherentes a la estremecida historia de nuestra Nación.

Temas agitados en la agenda social y política de Colombia han influenciado el sistema jurídico y político que a pasos trastabillantes ha dado pie a la conformación del ordenamiento jurídico Colombiano.

En los últimos años, un país que creció de la mano con un conflicto interno de más de 50 años de duración, ve una luz para el cambio, la superación a la guerra y la consecución de la tan anhelada Paz.

El presente estudio pretende abordar desde una perspectiva jurídica y un alcance descriptivo, cómo ha venido siendo el paso del país de un estado de guerra a uno de Paz y, cómo esa transición ha traído consigo un gran número de discusiones políticas y jurídicas surgidas en el seno de la división tan característica de un país polarizado como Colombia.

El interés que se tiene con el proyecto a realizar es mirar desde la academia un análisis a la transición sistemática de la historia de nuestro país y dilucidar la manera como las herramientas jurídicas se adaptan, evolucionan y se flexibilizan para dar pie a objetivos de interés general o

por el contrario para poner obstáculos de todo tipo en la consecución de la Paz como fin del Estado colombiano.

La búsqueda de estos objetivos se ha venido implementando a partir de medidas de carácter excepcional y transitorio las cuales, debido justamente a los adjetivos anteriormente mencionados, se presentan como una estrategia alternativa al sistema jurídico ordinario en la búsqueda de fines de interés superior y del paso diplomático a la dejación del conflicto, así como su consecuente superación en pro de la obtención de una Paz estable y duradera.

A la luz de lo expuesto, el juicio de sustitución constitucional surge a partir del concepto de la rigidez de la Carta Constitucional, del carácter supremo y el mantenimiento de la pretensión de permanencia que adquiere la constitución en el sistema de normas: “lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido” (García, 1985, p, 50); lo que al final le da un carácter distintivo y superior frente al entramado normativo ordinario; por tanto, y en razón al reformismo constante del que ha sido objeto la Constitución Colombiana, la Corte Constitucional ha delimitado un procedimiento específico para evaluar criterios de competencia, aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se configuran en su esencia inicial, y si éstos al ser reemplazados, llevan a que la Constitución se vea diametralmente modificada y en últimas, sustituida.

Por tanto, el aporte que se pretende brindar es abordar desde la perspectiva del constitucionalismo contemporáneo la discusión frente a sí objetivos de primera mano en el interés del país (en este caso la Paz), podrán o no verse limitados por la incidencia de criterios jurídicos que la llevan hacia atrás; o si por ejemplo nos vemos inmersos en una transición política que requiere de arduas discusiones, de acuerdos de talante político y, adicionalmente

de un sistema normativo preparado para asumir una evolución histórica y sin precedentes; o, por el contrario evaluar si la rama judicial del poder público tiene la autoridad legítima y suficiente para juzgar y decidir sobre tópicos fundantes de la Carta de 1991 y su renovación, ya que el pueblo como verdadero poder constituyente, es el autorizado a decidir sobre su reemplazo.

Así las cosas, se evaluará el papel del Juez Constitucional y su trascendental tarea como guardián de la Carta de Derechos para adoptar y adaptar las medidas jurídicas de carácter ordinario en materia de control y límites a la reforma constitucional, a las necesidades fácticas, históricas y sociales del país, para lo cual debe ser ponderado un fin prevalente de la Carta - la Paz-, a la luz del criterio jurídico que por momentos ignora y deja de lado la perspectiva que esta clase de procesos de transición históricamente se han experimentado a través de un trasfondo que es prominentemente político y excepcional.

La discusión es tensa y extensa y pretende ser estudiada desde las perspectivas antes expuestas, teniendo como eje del debate, el fin esencial de la Paz.

CAPÍTULO 1:

TRANSICIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA TRANSICIONAL: Postulados de Justicia

Transicional y su adaptación al marco Constitucional y Legal en Colombia.

El mundo tiene necesidad de paz para hacer su recorrido,

Pero la paz tiene necesidad de justicia como el hombre de oxígeno para respirar

(Carnelutti, (1959), p, 1)

El desarrollo de los fundamentos de la Justicia Transicional adquiere matices especiales en razón a la estrecha e inescindible relación con el contexto político que le rodea; en esa línea Ruti Teitel (2003) afirma: “una genealogía de la justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes”(p, 1), así también, cuando manifiesta que: “la justicia transicional, si bien es contingente a las condiciones y la cultura local, también muestra dimensiones comúnmente asociadas con períodos de cambio político”(Teitel, 2003. p, 26). De tal manera que, en los procesos mediante los cuales se pactan acuerdos frente a transformaciones radicales de un Estado, se abarca una amplia amalgama de facetas que superan con creces la dimensión de lo estrictamente jurídico, Kai Ambos (2009) asevera al respecto: “Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta; un análisis puramente jurídico pierde de vista estas circunstancias en su mayor parte sociopolíticas y la dimensión moral de la justicia de transición” (p, 33). En este sentido - como se verá más adelante- son determinantes las particularidades específicas de cada Estado tanto en los procesos de cambio de Regímenes autoritarios a una democracia, como de dejación de armas,

cesación del conflicto y reintegración a la vida civil de los victimarios - directos o indirectos - responsables de delitos de lesa humanidad, así como la sujeción a los parámetros de Organismos Internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y las directrices legales y constitucionales que, como en el caso colombiano, han determinado y conducido las medidas jurídicas correspondientes a adaptar una transición política de gran magnitud a un esquema normativo preestablecido.

A partir de ello surge la incógnita por desvelar las peculiaridades únicas de aplicación de la Justicia Transicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en desarrollo de tal objetivo se determinará la siguiente estructura:

Se pretende abordar una metodología que consistirá en: (i) Partir de la noción contemporánea de Justicia Transicional para así identificar la estrecha conexión que adquiere como un instrumento que facilita y adapta los modelos político- jurídico de los Estados a las transiciones políticas de gran envergadura; a renglón seguido (ii) se dedicará unas líneas a la problemática suscitada entre las exigencias de justicia y el fin último de la Paz desde la doctrina; para entender que de dicha tensión se surte una variedad de experiencias transicionales diversas acopladas al contexto histórico y político de cada proceso en particular - dentro de los cuales se encuentra el caso colombiano -. Por último, frente a este caso en particular, se procederá a abordar (iii) El recorrido normativo en materia Legal y Constitucional en Colombia, que prevé la existencia de un marco jurídico para hacer efectivo un tránsito a la Paz; siendo este valor supremo el objetivo esencial para la adopción de las estrategias implementadas.

1.1 Transición Política y Justicia Transicional

“La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos.”

(ICTJ, 2009. p, 1)

Con miras a abordar algunos tópicos relevantes frente a este vasto tema, es menester partir desde la concepción gramatical y doctrinal del concepto, traído por la Corte Constitucional, mismo Tribunal que en razón a la eventual incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de medidas de justicia transicional, dispuso de un análisis sesudo del asunto que resulta de bastante utilidad hacia una aproximación en torno a la temática en cuestión y su aplicación en los Estados del globo, en pro de la consecución de cambios paradigmáticos hacia un modelo en que se prepondere la búsqueda por la convivencia y bienestar generalizado a través de la Paz, Verdad, Justicia y Reparación como pilares fundantes.

En orden a lo anteriormente expuesto, la noción preliminar y necesaria para el entendimiento del término justicia transicional es traída desde su concepción lingüística por la Corte Constitucional, en el primer pronunciamiento explícito en materia de justicia transicional con la Sentencia C-771 de 2011, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla, en la cual se acogió una interesante definición para este concepto que es de gran utilidad para empezar a desplegar un análisis más detallado. En este sentido, este alto Tribunal aseveró:

Para el entendimiento de la noción de justicia transicional resulta útil comenzar por plantear una primera distinción de tipo gramatical conforme a la cual mientras que el término justicia alude a un sustantivo, lo transicional constituye un adjetivo o circunstancia especial que particulariza el concepto primeramente referido. Desde esta básica perspectiva, la justicia transicional sería entonces un sistema o tipo de justicia

de **características específicas**, que **debe aplicarse de manera excepcional, sólo bajo determinados escenarios** (Núm. 4.1) (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, de lo anterior se deriva la comprensión que esta justicia adquiere un matiz especial que impulsa su aplicación en razón a los motivos o “escenarios” particulares que le justifican; en este caso, en lo que atañe al contexto de transiciones radicales *principalmente* a nivel político y social -sin excluir las demás y necesarias adaptaciones hacia una transformación sustancial-.

Vale tener de presente que la singularidad de los motivos que la impulsan, justifica lo excepcional de las medidas referentes al paso de un estado de conflicto y de violencia sistemática y generalizada a una Paz estable, ideal para el desenvolvimiento de una sociedad que evoluciona y progresa hacia estadios de convivencia, armonía, libertad y democracia integrales. Así lo entiende la Corte al recoger lo traído por el International Center for Transitional Justice (ICTJ, 2009) al considerar que la justicia transicional es “una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos”, que busca transformaciones radicales hacia un orden político y social, con el objetivo principal de “reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia” (p, 1).

Es en tal dirección que el término justicia se transforma/adapta para abarcar una noción más extensa e integral, alejada de concepciones tradicionalistas; como es señalado por Kai Ambos (2009) al afirmar que ésta justicia implica una visión más amplia dentro de los procesos envueltos en el marco de los acuerdos para dar fin a un conflicto y alcanzar la Paz o para pasar de un estado autoritario a una democracia, a partir de una consideración del término justicia, que parte desde la acepción basada en una idea de responsabilidad y equidad : “en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones”(p, 29), desde: “la consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de

la sociedad a largo plazo”(p, 28) [...] “aunque su administración implica usualmente mecanismos judiciales formales, son igualmente relevantes mecanismos tradicionales de resolución de conflictos”(p, 29).

Así las cosas, va siendo conformada una idea más amplia del concepto justicia de transición y es que, es fundamental la consideración de que este tipo de procesos requieren necesariamente de medidas alternas al castigo netamente punitivo con fines de justicia retributiva, para pasar a valorar la importancia de la víctima y, en especial, su reparación - tanto moral como fáctica- y la virtualidad de mantenerse incólume en el tiempo en pro de la aplicación de una justicia de transición, configurando así la idea de nuestro autor, llamada a ser: “una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado”(Ambos, 2009. p, 28).

Ahora bien, buscando una mayor y más precisa aproximación al concepto en cuestión, es relevante acotar algunas perspectivas doctrinales que son útiles para la caracterización y la obtención de una visión global del tema de estudio y, adicionalmente frente a la manera como su puesta en marcha es determinante en los procesos que abarcan cambios sustanciales en la manera de ver e interpretar conceptos tradicionales como lo que refiere a la aplicación de una justicia eficaz, así como de concepciones punitivas conservadoras; que se supeditan en aras al logro de un determinado proceso de Paz garante de derechos y deberes y ante todo con un foco central de atención como lo son las víctimas del conflicto.

En este sentido, es menester hacer alusión a la profesora Martha Minow (2011), cuyas ideas fueron acopiadas a partir del sustento doctrinal que soporta las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-771 de 2011 (Núm. 4.1), de donde se desprenden interesantes conclusiones.

El mejor de los escenarios para entrar a definir y contextualizar los mecanismos atinentes a la justicia transicional en visión de la profesora Martha Minow, lo trae una concepción traída muchos siglos atrás por parte de Aristóteles, quien en *Moral a Nicómaco*, recogido en la traducción hecha por Patricio de Azcarate (1874), indica que **la virtud** es un **medio entre dos** vicios, uno por exceso y otro por defecto, en este sentido, éste filósofo apunta:

He aquí por qué la virtud, tomada en su esencia y bajo el punto de vista de la definición que expresa lo que ella es, debe mirársela como un medio. Pero con relación a la perfección y al bien, la virtud es un extremo y una cúspide (p, 69).

Traspolado al presente caso, se debe partir de la idea de que la justicia transicional se explica en el escenario de establecer un balance; por un lado entre las medidas retributivas derivadas del juicio punitivista del conflicto, así como al otro extremo se encuentra un “perdón y olvido” sin mayores implicaciones, memoria, reparación o responsabilidad, inconcebible en un modelo de justicia que se repute como tal.

De tal manera que el fin último de la Paz como la virtud suprema y como derecho de todo individuo debe ser garantizado por el Estado y requiere de medidas especiales y excepcionales para brindar una respuesta eficaz al llamado a la justicia en línea con los postulados de la paz y la adaptación a una transición política radical, para lo cual el sistema cede y se flexibiliza en pro de la consecución de un acuerdo entre los victimarios, las víctimas y el Estado para el cese del conflicto y la obtención de la Paz. En ese sentido, esta autora señala, citada por la Corte Constitucional de Colombia (2011), que: “los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores del pasado, un camino que evita caer tanto en la venganza como en el perdón de los victimarios” (Núm. 4.1, párr. 18).

Por lo que, en definitiva, la justicia transicional debe estimarse en un punto medio entre los conceptos referidos en el párrafo anterior, siendo la alternativa más idónea: “la justicia penal,

las reparaciones y el esclarecimiento de la verdad que, dada su importancia, no deben ser asumidas como una carga propia de los individuos sino como parte del esfuerzo colectivo tendiente a superar el pasado” (Citado por la Corte Constitucional de Colombia, 2011, Núm. 4.1, párr. 19).

A raíz de lo anterior, surge la incógnita por desvelar cuáles son elementos constitutivos de la Justicia Transicional y a la vez qué relevancia recíproca tendrá cada uno de éstos contenidos (Verdad, Justicia y Reparación) al interior del concepto global en cuestión para que, ante todo, sea posible el establecimiento pleno de una negociación fructífera entre las partes en conflicto (Estado-insurgencia) con una participación y protección activa de las víctimas en pro a la garantía de sus derechos, lo cual desemboque en una justicia *integral* que se erija como un modelo ideal - esto es, que no caiga en la sectorización- y se configure finalmente como un vehículo satisfactorio para la consecución de intereses superiores, en este caso, la Paz.

Así las cosas, los tres elementos mencionados en el párrafo anterior (verdad, justicia y reparación) constituyen un todo, del cual se deriva como resultado la Paz, tanto es así que disociarlos carece de sentido ya que encaminar estos objetivos particularmente fragmenta la garantía y posibilidad de un proceso transicional que se cimiente en el tiempo sobre bases de una justicia estructurada en la responsabilidad, la verdad histórica y el restablecimiento del derecho.

Ahora bien, a continuación se tratará brevemente la relevancia que cada uno de los elementos de la justicia transicional tiene en su conjunto para la efectivizar una transición política acompañada de un proceso de Justicia Transicional exitoso:

Sobre la Verdad: Sólo mediante un juicio cimentado en la verdad se podrá hacer justicia, no se cumple este objetivo con la mera acción de ofrecer un castigo a determinado responsable, como tampoco partiendo al extremo opuesto de centrarse exclusivamente a su procura; bajo dicha

noción, el auténtico alcance de la justicia parte de la lógica que: “sólo impera la justicia allí donde en juicio se dilucida la verdad y se impone la debida consecuencia” (Santa, 2016, p, 140). En esta lógica, resulta imperiosa la creación de instituciones tanto de carácter estatal como extra-oficial que cuenten con la participación de organismos en defensa de los derechos humanos, en pro del desentrañamiento de las circunstancias propias del conflicto, en aras a brindar Paz y reconciliación con las víctimas, con miras a ello, surgen las llamadas comisiones de la verdad, erigidas a la consecución del perdón a los victimarios condicionado a la idea de confesar toda la verdad para ser beneficiario de las medidas alternativas, una verdad que se configura a partir de las herramientas que faciliten una reconstrucción de la memoria y del tejido social, además del resarcimiento de los daños causados a las víctimas; que pueden tener un carácter simbólico como también incluir la indemnización por los daños materiales o morales causados durante la guerra.

Sobre la Justicia: Pese a que las estrategias atinentes a la Justicia Transicional plantean la existencia de medidas externas al castigo del tipo retributivo, esto no exime a los responsables de una declaración de responsabilidad motivada en juicio, ya que esto es un presupuesto de la protección a los bienes tutelados por la Ley, cuyo desconocimiento es inadmisibile; por lo que, bien se disponga la imposición de una pena o la concesión del perdón le debe anteceder: “la existencia de un acto de responsabilidad verdadero, manifiesto en un juicio” (Santa, 2016. p, 141). Dado que el fin restaurativo de la Justicia Transicional no se encuentra al brindar una amnistía carente de contenido, por el contrario debe hincarse partiendo de una declaratoria de verdad sobre la comisión del o los delitos -partiendo de un supuesto fáctico y no quimérico- y, a partir de ahí, fundar los propósitos de unificación y consenso.

Sobre la Reparación: Como se ha venido comentando a lo largo del presente escrito, la reparación de la víctima, el respeto y la garantía de sus derechos se catapultan como una de las bases fundamentales de la Justicia Transicional, en ese sentido, el compromiso asumido por

los victimarios al ingresar en una negociación con el Estado para alcanzar la Paz, no se restringe al arrepentimiento o la mera confesión y testificación, sino que también comporta un compromiso en vista a promover una efectiva y total enmienda a los afectados; partiendo de ese punto y teniendo como presupuesto un perdón responsabilizante acompañado de estrategias resarcitorias con las víctimas, se propicia un final genuino y auténtico de la situación conflictual; tales medidas de reparación propician espacios genuinos de unión que garantizan la no repetición, reapertura del conflicto o el fin de la negociación por no cumplir con las expectativas y confianza puestas al proceso de transición.

De esta manera, una conjunción de estos componentes instituye beneficios recíprocos y de gran valor para la sociedad, ello en pos del mantenimiento de la paz social cimentada en la justicia, donde la población más vulnerable y afectada por los ánimos pendencieros derivados de la guerra reciba la atención y resarcimiento que ha merecido como derecho por años, así como por parte de los sujetos victimarios del conflicto quienes reciben como privilegio el otorgamiento del perdón *sí y sólo sí* asumen compromisos de responsabilidad tales como el otorgamiento de la tan añorada verdad, en ocasiones con un cumplimiento punitivo especial y más benevolente, además de la ya mentada reparación de las víctimas.

Todo lo anterior, con la debida sujeción a los principios consagrados por los Organismos supranacionales y la Comunidad Internacional en general, el cual se constituye como un participante fundamental dentro del interés por alcanzar los objetivos de Paz y Reconciliación erigidos como fines esenciales del Estado y de la sociedad en general puesto que se suman y asumen un papel fundamental para la instrumentalización de las medidas transicionales al establecer directrices, límites, disposiciones vinculantes en la materia para el Estado, así como conceptos, investigaciones, juicios y demás figuras relevantes que le dan un tinte global a estos procedimientos y al interés que se tiene por la consecución exitosa de los fines propuestos, estos son, que se dé fin al conflicto y cabida a la transformación política sustancial acarreado

una evolución que permea bajo todo nivel un avance en el reconocimiento de los derechos de la ciudadanía y de la garantía de un espacio propicio para una Paz, armonía y democracia apacible en el tiempo.

En este punto del estudio, se ha abordado varios aspectos preliminares muy importantes para adquirir una noción global del concepto justicia transicional, así como se ha dejado abierta la pregunta por la relación de este término con valores superiores como la justicia y las exigencias de Paz; y es justamente sobre este punto donde la discusión toma un rumbo interesante, necesario como paso previo al estudio de la caracterización de los procesos transicionales a partir de lo cual sufrirán una clasificación que se deriva de la urgente necesidad de dar respuesta: por una parte a los clamores de justicia y verdad de las víctimas, además de las exigencias de justicia punitiva y la presión por prohibir los perdones amnésicos por parte de los entes Internacionales; por la otra a la obtención de la Paz como valor, derecho y deber de cada ciudadano, erigido además como el objetivo central para la aplicación de procesos transicionales.

Así las cosas, es menester retomar el concepto general adoptado por la literatura especializada en la materia, la Justicia Transicional es definida como:

[...] los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz (Uprimny, 2006, p, 13).

A partir de esta concepción, se empieza a distinguir la ambigüedad que implica la puesta en marcha de los procesos transicionales, lo que se evidencia a partir de la magnitud de los objetivos pretendidos a través de la transición, así como las trascendentales implicaciones derivadas del cambio de un estado de conmoción, guerra civil, asesinatos, crímenes atroces

cometidos de manera sistemática en un período prolongado de tiempo, (más de cincuenta años de vejámenes inconcebibles en la historia colombiana), siendo supeditada la búsqueda de estos fines -de manera indispensable- en pro de un modelo que debe erigirse como integral, esto es, que cada una de las premisas que le componen: *Justicia, Verdad, Reparación integral* a las víctimas y garantías de no repetición, deben ser garantizadas y aplicarse eficazmente para la consecución de un proceso exitoso.

En línea con la idea de una transición política satisfactoria, las premisas sentadas en el párrafo anterior deberán supeditarse a un modelo de Justicia dentro del cual debe establecerse una ponderación de estos fines a la luz de la búsqueda del fin supremo Paz, para erigirse como un modelo viable de salida al conflicto; y en ese sentido se hace necesario un acercamiento a la relación entre los procesos transicionales en pro de la paz y las exigencias de una justicia efectiva que castigue a los responsables de crímenes sistemáticos de alta lesividad.

Partiendo de esto, la Justicia Transicional no es creada con el mero interés de satisfacer a una o varias partes del proceso, ella debe velar por el interés común de las víctimas, victimarios y la sociedad en general, prestando especial atención al derecho de las víctimas a tener una reparación satisfactoria y total, donde se le otorgue acompañamiento, acceso a la justicia y una verdad plena como presupuesto fundamental para la construcción de memoria histórica y que, pese a adoptar medidas alternativas - lo cual excluye en determinados casos la justicia netamente punitiva - luche en todo momento contra la impunidad, y por establecer un procedimiento restaurativo con quienes se han visto más afectados por el sistemático conflicto colombiano, estos son, la población civil más vulnerable (Santa, 2016).

Todo lo anterior debe ser aplicado bajo un necesario balance propuesto por Paul Collier, en el cual se deje de lado los fines netamente retributivos de la pena, dado que ese es precisamente el objetivo de una transición excepcional al contemplar acuerdos amnistiables, las famosas “

leyes de arrepentidos” y el perdón como un medio viable para la reconciliación con fundamento en la verdad plena y fiel confesada en juicio; además se debe apartar del interés exclusivo en la reparación de la víctima, lo cual convertiría a esta justicia en un acto de mera caridad y por último teniendo como presupuesto que una justicia sin la revelación de la verdad propicia la repetición de la historia conflictiva (Collier, 2005).

Más concretamente, el desafío de la Justicia Transicional, será establecer un balance acorde a las exigencias de Justicia y Paz, es decir, lo que en palabras de Rodrigo Uprimny (2006) responde al clamor por la verdad histórica y la reparación de los principales afectados del conflicto armado - las víctimas - y su derecho constitucional a recibir justicia y una verdad plena frente a los crímenes contra ellos cometidos en el marco de la guerra civil colombiana, donde se juzgue y determine a los responsables de atroces crímenes y ante todo se propicie una reconciliación, necesaria para alcanzar la tan anhelada Paz, sopesado con la necesaria adecuación de las condenas a los beneficios propios de la negociación por la Paz, esto es, el otorgamiento de los condicionamientos impuestos por los actores armados para desmovilizarse (p, 116).

Esta tensión se recrudece aún más a partir de las exigencias internacionales por individualizar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad y a los responsables de infracciones contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario cuyo fundamento jurídico, como es señalado por Kai Ambos: “tiene como punto de partida el deber de perseguir crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI”¹ (Ambos, 2009, p, 25).

¹ En los Artículos señalados por el autor (6°, 7°, 8°) del Tratado Internacional conocido como el “Estatuto de Roma”, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad (Art 93 superior) al ser ratificado por el Estado colombiano e incorporado mediante la Ley 742 del 5 de junio de 2002, se brinda una clasificación de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, infracciones contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el marco de un conflicto de un Estado parte y frente a los cuales la Comunidad Internacional tendrá competencia para intervenir en pos de la prohibición de la impunidad y la cooperación

Como se dilucida en las líneas anteriores, la prohibición de impunidad y diversos contenidos en la legislación supranacional promulga restricciones a las negociaciones de Paz². Como respuesta a lo anterior, Uprimny (2006), considera que:

[...] si bien es cierto que a largo plazo una paz democrática durable y verdadera se edifica en forma más sólida sobre la aplicación de justicia a los crímenes ocurridos, a corto plazo pueden existir tensiones entre las exigencias de la justicia y las dinámicas de la paz, por lo que puede resultar necesario flexibilizar, aunque no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz (p, 20).

En este sentido, debe recalcarse desde los albores de éste análisis, que los presupuestos a partir de los cuales se desarrolla la Justicia Transicional contrastan con el esquema tradicional de justicia y con el ideal retributivo de “hacer pagar” y “dar a cada quien lo que se merece” incluso por momentos - como se verá más adelante -, en pugna con políticas del Estado colombiano, tal como el imperativo constitucional del Art 250 superior en que en el marco de la política criminal del Estado, se estipula la obligación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación de *“adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”*, y en consecuencia a esta Institución le queda prohibido *suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal,*

internacional erigida al reconocimiento de los derechos de las víctimas, a una justicia integral y a la garantía de que los responsables de tales crímenes respondan ante la justicia por los daños causados.

² Un ejemplo claro de ello lo trae el caso del art. 28 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, el cual versa:

PRINCIPIO 28. RESTRICCIONES A LOS EFECTOS DE LAS LEYES SOBRE DIVULGACIÓN O SOBRE ARREPENTIDOS

El hecho de que el autor revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo. La revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad. [...]

salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado”.

Es claro que bajo un contexto de transición, las medidas punitivas ordinarias en ocasiones ceden ante la necesidad de la consecución de un acuerdo que permita a las partes en disputa, saldar diferencias y dar fin a las acciones bélicas en pro de la reconciliación nacional y el bienestar de las víctimas; quedando así en evidencia que bajo un modelo especial de justicia se establecen medidas de carácter excepcional en que el esquema jurídico preexistente se adapta a la coyuntura política y social para dar cabida a bienes superiores (Paz).

De modo que, desde la amplia amalgama de conceptos y características que abarca la justicia transicional merece ser agregado que existe una variedad de experiencias transicionales muy diversa y desde todo tipo y enfoque, erigidas a los objetivos ya mencionados con aras a dar fin a situaciones de conflicto y, como en el caso colombiano, dejar atrás una terrible historia marcada por la violencia, la sangre y la guerra, que ha dejado consecuencias de todo tipo y frente a todos los actores de la sociedad quienes nos vemos directa o indirectamente aplacados por el fenómeno del conflicto.

En este sentido, las experiencias transicionales han sido definidas y clasificadas según los procesos que las han adoptado, tomando como punto de partida las exigencias internacionales pero con asidero en las circunstancias especiales en materia de restricciones políticas y jurídicas que operan en cada Estado, ya que: “la situación especial de cada país implica distinciones en las relaciones de fuerza entre los actores y sus posibilidades de compromiso” (Uprimny, 2006, p, 21).

En virtud de ello, Rodrigo Uprimny, en el Capítulo I del texto *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia* (2006, p, 21-38), abordó tal clasificación con ocasión de las circunstancias políticas y sociales antes mentadas y

que han influido los procesos transicionales a lo largo del globo, así ha discriminado estas experiencias en cuanto a su carácter sustancial (contenido) en modelos intermedios y radicales, como frente a las medidas procedimentales que desarrolla, de la siguiente manera:

Se tiene que en razón al *carácter sustancial*, la historia de las transiciones ha fluctuado en medirse entre el tratamiento otorgado a los victimarios y a la garantía de derechos de las víctimas:

Por una parte los modelos que se catalogan como radicales se caracterizan por presentar transiciones mediante perdones amnésicos o transiciones punitivas; vale aclarar que para este autor, estos modelos escapan de la dimensión excepcional propia de la justicia transicional porque en su aplicación se deja de lado -tanto en uno como en el otro modelo, el establecimiento de un efectivo balance entre la justicia y la paz (como se indicó en líneas anteriores) para decantarse por un solo de estos valores. El autor lo explica: “Así, mientras que las fórmulas basadas en perdones “amnésicos” buscan lograr transiciones negociadas sin justicia, las transiciones punitivas, por su parte, imponen justicia sin dar cabida ninguna a la negociación” (Uprimny, 2006, p, 24).

Casos de esta clase de transición (Amnésica) se evidenciaron en tiempos de otrora en España y Portugal (años setenta) así como también en el caso colombiano con las amnistías totales otorgadas en las guerras civiles del siglo XIX, hoy en día son inviables fácticamente además de reprochables y proscritas por el derecho internacional y los tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional dada la gravedad de los crímenes de guerra o de lesa humanidad, los cuales en virtud del principio de jurisdicción universal, son competencia de estos organismos supraestatales, que podrán intervenir en todo momento. Esto además del hecho que esta clase de perdones no promueven la reconciliación y por el contrario adquieren un sentido opuesto al constituirse como la semilla de futuros conflictos incitados por la venganza y

derivados del sacrificio al acceso a la justicia y reparación de las víctimas, que al no ver satisfechos sus mínimos derechos se convertirán en los victimarios de un nuevo conflicto futuro.

Frente a las transiciones punitivas, se tiene que su existencia implica la imposición militar de un participante del conflicto por sobre el otro, al ser tomada por la fuerza se dispone la creación de tribunales para juzgar y castigar los crímenes propios del conflicto de la parte derrotada, en la historia contemporánea es bastante conocida la aplicación de este modelo en los tribunales de Núremberg en la posguerra de 1945, donde los aliados dispusieron la creación de medidas intervención, juzgamiento y castigo sobre los alemanes responsables de una de las masacres más terribles de la historia reciente, ello como medida disuasiva y abriendo paso a la cooperación e intervención internacional en el tratamiento de delitos de extrema raigambre, con todo, estableciendo los cimientos primigenios de la Justicia Transicional.

Ahora bien, en lo que respecta a los modelos intermedios, la transición basada en *perdones compensadores*, básicamente refiere al otorgamiento del perdón a los responsables de crímenes en el marco de determinado conflicto supeditado a la revelación de la verdad y la reparación, en este sentido, se prescinde del castigo a los partícipes del conflicto por la confesión de la verdad y la reparación.

Lo anterior acarrea problemáticas en diversas aristas entre las cuales surge la incompatibilidad con la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes atroces, así como el llamado desde la política y la ética a responder al llamado de justicia que recae en cabeza de las víctimas, al ver que sus derechos fueron intercambiados en el marco de una negociación por la Paz, prescindiendo del castigo que por momentos se hace necesario en el sentido de lo que en palabras de nuestro autor refiere :

[...] dicho castigo es fundamental para el éxito durable de un proceso de paz, ya que impide el surgimiento de un sentimiento de impunidad en la sociedad, revaloriza y empodera a víctimas y familiares, y condena políticamente la comisión de crímenes atroces” (Uprimny, 2006, p. 28).

Así las cosas, para finalizar con los modelos intermedios de transición, se tiene aquel que se basa en los *perdones responsabilizantes*, dentro de este esquema de justicia el perdón pasa a adquirir una dimensión proporcional a la gravedad de los actos cometidos durante el conflicto, tomando en consideración factores como la jerarquía ocupada en la organización criminal y la relevancia de los testimonios y confesiones llevados ante la justicia. Bajo este concepto se busca tener de presente el papel de la víctima al interior del proceso, su reparación, la verdad y la justicia como base de un canon de justicia sólido y perdurable. De tal manera que su presupuesto de aplicación se regirá por las siguientes máximas:

(i) A mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón; (ii) a mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón; (iii) a mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón” (2006, p. 29).

Vale también resaltar que bajo este sistema se plantea un tratamiento diferenciado a los meros combatientes, por lo que no es ajena la consideración de otorgarles el perdón, así como en el lado opuesto se encuentran los responsables por crímenes de lesa humanidad y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, para quienes el perdón total queda excluido dada la gravedad de los crímenes perpetrados; en estos casos se abre la concesión de perdones parciales, expresados por ejemplo bajo la figura de subrogados penales, con la condición de brindar todos elementos relevantes posibles para el esclarecimiento de los hechos del conflicto

y un compromiso reforzado con la reconciliación y reparación de las víctimas, contemplando el cumplimiento de penas mínimas, más no la exclusión de ellas.

Lo anterior, además de ir en línea con las directrices internacionales, dado que el perdón se supedita y tasa proporcionalmente a la colaboración con la verdad y la justicia y estrechamente, a propender por un equilibrio armonizado entre la justicia y la paz.

Partiendo ya de una noción sustancial de los procesos transicionales, corresponde abordar algunas ideas referentes a la puesta en marcha de los procesos que abarcan experiencias transicionales en los distintos Estados; ello con miras a constituir un bagaje que permita abordar la experiencia en la aplicación de estos postulados en el derecho interno y en la historia de las transiciones políticas del país.

En este orden de ideas, frente al *esquema procedimental* de los modelos de Justicia Transicional, se parte de la premisa de advertir que los modelos ideales que se presentan a continuación no son conceptos ciertos y por tanto finiquitados sino por el contrario son susceptibles de las modificaciones propias de las vicisitudes que acarrea el contexto político y social referido a lo largo de este escrito, ello además de la relación del Estado con los grupos de insurgencia en aras a la consecución de acuerdos para alcanzar la Paz; hecha esta aclaración, estos tipos de transición se han caracterizado de la siguiente manera:

En principio, se habla de un modelo de "*Justicia impuesta*", el cual traduce una instrumentalización para un sistema de transiciones punitivas, guardando cercana relación, entonces, bajo este esquema se plantea la imposición de la justicia por parte de determinado soberano o por la parte victoriosa en un conflicto, el fin pretendido a través de una transición de este tipo se centra y limita al castigo unilateral a los infractores de derechos humanos y, a partir de ello, la puesta en marcha de un nuevo orden democrático fundado en su respeto.

A renglón seguido encontramos las transiciones evidenciadas en Argentina o Chile, que supusieron la incorporación de una “*Auto amnistía*”, en el que los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición, esto implica que exista una estrecha ilación con fórmulas tendientes al olvido y el perdón, la discusión latente versará en cuanto mediante la impunidad frente a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los victimarios a fin de que éstos permitan que la transición a la democracia tenga lugar, se ignora y desconoce los requerimientos de justicia necesarios para una transición política ejemplar.

Ahora, en tanto a las transiciones basadas en *Perdones recíprocos*, queda por decir que en ellas los actores armados de una guerra civil, a partir de su propia motivación y sin justificación aparente ante un agente externo como la comunidad internacional, se conceden perdones recíprocamente, dando lugar a una instrumentalización de los modelos transicionales de perdones compensadores como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos, con una finalidad subyacente, la cuál será la búsqueda de reconciliación nacional de las víctimas y victimarios, al igual que por parte de los actores armados.

Por último, se tienen las *transiciones democráticamente legitimadas*, bajo esta concepción se pretende el alcance de la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, éstas se verán marcadas por la inclusión de la sociedad civil a través incluso, de mecanismos de participación y consulta activos en que la ciudadanía exprese su voluntad y donde también las víctimas sean escuchadas todo esto con el fin de dotar la transición de una legitimidad cimentada en la inclusión social de todas las esferas conformadoras de una democracia lo que alimenta los procesos de transición de una legitimidad social y política reforzada, que se traducirá en un procedimiento integral con garantías de perdurabilidad (Uprimny, 2006).

Si bien la anterior clasificación brinda un alcance puntual y restringido de la amalgama y pluralidad de todos los procesos de transición posibles, sirve como fundamento para el lector al otorgar un panorama conveniente y provechoso para entender la adaptación de los modelos de justicia de los diversos Estados a las transiciones políticas descritas en cada caso, esto nos indica que estas experiencias se determinan por las circunstancias especiales de los procesos en procura de alcanzar la Paz y además deja abierta y preparada la mesa para abordar una menuda descripción de los procesos transicionales en la historia política y jurídica de Colombia, vamos allá.

1.2 El caso Colombiano: Marco Jurídico que directa o alusivamente ha referido a la Justicia Transicional en el escenario de las transiciones políticas en Colombia

El derecho aplicado en forma rígida y estrecha puede producir en ocasiones, mayores injusticias de las que pretende evitar de ahí la importancia de la equidad y de tener siempre muy en cuenta la realidad social sobre la que aquel incide (Díaz, 1985, p, 20).

Tomando como punto de partida la consideración que la justicia transicional se ajusta a la realidad social y política de los Estados en pro de la consecución de objetivos trascendentales, en la historia nacional se ha presentado numerosos episodios donde se ha acarreado la necesidad de adaptar el sistema a cambios paradigmáticos en materia política bajo la premisa de buscar la superación de estados de guerra, conmoción o violencia generalizada; así que en varias oportunidades se ha puesto en marcha diversos mecanismos legales o constitucionales

para la consecución de acuerdos para el alcance de los fines arriba descritos; es por tanto el interés de la presente sección abordar dentro del recorrido histórico de las instituciones jurídicas del país: de qué manera se ha buscado llevar a cabo dichas transiciones, si tales propósitos tuvieron o no éxito y por cuál motivo y, si en dichos intentos por lograr la paz se utilizó medias de justicia transicional; de ser así si las estrategias implementadas fueron idóneas o han carecido de factores fundamentales para erigirse como modelos eficientes.

En desarrollo de esto, conviene partir del aval para la incorporación de la Justicia Transicional al interior del ordenamiento jurídico colombiano, que radica desde la justificación constitucional contenida en las continuas acepciones a la Paz como un proyecto y fin del Estado colombiano las cuales motivaron la esencia misma de la Constitución de 1991, así que, pese a que los contenidos propios de la justicia transicional no se encuentran expresos en la Carta Política o en el Bloque de Constitucionalidad ello no lo hace ajeno a nuestro sistema normativo, por el contrario estos postulados se encuentran en los principios constitucionales y las pautas y argumentos relevantes que permiten evidenciar su conformidad a la Constitución, al respecto el profesor Judas Jairo Santa (2016), aduce:

Los criterios de la paz, la justicia, y la verdad como valores y derechos, que estructuran y visibilizan la justicia transicional, se explicitan en el texto constitucional, y con éstos se han hecho intentos de creación de un marco acabado y cierto de justicia transicional, como proyecto de paz y reconciliación nacional [...] (p, 254).

De esta forma, se explica la referencia al ideal pretendido por la Asamblea Constituyente al dar con el texto de la Constitución de 1991, por mirarla como un “tratado de paz”, resaltando su intención por establecer un sistema político y normativo sólido con una democracia firme que dé respuesta al exponencial recrudecimiento de la violencia de esa época por parte de los actores del conflicto y su crecimiento logístico y bélico, propiciando un camino que deje

vislumbrar la búsqueda de la añorada Paz, para lo cual se edificó como un valor y principio prevalente en la norma de normas, al punto de consolidarse en el Preámbulo de la Carta Política³ como un fin y un deber del Estado colombiano.

Así las cosas, partiendo de la base de la Paz como un valor, derecho y fin del Estado de raigambre constitucional, se optimiza el imperativo superior de instrumentalizar los mecanismos necesarios de consolidación de éstos fines, incorporando así enunciados de Justicia Transicional, alternatividad de las penas y un marco Legal y Constitucional que les reglamente; por lo que a lo largo de la historia nacional se ha procurado establecer intentos de un marco jurídico para la obtención de tales fines (estos intentos legislativos comprenden las Leyes: 782 de 2002, 975 de 2005, 1312 de 2009 y 1424 de 2010); las cuales, a pesar de su sectarismo⁴ además de su carácter meramente temporal, han pretendido el propósito constitucional firme de asegurar una Paz estable y permanente.

De esta manera, el presente recorrido parte de una norma trascendental para las primigenias consideraciones frente a tópicos de Justicia Transicional, tanto en su desarrollo legal como constitucional. La norma en mención no es más que la Ley de Justicia y Paz: Ley 975 de 2005, en este acápite se abordará tanto los contenidos jurídicos como el contexto político e histórico que impulsó la creación de medidas alternativas para la desmovilización de grupos al margen de la ley en Colombia.

³ Así quedó consignado el PREÁMBULO de la Carta Política del 91:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y **con el fin** de fortalecer la unidad de la Nación y **asegurar a sus integrantes** la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y **la paz**, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (*Negrita fuera del texto original*).

⁴ Entendido como el énfasis sectorial de uno de los elementos de la Justicia Transicional pretendiendo que éste prevalezca sobre los demás arguyendo su importancia.

1.2.1 Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005 - Sentencia C-370 de 2006; Ley 1312 de 2009 - Sentencia C-936 de 2010)

La Ley de Justicia y Paz surge en Colombia en el año 2005, en el contexto de las negociaciones de paz con los grupos de extremas derechas o paramilitares durante la presencia del conflicto armado aún vigente. Esta medida jurídico-política optó por establecer un marco favorable para la terminación de ese conflicto en particular a partir del surgimiento de medidas excepcionales y benevolentes en el tratamiento punitivo a los perpetradores de atroces crímenes pertenecientes a estos grupos de insurgencia; así las cosas, en principio tal proyecto se fundamentó en la idea de garantizar un derecho a la justicia, cimentado a partir de la obligación estatal de investigar los delitos cometidos por los desmovilizados, de forma tal que los responsables sean individualizados, capturados y sancionados (arts. 1, 4 y 6 de la ley).

Hasta aquí todo va bien, en aras a poner en marcha el acuerdo que dé por terminado el conflicto con los paramilitares se estableció como herramienta central el establecimiento de una pena mínima de prisión para los beneficiarios de la ley que hubieran cometido actos atroces, la cual finalmente quedó en cinco años, con una pena máxima correspondiente a ocho años (Art. 30 de la ley).

A partir de ésta consideración, surgen tres problemáticas en la misma ley, las cuales son expuestas en el Capítulo 5° del texto: “¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia”, que pone en tela de juicio el respeto por la garantía de justicia y no repetición del conflicto en este instrumento normativo, se procede a parafrasearlas:

(i) Los rangos punitivos contemplados en la norma no tienden a ser estáticos y cumplirse en su integralidad, esto debido a diversos factores entre los que se contempla los beneficios suplementarios de la redención de la pena por trabajo y estudio (los cuales deben ser garantizados constitucionalmente); además (ii) del tiempo de ejecución de la pena alternativa se computarán hasta 18 meses del tiempo pasado por el procesado en la zona de concentración de los paramilitares que, como es sabido, no ha tenido presencia o control militar o policial ninguno del Estado colombiano; y por último (iii) la dosificación de la pena –dentro de sus límites mínimo y máximo– que habrá de hacer el tribunal competente será efectuada en aplicación de los criterios de la gravedad del delito y del nivel de colaboración con la justicia por parte del desmovilizado. lo cual es problemático pues parece premiar a las personas que más delitos graves han cometido y que más rango de mando tienen en la organización armada, debido a que son ellas quienes más capacidad tienen de colaborar con la justicia, es decir, de confesar más crímenes atroces y de delatar a más miembros del paramilitarismo (Uprimny y Saffon, 2006).

Aunado a estos puntos críticos de la ley se evidencian diversos tópicos que preocupan a propios y extraños sobre la pertinencia y suficiencia de la ley en cuestión para los grandes objetivos pretendidos; además vale recalcar el punto central que reside en la problemática que enciende la alarma frente a una delicada situación que radica en el desconocimiento por el respeto del derecho de las víctimas a obtener *Justicia, verdad y reparación* por ser ellos los principales afectados por el conflicto y ahora además por el acuerdo alcanzado, esto en razón a que tales derechos se ven socavados por la disminución notoria del castigo otorgada por el Estado y su renuncia a la imposición de una pena ejemplar por crímenes de altísima gravedad en contra de los derechos de la sociedad civil protegidos tanto a nivel nacional como internacional

Surge a partir de ello la incógnita si la flexibilización de la pena en pos del alcance de la paz llegó al punto de reñir con garantías fundamentales para la permanencia de la misma y la no repetición de los vejámenes del conflicto.

Frente a este punto cabe señalar que como se ha visto a lo largo de éste estudio, es característico de las medidas propias de la Justicia Transicional una reevaluación de la pretensión de castigo en un contexto ordinario, para supeditarse ante la búsqueda de medidas alternativas o más beneficiosas que resulten atractivas para las partes en conflicto en su propósito de alcanzar la paz. Pero ello no puede ser óbice a la noción de que el castigo se hace necesario para brindar tranquilidad a las víctimas y velar por una efectiva reconciliación, puesto que como lo señala Uprimny y Saffon (2006):

[...] el castigo tiene la potencialidad de servir como instrumento efectivo de reconciliación y como base de un orden democrático y pacífico durable, ya que establece el reproche social que merecen las atrocidades cometidas en el pasado y contribuye, en esa medida, a su no repetición (p. 177).

Por tanto, una real reconciliación entre víctimas y victimarios debe tener como su núcleo central la debida sanción en razón de las atrocidades cometidas por aquellos; esto con el fin subrepticio de mitigar el sentimiento de venganza de éstos y evitar la indeseable sensación de un entorno de impunidad por lo que se hace necesario un equilibrio en las exigencias de verdad y reparación, y en la garantía de no repetición a través de éstos mecanismos.

Esta preocupación se fundamenta en la idea que, en virtud de la acumulación de beneficios, la reducción de penas y los criterios de dosificación antes señalados, muchos de los paramilitares desmovilizados terminen pagando penas irrisorias de cárcel por los crímenes atroces cometidos: “pues es claro que con penas tan bajas resultará difícil instaurar en Colombia una

cultura de respeto de los derechos humanos y de no impunidad” (Uprimny y Saffon, 2006, p, 179).

Ahora bien, esta Ley fue objeto de análisis constitucional mediante la Sentencia C-370 de 2006, tras ser demandada por inconstitucionalidad en razón al alcance de los beneficios brindados - otros dirían blindados- a los paramilitares para la posibilidad de su desmovilización. El cargo acusado por los accionantes radicó principalmente en que mediante esta Ley se pretendía en el fondo otorgar una amnistía e indulto vedados para responsables de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH, además de señalar que la pena consagrada en dicha ley (5-8 años de cárcel) no supera el *juicio de proporcionalidad* para los crímenes graves y que la configuración del proceso penal creado (esto refiere al mecanismo de la alternatividad penal contenida en esta disposición⁵) desconocía los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Al entrar la Corte a un estudio frente a los señalamientos de inexecutableidad de los actores, arguyó como consideración central que el paradigma nuclear que debe pretenderse es la búsqueda de la verdad, encubierta por años bajo el velo de la violencia y perpetrada en contra de los derechos humanos y el DIH y para tal fin se hace necesaria la incursión de mecanismos excepcionales propios de la Justicia Transicional; en tal sentido, los mecanismos alternativos al castigo y la eventual consideración de los beneficios propios de las leyes de arrepentidos en el sistema colombiano en el marco de ésta Ley, se condiciona estricta e indispensablemente a la revelación plena de la verdad como elemento reparador para las víctimas y fundamento para impartir justicia y traer el resultado de reconciliación nacional; en ese sentido, la Corte Constitucional (2006), en Sentencia C-370, arguye:

⁵En esencia, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años.

No obstante, como lo ha señalado la Corte, con esta sustantiva reducción de las penas se persigue una finalidad constitucionalmente imperativa que no es otra que la búsqueda de la paz. En este sentido no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. En efecto, como ya se mencionó, en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales (Núm. 6.2.2.1.7.2).

De tal forma que, en virtud de los fines pretendidos y de los medios necesarios para su consecución, la Corte ve justificados los mecanismos alternativos contemplados por la Ley 975 de 2005, bajo el entendimiento de una condición cuál será el requisito de la plenitud y veracidad de la confesión como efecto de satisfacción plena al derecho de la víctima de acceder a la verdad:

Para eso deben haber confesado, de manera completa y veraz, todos los hechos criminales en los cuales han participado como integrantes de tales grupos. A este respecto, sin embargo, es necesario recordar que, según la jurisprudencia de la Corte, el Estado debe garantizar que la confesión sea plenamente conciente [SIC], libre y voluntaria. De otra forma se estaría vulnerando el derecho a la no autoincriminación (Núm. 6.2.2.1.7.29).

Al final, la Corte declaró la constitucionalidad de la norma demandada bajo la precisión que mediante mecanismos propios de coyunturas excepcionales la cabida a los beneficios brindados a los desmovilizados no pretendían otorgar amnistías totales y recuerda que la alternatividad

penal no suprime la pena sino más bien la suspende bajo un condicionamiento o deber estricto de revelación de la verdad.

En conclusión, queda decir sobre este intento legislativo que se planteó en sus inicios como un proyecto ambicioso en busca de la reconciliación y la Paz, que careció de la debida complementariedad de sus valores estructurales (Justicia, verdad y reparación), además de la paquidérmica aplicación que determinó a grandes rasgos sus grandes carencias; ello no es óbice para considerar que en el país por primera vez se habló en términos de excepcionalidad y de medidas tendientes a conseguir la Paz a través de mecanismos alternativos que desvelan el interés por responder al clamor de las víctimas, aunque lamentablemente se adoleció de resultados significativos.

El caso de la Ley 1312 de 2009 - Sentencia C-936 de 2010

Mediante esta ley se buscaba la introducción de un principio contemplado en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), cuál es el principio de oportunidad, instaurado a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma constitucional mediante Acto Legislativo 03 de 2002, el cual consiste en la interrupción o renuncia a la acción penal por parte de la Fiscalía y por ende a la investigación de los hechos de un eventual delito a cambio de colaborar con la administración de justicia en la desarticulación de estructuras criminales más complejas o delitos de mayor envergadura. Para el presente caso se pretendía mediante esta Ley abarcar con este principio a los múltiples desmovilizados que no se postularon a la Ley de Justicia y Paz 975 de 2005.

La aplicación del principio en mención, consagrado en el numeral 17 del Art. 324 del CPP contempla dos requerimientos: el primero de ellos es la manifestación del interesado de su propósito de reintegrarse a la sociedad; como último requisito se planteó la suscripción de una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito

diferente a la pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas o municiones.

En este sentido, el concepto de una mera declaración juramentada para acceder a los beneficios representa una abierta renuncia del Estado a la investigación, dejándola al albedrío y conveniencia del desmovilizado.

Llegando al punto de ser contundentemente desestimada por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2010, por infringir principios frente a la lucha contra la impunidad al propender la instauración de una renuncia a una investigación seria y efectiva con el consecuente enjuiciamiento de los responsables de delitos de gran magnitud y lesividad adicionalmente por vulnerar contenidos constitucionales e internacionales como el orden justo, el derecho de la víctimas, el acceso a la justicia y el deber del estado de investigar y juzgar graves violaciones a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

El escenario planteado por la Ley demandada expone que la versión del desmovilizado solo se podría desvirtuar con el trabajo de la fiscalía y bajo el panorama expuesto no hay una exigencia mayor que la declaración del implicado para la renuncia a investigación, lo cual deja en evidencia la inexistencia de una prueba mínima de responsabilidad o siquiera de tipificación de la conducta, por la indeterminación de las conductas ahí señaladas, aunado a ello la situación aquí expuesta deja al juez sin elementos para ejercer un auténtico control judicial a la acción penal ante él presentada.

Frente a esto la Corte Constitucional (2010) C-936, aseveró:

La sustitución del deber de investigar, exigida para todos los eventos por la filosofía misma del principio de oportunidad, y para la grave criminalidad por los mandatos constitucionales y de derecho internacional, por una declaración jurada del interesado, no salvaguarda los derechos de las víctimas a conocer la verdad y a que se haga justicia,

comoquiera que no se garantizan mecanismo accesibles para que concurran al proceso. En últimas, toda posibilidad de investigación de un crimen grave queda librada a la voluntad del desmovilizado quien, bajo juramento, manifestará no haber incurrido en ese tipo de ilícitos.

Todo lo anterior se une a la falta de garantías para la víctima en su forma de intervenir en el proceso y el descubrimiento de la verdad a que tienen derecho, así como su concurrencia al proceso, por lo que la Ley careció de un sustento constitucional para seguir haciendo parte del ordenamiento jurídico.

1.2.2 Marco Jurídico para la Paz: (Ley 1424 de 2010 - Sentencia C-771 de 2011 y Acto Legislativo 01 de 2012- Sentencia C-579 de 2013 y C-577 de 2014)

Es a partir de esta Ley cuando se crea un marco regulatorio donde se plantea la recopilación de los contenidos y mecanismos de puesta en marcha para la aplicación de un modelo de justicia transicional satisfactorio -esto es-, que cumpla con los parámetros de verdad, justicia y reparación a las víctimas en su integralidad.

La presente norma pretendió abarcar un tratamiento jurídico de los desmovilizados que hayan incurrido únicamente en las conductas de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal y velar por su reintegración social (Art. 1ª), además contempla la creación de un Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación en aras de alcanzar un propósito común como la Paz; y el esclarecimiento de los hechos durante el

conflicto así como la contribución al proceso de reconciliación nacional; consagra la creación de un mecanismo no judicial que propende por el alcance de la paz, la construcción de la verdad y la sistematización de la información necesaria para construir memoria histórica y reparación integral, lo cual no exime al desmovilizado de la investigación y juzgamiento a raíz de la conducta punible, con la consecuente suspensión de las órdenes de captura al constatar la voluntad del desmovilizado por reintegrarse y cumplir a cabalidad con este proceso durante y después de su duración; es de resaltar que esta norma contempla la reducción de la pena derivada del acceso a los beneficios contemplados en la Ley hasta la mitad, al cumplir con unos requisitos específicos, a saber:

1. Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional.
2. Estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso.
3. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización (Art 6°, Ley 1424 de 2010).

De ser corroborado el cumplimiento efectivo de los presupuestos normativos señalados se prevé además la eventual extinción de la pena tras la verificación del cumplimiento a lo pactado y un seguimiento periódico al beneficiado, de igual manera, si con posterioridad a este evento se incumpla lo pactado el beneficio podrá ser revocado, en cualquier momento.

Así las cosas, este instrumento normativo que pretendía llenar el vacío jurídico de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 782 de 2002 (mediante la Sentencia C-936 de 2010), al darse un no rotundo a la aplicación del principio de oportunidad analizado anteriormente.

La Corte Constitucional resalta el hecho que la ley en mención contiene disposiciones de justicia transicional siendo la primera vez que el legislador se refiere explícitamente sobre este concepto; de esta manera despliega un estudio frente a diversas temáticas que permean éste tema apuntando al hecho que desde la consecución del pacto fundante de 1991 la prevalencia de los derechos humanos - más precisamente el de la Paz- son criterios que pese a la ausencia de contenidos expresos en la Carta Política y el bloque de constitucionalidad referentes a la Justicia Transicional, acredita la incorporación y existencia de estos postulados en el ordenamiento jurídico nacional.

Así las cosas, luego de un amplio despliegue teórico frente a la Paz y sus diversas acepciones como:

(i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento (Fallo de tutela (2003).T-102 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

La Corte concluye que la búsqueda de la obtención de éstos fines- los cuales se erigen como un deber del Estado Colombiano para con la ciudadanía- supeditan su exequibilidad tras su examen de conformidad con el ideal de construcción de una Paz duradera, basada en la verdad y la reconciliación para lo cual resultan aplicables los instrumentos de Justicia Transicional, tratamiento punitivo especial y mecanismos alternativos en pos de la configuración exitosa de objetivos de interés general tanto nacional como internacionalmente.

1.2.2.1 Reforma Constitucional - Acto Legislativo 01 de 2012

A través de este mecanismo de carácter superior, que contempló la creación de nuevos Artículos Transitorios 66 y 67 de la Carta Política del 91, se incorporó al sistema constitucional las herramientas necesarias para la implementación de la justicia transicional como instrumento excepcional para facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, se dispuso la creación de una Ley Estatutaria que regulase un tratamiento diferenciado para las partes en conflicto en aras de alcanzar la Paz, además de instar la creación de medidas judiciales y extrajudiciales para garantizar el esclarecimiento de la verdad y la reparación así como se dispuso la creación de una *comisión de la verdad* encargada de informar a la sociedad sobre hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos en subsidio a las investigaciones judiciales, las cuales concluyen con la presentación de un informe final y sus recomendaciones son de gran utilidad para constatar los hechos, fomentar la rendición de cuentas, presentar las pruebas, identificar los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales, además de facilitar el debate público.

Lo anterior aunado a la incorporación de criterios de selección y priorización inherentes a la Justicia Transicional para la identificación e 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. Dichos instrumentos permiten el alcance efectivo de un proceso para dar por terminado el conflicto y obtener la Paz, siendo este principio y derecho la base a partir de la cual se soporta las medidas tomadas, bajo una estricta interpretación de los preceptos transicionales con el fin de respetar los derechos de las víctimas y las obligaciones del Estado Colombiano por enjuiciar y brindar una justicia plena que garantice la satisfacción de las partes en contienda y el fin esencial pretendido bajo premisas de estabilidad y duración en el tiempo.

1.2.3 Los Actos Legislativos: 01 de 2016 y 01 de 2017: Implementación de la Justicia transicional en el marco Constitucional y Jurídico colombiano en materia sustancial y procesal (Fast-track).

Con un marco legal y constitucional definido, que ratifica el compromiso del Estado Colombiano con la Paz y, desde lo cual se contempló la incorporación al ordenamiento jurídico de mecanismos de justicia transicional - ya caracterizada y descrita en el cuerpo del presente documento-; cabe mencionar que las medidas excepcionales contempladas a nivel constitucional en Colombia con los Actos Legislativos mencionados en el enunciado del texto, facilitaron la adaptación al sistema jurídico de la situación política extraordinaria derivada de una notable transición a raíz de los Acuerdos de Paz para la terminación del conflicto con las FARC-EP, hasta entonces el órgano subversivo perteneciente a la guerra civil más longeva de la humanidad.

En este sentido, el sistema de implementación de lo acordado en la Habana se previó en virtud del *Procedimiento Legislativo Especial para la Paz*, promovido por iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional (Art. 1° literal A) e incorporado a la Constitución Nacional por la reforma vía Acto Legislativo 01 de 2016, dicho instrumento contempla a grandes rasgos una excepcionalidad en el tránsito legislativo ordinario el cual se agota cuando se hayan dado ocho debates; entonces, en virtud del mentado procedimiento especial, el cual pretende “agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria” (Art. 1° Transitorio) , se realizarán solo cuatro debates para que el trámite sea más ágil, lo mismo sucede para la expedición de leyes, los cuales tendrán un trámite preferencial en el orden del día de las sesiones legislativas previendo además que “Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento

Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia” (Art.1° literal K). En virtud de la Sentencia de Constitucionalidad C-699 de 2016, la Corte puntualizó que para acudir a éste trámite especial, el Gobierno encabezado por el Presidente de la República deberá motivar criterios de conexidad y carga argumentativa para que las disposiciones proferidas excepcionalmente tengan no sólo una relación directa con el Acuerdo de Paz con las FARC-EP, sino que también deben justificar su urgencia.

Tras este somero acercamiento a dicha reforma constitucional; ahora es necesario acotar que a través del Acto Legislativo 01 de 2017 - el cual, basta mencionar que fue promulgado en virtud de lo dispuesto por su antecesor inmediato (A.L 01 DE 2016)-, desarrolla un sistema de Justicia Transicional integral para la consecución de una Paz estable y duradera, en ese sentido, dispuso de un sistema restaurativo donde el centro de interés gire en torno a las víctimas y su reparación y reconciliación con los actores armados; de esa manera contempló la creación de diversas instituciones, tanto judiciales como extrajudiciales para la comisión del alcance de este deber común (Paz), estas son :

El Sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; *la Jurisdicción Especial para la Paz*; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición (Art. transitorio 1°, Acto Legislativo 01 de 2017) (*Cursiva fuera del texto original*).

De esta manera, las disposiciones reformativas a la Constitución mentadas en este acápite del texto, han sido promulgadas y puestas en marcha con un carácter ceñido y con observancia a los preceptos y límites al poder de reforma de la Carta Política, incurriendo en un arriesgado y

vertiginoso acercamiento con doctrinas constitucionales como el test de sustitución, mediante el cual se pretende evaluar la constitucionalidad y el apego a la identidad definitoria de la Carta Magna de determinada enmienda constitucional, partiendo de un análisis competencial del poder constituyente que le llevó a cabo; proscribiendo, en el sentido opuesto, el reemplazo o sustitución de sus ejes identitarios; esto coadyuvará al planteamiento del problema jurídico-político central que es el objeto de éste estudio, por lo que en conclusión del presente Capítulo vale resaltar que las instituciones, procedimientos y negociaciones pactadas, se efectuaron en el marco de la Constitución y normativa vigente bajo el ropaje de reformas constitucionales aparentemente adaptadas en su esencia, al espíritu y postulados característicos de la voluntad política que culminó con el pacto fundante de 1991, frente a éstos puntos temáticos se centrará nuestro estudio en adelante.

CAPÍTULO 2:

LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL - TEST DE SUSTITUCIÓN:

Generalidades y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Continuando con la periódica construcción del esquema del presente estudio, que partió del primer sub-tema *Las Transiciones Políticas y la Justicia Transicional*, el cual, como se vio, cumplió una labor introductoria y altamente necesaria para el abordaje del problema jurídico trazado, como fue brindar al lector una perspectiva referente a los mecanismos que dan cabida a una transición política hacia estadios superiores como la Paz y, a las vicisitudes propias de la

ponderación de sus componentes esenciales, tanto desde la doctrina como desde el acercamiento realizado al caso Colombiano.

Se tiene que, en la historia institucional y política del país, se han abordado en diversas ocasiones mecanismos relativos a una adaptación a situaciones excepcionales que requieren de un sistema jurídico preparado o, más bien, dinámico y abierto a la incorporación de medidas especiales que reafirmen la puesta en marcha de las normas, dispositivos y reformas necesarias para sortear los acontecimientos concernientes a la superación de un Estado de conflicto, violencia y barbarie hacia la obtención del principio, derecho y deber ciudadano y estatal, de primer nivel, como lo es la Paz.

Como se dejó señalado en el Capítulo inmediatamente anterior, la adaptación del sistema Constitucional de la Nación a un contexto de transición acarrea consigo la difícil tarea de consolidar, desde diversas vertientes, la apuesta efectiva que se pactó al instrumentalizar los mecanismos jurídicos hacia un contexto de excepcionalidad por medio de los Acuerdos de Paz.

Por lo cual, se anticipa que surgirán diversos roces; por una parte, entre las concepciones jurídicas tradicionales, -éste es el caso de lo referente a los límites de la reforma Constitucional, objeto del presente trabajo-, las cuales optan en mayor medida por la salvaguarda de los contenidos esenciales e identitarios del texto Superior, concebidos a raíz de la Soberanía popular expresada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, lo que refleja el ideal constituyente de mantener una supremacía y rigidez normativa a nivel superior, que permita al Estado gozar de una estabilidad jurídica relevante y; en la otra arista, los requerimientos urgentes y necesarios para la materialización de las políticas en pos de la implementación de lo acordado en la Habana, entre los sujetos en pugna.

Lo anterior se recruta bajo el entorno del procedimiento transicional en Colombia, en el que brilla la particularidad de que el contexto de transición política ha debido ser adaptado al devenir ordinario del ordenamiento jurídico.

Bajo tal dinámica, en ésta sección del estudio se pretende abordar, a partir de postulados académicos y jurisprudenciales, el concepto y desarrollo que ha adquirido la teoría de la sustitución arraigada a la corriente jurídico-política y Constitucional del Estado Colombiano y, el vínculo que adquiere este postulado con el imperativo de poner en funcionamiento una serie de medidas excepcionales a las disposiciones constitucionales, para el alcance de una Paz estable y duradera.

Por tanto, para la culminación del objetivo expuesto en éste Capítulo, se prevé la siguiente metodología: Como primer punto, se desglosará una (i) Descripción general del test de sustitución como un elemento integrante de la doctrina constitucional en el globo, ello a modo preliminar para dejar abierto un estudio de los principales (ii) Referentes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la materia en cuestión; con detenimiento en la delimitación de los elementos definitorios construidos caso a caso en las Sentencias abordadas en la investigación; en esa línea, luego de un abordaje suficiente de la teoría en cuestión, se pretende (iii) Concluir con un retrato del estado de cosas en la conformación de los elementos identitarios presentes en la Constitución de 1991, hasta la llegada de las reformas constitucionales en el marco para la Paz, que será la intención a tratar en el Capítulo final de nuestro estudio.

2.1 LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL - TEST DE SUSTITUCIÓN.

Generalidades

El referente elemental para empezar a esbozar las nociones previas que competen este vasto tema, es el concepto de Soberanía, ampliamente tratado desde diversos ámbitos del universo jurídico como la teoría Política, del Estado y del derecho, partiendo de ser uno de los cimientos constitutivos de la voluntad fundacional y del acuerdo general que da lugar a la conformación de un acuerdo político determinado.

Así, desde su concepción moderna, -tomando como base las teorías contractualistas- Jean-Jacques Rousseau en su obra *El Contrato Social* (1762), definió el concepto de soberanía popular; y a partir de él, configuró las bases del fundamento filosófico, pero ante todo *político*, del control supeditado a los límites axiológicos a la reforma constitucional; procedo a explicar.

En virtud de la Soberanía Popular, la cual es indivisible e inalienable, el individuo es en sí mismo soberano y libre y, a la vez, súbdito delegatario de su voluntad de regirse a un órgano plural y superior que en este caso será el Estado; más en todo momento se conserva libre y soberano. Ésta disyunción de su soberanía le convierte en un par con los demás haciendo iguales y libres a todos los ciudadanos (Rousseau, 1762).

Traspolado al contexto del sistema Constitucional colombiano, el pueblo delega su voluntad constituyente en un Estado, representado por sus instituciones políticas; más esto no implica que la voluntad renovadora de sustituir la Constitución, le sea arrebatada, puesto que el poder constituyente originario se verá representado única y exclusivamente en la voluntad popular expresada mediante una Asamblea Constituyente (Art. 376 C.P).

Los poderes instituidos, en cambio, representados tanto en el Congreso de la República, como el órgano de representación democrática por excelencia (Art. 114, 133, 374 y ss. C.P); así como,

en la iniciativa legislativa del Gobierno en cabeza del Presidente de la República (Art 375 C.P); o también, la misma ciudadanía en un censo determinado⁶ (Art 155 C.P); constituyen poderes derivados de reforma constitucional.

Entonces, el pueblo conserva su soberanía a la vez que delega su representación a un tercero plural (el Estado- Congreso) quien estará sujeto a la voluntad del primero, en los elementos esenciales y definitorios que adquiere la Constitución, vista como un todo, y los cuales, no pueden ser reemplazados sin antes incurrir en una sustitución a la Constitución⁷, proscrita en nuestro ordenamiento para el constituyente secundario, quien carece de la Competencia para modificar sustancialmente la voluntad inicial del Constituyente originario.

Luego de esta aproximación general, que funge como una perspectiva somera y preliminar de la estructura del ideal fundamental del Sistema Constitucional colombiano, por la delimitación de los límites competenciales a la reforma constitucional; se procede a dedicar unas líneas a los fundamentos intrínsecos del poder de control y la legitimidad para introducir modificaciones a los preceptos Superiores.

En este orden de ideas, bajo una postura contemporánea, es decir, a partir de las visiones liberales y abiertas de República y Nación, se concibe a la Constitución desde un carácter expandido -esto es característico del período de la posguerra-, en razón a la oleada en el reconocimiento de Derechos Universales y del fortalecimiento de los sistemas de justicia, constitucionales, políticos e internacionales, para orbitar en un alcance más cercano al individuo en materia de libertades y obligaciones; derivado de los aprendizajes obtenidos a raíz de la debilidad de los sistemas jurídicos internos y supra nacionales de aquel entonces, para dar

⁶ La Constitución de 1991 en su Artículo 155, determina un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva para presentar proyectos de ley o de reforma constitucional.

⁷ Referente a éste punto en especial, el Magistrado Jaime Araújo Rentería en el Salvamento de voto a la Sentencia C 1040 de 2005, expone un interesante y detallado recorrido en materia filosófica, teórica y jurisprudencial frente al contexto de aparición de las teorías de sustitución constitucional en Colombia y en el globo.

respuesta a violaciones masivas de Derechos Humanos, como lo fueron las perpetradas en las escalofriantes I y II guerra mundial. Surgiendo así, las corrientes neo constitucionales que influenciaron los antecedentes a la aparición de la Constitución de 1991.

Con respecto a este fenómeno, conocido ampliamente como la Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, Carbonell (2005) cita a Guastini, sosteniendo que: “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”(p, 9).

Con asiento en ello, la Constitución es vista como un sistema normativo de carácter amplio en materia de reconocimiento de valores y principios supra normativos; y a la vez restringido, en el sentido que las disposiciones contenidas tendrán un alcance expreso e implícito, esto es, otorgando fuerza normativa tanto a las disposiciones textuales contenidas en la norma constitucional como a los contenidos axiológicos y definatorios de la Carta de derechos.

A raíz de lo anterior, en el caso colombiano surge un ideal constituyente que ve en el pueblo su máxima expresión de autoridad y legitimidad, ello no solo limitado a la facultad de votar de cada ciudadano, sino alcanzando un matiz en que el sufragio, y en suma, la participación democrática, adquiere la connotación de un derecho, brindando a la voluntad inicial constituyente un carácter superior.

Así bien, los contenidos meta-jurídicos comienzan a establecerse como los postulados superiores a todo el sistema, que abarcan la voluntad popular como aquella soberana e inalienable que es el reflejo del ideal creador y revolucionario del constituyente, figura en quien reposa los contenidos supremos del sistema de normas y, para cuya protección se dispone la creación de los tribunales constitucionales.

Bajo ésta lógica, en Colombia, con el advenimiento de la Carta Política de 1991, se consagró la creación de un Tribunal Supremo en materia constitucional, la Corte Constitucional, que se conforma para velar por la garantía de los postulados de la Norma de normas y, cuyo fin esencial es interpretar los contenidos normativos de la Carta Magna y evitar el desconocimiento de la voluntad impresa en el acto creador del ordenamiento jurídico nacional.

El papel de estos tribunales se erige para evitar que el reformador de la Constitución usurpe la competencia del poder constituyente y vulnere la identidad fundamental que el pueblo soberano consagró en la Constitución; por lo que los tribunales Constitucionales son los llamados a preservar y salvaguardar los valores y principios establecidos por el Constituyente, como inherentes en el Estado y en la sociedad.

Por consiguiente, como se mencionó, éste tribunal tiene la labor de no permitir que los límites, sean expresos o implícitos, señalados por el soberano, sean vulnerados o transgredidos por un órgano constituido como lo es el Congreso de la República, el cual resulta incompetente para alterar dichos principios preestablecidos. Esta incompetencia posible del legislador, hace que se configure un *vicio competencial*.

En este sentido, partiendo de la interpretación doctrinal del constitucionalismo contemporáneo, traída por la Corte Constitucional (2005), recogiendo a Riccardo Guastini, es posible llegar a cuatro conclusiones fundamentales, que resumen a grandes rasgos las características propias de la Carta fundante, su soberanía y, en consecuencia, los límites implícitos al poder de reformarla:

- 1.- Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.

2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.
3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.
4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

Así, queda delineado el contorno de la caracterización de los principios constitucionales axiológicos e inherentes a la Constitución⁸, los cuales revisten a la misma de supremacía frente al resto de disposiciones normativas del sistema jurídico y le brindan su identidad la cual, es claro, no podrá ser alterada por poderes constituidos, por carecer de la competencia inicial para sustituir los preceptos fundantes del Estado.

El Magistrado Jaime Araujo Rentería (2005), concluye frente a este punto:

[...] el tema de los límites al poder de reforma no es más que un tema de doble competencia; la del Congreso, al realizarla y la del órgano establecido por el Constituyente para vigilar que no se violen los principios constitucionales que él consideró fundamentales al momento de crear la Constitución (Sentencia C-1040).

De tal manera que, con base en todo lo anterior, frente al caso colombiano se tiene dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional, unas instituciones erigidas a la protección de la identidad y esencia de la Norma de normas, el principal de ellos, como se mencionó antes, será la Corte

⁸ Dentro de los límites axiológicos al poder de reforma, a título enunciativo y ejemplificativo pueden mencionarse: La forma de estado democrático y social de derecho (separación de poderes; democracia; pluralismo; dignidad humana; los derechos fundamentales y dentro de estos el de igualdad que permite llenar todas las posibles lagunas del orden jurídico). La forma de gobierno o de estado capitalista o socialista.

Constitucional, la que en virtud de las disposiciones de la Carta Política de 1991, contenidas en el Título XIII y, además según el Art.379, y los numerales 1º, 2º y ss. Del Art.241 C.P, adquiere la función, entre otras, de:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

[...]

Con fundamento en estas consagraciones superiores, la Corte delimita un espectro funcional centrado al control procedimental de los mecanismos de reforma de la Carta; de manera que, en orden al cumplimiento de la labor Superior encomendada por el Pacto Fundante de 1991, dicho Tribunal se erige en la salvaguarda de la identidad de la Constitución, visto a partir de los elementos definatorios de la misma, que se configuran a raíz de la competencia reformativa, como uno de los postulados integrantes del proceso de formación de una enmienda constitucional.

Sin la intención de incurrir en juicios de valor, cabe mencionar que la aplicación de la teoría de los límites competenciales a la reforma constitucional en Colombia, ha sido objeto de arduos debates y posiciones encontradas, esto ya que para un sector determinado, ésta es una regla judicial mayoritaria que justifica un control material a la reforma, proscrito por los artículos Superiores antes citados, que vinculan el accionar del Tribunal Constitucional al control de los vicios *estrictamente formales o procedimentales*; además de incurrir en la vulneración del

sentido literal de las reglas constitucionales, al interpretarlas más allá de su sentido estricto, ya que, al tener la virtualidad de ser reglas, no principios, no son susceptibles de una interpretación extensiva, sino taxativa.

Los anteriores y otros dilemas se ciñen como el objetivo del presente acápite del estudio. Por lo que a renglón seguido, se prosigue a abordar la construcción del test que dispuso establecer los límites competenciales a la Reforma de la Carta fundante en la jurisprudencia relevante y, las vicisitudes que ha abarcado su puesta en marcha en cada uno de los casos, para después contrastar con la aplicación en un entorno transicional de estas teorías, con fundamento en el Marco Jurídico para la Paz, y así dilucidar, primero, si el tratamiento otorgado ha sido compatible y uniforme y, de no ser así, estudiar cuál ha sido el comportamiento de la Corte en dichas oportunidades.

2.2 EL JUICIO COMPETENCIAL A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA - Desarrollo jurisprudencial

La noción general del control y los límites competenciales a la reforma constitucional en la jurisprudencia Colombiana, ha partido desde la conjunción de los instrumentos jurídicos y meta-jurídicos que le han desarrollado. Y estos a su vez, se han consolidado a través de las diversas actuaciones de la Corte Constitucional, que encarnan en su conjunto, la conformación de un concepto conocido como *Test de Sustitución*.

Con la aplicación de ésta teoría, han surgido una serie de componentes constitutivos que le son inherentes y, partir de ello es ineludible para un entendimiento cabal de su estructura.

En tal dirección, dicho Mecanismo se compone de una serie de premisas que hacen parte del progresivo diseño planteado por el Tribunal de lo Constitucional para la identificación de los elementos definitorios de la Norma de normas.

Así las cosas, en la presente sección de la Monografía, se partirá de un estudio pormenorizado de las Sentencias de Constitucionalidad derivadas de las consideraciones del Alto Tribunal en la materia, en ejercicio del control a los mecanismos de reforma de la Carta del 91; así como, frente a señalamientos de inconstitucionalidad elevados por accionantes que han suscitado el presunto desconocimiento de los límites a la reforma, supeditado en la vulneración de la identidad de la Carta Política, a partir de lo cual se va a ir evidenciando la solidificación de las teorías y consideraciones judiciales presentadas por los Magistrados de dicho Tribunal, en el curso de los pronunciamientos proferidos, lo que da sustento al control judicial en salvaguarda de la Constitución de 1991.

2.3 SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL, en la jurisprudencia colombiana

A continuación, se abordará un rastreo de los principales pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional de Colombia, en materia del control a la reforma de la Carta Magna, así como del trámite de demandas por inconstitucionalidad, derivadas de la presunta sustitución a los elementos constitutivos y definitorios de la noción originaria del pacto fundante, expresados a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

2.3.1 Sentencia C-551 de 2003

A través de éste primer pronunciamiento en el terreno que nos concierne, la Corte Constitucional desplegó el control automático de constitucionalidad por vicios en el procedimiento, posterior a la sanción y promulgación y, previo al pronunciamiento popular, en

el ejercicio de las atribuciones proferidas mediante el numeral 2° del Artículo 241 de la Norma Superior; del proyecto de Ley de Convocatoria a Referendo 796 de 2003, impulsado por el Gobierno de la República de aquel entonces (Art.378 C.P).

Mediante el proyecto referido, se pretendió poner a consideración del pueblo, una pluralidad de reformas en diversas índoles de la organización política, administrativa y legal del ordenamiento jurídico, aunado a la supresión de algunas otras⁹; todas ellas, bajo la particularidad de *carecer de una relación* directa unas con otras, y de que, *la votación a las mismas*, según el Numeral 19 de dicho Mecanismo, *se podría efectuar en bloque*.

Para entrar en materia, con atención a la multiplicidad de factores contemplados en aquel proyecto de Referendo multitemático, éste Alto Tribunal procedió a abordar un esquema metodológico centrado en la discusión de dos conceptos principales, radicados a la idea de velar por la salvaguarda del pueblo como Constituyente Originario; estos elementos serán pues, la determinación competencial dirigida a la **protección del principio democrático**, así como de **la libre autodeterminación de los pueblos**; todo ello, consagrado en diversos contenidos textuales e ideales de la Carta Magna del 91 (Arts. 3°, 40, 103, 378) y, en especial el artículo 378 que consagra la protección al elector para que éste tome una decisión libre y autónoma, base neurálgica del análisis constitucional.

⁹ Podría decirse, a modo ilustrativo, que el Proyecto contempló temas referentes a la estructura administrativa de varias instituciones del orden público en el país (Núm.15), en lo cual se vio envuelto el Congreso (Núm. 2,3,4,5,6,7), con enmiendas frente al régimen de suplencias (el cual pretendía suprimirse), la calidad nominal del voto de los representantes democráticamente elegidos, la división de las funciones administrativas y legales del Congreso, la reducción del tamaño del mismo y la ampliación de las causales de pérdida de investidura.

Además de reformas relativas a temas radicalmente diversos, como lo traído en el Núm 16. frente a la altiva persecución al tráfico de estupefacientes, así como la supresión de las Contralorías territoriales (Núm.9) y su adjudicación funcional a la Contraloría General, misma suerte que correrían las Personerías municipales o distritales (Núm.10), que se cruzaron con enmiendas en materias a nivel presupuestal y de hacienda pública (Núm. 8,11,12,13,14).

Un punto controvertido lo trajo la polémica prolongación del período de gobierno de todos los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles (Núm.17); bajo la intención, en términos del Gobierno, de unificar los periodos de dichas autoridades y eliminar la dispersión del calendario electoral.

Así, para una precisión competencial clara, es preciso aducir, que el control consagrado en la Carta del 91, para los mecanismos de reforma refrendataria, es de tipo procedimental, dirigido y delimitado a avizorar eventuales vicios en la formación de la Ley de Convocatoria a Referendo Reformatorio de la Constitución, pero como se verá desde ahora y en adelante, dicho límite preceptuado en el Numeral 2° del Artículo 241 Superior, no será estrictamente coercitivo frente a la competencia de la Corte Constitucional para evaluar dicha enmienda, dado que si bien se contrae al examen de las eventuales irregularidades en el procedimiento de formación de la Ley 796 de 2003, éste recae también, y de manera inevitable, sobre el texto mismo de la ley, pues la Corte estudiará si la presentación del articulado sometido a la aprobación del pueblo *asegura o no la libertad del votante*¹⁰ y si *posee o no vicios competenciales*.

De tal manera, el siguiente rastreo jurisprudencial toma como fundamento para el desarrollo de su estructura, unos postulados precisos atendidos por la Corte en la gestión del control articulado los cuales, a su vez, constituyen la paulatina configuración de los cimientos iniciales referentes a la teoría de la Sustitución en Colombia.

Ahora bien, retomando con el esquema antes planteado, en la estructura de síntesis y análisis propuesta, se hace preciso describir *el alcance* de la distinción entre los poderes constituyentes: originario y derivado, por parte de éste Tribunal.

Por un lado, partiendo de la base reiterada en el presente Capítulo; el poder de reforma, el cual es fundado desde la voluntad constituyente originaria, se encuentra supeditado a los límites que le son otorgados por la propia Constitución, de quien deriva su legitimidad; de manera que, la misma Carta ha contemplado tres rutas de reforma constitucional: el Acto Legislativo, el Referendo y la Asamblea Nacional Constituyente (Art.374 C.P).

¹⁰En efecto, la exigencia contenida en el artículo 378 de la Constitución Política, ordena que el temario contenido en un referendo que se llevará a consideración del pueblo esté redactado y presentado de manera tal, que el elector pueda escoger libremente lo que apoya y lo que rechaza.

Por lo que, a través de las vías antes puntualizadas, *sólo* el poder de reforma, que es poder constituido, no está autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia.

Frente a esto, se hace menester una remisión al análisis de hasta qué punto actúa la *voluntad popular como poder constituyente*, al darse a una Constitución. Con detenimiento en el mecanismo de reforma vía referendo.

Para ello, es de suma relevancia acotar que la Constitución de 1991 previó un *mecanismo agravado de reforma*, para cambiar cualquier contenido de la Carta sin llegar a una ruptura institucional, ello erigido al fin fundamental de no petrificar la Constitución y, como es de esperarse, estas medidas recaen en el pueblo por ser en quien reside la soberanía.

En esa línea, se previó – en palabras de la Corte en la Sentencia C 551 de 2003 – “un mecanismo de reforma que proteja la voluntad directa del pueblo por autogobernarse”, el cual es el referendo – derogatorio y aprobatorio – que permite la participación directa del pueblo y establece un balance necesario para el equilibrio de un sistema normativo.

Por tal motivo, se explica que la regulación expresa del referendo constitucional aprobatorio (Art 378 CP) y del referendo constitucional derogatorio (Art.377 CP), así como la exigencia de que, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 377 de la Carta, en lo referente al segundo de ellos, el referendo derogatorio no sólo pueda, sino que deba llevarse a cabo, puesto que se entiende que en esas materias el pueblo se ha auto convocado para tal fin; muestra claramente que el Constituyente de 1991 no desconfió del pueblo sino que optó por abrir múltiples vías para que éste se pueda expresar “en forma directa”.

Otro ítem importante, en la impronta de los postulados primigenios constitutivos a la teoría de la sustitución, traído por la Corte Constitucional, recae en la consideración en lo que refiere a la existencia, o no, de cláusulas pétreas en la Carta Política de 1991, pasemos a abordarlo.

Para esto, la Corte toma como base lo dispuesto en el Artículo 241 de la Constitución de 1991, referente a los mecanismos de reforma de la Carta, donde se contempla:

ARTÍCULO 374. La Constitución Política **podrá ser reformada** por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo” (C.P: Art: 374).

Negrita fuera del texto original.

La interpretación esgrimida por parte de éste Alto Tribunal evidencia que, en virtud de lo allí dispuesto, la voluntad constituyente consagró un esquema cerrado y taxativo de mecanismos de modificación constitucional, lo cual se ratifica bajo la expresión *podrá ser reformada*, esto es, sin más reparos en cuanto posibilidades de introducción de cambios a la misma, lo cual ha sido entendido por la Corte Constitucional como una restricción a la posibilidad de reforma por vía de otros mecanismos, dada su colindancia con una sustitución parcial o total de los preceptos de la Carta del 91.

Para el entender de la Corte, los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente, en el año 1991, no contemplaron (pudiendo hacerlo), la posibilidad expresa de instituir cláusulas irreformables en la Constitución; como sí lo contemplan diversas Constituciones del globo; pero, un elemento que se advierte tener presente, es la consideración que, pese a tal noción originaria expuesta por el acto creador constituyente -en razón a la característica de identidad, rigidez y supremacía que prima en la Carta Política de 1991-, el poder de reforma adquiere límites competenciales que se ven determinados en la imposibilidad de sustituir la

Constitución¹¹; este límite a la reforma se ve plasmado expresamente en el artículo 374 antes citado, más ello **no conlleva** a la consideración de que el ordenamiento jurídico nacional prevé la existencia de cláusulas intangibles.

Lo anterior, no obsta para la consideración de que el poder de reforma posee un límite -a pesar del reconocimiento de un poder amplio de modificación-, pues ello no será óbice para considerar que el poder de enmienda, es un poder constituido y con límites de carácter material, ya que la facultad de “reformular la Constitución” contenida en el Art 374 de la C.P “no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (C-551 de 2003).

Con atención a los puntos tocados en el transcurso de la presente reseña jurisprudencial, es posible llegar a una conclusión de gran relevancia para los subsiguientes abordajes, la cual radica en que la Corte reconoce un control material de diversos contenidos del proyecto de Referendo Constitucional, elevado para su control, esto se vislumbra gracias a diversas manifestaciones de éste Alto Tribunal en materia de los límites y el alcance de la Reforma a la Carta Política.

A lo largo de la Sentencia y, partiendo del hecho que en dicha ocasión la Corte abordó un control al contenido del proyecto de Ley 796 de 2003, es prudente acotar que éste Tribunal determinó la inconstitucionalidad de diversos numerales y algún contenido de la estructura del

¹¹ Un ejemplo de ello es traído desde la modificación de los períodos de autoridades territoriales (pregunta 17 del Referendo), lo cual va en contravía de los límites sustanciales establecidos bajo este mecanismo de reforma, dicho acápite fue estudiado por la Corte y, tras su análisis, se declaró la inexequibilidad de aquel numeral del proyecto de referendo, dado que dicho numeral “desnaturaliza el referendo y no constituye el ejercicio del poder de reforma de la Constitución sino en quiebre de la misma” (C-511 de 2003).

Así como otro interesante ejemplo, parte de la consideración de que por intermedio de la convocatoria a un referendo, no es posible involucrar actos electorales, que no fueron sometidos desde un principio a voluntad del pueblo, ello con asiento en la disposición expresa del Artículo 38 de la LEMP, configurándose por tanto, un **vicio competencial**, que parte del quebrantamiento de los límites propios del referendo para tratar esta clase de asuntos, determinados inicialmente por el constituyente primario.

proyecto de referendo¹², estableciendo así, límites materiales supeditados bajo la intención de proteger la libertad del elector y salvaguardar los límites competenciales del poder de reformar los contenidos originarios de la Carta Política de 1991.

En ese sentido, la Corte Constitucional, bajo disposición expresa de la Constitución para ser el intérprete de lo contenido en el texto de la Carta, determinó que el control a la reforma constitucional en materia de referendo no se limita a los vicios procedimentales como lo

¹² En ese sentido, la Corte procedió a declarar la inexecutable de los siguientes contenidos del referendo, próximo a poner a criterio de la voluntad del pueblo:

El numeral 17 del referendo erigido a prolongar el período de las autoridades territoriales, bajo la intención en términos del Gobierno de unificar los periodos de dichas autoridades y eliminar la dispersión del calendario electoral, es inexecutable en su integridad, entre otros, por desnaturalizar el referendo al tornarlo un acto electoral de carácter plebiscitario; proscrito como se ha visto por la LEMP, a fin de evitar que todo el referendo quede viciado de inconstitucionalidad, pues la votación del referendo habría coincidido con un acto electoral.

Con respecto al numeral 19 referente a la aprobación integral del referendo presentado por el Gobierno, también fue declarada inconstitucional por cuanto no es admisible, debido a la diversidad temática del mismo, la pregunta en bloque. Ello en el sentido de evitar inducir al elector a ejercer un voto influenciado por un proyecto de gobierno, desnaturalizando la esencia del mecanismo y tornándose de carácter plebiscitario.

Es también inconstitucional el voto en blanco por afectar la libertad del elector y desconocer el artículo 378 Superior, que prevé únicamente votos positivos y negativos.

Igualmente son inconstitucionales las notas introductorias, por vulnerar la libertad del elector, con excepción de la pregunta operativa o formal, que interroga al ciudadano si aprueba el texto normativo puesto a su consideración. [Continúa].

La Corte concluyó además que la incorporación del párrafo sobre circunscripciones especiales de paz en el numeral 6° sobre reforma electoral viola la libertad del elector, pues no permite que los ciudadanos puedan autónomamente decidir acerca de esos dos temas, que son independientes. En ese sentido, en pro de la protección al elector los numerales propuestos por el gobierno son examinados por la Corte buscando siempre que la decisión del elector sea libre y autónoma.

El control constitucional implica inevitablemente un estudio del contenido mismo de la ley, pues no sólo el poder de reforma constitucional tiene límites materiales implícitos sino que, además, la Corte debe examinar si la ley asegura adecuadamente la libertad del elector.

Finalmente, respecto a la regla de unidad de materia, es menester recalcar que su vulneración incurre en un vicio de competencia, no relacionado con las inconsistencias del contenido propio del proyecto como tal, sino en el sentido que el Congreso no puede verter contenido que no posea una conexidad razonable con la materia dominante de la ley específica.

Esto quiere decir, que la ley que se analiza en el presente texto debe incluir solamente regulaciones relativas a la convocatoria a referendo constitucional, de lo contrario su actuación estaría viciada competencialmente por aducir temas extraños a la materia para lo cual fue llamado a actuar. Por ello, el principio de publicidad es respetado, cuando el proyecto originalmente publicado corresponda, por su materia, al texto que efectivamente es debatido y aprobado por las cámaras legislativas, la Corte concluye además que “los congresistas sólo pueden introducir modificaciones dentro de las temáticas propuestas por el Gobierno” (Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003).

establece el Art. 241, sino que dicho control se extiende “al estudio de los eventuales vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma pues la competencia es un pilar y un presupuesto básico tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte” (C-551 de 2003).

En orden a lo expuesto, el juez constitucional deberá establecer el examen competencial a los mecanismos de reforma, incluido el referendo, para esto no efectúa un control de fondo semejante al que realiza cuando juzga la exequibilidad de una norma legal, sino que por el contrario:

(...) se circunscribe a analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho de forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma (C-551 de 2003).

En tal sentido, la competencia se torna como un presupuesto ineludible del procedimiento de formación de las leyes, puesto que ha sido decantado que pese a establecer un procedimiento normativo impecable, si determinada entidad no es la competente de realizar el trámite, ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia?.

Por tanto, la verificación de la competencia es un factor necesario en todo examen de control realizado por la Corte, en tanto dicha potestad de control “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” (C-551 de 2003).

2.3.2 Sentencia C-1200 de 2003

Con el bagaje de talante jurisprudencial, teórico y jurídico estipulado por la Corte en la anterior Providencia, se estableció una representación prematura de las teorías constitucionales adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional, en materia de los límites a la reforma de los postulados inherentes a la Carta Superior; con todo, va surgiendo en los diversos pronunciamientos subsiguientes del intérprete de los preceptos constitucionales en el país, un concepto más acabado y complejo frente a la idea de sustitución en el ordenamiento constitucional colombiano.

En esta ocasión, correspondió a la Corte Constitucional abordar el control derivado de la acción pública de inconstitucionalidad¹³, contra los artículos 4° transitorio y 5°(parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política y, en el cual, se contemplaron las medidas atinentes a la implementación del nuevo sistema penal acusatorio que regirá en el país; en éste mecanismo de reforma a la Carta, se planteó por parte del órgano legislativo de la República, una designación a distintos actores, para desempeñar las labores tendientes a consolidar el proyecto de este nuevo modelo institucional de procedimiento penal¹⁴.

¹³Se señala por parte de los actores, a saber: Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala, respaldados por las firmas de 17 ciudadanos más, la estimación de una violación a los preceptos constitucionales (entre otros, el art. 4°- supremacía de la Constitución, 150- funciones del Congreso, 158- Unidad de materia en proyectos de Ley), en el sentido que no se cumple con los requisitos establecidos por la Carta de 1991 (Título XIII), para haber planteado una reforma que bajo criterio de los accionantes, jamás se consolidó como tal.

¹⁴ Frente a las atribuciones otorgadas por el Congreso a la rama ejecutiva del poder, resalta por su carácter controvertido, lo dispuesto en el Art. 4° del mecanismo reformativo, en el cual, se contempló un plazo determinado al legislativo (20 de junio de 2004), para la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio, caso

Bien, el problema jurídico central del presente caso, gira en torno a la designación funcional al Presidente de la República de facultades extraordinarias para la implementación del Sistema Penal Acusatorio, que encuentra su límite, nada más y nada menos, en una disposición Superior (Art 150 CP¹⁵) donde se consagra las funciones del Congreso, aduciendo **la prohibición del uso de las facultades extraordinarias al Presidente para la expedición de códigos, leyes estatutarias, orgánicas**, entre otras; por lo que la reforma demandada al prever de una manera simple, la designación de dichas facultades al Presidente, conlleva inevitablemente a una antinomia jurídica entre el Acto Legislativo acusado y el Artículo 150 de la Carta del 91¹⁶ y, dado al carácter superior de la norma Constitucional que mantiene su carácter vinculante, el A.L acusado le es contrario y, por ende, carece de vigencia en el ordenamiento.

Examen de Constitucionalidad de la Corte

Como primer punto, la Corte aduce a un estudio de la naturaleza de un Acto Legislativo al interior del ordenamiento jurídico colombiano, en este preciso aspecto se remite el análisis al pueblo como titular y soberano del poder de darse a una Constitución, por tanto, este mismo pueblo como soberano será quien exclusivamente posee poder constituyente, esto pues, debido

contrario se plantea el otorgamiento al Presidente de la República de “facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema”.

¹⁵ ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir , ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

¹⁶ Los accionantes aducen un desconocimiento del reglamento del Congreso y de preceptos constitucionales, en relación a la unidad de materia y los requisitos de la reforma vía Acto Legislativo, ellos limitados por la jurisprudencia “al asunto predominante que abarca” (Sentencia C-227 de 1997), cuál es: “la reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución”, esto se rompe bajo la visión de los actores, si la integridad del A.L no se erige a reformar la Constitución, sino como en el presente caso, a otorgar facultades extraordinarias al Presidente, para establecer cambios en la administración pública, para reformar Códigos y Leyes Estatutarias.

al modelo de estado democrático y participativo donde el gobierno es ejercido por el pueblo y, es decisión de éste darse a un nuevo sistema adoptando una nueva Constitución.

Por lo que dicha diferenciación debe ser clara y estricta, sobre todo en la limitación competencial del poder constituido para modificar la Carta, el cual deberá respetar la voluntad inicial del pueblo el cual por cierto, es el único “competente” a ejercer una sustitución jurídicamente válida de la Constitución vigente, ello mediante un procedimiento agravado.

Ahora, esto no puede actuar por sobre *la evolución propia de la sociedad*, porque la Carta política **no deberá ser petrificada en el tiempo**, la función de este poder de revisión constituido será velar por la *permanencia de la Carta*, evitar su sustitución, pero no impedir la reforma de la misma, por lo que la Corte está llamada, no solo a lo anteriormente mencionado, sino también en su misión de defender la Carta, a impedir la petrificación a la misma, ya que de esa manera se estaría haciendo del poder de reforma algo inocuo.

A renglón seguido, ***un segundo punto***, será concerniente a la definición y el alcance de unos nuevos conceptos que delimitan el control habilitado en los casos de sustitución; la intangibilidad, violación, insustituibilidad.

Por tanto, se tiene que frente al alcance, primero del término intangibilidad, que es un criterio que define un núcleo esencial, intocable e inmodificable por ser principio definitorio de la Carta, mientras que la prohibición frente a la sustitución de los preceptos constitucionales pretende evitar y prohibir el reemplazo y transformación de la Constitución en otra totalmente distinta, con el pretexto de reformarla; se indica que la intangibilidad *es más rígida y estricta* frente a la insustituibilidad y, ésta a su vez, lo es frente a la posibilidad de equiparar el poder de reforma constituido del constituyente.

En el orden expuesto, el concepto de violación difiere de aquel denominado sustitución, esto ya que, pese a que la modificación de la Carta es, por asuntos lógicos, materialmente contraria a ella, esto no significa que exista una mera contradicción normativa para tornarse en sustitución -como en efecto sucede con la violación-; ésta se efectuará cuando la Constitución se reemplace por otra totalmente distinta. Se toma como ejemplo base, la eventual modificación del modelo de Estado, cuál será solo legítimamente impulsada por el soberano, el pueblo. Por esto, no podrá denominarse sustitución de la Carta, bien sea total o parcial, cuando no se altera la organización política de la nación en sus componentes definitorios esenciales.

En consecuencia, *como último punto*, la Corte concluye es precisa la distinción entre el poder del control competencial a la reforma, derivado identidad de la Carta Política y de la voluntad originaria, del control sometido de manera ordinaria por el Congreso, un control material, característico de normas de inferior jerarquía en la pirámide normativa. Tal distinción es necesaria dado que en su delimitación reside el alcance del control efectuado por la Corte, para establecer un paralelo y, la órbita competencial de control por parte de dicho Tribunal.

Se reconoce de antemano, por parte de la Corte, que una reforma constitucional es por naturaleza, contraria a la regulación vigente, por tanto no debe ser juzgada materialmente, sino dando el debido reconocimiento a la calidad que ostenta una reforma a la Carta y las implicaciones, al alcance y los límites competenciales y constitucionalmente delimitados, para el control de su regularidad con la identidad de la Norma de normas.

Por tanto, bajo el criterio del Tribunal, el cargo principal que cimentaba la demanda interpuesta por los accionantes carece de fundamento, en el sentido que acusar a la reforma de no haber sido tal, por carecer de los atributos que deberían consolidarla, es desconocer de antemano el procedimiento delimitado en la Constitución para la reforma a la Carta, y despojar de valor jurídico las actuaciones del Congreso de la República en su papel de constituyente derivado.

En este sentido, dicho alto Tribunal carece de la competencia para clasificar un acto legislativo a uno menor jerarquía como lo es el legal y efectuar el control propuesto por los actores.

De esta actuación de la Corte se puede concluir, que la reforma a la Carta es algo más allá del simple procedimiento de modificación, derogación o subrogación constitucional; por tanto, dicho poder de reforma, tiene la virtualidad de incorporar contenidos nuevos a la Carta en pro de otorgar estabilidad, seguridad y permanencia al ordenamiento jurídico colombiano.

Bajo esta óptica, la consideración de los accionantes por buscar que la Corte opte por invalidar la reforma, al considerar que dicho poder no puede regular facultades extraordinarias al ejecutivo sin antes modificar las normas vigentes de carácter constitucional que regulan dichas potestades, exceden el control proferido por la Corte, ya que no se plantea en ningún momento un cargo de sustitución de la Carta ni se demanda la existencia de un vicio procedimental de la reforma.

Caso distinto sería que los demandantes señalaran una violación al principio de unidad de materia, y por ende un vicio procedimental en la formación del acto legislativo, cosa que no ocurrió en el presente caso estudiado por la Corte.

En referencia al Artículo 5° (parcial) del Acto Legislativo no. 3 de 2002¹⁷, la Corte se declaró **INHIBIDA** puesto que considera la ausencia de cargos de la demanda, por no haberse referido y fundamentado en ella, a ninguna acusación de inconstitucionalidad, dichas normas en lo acusado, se refieren: “exclusivamente a la vigencia del Acto Legislativo y a la gradualidad en la aplicación de las reformas en él incorporadas” (C-1200 de 2003).

¹⁷ Este preciso punto refiere al carácter de la vigencia de la Reforma a la Carta:

ARTÍCULO 5o. VIGENCIA. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1o. de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

2.3.3 Sentencia C-970 de 2004

Luego de venir observando la incorporación de nuevas nociones al concepto -aún inacabado-, del Test De Sustitución, se puede dilucidar que las reflexiones en torno al alcance, los requisitos del control, los elementos definitorios, entre otros. Se han sumado a la consagración de una teoría a la que cada vez, se suman más elementos.

Bajo este supuesto, el presente caso, parte del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, elevada ante la Corte Constitucional por tres ciudadanos: Humberto Rey Barón, Darío Fernando Ruiz Millán y Juan Darío Contreras Bautista, quienes demandaron el inciso segundo del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002¹⁸.

Como se puede observar, la norma atacada es -en parte-, la misma que fue objeto de señalamiento por inconstitucionalidad en la Sentencia C-1200 de 2003, sólo que esta vez, los cargos fueron centrados a un señalamiento por sustitución en particular, estos ciudadanos desarrollan consideraciones entorno al *principio democrático* que, a su vez, comprende los principios de *separación de poderes y reserva legal*, donde subyace la idea central del estudio constitucional desplegado en la presente Providencia.

Los accionantes exponen una vulneración fundamental al principio democrático derivada de las actuaciones proferidas por el Congreso de la República, en el trámite y promulgación del

¹⁸Se pone de presente al lector, el contenido textual del Aparte demandado:

[...] El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá 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 Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

inciso de esta reforma constitucional aduciendo en principio, el desconocimiento de las garantías contenidas en el Preámbulo de la Constitución Política, así como en el Artículo 113 donde establece la separación de funciones el interior del ordenamiento jurídico del país; por último, hacen referencia al numeral 10 del artículo 150 de la Carta Magna, que refiere la proscripción formal de delegar facultades legislativas al ejecutivo, en precisas y expresas materias como lo son **la expedición de códigos y leyes estatutarias u orgánicas**, entre otros, también haciendo énfasis en la reserva legal del trámite normativo, de temas de alta raigambre como lo es *la libertad*, arguyendo que no puede tocarse estos asuntos a partir de una mera designación legislativa al Presidente, porque implica el desconocimiento de la voluntad inicial constituyente, al dictaminar un procedimiento delimitado para tales fines¹⁹.

Debe tenerse presente, que la sustitución a la Carta implica una ruptura de los parámetros constitucionales preexistentes, por tanto es el reflejo de la voluntad popular al hacerse a un nuevo decálogo de derechos y organización del Estado; por su parte, el poder reformativo se delimita y deriva su validez a la Constitución vigente.

Por lo que, concluyo que toda actuación de carácter fundacional debe su existencia a la voluntad popular como el grado más alto de soberanía dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esto habla claramente de la relevancia del pueblo en un sistema eminentemente democrático.

En este sentido, las actuaciones reformativas que desconozcan la voluntad inicial del pueblo soberano y sean tendientes a modificar elementos identitarios de la misma - a pesar de no existir límites materiales explícitos al poder de reforma por no existir cláusulas pétreas en nuestra

¹⁹ Como lo es el trámite designado para las Leyes atinentes a derechos fundamentales, como lo son, las Leyes Estatutarias, en virtud del Núm.2° del Art. 152 C.P.

Constitución-, son actos para los cuales el poder reformativo y sus detentores, son incompetentes.

Examen de Constitucionalidad de la Corte

Así las cosas, la Corte procedió a señalar que la sustitución trasciende límites de lo estrictamente formal, siendo entonces una noción cualitativa, por lo que la Constitución no permite imponer límites materiales al poder de reformar. En este sentido, un cambio en la redacción a la Carta que pese a modificar, no afecta aspectos esenciales y definitorios de la misma, no comporta necesariamente una sustitución constitucional.

Es menester resaltar que la rigidez del sistema Constitucional colombiano no se debe trastocar a una *intangibilidad*, ya que bajo este concepto se impide alterar el núcleo de los preceptos superiores. Por su parte, el poder de reforma tendrá incidencia en la estructura, composición y valores del Estado, valores que podrán ser alterados por la esencia misma de los mecanismos de reforma, más no reemplazados.

Esto nos permite delimitar mejor el concepto de sustitución a la Carta, en un sentido más integral, para evitar relacionar un control por sustitución a un control material ordinario que, por disposición expresa de la Carta, se encuentra proscrito; por lo que las disposiciones que se enfrentan a un control por sustitución, no pueden ser medidas bajo la óptica de las normas constitucionales vigentes, puesto que -por la naturaleza del concepto de reforma-, razonablemente las contradeciría, lo que daría un sentido inocuo al poder de reforma.

De lo anterior, es posible concluir que una alteración sustancial a la Constitución vigente, no implica *per se* la sustitución de ésta.

De tal manera que, el concepto de sustitución adquiere significado ante alteraciones diametralmente contrarias al espíritu filosófico y definitorio de la Constitución, esto es, ante el

desconocimiento de la voluntad del pueblo que en un sistema democrático establece los lineamientos fundamentales de la vida Nacional, lo que conlleva: “transformar la Constitución en una totalmente diferente” (Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003).

Pasando a uno de los temas más relevantes de la presente providencia judicial, se abordó una descripción más detallada de la estructura del test, donde se desarrolla los límites y principios expuestos en las líneas pasadas, para denotar una conformación más consolidada de éste mecanismo.

Para esto es menester tener de presente que el examen realizado por la Corte a la disposición acusada, será un control eminentemente competencial frente al titular de la reforma, de su potestad y límites al efectuar dicha actuación; esto es, si en el acto acusado mediante juicio de control por sustitución, se presenta o no una verdadera reforma a la Constitución o si por el contrario, el órgano en cuestión excedió y alteró el poder de reforma al sustituir la Carta careciendo de competencia para esto.

Ahora bien, a continuación se expondrá una a una las categorías de análisis para desglosar el test de sustitución, así:

PREMISA MAYOR: Se debe establecer en primera medida, cuáles se considera son los aspectos de la identidad de la Constitución que han sido presuntamente sustituidos por el acto de reforma. Ello para definir el parámetro normativo que se aplicará en el examen de constitucionalidad. Para esto, el estudio no se realizará abordando de manera general las corrientes del constitucionalismo contemporáneo, sino estudiando los pormenores normativos al interior del sistema jurídico colombiano para determinar qué elementos han sido alterados y que estos hagan parte de la identidad de la Constitución²⁰.

²⁰ En principio, se abordará si el Acto Legislativo acusado ha dado lugar a la sustitución general a los preceptos de la Constitución de 1991; posteriormente, y en particular, se realizará el estudio al elemento identitario de la

PREMISA MENOR: Posteriormente se definirá el alcance jurídico del acto reformativo en cuestión respecto a los elementos identitarios de la Constitución²¹.

CONCLUSIÓN: Luego de lo anterior, se procederá al juzgamiento consistente en la evaluación de si la reforma reemplaza un criterio definitorio de la Constitución por uno diferente, esto para determinar la existencia de un vicio en la competencia²².

Aterrizando las anteriores consideraciones doctrinarias a un examen más riguroso y centrado al presente caso, las precisas funciones de la delegación legislativa, han sido desarrolladas por parte de la jurisprudencia constitucional a eventos y condiciones puntuales de habilitación de dicha potestad, todo ello contemplado en la Sentencia C- 097 de 2003, que consagra los siguientes requisitos:

- i) Su solicitud expresa por parte del Ejecutivo, ii) la precisa delimitación de su ámbito material, iii) el carácter estrictamente temporal de las mismas, iv) la exigencia de mayorías absolutas para aprobar la concesión de las facultades, v) la existencia de un imperativo de necesidad o de conveniencia pública, vi) el carácter materialmente

Carta presuntamente sustituido, cuál es la separación de poderes, la reserva de ley en el Congreso y todas ellas, expresadas en una delegación legislativa otorgada al órgano Ejecutivo.

²¹ Atinente a este preciso punto, la Corte pone de presente que el principio de la reserva de ley en el Congreso - bajo una posición flexible de separación de poderes- adquiere un carácter principalmente material, sin perjuicio de la existencia de una específica reserva de ley en sentido formal. Esto se explica a través del alcance que la delegación de funciones al Ejecutivo tendría en el sistema jurídico, ya que, materialmente la órbita competencial del Legislativo se mantiene, puesto que el otorgamiento de tales facultades carece de la vocación de estricta permanencia, lo que significa que la titularidad parlamentaria *se mantiene en el Congreso* por ser la representación inmediata de la soberanía popular. En el evento opuesto, esto es, cuando la facultad normativa primaria se traslade definitivamente al Ejecutivo, sí se constituirá una violación a la Constitución.

²² En línea con los postulados ya expuestos, se pretende dejar claro que la delegación legislativa al Ejecutivo con carácter temporal y estrictamente delimitado a determinada materia, no constituye una... violación al principio de separación de poderes, puesto que continúan teniendo vocación material de Ley, se sujeta a los respectivos controles y pueden ser modificadas en cualquier momento por el órgano Legislativo, por tanto no se sustrae de su órbita.

En este sentido, se entiende ajustada a la Constitución la delegación funcional, bajo el entendido que la competencia legislativa permanece en su detentor original, el Congreso de la República, y éste -como delegado directo del pueblo - en todo momento decidirá por la oportunidad, los contenidos, el alcance, incluso la permanencia en el tiempo de la legislación.

legislativo de la regulación delegada y vii) la exclusión expresa de ciertas materias del ámbito de la legislación delegada.

Aunado a ello, en el caso que nos atañe, el Legislador primario conserva la potestad de modificar o derogar motu proprio, los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias, además de la obligatoria sujeción a un control constitucional, por parte de la Corte Constitucional.

En lo que respecta a la proscripción expresa, contenida en el inciso 2° del numeral 10 del artículo 150 de la C.P, con respecto al ejercicio de la potestad legislativa conferida por el Congreso al Presidente de la República para que se profieran códigos, leyes estatutarias u orgánicas, entre otros. La Corte observó en la medida incorporada por la reforma constitucional, un procedimiento acorde al espíritu de la Constitución de 1991, por verla ajustada a la delimitación precisa y estricta en los casos de consecución de facultades extraordinarias al Ejecutivo; apelando a una lectura del espíritu general de la norma constitucional, considera que dicha prohibición no posee un carácter de intangibilidad y que, nuestro sistema constitucional no prevé la existencia de cláusulas pétreas; desde la perspectiva de la voluntad del constituyente primario al expedir un sistema constitucional flexible en materia de la separación de poderes²³.

Así las cosas, la Corte establece que en el presente caso, la titularidad formal para el ejercicio de la función legislativa delegada, va más allá de los presupuestos formales a examinar, para dar paso a un tema esencial, que son *las condiciones excepcionales* para haber radicado tal potestad en el Ejecutivo, y tales actuaciones -con ello me refiero a aquellas en las que establezcan la delegación de la potestad legislativa en el Ejecutivo- , pueden ser analizadas,

²³ No debe olvidarse que la concepción actual del principio aludido va más acorde con la visión liberal de la separación de poderes, la cual se erige *en protección de la ciudadanía como un límite al poder político exorbitante*, detentado por las instituciones del Estado.

bien sea en virtud de las *reformas definitivas* que se profieran en el ejercicio de dicha potestad, como además de los eventos donde se disponga *temporal y transitoriamente*, una excepción a la reserva de ley formal.

En mérito de tales motivaciones expuestas por la Corte para el presente caso, concluye que el otorgamiento de la potestad legislativa al Presidente, en materias puntuales, definidas, transitorias y supletorias no se deberá establecer en las condiciones de mera titularidad formal para el ejercicio de las funciones descritas, sino en que se ahondará en que *dichas condiciones excepcionales* se rodeen de un conjunto de *estrictas garantías*²⁴ para ser decretadas.

Por tanto, en virtud del sistema flexible de separación de poderes y, en atención a que ante cualquier excepción general y transitoria a la reserva formal de Ley en determinadas materias, se deberá ante todo respetar los preceptos superiores, dicho Tribunal observa que **no se sustituyó la identidad** de la Constitución de 1991, ni los principios de reserva de ley y separación de poderes.

2.3.4 Sentencia C-1040 de 2005- [Hito]

En la etapa de la línea de estudio que nos encontramos, es pertinente resaltar que desde el anterior pronunciamiento, se ha venido configurando una noción estructurada del Test de Sustitución; así, se ha delimitado por parte de la Corte, un estudio centrado a la evaluación de puntos específicos en aras a la concertación de los elementos definitorios de la Norma Superior, así como de su eventual reemplazo o sustitución, con base en los pormenores de la reforma estudiada; y de cómo, en virtud del elemento competencial derivado de la idea del poder

²⁴ Así lo expone textualmente la Corte Constitucional, en la Sentencia C-970 de 2004:

El examen de ese conjunto de condiciones pone de manifiesto que si bien el poder de reforma introdujo una excepción transitoria al principio de reserva especial de ley formal contenido en la Constitución, la misma se ha rodeado de una serie de garantías que se [...] inscriben dentro de la Constitución, la cual no establece esquemas rígidos e inmutables de articulación entre los distintos órganos constitucionales.

reformatario ostentado por el Constituyente Derivado, se erigen unos límites al mismo, en virtud de la protección de la identidad y del carácter normativo superior de las disposiciones de la Carta Política por ver en ellas, reflejado el espíritu creador del Constituyente Originario.

En tal punto, la Corte ha descrito con base en dos premisas y una conclusión, la metodología del juicio de sustitución, el cual, a partir de éstos y los subsiguientes pronunciamientos en la materia, se irá configurando con mayor rigidez y cabalidad.

De tal forma que, en la presente oportunidad, el estudio de la Corte se desliga a partir del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, a través del cual, la ciudadana Blanca Linday Enciso, demandó la inexecutable del Acto Legislativo No. 02 de 2004²⁵.

A grandes rasgos, los cargos de la demanda se resumen en que para la actora, la delegación de facultades - pese a su carácter supletorio y temporal-, a un organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder, es un contundente atentado a la estabilidad institucional derivada de la división de poderes en el Estado colombiano.

Me explico, con el Acto Legislativo en cuestión, se otorga facultades al Consejo de Estado por el término de dos meses (2), para proferir la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, en el evento que el Congreso no cree dicha Ley en determinado plazo, (Antes del 20 de Junio de 2005), o también, si la Corte Constitucional declara inexecutable dicho contenido normativo.

Bajo criterio del demandante, es claro que una institución jurisdiccional, sin representación y

²⁵ Dicho Acto de Reforma a la Carta contempló, entre otras; disposiciones de carácter electoral, la modificación de la Constitución para favorecer la apertura a la reelección inmediata por un período adicional para el Presidente de la República y el Vicepresidente vigente en aquel entonces, y en adelante por no más de dos períodos electorales; además de diversos límites a la postulación para la Presidencia a determinados servidores públicos. Ello aunado a la designación al Congreso o al Gobierno Nacional; -subsidiaria y temporalmente al Consejo de Estado-, para proferir la Ley Estatutaria de Garantías Electorales y Equidad, para salvaguardar: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos y el derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República..

respaldo popular, no está en capacidad de garantizar los derechos de las minorías políticas que se ven representadas en el Congreso de la República.

Por otra parte, se apunta al cercenamiento de las garantías constitucionales propias del control ejercido por el Tribunal Constitucional ya que dicha Enmienda prevé la posibilidad de pronunciarse al Consejo de Estado aún si la Ley emanada por el Congreso resulta siendo declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional y, más allá de ello, no contempla ninguna clase de control constitucional para la regulación que posteriormente se expida por dicho Tribunal (más allá del control posterior en primera vuelta). En ese sentido, queda anulado el control previo que la Corte Constitucional debe ejercer regularmente, en tratándose de una Ley de carácter Estatutario. Por lo que, el Congreso rebosó su competencia contemplada por la norma Constitucional frente a la Ley Estatutaria.

También, la actora denuncia un abuso de poder por parte del Ejecutivo al otorgar intervención en campañas políticas para la Presidencia por un período de cuatro meses al hasta entonces Presidente de la República, en el ejercicio de sus funciones; ya que dedicarse al proyecto reeleccionista, ostentando aún la calidad de Presidente implica una renuncia “a ser el símbolo de la unidad nacional y a garantizar los derechos de todos los colombianos”; dicha intervención en política, por parte de los servidores públicos, bajo el criterio de la Actora, debe reposar en la voluntad constituyente, que fue quien la designó en principio.

Por tanto, la demandante apunta a que en virtud del principio de igualdad y su mantenimiento en nuestro sistema jurídico, es contradictorio abrir la posibilidad de una reelección inmediata del Presidente, puesto que tal acción atenta el ejercicio en condiciones de paridad a los contradictores políticos, afectando el pluralismo político en nuestro Estado, ello se ve reafirmado en la prohibición contenida en la Reforma Constitucional, respecto a ejercer la

candidatura a la presidencia a los funcionarios descritos en el Art. 2° del Acto Legislativo²⁶ en cuestión, exceptuando, sin motivación aparente, la reelección del Presidente y Vicepresidente en ejercicio, esto es, haciendo de la reelección presidencial vía reforma constitucional, un acto político particular.

El Examen Constitucional de la Corte

Este Tribunal, comienza el estudio constitucional partiendo de los señalamientos proferidos por la actora y múltiples intervinientes, en especial por parte de la Procuraduría General, en torno a la imposibilidad normativa para que la Corte ejerza, lo que en este caso, es señalado por los pronunciamientos como un control al contenido, no al procedimiento de la reforma en cuestión.

En razón de los señalamientos de inconstitucionalidad presentados, la Corte dispone la realización de una depuración competencial a los cargos aptos para un examen de sustitución, así las cosas, procede a puntualizar el hecho que la teoría de sustitución está recién en proceso de consolidación, tanto es así, que para aquel entonces no existía un parámetro positivo de decisión que oriente los eventos puntuales para identificar vicios competenciales, que den paso a una sustitución de la Constitución, ese tema, dada su complejidad se encuentra en constante construcción, y hasta ese momento, cada Sentencia que abarca este tópico ha servido como

²⁶ Dicho Artículo demandado, en sus incisos 1 y 2, versa:

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.

ratio decidendi para la fijación de los criterios que, en el polo opuesto, *no han constituido una sustitución* a los preceptos inherentes a la Carta de 1991.

En este orden de ideas, la construcción de un criterio definido de cuándo una reforma a la norma de normas, en la que la voluntad del pueblo no se vea inmersa se configure como una sustitución, es un tema que, por su complejidad admite matices, alcances y una progresiva evolución; así que, no toda modificación de las cláusulas esenciales sustituye la Carta, sino que como se buscó indicar en la sentencia en cuestión, ese fenómeno se produce cuando por la vía del procedimiento de reforma *se deroga, se subvierte o se sustituye en su integridad*.

Por tanto, en ésta oportunidad, la Corte Constitucional extendió los lineamientos metodológicos a tener en cuenta para la estructuración de la Premisa Mayor del test de sustitución, a raíz de ello, adujo siete criterios a determinar rigurosamente para los demandantes, al momento de presentar una acusación contra una reforma a la Constitución por vicios competenciales del poder de revisión, e identificar el elemento definitorio de la Carta que presuntamente fue sustituido a partir de una reforma constitucional, de la siguiente manera (se hace necesaria la cita *in extenso*):

[...] para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea, a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si, (v) la

enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior...” (Sentencia C-1040 de 2005, Sala Plena Corte Constitucional).

Con el bagaje teórico anteriormente explicado, se deduce que si el poder de reforma modifica los principios y valores identitarios de la Carta, se deviene en una sustitución constitucional, para ello el Tribunal Constitucional debe definir para el presente caso, qué se entiende por aquel contenido definitorio e identitario del orden normativo, esencial al sistema y por tanto reservado a la soberanía popular para su modificación. Por lo que, es una tarea al juez constitucional, limitar en principio cuáles elementos se constituyen como esenciales y definitorios de la Carta, y de qué manera una reforma se configuraría como sustitución de los mismos.

Así que, luego de depurar el contenido exento de competencia para un análisis por sustitución por parte de la Corte, éste Tribunal extrae de la demanda 3 tópicos acusados, que sí adquieren relevancia para el tipo de control competencial. Los cuales son:

1. La presunta alteración de la forma de Estado, el sistema de gobierno y el régimen político previstos en la Constitución de 1991²⁷.

²⁷En ese sentido, la Corte parte de la consideración que el poder de reforma nace expresamente en la Carta, para ajustar los principios constitucionales a los requerimientos históricos, en tal sentido, el juicio de sustitución, es de carácter excepcionalísimo y remitido a situaciones que alteran el orden y el consenso fundamental, de tal forma

2. El desconocimiento del principio de igualdad y sus condiciones frente al proceso de elección presidencial.
3. La habilitación temporal y supletoria al Consejo de Estado para legislar en materia de Ley Estatutaria de garantías electorales en tanto el consecuente desconocimiento a los principios de separación de poderes y reserva formal de Ley.

En lo que concierne al **Primer Cargo**, esto es, lo referente a la FORMA DE ESTADO, EL SISTEMA DE GOBIERNO Y EL RÉGIMEN POLÍTICO, dicho examen parte desde el estricto lineamiento a la demanda presentada por la accionante, por tal motivo, se hacen señalamientos frente a que mediante la reforma a la Constitución, se modificó sustancialmente la estructura del Estado colombiano; en el sentido que tales atribuciones de reforma en asuntos de tan complejo alcance y delicadeza, debía ser reservado para la voluntad del constituyente primario; así las cosas, la demandante afirma que la intervención en política de un servidor público en ejercicio, como lo es el Presidente, y la posibilidad de ejercer una campaña política, desdibuja los roles y la igualdad del proceso electoral.

Bien, haciendo referencia al modelo de Estado, la Corte observa que permanece perenne puesto que, con o sin la posibilidad de reelección inmediata del Presidente, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

Así que, en esta línea, en tratándose del presunto cambio del modelo Estatal, de un régimen democrático a uno presidencialista, sostiene este Tribunal que las facultades inherentes a la figura del Presidente de la República, como Jefe de Estado y de Gobierno, suprema autoridad

que tal modificación debe ser realizada por el constituyente primario; de lo contrario, se estaría petrificando la Constitución, no siendo este el fin fundamental del Estado en su voluntad inicial.

administrativa, líder de las fuerzas armadas, entre otras varias potestades que han sido contempladas en el seno de la Constitución de 1991; no son ajenas al ideal constituyente original que dispuso en su figura tales funciones²⁸.

Ahora, lo que entra a constituirse como novedad incorporada por la reforma constitucional, es la apertura al electorado de elegir la continuación de un proyecto de Gobierno que se estima exitoso, u optar por la renovación política e institucional, con todo, recalcando la posición de instancia decisoria a la voluntad popular del conglomerado ciudadano, convocado mediante su derecho de sufragio, como ente legítimo de decisión en materia constitucional.

Por último, frente al momento histórico y los antecedentes de reelección en el país, que en su momento, optó por proscribir la reelección inmediata del Jefe de Estado para la Constitución de 1991, el Tribunal Supremo en materia constitucional aduce que dichos acontecimientos no son más que el reflejo de las circunstancias y necesidades históricas que orientan la conformación de los sistemas constitucionales.

Así como lo fue en nuestro país, la época marcada por la inestabilidad institucional y la violencia partidista, que proyectan el contexto social e histórico de la Nación y que, ante un cambio en las circunstancias, es posible que el reformador decida ensayar nuevamente el esquema de la reelección, sin ello implicar necesariamente el desconocimiento de la Constitución, por lo que se apunta a señalar que el poder reformador en ejercicio de las funciones atribuidas por la Norma de normas, moldea y condiciona la Carta Magna a las necesidades históricas y la realidad social y política, sin que signifique la sustitución de

²⁸ Además de señalar el hecho que se ordena para la vigencia de dicha reforma, el trámite y promulgación de una Ley Estatutaria que blinde de garantías el proceso electoral en materia de igualdad; así como, no se priva a las instituciones de vigilancia y control del ejercicio ininterrumpido de sus funciones y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. Frente a los peligros suscitados por la actora, en referencia a la concentración del poder y la alteración del orden institucional, la Corte considera que los mismos no parten del diseño programado para la reforma, sino de la subjetividad del accionante y su idea de lo que cree o pudiera suceder, en vigencia de dicha reforma.

preceptos Superiores. Para mostrar una supresión del carácter democrático del régimen político por virtud de la reforma que introduce la reelección presidencial, sería necesario mostrar que existe una oposición irreconciliable entre los dos extremos²⁹.

Lo anterior apunta a que la Corte no encuentra una alteración que desconozca el actual modelo de Gobierno, la estructura confiada a su protección o a la soberanía popular, por lo que en este aspecto no sustituye la Constitución del 91.

En lo referente al *Segundo cargo*, esto es, las consideraciones atinentes al PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y SUS CONDICIONES EN EL PROCESO ELECTORAL. Bajo la lógica anterior, la demandante apunta que en el contexto de la reforma constitucional, bajo ninguna posibilidad, la candidatura del vigente Presidente se encontraría en igualdad política y fáctica, con los demás aspirantes a la presidencia. Esto, dado que el aprovechamiento de recursos de carácter público o de funcionarios en favor del Mandatario, para su reelección, atentaría y sería irreconciliable con la premisa de unas elecciones transparentes y ecuánimes.

Frente a tal aseveración, el Guardián de la Carta, es de la posición que en el plano de la actual reforma, no se encontrará una igualdad de facto en las candidaturas, pero cuestiona que dicha carencia pueda llegar a tornarse en una sustitución a la Carta.

El Tribunal de lo Constitucional pone de presente que, en la estructura de la reforma no se plantea una situación de inequidad en los comicios a ponerse en marcha, más bien, se aduce

²⁹ El anterior panorama, es expuesto por la Corte de la siguiente manera:

Se trata de visiones contrapuestas, una que hace énfasis en las oportunidades que deben brindarse a los sectores diversos de la sociedad que no se encuentren en el gobierno para constituirse en alternativas efectivas de poder, y otra que privilegia las bondades de la continuidad en el gobierno de un proyecto político que ha sido encontrado exitoso por el electorado en un libre juego democrático. No obstante las diferencias que sobre el diseño institucional, los mecanismos de participación y las condiciones de equilibrio plantean las dos visiones, no puede señalarse que una de ellas conlleve una sustitución del Estado social, democrático y pluralista de derecho (Corte Constitucional (2005). Sentencia C-1040 de 2005).

que lo que se pretende mediante la reforma, es poner a consideración del pueblo la renovación inmediata del período presidencial vigente en cabeza del electo funcionario, o si el pueblo se decanta por la elección de un candidato que plantee una alternativa política.

Por tal razón, se advierte por parte de éste Organismo Colegiado, que mediante la postulación del entonces actual Presidente, no sólo afronta las ventajas propias de su popularidad y el contacto constante con la ciudadanía, que su cargo conlleva, sino también problemáticas entorno a su gestión y los puntos encontrados en un período de gobierno desgastado. A partir de ahí, se asume la visión de una igualdad fáctica en las condiciones de las candidaturas, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer una campaña a su favor como el resto de sus contendientes.

Entonces, es claro que se plantea unos límites a la campaña y posicionamiento del actual mandatario, para sus propósitos reeleccionistas, por lo que la reforma en cuestión, debe contener tanto los límites al poder mencionados para el vigente Presidente, como las garantías para una contienda electoral, las que -bajo la visión de la Corte-, en efecto contempla.

En este orden de ideas, la Corte pasa a considerar que la disposición demandada, no posee las pautas puntuales de unas elecciones equitativas, pero dicha inconsistencia, se solventó a partir de la creación de la Ley Estatutaria, encargada de velar por la igualdad de las elecciones y, que además busca garantizar que sea el pueblo, quien decida sobre la alternancia en el poder, al mantenerse las elecciones periódicas y limitarse a una sola vez la posibilidad de reelección.

En resumidas cuentas, la Corte Constitucional, frente a este preciso punto, concluye arguyendo dos elementos que permiten avizorar, no se presentó una sustitución a la igualdad electoral, dados los siguientes elementos:

- (i) La presencia de una reforma constitucional que, de manera general y abstracta establece hacia el futuro la posibilidad de reelección presidencial, lo cual implica que
- (ii) la continuidad en el cargo del presidente en ejercicio no es una decisión del poder de reforma, sino una opción del electorado.

Con base en las consideraciones previas, es posible ultimar a este respecto, que el procedimiento se creó para abrir la participación democrática y garantizar unas elecciones plurales y en igualdad. Y que, la determinación final reside en el electorado y se sustrae de la esfera del poder reformativo, por lo que bajo este entendido no se excedió el poder de reforma y no se presentó una sustitución frente a éste elemento identitario en particular.

En dirección al **último de los elementos** susceptibles de control competencial por la Corte, esto es, frente a la HABILITACIÓN SUPLETORIA AL CONSEJO DE ESTADO PARA LEGISLAR LA MATERIA DE LEY ESTATUTARIA DE GARANTÍAS ELECTORALES; se llega a un punto de quiebre en los conceptos, postulados y análisis estudiados hasta el momento.

Lo anterior se explica porque es a partir de éste punto en especial, donde el Tribunal de lo constitucional ejerce por primera vez un control de sustitución, con un resultado efectivo de inconstitucionalidad del precepto normativo señalado. Instando con esto, un parámetro de referencia a las futuras consideraciones en la materia y, corroborando la periódica consecución de un concepto mayormente acabado, de la aplicación de dicha teoría en el ordenamiento jurídico y constitucional colombiano.

Por lo que, partiendo de una somera exposición general del contenido acusado, es menester acotar que el inciso 3° del Parágrafo Transitorio contenido en la reforma mediante el Acto Legislativo 02 de 2004, prevé una designación supletoria y de carácter transitorio al órgano

jurisdiccional Consejo de Estado, para proferir la Ley Estatutaria de garantías y equidad electoral en el evento que el Congreso no la expida en un plazo establecido o también en un supuesto de declaratoria de inexecutable a la normativa expedida por el Congreso.

La demandante, acusa el reemplazo de principios esenciales de la Constitución Nacional, como lo son la separación de poderes y la reserva de Ley Estatutaria; además de plantear, en el segundo evento, (es decir, bajo una eventual inexecutable del proyecto de Ley, que automáticamente habilitaría al Consejo de Estado a proferirla), la supresión del control constitucional de la Corte Constitucional a la disposición emanada por el Consejo de Estado. De tal manera que, dicho contenido es acusado de desconocer el principio implícito en la Carta de que toda actuación que se proclame pública debe pasar por el filtro de constitucionalidad hilvanado por el Tribunal Supremo en la materia.

A raíz de lo aquí expuesto, llega a la mente el precedente judicial traído por la Sentencia C-970 de 2004³⁰. Cuyo escenario general consistió en una designación de funciones por parte del Congreso, a un órgano ajeno a la rama legislativa, para transitoriamente proferir una normatividad (incluso con carácter Estatutario), en materias de ordinario sometidas a reserva de Ley. Por tanto, en las siguientes líneas se hará remisión a temáticas suscitadas en dicha ocasión por la Corte, en aras de identificar la conexión plasmada.

Retomando, es preciso identificar el problema jurídico a abordar en el presente estudio del control basado en los límites a la Reforma constitucional; el cual se centra, en la competencia del constituyente derivado para la designación de potestades en materia legislativa por parte del Congreso de la República, a un ente de carácter jurisdiccional.

³⁰Es el caso del control proferido, con asidero en la Reforma constitucional por medio del Inciso 2°, del Artículo 4° Transitorio del Acto Legislativo No. 03 De 2002; con el cual, se designó la implementación de los instrumentos jurídicos tendientes a la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio en Colombia.

Para comenzar a abordar este tópico, se hace útil la consideración del Tribunal de lo constitucional, en la jurisprudencia hasta ahora referida; así, la Corte ha venido señalando en sus pronunciamientos, que el punto álgido de la discusión debe recaer *en las condiciones*; frente a las cuales se dispuso en la reforma para dicha designación normativa. Así, se hace precisa la remisión a la Sentencia C-970 de 2004; al respecto de los requerimientos inherentes a la delegación normativa; en dicha ocasión, la Corte se dispuso a consagrar:

En tales eventos, lo que resulta significativo desde de la perspectiva del principio de separación, no es tanto establecer a quien corresponde en un caso concreto el ejercicio de la función, como **determinar las condiciones en las cuales la delegación legislativa resulta compatible con el principio de separación**, condiciones que, en general, están referidas a aspectos tales como la precisa delimitación de la materia delegada, el carácter temporal de la delegación, la mutabilidad de la legislación delegada por el legislador ordinario, los controles de constitucionalidad o, eventualmente, la ratificación o la convalidación de la legislación delegada por el legislador ordinario (**Negrita fuera del texto original**).

De tal manera que, la Corte Constitucional fue enfática en considerar que el ejercicio de la función legislativa delegada, debe someterse estrictamente al cumplimiento de determinadas condiciones de existencia, erigidas a la armonía necesaria con la identidad de la Constitución y los principios subyacentes a su soberanía (separación de poderes, soberanía constitucional y reserva de ley); por lo que, resulta necesario reiterar que los contenidos de la habilitación para legislar, radican en que la materia objeto de delegación: *debe ser estrictamente delimitada en cuanto a materia y temporalidad, así como debe ser en todo evento supeditada a control constitucional y sujeta a ratificación o convalidación por el legislador ordinario, de cuya soberanía, se entiende, a pesar de la delegación, no puede ser apartada.*

Ahora bien, con asiento en los anteriores preceptos integrantes de una designación legislativa acorde a los principios de la Constitución de 1991, es relevante señalar que, en el presente evento, el establecimiento de un legislador provisional, carente de control y funcionamiento democrático, se instituye como un nuevo elemento a la Constitución, ajeno a la *identidad* y a los *principios* de la misma.

Lo anterior, dado que la figura normativa de tal raigambre, carece de las características propias del legislador constitucional, esto es, la característica esencial de ser elegido por el pueblo y representativo del pluralismo social y político, además que mediante la habilitación, el Consejo de Estado se limita a legislar sin luego intervenir él mismo en controversias concretas derivadas de las normas por él expedidas, dejando de lado el sometimiento al *sistema de frenos y contrapesos*, necesario para evitar el desconocimiento a la supremacía de la Carta del 91 y las bases de la colaboración armónica -parte esencial y constitutiva del principio de separación de poderes -. Esto, considera la Corte Constitucional, atenta gravemente contra el sistema constitucional colombiano, al instituirse como una restricción arbitraria de los derechos y principios de raigambre Superior y fundamental.

A tal consideración se suma, que la habilitación mentada, no se ejecuta con atención a los principios de colaboración armónica del sistema flexible de separación de poderes en Colombia, lo anterior puesto que, pese al carácter transitorio y supletorio de la designación mencionada en la reforma constitucional, no obsta para configurarse en una sustracción de competencia legislativa al Congreso, puesto que, dicho procedimiento se adelanta para la regulación de un proceso electoral a realizar en breve término, del cual el Legislador queda totalmente excluido.

Aunado a todas éstas razones, se expone además, el hecho que mediante el precepto demandado, se ignora la inexistencia de un estatuto orgánico para el desarrollo normativo del

Consejo de Estado, demostrando así, que la designación legislativa se aplicará discrecionalmente, sin la sujeción a un procedimiento previamente designado, en contravía a los contenidos propios del principio de legalidad, aplicable a toda actuación estatal que involucre derechos de la ciudadanía.

Con lo que la Corte concluye, que los preceptos que prevean una delegación legislativa a determinado organismo del Estado, deben de antemano adaptarse a los contenidos naturales y definatorios de la Constitución, para ser acorde a la identidad y voluntad primaria del constituyente originario y que, en el caso contrario; se actuaría bajo la premisa del desconocimiento de los postulados fundamentales, que dieron cabida al orden normativo, sustancial y constitucional de la Nación; excediendo de tal manera, la competencia del poder constituyente derivado en materia de reforma a la Constitución. En este sentido, en consonancia con la Sentencia C-1040 de 2005, tales proposiciones de delegación normativa por parte del Congreso deberán:

- 1 Prever de antemano que la materia a delegar no implique la privación a la esfera de competencia original del legislador ordinario.
- 2 Que dicha habilitación sea de carácter transitorio y delimitado de manera estricta a la materia a regularse.
- 3 Que dicha designación no comporte una supresión a los controles interorgánicos propios del sistema flexible de separación de poderes, en armonía con el equilibrio institucional de los entes estatales y que, deberá velar en todo momento, por la supremacía de la voluntad constitucional soberana e inalienable.

En virtud de lo anterior, para el presente caso, la Corte concluye que, en efecto, se sustituye el principio de supremacía de la Constitución, por el de la supremacía del legislador transitorio;

al igual que las materias asignadas al Consejo de Estado, se abstraen del control del Guardián de la Carta, y se desconoce los presupuestos básicos del principio de separación de poderes en Colombia, con lo que *tal inciso es declarado INEXEQUIBLE*, por haber excedido la competencia en la facultad de reforma por parte del Congreso de la República, en desarrollo de su función de constituyente derivado.

2.3.5 Sentencia C-588 de 2009

En esta ocasión, ocupó a la Corte Constitucional el trámite de una acción de inconstitucionalidad a la reforma elevada mediante el Acto Legislativo 01 de 2008³¹, a través del cual se dispuso una modificación transitoria al Artículo 125 Superior; lo particular de lo aquí dispuesto, fue lo contemplado en la suspensión de todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando para los cargos ocupados por los beneficiarios de dicha disposición.

En este sentido, se tiene que para la presente oportunidad, el Alto Tribunal en materia constitucional contempló un estudio centrado en la identificación de los elementos necesarios e indispensables para que una reforma a la Carta se repute como tal, y no como una decisión política singular.

Así las cosas, se hará alusión al escenario anterior con la denominación de “*test de efectividad*” a través del cual, se pretende evidenciar la sustitución de contenidos de raigambre constitucional, pero con un carácter tácito, parcial y temporal al contenido axiológico e identitario de la Carta del 91, pese a la alteración transitoria del mismo texto.

³¹ Referente al régimen de carrera administrativa en el Estado colombiano; dicha reforma prevé una excepción a lo reglado por la voluntad constituyente frente al acceso a cargos públicos por carrera; disponiendo durante un período de tres años desde la vigencia de tal acto de reforma, el ingreso extraordinario a cargos públicos de carácter oficial, de quienes hayan ostentado a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004, cargos de carrera vacantes de forma definitiva en *calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera*, **prescindiendo** del concurso público, siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño.

En orden a un abordaje integral pero conciso de los cargos atribuidos a la reforma constitucional, debe ser acotado como primera medida que, en esta oportunidad, el accionante presentó una demanda centrada en el estudio competencial del poder reformativo del constituyente derivado; así, en orden a la jurisprudencia constitucional, la cual exige de la manera más rigurosa una estructura de análisis por sustitución ceñido a lo presentado por el actor. Quien procedió a decantar los Cargos, así:

P MAYOR. El accionante parte de la consideración que el Constituyente Primario, con la Constitución de 1991, previó un sistema de carrera administrativa caracterizado bajo principios y supuestos normativos que velen por la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso y la moralidad en el desempeño de dichos cargos, y fundado además, en la meritocracia como tema central al interior de nuestra democracia.

En esa línea, mediante la aplicación del Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008 , se sustrae las ventanas de garantía al ingreso a la carrera administrativa, se abole los contenidos supremos del ordenamiento constitucional y los principios de igualdad, proporcionalidad, el derecho a elegir y ser elegido, además del ingreso a los cargos públicos de las personas que aspiren vincularse a la administración, y se configura en un privilegio injustificado para quienes ocupen los cargos vacantes en calidad de provisionales o de encargados.

P MENOR. En lo que refiere al alcance de las modificaciones introducidas a los elementos definitorios de la Carta Magna, por parte del mecanismo de enmienda constitucional; el actor sostiene que el sistema de carrera administrativa consagrado bajo la voluntad del constituyente, se ve desnaturalizado y se torna en inoperante en razón a la suspensión de todo trámite acorde con los concursos públicos, adelantados conforme a las prerrogativas de la Carta Magna; al reemplazar tales prácticas con medidas extraordinarias, se hace inoperante el sistema de carrera administrativa consagrado en su ideal inicial y, en tal sentido, se impone un contenido ajeno a

los postulados superiores de la Carta Política del 91; lo cual *desnaturaliza los elementos esenciales definitorios del acceso a los empleos públicos, como son la carrera administrativa, el concurso y el mérito.*

CONCLUSIÓN. Tras la presentación del escenario planteado, el actor concluye las premisas de la demanda por sustitución, al precisar el contraste entre las mismas verificando si la reforma emitida por el Congreso a la identidad de la Carta Política del 91, ha sido de tal talante, que no sólo modificó la Constitución, sino que la convirtió en algo totalmente distinto y ajeno. Encaminando al planteamiento final, que deriva en la sustitución a la Carta.

Así las cosas, el accionante apunta que la reforma constitucional introduce un elemento más allá que la simple modificación normativa, ello significa que se altera el sentido de la disposición constitucional; además de ello, se modifica la regla general que definía los lineamientos del sistema de carrera administrativa; así como se cambia el alcance general de la norma incurriendo en la sustitución a la identidad constitucional; por último, aduce que más allá de un alcance reformativo al contenido del principio constitucional aludido que sea acorde a las circunstancias sociales cambiantes en materia de límites o eficacia, la reforma se erige a una modificación sustantiva de este contenido de raigambre constitucional, con lo que se vulnerada la esencia de un elemento definitorio de la Carta Magna en puntuales eventos donde se sustrae temporalmente para determinado grupo poblacional.

De esta manera, el demandante pone de presente -a partir de los contenidos anteriormente abordados-, el reemplazo del concurso público de méritos como elemento integrante esencial del acceso a la carrera administrativa, por otro diametralmente opuesto como lo es la inscripción automática para tal sistema. En este sentido, la voluntad constituyente se desconoce por la introducción de un elemento ajeno a las reglas normativas establecidas en la Carta del 91 para el ejercicio de esta función pública.

El Examen Constitucional

Como es costumbre, la Corte Constitucional comienza su despliegue argumentativo desde la consideración de su propia competencia en el asunto a tratar, de manera que, aduce que su pronunciamiento se regirá por la presentación de los cargos de la demanda por parte del Actor, esto es, cargos referentes a la sustitución de los principios de carrera administrativa, así como el mérito, la igualdad de oportunidades y el concurso público y abierto inherentes a la voluntad constituyente originaria reflejada en la Constitución de 1991; tales principios, a criterio del libelista, son en su conjunto considerados un: “ elemento esencial definitorio de la Carta Política”, sin el cual la Constitución es otra y, con la introducción de elementos ajenos a la voluntad originaria el Congreso incurrió en una sustitución de la Carta Magna colombiana.

Ahora, si bien la Corte plantea desplegar un estudio centrado en la competencia del órgano reformador al desarrollar su función modificadora de la Carta, anuncia que es relevante establecer un parámetro comparativo del texto constitucional original (Art. 125), con la modificación introducida mediante la adición del párrafo contenido en el Art 1° del A.L 01 de 2008.

Dicho acto de enmienda constitucional, que incorpora un mecanismo extraordinario de inscripción automática a la carrera administrativa, con un carácter temporal y especial, implica suspender los concursos públicos de mérito para dar lugar a la inscripción de los trabajadores en provisionalidad y por ende; deja entendido que lo dispuesto por el Art. 125, se mantiene incólume en circunstancias ordinarias. Por ello, se debe establecer la incidencia, el alcance y el cambio en las disposiciones de la Carta Política necesarios para ser considerado como una reforma en todo sentido.

Para tal cometido, este Tribunal se remite a la teoría propuesta por Kelsen en lo que refiere a los aspectos temporal, espacial, personal y material para definir, si en el presente caso, se creó efectivamente una norma de carácter válido al interior del sistema jurídico.

En efecto, lo dispuesto en la norma demandada y lo contenido en el Art.125, poseen un carácter general, de aplicación nacional y local en el territorio colombiano, cumpliendo con el criterio espacial; así también para el ámbito material esta norma establece un régimen excepcional con la peculiaridad de prescindir del concurso público; en lo referente a la órbita personal es una disposición de carácter individualizado, a diferencia del tenor original del Art. 125, esto indica que refiere únicamente al grupo poblacional que cumpla con la característica de estar ocupando puestos de carrera vacantes a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004. Por último, frente al ámbito temporal, lo dispuesto por la reforma señalada -a diferencia de la redacción original de la Carta del 91-, dispone de una vigencia determinada a un lapso de tres años implicando la suspensión de los trámites de elección ordinaria que en aquel momento se estén adelantando.

Con base en el contenido previamente referido, la Corte concluye que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, efectivamente dispone de una modificación (material, personal y temporal) de los preceptos generales en la materia dispuestos en la Carta del 91, al establecer un régimen de carácter extraordinario y delimitado a un grupo poblacional especial, que implica la suspensión temporal de los procedimientos ordinarios llevados a cabo, con lo cual se concluye que sí se erige como una reforma a la Constitución.

Ahora bien, en este punto la Corte Constitucional procede a evaluar si la modificación y suspensión a las disposiciones del Art. 125 de la Carta Magna, implica un desbordamiento competencial de las facultades del órgano reformador.

Juicio de Sustitución

Luego de haber definido al mecanismo excepcional de ingreso a la carrera administrativa, mediante el Acto Legislativo 01 de 2008, como una reforma constitucional plena. La Corte procede a su estudio de constitucionalidad en materia de sustitución, a raíz de la eventual existencia de vicios competenciales en el detentor de la potestad constituyente derivada, al proferir una reforma a la Constitución por fuera de la identidad estipulada en la voluntad fundacional de la Carta de 1991.

PREMISA MAYOR: En principio, tras una conceptualización de la figura de la Carrera Administrativa en la historia jurídica y constitucional en Colombia³², éste Tribunal concluye que, en efecto, la carrera administrativa es erigida como principio rector y como la base legal y constitucional para la asignación de cargos de carácter estatal y de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro.

Y, aunado a tal consideración, se encuentra un principio que también le es inherente, dado que es parte constitutiva y necesaria en la consecución del concepto definitorio *carrera administrativa*, se pretende hacer referencia al **Mérito** como elemento integrante y de inmensa relevancia para el ingreso y permanencia en los cargos aquí mentados. La jurisprudencia constitucional en la materia, apunta a este elemento como un principio general adquiere relevancia en consideración a que se erige como un “factor definitorio para el acceso,

³² Los contenidos que refieren a la carrera administrativa, fueron inicialmente contemplados con la Ley 165 de 1938, en cuyo artículo 4° se la erigió en regla general para la provisión de los cargos en los ramos fiscal y administrativo. Así las cosas, su conformación como principio constitucional parte desde la base misma de la voluntad constituyente directa en materia de reforma constitucional puesto que, como lo indica la amplia jurisprudencia constitucional en la materia, fue a partir del Plebiscito de 1957 -en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil-, cuando el pueblo como soberano elevó estos temas a rango constitucional en la búsqueda de garantizar la eficiencia, ética y cualificación en el desempeño de la función pública, y hacer frente a las prácticas desleales propias de la coyuntura política determinada por la lucha partidista, que hacía de la designación de tales cargos un aspecto subjetivo, discriminatorio y discrecional (Corte Constitucional (1994). Sentencia C-195 de 1994).

De esta manera, en la evolución del sistema normativo colombiano, posteriormente se dispuso la reglamentación legal del régimen de carrera administrativa y en paralelo a ello de los postulados axiológicos y fundamentales que determinan su práctica hasta el día de hoy.

permanencia y retiro del empleo público” (Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño).

A su vez, como un elemento esencial y constitutivo del concepto del *Mérito*, se encuentra el *Concurso Público*, erigido para representar la garantía para la determinación de objetividad e idoneidad de los aspirantes a cargos de raigambre estatal, en todas los ámbitos de una postulación transparente y fundamentada bajo los criterios de meritocracia e igualdad.

Tal ha sido el desarrollo en el tema para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que los contenidos que abarca han sido reconocidos, entre otros, en Sentencia C-563 de 2000, como principios a nivel superior y cuya calificación determina el carácter de aplicación inmediata, un espacio restringido de interpretación y una incidencia no solo axiológica en la práctica jurídica y legal, sino con un valor jurídico identitario en la Constitución, en palabras de este Tribunal, este principio se erige como: “ una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”(Sentencia T-406 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón).

De tal forma que, éste mismo Tribunal ha puesto en consideración que un *ingreso automático* a la carrera administrativa desnaturaliza tal concepto, siendo excluido el mérito y la igualdad -que, como ya se vio son principios inherentes y definitorios del sistema constitucional-, por actuaciones discrecionales que se erigen con base a fundamentos ajenos al espíritu de la Constitución.

Luego de haber definido a la carrera administrativa, en conjunto con los demás principios y garantías que le permean, cuales son: *la igualdad, el mérito y el concurso público*, como partes integrantes que conforma un espíritu de la Constitución, que debe ser mantenido como tal por ser el reflejo del constituyente originario. La Corte procede a contrastar los principios aludidos, con el Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2008, señalado de inconstitucionalidad.

En desarrollo de esto, la Corte considera que las modificaciones tendientes a suprimir el sistema de ingreso a la carrera administrativa bajo criterios de igualdad y mérito, mediante la mera designación a los cargos provisionales dada su experiencia; derivó la alteración a la relación constitucional existente entre los fines del Estado (Art 2º) y, los principios que guían el desarrollo de la función administrativa (Art 209), que como lo consagra en su contenido, está determinado por el servicio al interés general, lo que implica en resumidas cuentas, la ruptura de la identidad integral y unificada de la Constitución Colombiana.

En esta oportunidad, las opiniones y visiones de la carrera administrativa para el Congreso y la Corte Constitucional difieren sustancialmente; puesto que, para el órgano reformador prevalece la experiencia en el cargo, contrario a lo sostenido por el guardián de la Carta quien “a tono con la Constitución, ve en la carrera el óptimo mecanismo para administrar el personal al servicio del Estado” (Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009). En consonancia a ello, la visión del constituyente derivado reflejada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, es tendiente a la exclusión de la posibilidad abierta a cualquier ciudadano para ejercer un cargo oficial con base a sus aspiraciones y méritos, por el simple hecho de no haber ocupado con anterioridad cargos en calidad provisional.

Quebrantamiento Y Suspensión Constitucional con el Acto Legislativo 01 de 2008

Para el Guardián de la Constitución, con la reforma introducida al ordenamiento jurídico nacional, se produjo un *Quebrantamiento* de los preceptos Superiores; esto se deriva de la consideración que se efectúa **la suspensión de la normativa regular**, del Artículo 125 CP, optando por una regulación transitoria y determinada a casos específicos contemplados en el mecanismo señalado.

De ello se basa la idea que el Congreso excedió sus facultades constitucionales, debido a una sustitución parcial de los principios superiores expuestos a lo largo del presente análisis, con

lo que un aspecto definitorio de la Carta se ve alterado, así que, correspondió a este Tribunal - basándose en su papel de intérprete de la Constitución y con fundamento a su jurisprudencia-, determinar que en la hipótesis específica se estableció, “un régimen paralelo y, tan opuesto al contemplado en la versión original de la Carta, que reemplaza uno de sus ejes definitorios y la sustituye parcialmente”³³.

Ahora bien, adicional a ello, la Corte señala que en lo que respecta al mecanismo de *suspensión de la Carta*, al examinar el ámbito de validez temporal de la norma señalada de inconstitucionalidad, dicho Tribunal ha evidenciado que los preceptos contenidos en el texto superior sufren diametrales afectaciones que -a pesar de su carácter transitorio-, no es óbice para un estudio minucioso al contenido de la presente reforma a la Carta del 91.

Dadas las circunstancias expuestas para el presente análisis, es menester partir de la vocación de permanencia que caracteriza las normas de raigambre superior en el ordenamiento jurídico colombiano, ello para dejar sentado que la norma constitucional -reflejo de la voluntad del pueblo como constituyente-, dispuso otorgar a estos preceptos dado su relevancia en la identidad del sistema, un procedimiento especial y riguroso de modificación, de esto se entiende que cualquier cambio a los contenidos iniciales de la Constitución toca aspectos de suprema relevancia para el sistema, bien el alcance de las alteraciones sea meramente temporal o supletivo.

³³ Así lo indicó la Corte en la Sentencia C-588 de 2009, frente a que el párrafo aludido, significó la implementación de:

[...] “una excepción de amplio espectro, la cual sustrae de aquella (la Constitución) el régimen de carrera administrativa, el principio del mérito y la regla que impone el concurso público como medio de ingreso a los empleos estatales e impide, además, el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, así como de los derechos de carrera y del derecho a la igualdad a los ciudadanos que no ocupan cargos de carrera definitivamente vacantes en calidad de provisionales o de encargados (Ponente, Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

PREMISA MENOR- ALCANCE DE LA AFECTACIÓN: Ya analizados preliminarmente los elementos identitarios de la Constitución trastocados mediante el poder de reforma, es momento de definir el alcance de tal afectación, para su eventual calificación como un elemento ajeno y totalmente opuesto al ideal original de la Carta del 91.

En desarrollo de ello, la Corte estima que en virtud de la continuidad del ordenamiento constitucional -determinante frente al proceso de reforma-, son ajenos a la estabilidad del sistema mecanismos más gravosos de modificación.

En el caso que nos atañe, los postulados de reforma y suspensión de la Carta se apartan de los supuestos consagrados en la Constitución, por tanto se configura como un nuevo evento de suspensión, ajeno a la conservación de la Carta y contrario a sus ejes definitorios superiores.

Así que, en virtud de la suspensión a los preceptos constitucionales en que se incurrió mediante el mecanismo reformativo³⁴; se precisa la delimitación del alcance del mismo, en el sentido que incorpora la eliminación temporal de principios constitucionales como *el mérito, el concurso público*, y adicionalmente trastoca la plena vigencia de los *fines del Estado, la función pública y la Carrera Administrativa*, además del principio fundamental a la *igualdad* y los preceptos del Art 40 Núm. 7º, que consagra el derecho de acceso de todo ciudadano a los cargos públicos en el sentido fundado por la voluntad originaria; tales contenidos se suprimen en detrimento del interés general para otorgar un privilegio particular y determinado a quienes ejercen funciones públicas en carácter provisional, mediante su inscripción automática.

³⁴ Ello se deduce de la misma redacción de la reforma, al contemplar en su tenor literal, el párrafo transitorio que determina la implementación del período extraordinario de ingreso a la carrera durante un lapso de tres años, indicando que, mientras ello se lleva a cabo, acarrea la suspensión de los trámites concernientes al concurso público que estén siendo adelantados.

En los asertos finales del estudio de constitucionalidad, el guardián de la Carta estimó conveniente abordar unos puntos específicos que ayudan a contemplar la magnitud de la reforma implementada, frente a los contenidos originarios de la Norma de normas.

De esa forma, se parte del primer punto que consiste en la **Designación legislativa pese a reserva legal**, que el Acto Legislativo señalado confía a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para la implementación de “los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público” a los servidores provisionales.

En este punto, la Constitución de 1991, en su Art.125³⁵, es clara en delimitar que las excepciones a los cargos de Carrera serán sometidos a la **determinación de la Ley**, lo cual, impone de antemano, una reserva formal de Ley que implica que al legislador le corresponde fijar los requisitos y condiciones “para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”, así como señalar causales de retiro distintas de las previstas en la Constitución. Frente a este punto, en la Sentencia C-588 de 2009, la Corte sostuvo:

Claramente se observa que, en completa oposición con la separación de poderes y con la definición constitucional de la comentada reserva de ley, se le atribuyen a la Comisión Nacional del Servicio Civil facultades de regulación en materia de carrera administrativa y no para implementarla, sino para tornar viable un mecanismo excepcional de ingreso automático totalmente contrario a la carrera administrativa.

³⁵ Más precisamente, en el inciso segundo del Artículo mentado, que señala:

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los **requisitos y condiciones que fije la ley** para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En lo que atañe a la **Supremacía Constitucional**, bajo los contenidos de la reforma constitucional señalada, se evidencia un reemplazo temporal y total de los principios originarios frente a la Carrera Administrativa, los cuales pierden su notoriedad en vigencia de lo postulado por la reforma, por lo que integralmente la Constitución sufre de una merma debido a la limitación en gran parte de sus contenidos esenciales.

Por lo que, la sustracción competencial al Legislador, *desconoce el principio democrático y de separación de poderes*, su implementación hace necesaria la incorporación de contenidos no previstos por el Constituyente originario en Arts. como el 150, que encarga al Congreso la tarea de hacer las Leyes. Así como también, incorpora nuevas tareas no originarias en el Art. 130 Superior, para la Comisión Nacional del Servicio Civil; y prescinde finalmente del control de constitucionalidad para haber implementado dicha designación arbitraria.

Ahora bien, en el caso puntual de la eventual existencia de un quebrantamiento a la Constitución, la Corte adujo que: “ciertos sectores de la doctrina han propuesto un ‘test de efectividad de la reforma’ que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después (...) de la reforma”, de modo tal que “si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular” (Sentencia C-551 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

Partiendo de esto, en el presente caso ocurren circunstancias que determinan un quebrantamiento de la Constitución: la Corte evidencia que, de un lado, está la permanencia intacta del Art.125 de la Carta, cuyo párrafo transitorio incorporado por la enmienda constitucional, no lo afecta, por el contrario lo suspende y configura una mera excepción a las disposiciones superiores de la Carta, para determinados individuos, en resumen: una decisión *ad hoc*. Y, el texto de los artículos 2º, 13, 40-7, 53, 150, 209, para citar unos cuantos, permanece

inalterado después de la supuesta reforma que el Congreso quiso introducir valiéndose del Acto Legislativo No. 01 de 2008³⁶ (Sentencia C-588 de 2009). Implicando la existencia de una afectación sustancial a la identidad de la Constitución y sus principios, de manera tácita, erigida a un grupo poblacional determinado: aquellos que ocupan, como provisionales o encargados, empleos de carrera vacantes. Quebrantando la Constitución y sustituyendo sus contenidos.

Por lo que, en mérito de todo lo anterior, la Reforma Constitucional resultó siendo declarada **INEXEQUIBLE**, porque el Constituyente derivado excedió el poder de reforma constitucional y modificó aspectos definitorios³⁷ de la Carta Política de 1991.

2.3.6 Sentencia C-574 de 2011

Habiendo partido de un significativo progreso en la estructuración de un concepto integral de sustitución constitucional y de sus diversos componentes, cuales empiezan a erigirse como indispensables; es posible rescatar que en este nivel del estudio han sido identificadas varias nociones de gran relevancia para el objetivo trazado; con énfasis en ello, la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, y que estos, se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad.

³⁶ Así lo indica la Corte, en la Sentencia C-588 de 2009:

La modificación tácita que tiene lugar en la mayoría de los artículos mencionados a lo largo de esta providencia demuestra, fehacientemente, que el Congreso de la República quebrantó la Constitución, con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas y que, además, quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que, como se ha demostrado, de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre.

³⁷ Como lo son: la carrera administrativa, el criterio del mérito, el concurso público, los fines del Estado y de la función administrativa, el derecho de acceso al desempeño de cargos públicos, los derechos inherentes a la carrera, el derecho a la igualdad, la supremacía de la Constitución, el principio de separación de poderes, la cláusula de competencia legislativa y el control de constitucionalidad confiado a la Corte Constitucional, en disonancia con la identidad misma de la Constitución.

Bien, a la anterior acepción se suma la idea que los límites intrínsecos mentados no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma.

Además, se puede observar que el test de sustitución parte de la consecución de 3 premisas, necesarias para el entendimiento de él o los elementos identitarios de la Constitución que presuntamente han sido sustituidos por el titular de la reforma, sin tener competencia para ello; en ese sentido, se estableció como *premisa mayor* de este test, la identificación del elemento definitorio en el cuerpo normativo de la Constitución que se presume han sido sustituidos mediante la reforma; así como una *premisa menor*, mediante la cual se debe determinar el alcance del acto acusado frente a la vulneración del elemento identitario de la Carta; para *finalmente*, verificar si en efecto se incurrió en un reemplazo de este elemento por otro irreconciliable e integralmente diferente.

Otro punto de interés, radica en la aplicación de herramientas tendientes a facilitar la identificación y juzgamiento constitucional de la reforma; así, surge en el ordenamiento jurídico colombiano, la noción del *test de efectividad*³⁸, erigido a la determinación de que una reforma constitucional se repute como tal, es decir, que en efecto modifique los preceptos Superiores -con atención a los límites intrínsecos-, y no se configure como un acto político singular, para lo cual el legislador no es competente.

³⁸ Mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas *ad hoc* o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

Con todo, dilucidando una consecución paulatina y progresiva, en la identificación de los criterios relevantes a los elementos identitarios de la Carta del 91.

Aterrizando al tema que nos compete, en ésta oportunidad, corresponde el abordaje de la Sentencia C-574 de 2011, que refiere al juicio de constitucionalidad por sustitución, derivado de la demanda de inconstitucionalidad proferida por un grupo de ciudadanos, a la redacción del inciso 3° de la reforma al artículo 49 de la Constitución de 1991, establecida en el Acto Legislativo 02 de 2009³⁹, mediante el cual se contempla una prohibición al porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica.

De esta manera, es menester señalar que el problema central de la discusión versará frente a la medida que prohíbe el porte y consumo de estupefacientes la cual, es acusada como un mecanismo “ perfeccionista”, al adaptarse a un ideal mayoritario de lo que se considera como positivo o bueno, lo cual, a juicio de los actores, será en adelante el sustento a la vulneración a la *autonomía personal*, como eje de **la dignidad humana** en personas consumidoras de sustancias psicoactivas, fundamentando los cargos de sustitución presentados en la demanda.

Ésta vulneración, bajo la óptica de los demandantes, se realizó por un órgano constituido sin la competencia para modificar la esencia de la Carta de Derechos, incurriendo además en una intromisión a la esfera privada de los ciudadanos, desconociendo una de las facetas que conforman el contenido del valor superior dignidad humana, la cual fue definida por la misma

³⁹ El contenido señalado, es el siguiente:

(...)

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Corte como *la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características* (T-881 de 2002).

Así que, en atención a la conceptualización de la Corte, en torno al principio de la dignidad y su acepción a la determinación autónoma de las decisiones personales del consumidor; los demandantes sostienen que el desarrollo constitucional de dicho contenido, se ve reflejado en diversos parajes de la Carta del 91⁴⁰, no reductibles específicamente a un artículo o artículos determinados, en tanto no se pretende establecer cláusulas de intangibilidad o fijar límites materiales de reforma a la Constitución, por el contrario, el contenido de la autonomía personal se ve permeado en toda la Carta y, en especial, en la idea originaria del constituyente al velar por dichas garantías fundamentales, las cuales, adquieren relación con la conformación del elemento identitario presuntamente sustituido por el Constituyente Derivado.

Por último, los demandantes acusan un desconocimiento del precedente establecido en la Sentencia C-221 de 1994, mediante la cual se despenalizó el consumo de drogas en ejercicio de la autonomía personal, *siempre que ésta no interfiera con la autonomía de las otras personas*; además de la Sentencia C-689 de 2002, en la que se examinó la constitucionalidad de los tipos penales contra el tráfico de estupefacientes, al distinguir entre porte y consumo por un lado, y narcotráfico por el otro.

En ese sentido, la imposición de una prohibición de ese tipo, a juicio de los actores, desnaturaliza la esfera personal de los individuos imponiendo un modelo coercitivo de control

⁴⁰ A modo ilustrativo, la idea originaria del respeto hacia la dignidad humana, representada en la autonomía de la voluntad del individuo, adquiere sustento constitucional en diversos pasajes de la Constitución: El artículo 1° (dignidad humana), el artículo 5° (primacía de los derechos inalienables de la persona), el artículo 6° (responsabilidad limitada de los particulares), el artículo 7° (diversidad de la Nación colombiana), el artículo 12 (prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes), el artículo 13 (principio de igualdad), el artículo 15 (intimidad personal), el artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad), el artículo 18 (libertad de conciencia) y el artículo 19 (libertad de cultos). (*Sentencia C- 574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez*).

que afecta la subjetividad de la persona, quien en ningún momento ha afectado a terceros, por tanto sustituye la idea originaria de la Constitución del 91.

El Examen Constitucional de la Corte

Partiendo del estricto ceñimiento de la Corte a los cargos hilvanados por los Actores en la presente acción de inconstitucionalidad, la Corte procede a un estudio de la Demanda para precisar la caducidad de la acción, el alcance, características y, en consecuencia, la suficiencia de los cargos expuestos por los demandantes al señalarlos como contrarios a la identidad de la Carta Política.

En principio, la Corte emana el sustento del término de caducidad de la acción por inconstitucionalidad, para la presente y demás acciones frente a mecanismos de enmienda, en los Art. 242.3 y el inciso final del artículo 379 de la Carta Política; ambos erigidos a indicar un período de un año contado a partir de la promulgación del Acto, fecha que fue el 21 de diciembre de 2009. Por su parte, la demanda se radicó el día 19 de noviembre de 2010, esto nos indica que la demanda por falta de competencia, fue presentada efectivamente antes del cumplimiento de la caducidad contemplada en la Constitución del 91.

Más adelante, éste Tribunal dispuso un análisis de constitucionalidad, a partir de la interpretación *histórica, sistemática, teleológica y literal del contenido demandado*. En el presente estudio, se abordará los aspectos más relevantes en materia de los límites competenciales al poder de reforma, que sean de interés para los objetivos del proyecto.

En razón a la *Interpretación Histórica* de los contenidos señalados, es menester poner de presente que, bajo esta óptica, la Corte evaluó el sentido en que el Legislador abordó los debates que dieron a la conformación de la reforma constitucional, por vía del Acto Legislativo 02 de 2009.

Es relevante acotar que a partir de la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima en Colombia, con la Sentencia C- 221 de 1994, la posterior intención del Gobierno y el Legislador fue de volver a regular y prohibir tales actividades a través de medidas no punitivas.

De esta manera, en el año 2009, más precisamente un veinte de Marzo, fue llevado a cabo por el Gobierno un nuevo proyecto para impulsar la reforma a la Constitución en la materia, con una iniciativa que promovía una re-prohibición del porte y consumo de estupefacientes acompañado de medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico; adicionalmente, con limitaciones excepcionales a la libertad.

A partir del trámite legislativo correspondiente a los debates en Cámaras, se llegó a la aprobación definitiva de un texto de reforma que prohibía el consumo y porte de dichas sustancias a excepción de encontrarse bajo prescripción médica, en adición a ello, se suprimió las medidas judiciales y restrictivas a la libertad, planteando que los fines estatales de protección a la salud de los individuos, se centran a una base pedagógica y de prevención del consumo⁴¹.

Ahora bien, a la luz de una *Interpretación Sistemática* del precepto demandado; esto es, bajo un análisis que abarque la relación integral entre la norma acusada con el resto del inciso sexto del Art. 49 de la Carta, y a su vez, éste como un todo con relación a los contenidos y principios de la Constitución de 1991, se pretende analizar una proposición jurídica completa: (supuesto de hecho + consecuencia jurídica) y no de manera aislada en su sentido normativo, contenido y alcance; para establecer si los cargos aducidos por los actores cumplen a cabalidad los

⁴¹ Así las cosas, el texto definitivo aprobado por el Congreso de la República, fue el siguiente:

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

requerimientos constitucionales para un señalamiento de inconstitucionalidad por desconocimiento de la identidad de la Norma de Normas, (más precisamente en el principio de dignidad humana, en conexión con la autonomía personal).

De esta manera, más allá de un análisis centrado en el contenido acusado, esto es : *“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”*; es menester acotar el sentido normativo de esta disposición en los parámetros indicados en la totalidad del inciso, el cual versa: *“Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”*. Y a su vez, la intrínseca relación entre el presente inciso con el contenido del Art. 49 de la Carta, que consagra el derecho a la salud y el saneamiento ambiental como un servicio básico a cargo del Estado, basado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; así como lo concerniente al inciso quinto del Art.49, que señala el deber del individuo en procurar su propio cuidado y el de su comunidad y todos estos preceptos normativos, a la luz de la atención del Estado a través de campañas de prevención de la drogadicción y de medidas pedagógicas, terapéuticas y profilácticas, de acompañamiento al adicto o dependiente con adhesión al requisito del consentimiento informado de la persona en esta situación.

De lo anterior se desprende que, bajo la perspectiva de los principios y el sentido normativo de la Constitución de 1991, con relación -entre otros - a los principios constitucionales de la dignidad, autonomía personal, derecho a la vida, derecho prevalente de los menores y del Art 95 de la Carta; además de los contenidos indicados en el Art 49, correspondiente al derecho a la salud y saneamiento ambiental; debe tenerse en cuenta para su estudio y control, tanto la proposición jurídica y normativa completa, al igual que el procedimiento legislativo de

creación de la norma constitucional; como elementos constitutivos del sentido cabal de la misma.

En línea con ello, debe precisarse que los señalamientos de inconstitucionalidad aducidos por los demandantes no abarcaron el sentido total de la norma acusada, fallando en llegar a una comprensión integral de la misma, ya que ésta no debe interpretarse autónomamente. És en el sentido total de la norma donde se señala los límites y parámetros al legislador para su reglamentación constitucional y por tanto, la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas debe ser abordado desde la visión global, que *abarca la consecuencia jurídica* de la prohibición proferida, hacia un tratamiento con fines preventivos, rehabilitadores y con el consentimiento informado del adicto.

Por tanto, las medidas prohibitivas, paternalistas y punitivas señaladas en la demanda, no hacen reflejo de una interpretación sistemática del contenido señalado de inconstitucionalidad, por no referirse a una proposición jurídica completa.

En lo que refiere al sentido último pretendido por la reforma constitucional, se debe hacer una remisión a la *Interpretación Teleológica* o del objetivo buscado por la norma; para esto la Corte resaltó a grandes rasgos que la finalidad de la prohibición es el cuidado de la salud de la persona, así como conservar la dignidad del adicto y establecer unas medidas que distan de una “intervención perfeccionista del Estado”, bajo la imposición de un modelo de virtud determinado por él mismo; en cambio, se pretende actuar en favor de su “protección y rehabilitación” (Intervención Ministerio del Interior y de Justicia. Sentencia C-574 de 2011).

Así las cosas, el proyecto para la prohibición del porte y consumo de estupefacientes fue basado en un “Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia”, que demostraba el crecimiento en el porcentaje de usuarios de sustancias estupefacientes y de

drogadicción en el país, con lo que se incentivó la propuesta de reforma legislativa para paliar el fenómeno a través de medidas rehabilitadoras, más no punitivas.

Así, la Corte concluye este punto con enunciar que, en virtud de la carencia argumentativa encontrada en la demanda frente al tema de la finalidad inquirida por la reforma, la misma brilla por la ausencia de unos cargos aducidos a partir de una proposición jurídica completa, que permita un estudio a fondo de la supuesta sustitución al principio de dignidad humana en conexión a la vulneración a la autonomía personal.

Bajo la *Interpretación Literal* del inciso sexto del Art. 49 de la Carta Política, la Corte Constitucional, luego de abordar definiciones estrictas y técnicas de los contenidos de la normatividad acusada, además de contrastar y evaluar diferencias entre conceptos como los de *prohibición* o a su vez, *penalización*; llega a la conclusión que las medidas atinentes a la reforma, tienen un alcance distinto al de la imposición de medidas privativas a la órbita íntima del sujeto, o de imponer un castigo; ya que, más bien -como la proposición jurídica completa lo señala-, la reforma opta por un tratamiento, bien sea de raigambre terapéutica, profiláctica o pedagógica, en aras de actuar por la protección de la integridad de la persona consumidora, con un previo y necesario consentimiento informado, como un deber constitucional para el desarrollo de este tipo de estrategias, esto es, las que permean la voluntad libre de la persona para ser intervenida mediante cualquier tipo de medida administrativa.

Finalmente, aduce este Tribunal la existencia de un vacío en el señalamiento de los contenidos globales del articulado por parte de los actores en la demanda, quienes se limitaron a señalar y argumentar la eventual inconstitucionalidad del precepto demandado que contempla la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes, pasando por alto el entendimiento general de la reforma a la norma Constitucional; con lo que evidencia vacíos interpretativos en el señalamiento de inconstitucionalidad elevado ante la Corte.

En este orden de ideas, se evidenció por el Alto Tribunal la carencia de una proposición jurídica completa que aborde de manera global el precepto normativo señalado de sustitución constitucional; por el contrario, la demanda se limitó a aislar el supuesto de hecho contenido en la primera proposición del inciso 6° del Art. 49 de la Constitución, el cual contiene la prohibición al porte y consumo de sustancias ilícitas y estupefacientes, aislando de sí, la consecuencia jurídica consistente en la clase de medidas consagradas por la Carta Política, tendientes a un desarrollo legislativo de medidas administrativas que pretendan la atención y cuidado de la salud del individuo, más no su inocuización de la sociedad.

Con lo que, es menester señalar que la jurisprudencia en materia de sustitución constitucional, en reiteradas ocasiones ha abordado las características que debe contener una demanda por sustitución para apartarse de un control material proscrito expresamente por la Carta Política, esto es, que los señalamientos de inconstitucionalidad por sustitución deben demostrar que: “la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra”, por lo que, **se demanda una carga argumentativa importante al accionante, quien debe fijar, ni más ni menos, el parámetro de estudio para la Corte Constitucional en el evento señalado**, de ahí partirá su órbita de competencia hacia un control por sustitución, por tanto, el actor debe abstenerse de solicitar a la Corte Constitucional que: “ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”. (Sentencia C-1200 de 2003. M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa - Dr. Rodrigo Escobar Gil).

En mérito de lo anterior, queda claro que para la Corte Constitucional la demanda presentada careció de suficiencia, a raíz de una acusación por sustitución incompleta que desliga el sentido y alcance del trámite legislativo y los fines de la reforma constitucional, puesto que la demanda no se presentó con la claridad, contundencia y suficiencia requerida para señalar el

desconocimiento y reemplazo de un principio axial de la Carta del 91, como lo es la autonomía de la persona humana, elemento consustancial de la dignidad humana.

En ese sentido la Corte se declaró **INHIBIDA** para emitir pronunciamiento de fondo.

2.3.7 Sentencia C-249 de 2012

Con el abordaje ya dispuesto en el estudio aquí tratado, ha sido posible la identificación de criterios de suma importancia en el alcance de una noción amplia y cabal de los componentes constitutivos del control competencial a la reforma de la Constitución o Test de sustitución; así que, como ya se ha visto, se han incorporado al discurso elementos fundamentales en la definición y estructura que ha caracterizado éste mecanismo y en esta oportunidad, correspondió al Guardián de la Constitución una evaluación de constitucionalidad donde fue menester la aplicación de las herramientas más sobresalientes en lo que refiere al los límites competenciales al poder de enmienda, estos son, el Test de Sustitución y el Test de Efectividad, pasemos a ello.

El problema jurídico que suscitó la intervención de la Corte Constitucional, va íntimamente aledaño a un estudio previo por parte de éste Tribunal, con ello hago referencia a la Sentencia C-588 de 2009⁴², con la cual guarda similitud en la exposición del establecimiento de criterios externos y adicionales a la postulación como aspirante al ingreso a cargos de carrera administrativa.

⁴² Evento en el cual se decidió la constitucionalidad de la reforma vía Acto Legislativo 01 de 2008, que contempló durante un período de tres años desde la vigencia de tal acto de reforma, el ingreso extraordinario a cargos oficiales, esto es, prescindiendo del concurso público de méritos, de los trabajadores en calidad de provisionales o encargados al sistema general de Carrera, y por tanto dispuso **la suspensión** de las convocatorias de ingreso ordinarias, las que se llevan a cabo con el cumplimiento de requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, como fue consagrado en la redacción original del Artículo 125 Superior.

Ahora bien, con la presente reforma, se pretendió modificar el Acto Legislativo 04 de 2011, mediante el cual se incorporaba un artículo transitorio a la Constitución Política, en el que se contenía dos presupuestos para el otorgamiento de beneficios especiales y, como se verá, en un sentido último hacia la homologación a las mentadas pruebas de ingreso, a partir de criterios como los años de experiencia en el cargo, así como los títulos y estudios que acrediten la idoneidad del trabajador provisional o en encargo.

En este sentido, la Reforma demandada contemplaba el otorgamiento de un puntaje adicional en la prueba, al contarse con 5 o más años de experiencia en el desempeño de las funciones; lo cual significaba un reconocimiento de 70 puntos; adicionalmente dispuso un reconocimiento porcentual a los grados de estudio especialización, maestría y doctorado, así como para los cargos técnicos y asistencial con la acreditación de las horas certificadas.

De esta manera, las disposiciones reformativas aquí contenidas, debido a su carácter polémico, fueron demandadas por los ciudadanos Miguel Ángel González Ocampo, Giovany Alexander Gutiérrez Rodríguez y Rafael Cañón González respectivamente, la conjunción de los cargos de la Acción por inconstitucionalidad proceden a ser resumidas a continuación.

A grosso modo, los demandantes argumentaron el desconocimiento de principios o ejes constitucionales en los que se fundamenta la Carta de 1991, con lo cual se vio sustituida. Los elementos identitarios señalados son:

- (i) el principio del mérito como definitorio de la vinculación y permanencia en la función pública; (ii) el principio de igualdad, que atraviesa todo el ordenamiento constitucional y prohíbe cualquier tipo de discriminación; (iii) la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones que integran la Constitución (Corte Constitucional. Sentencia C-249 de 2012. Núm.2.2.2).

De los anteriores elementos, los Accionantes apuntan que hacen parte integrante de todo el orden constitucional, además de estar específicamente desarrollados en el texto Constitucional⁴³. Por lo tanto, dichos principios conforman la premisa mayor del juicio de sustitución.

Por otra parte, manifiestan que, frente al alcance de la Enmienda (P. Menor), se produjo una sustitución parcial y temporal de la Carta, lo cual se concretó desde el tratamiento discriminatorio y desproporcionado que reciben los ciudadanos que aspiren ejercer los cargos de carrera entonces ocupados en provisionalidad o en encargo, configurándose así un reemplazo del principio axial de la igualdad.

Por otra parte, se aduce que se presenta una sustitución tácita de la Constitución con la expedición del Acto Legislativo demandado, por cuanto expide normas transitorias que no cumplen la exigencia de permanencia de las “auténticas reformas”; de otra parte, benefician a un grupo específico de personas, en una decisión singular o *ad hoc*, proscrita por el ordenamiento constitucional.

Concluyen diciendo que el Acto Legislativo, ahora demandado, tiene “el mismo fondo del acto legislativo 01 de 2008” (estudiado en la Sentencia C-588 de 2009), el cual fue declarado inexecutable y, en consecuencia, debe aplicarse lo dispuesto en el Artículo 243⁴⁴ de la Constitución.

El Estudio de Constitucionalidad de la Corte

⁴³ Señalan que tales elementos básicos del Estado Social de Derecho se desarrollan en los artículos 13(igualdad), 125(Fundamentos de la Carrera Administrativa) y 209(Función administrativa), de la Constitución de 1991.

⁴⁴ Conforme al cual: “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” (expediente D-8680).

En aras a depurar el término de caducidad de la Acción, erigido como el *primer paso* en el estudio por sustitución, el Tribunal advierte que el Acto Legislativo 04 de 2011 fue promulgado el día 7 de julio de 2011, y las demandas de inconstitucionalidad contra dicho acto reformativo de la Constitución fueron presentadas con anterioridad al vencimiento del término de caducidad, ya que fueron acumuladas el 24 de agosto de 2011, es decir, antes de cumplirse el año exigido para el control formal, en virtud del numeral 3° del Artículo 242 Superior.

Más adelante, la Corte procede a elaborar el examen de constitucionalidad por sustitución de la Carta Política de 1991; en desarrollo del mismo, debe realizar un análisis pormenorizado de los cargos de inconstitucionalidad utilizando el test de sustitución y, cuando sea el caso el “test de la efectividad”; para establecer si con la modificación constitucional se subvirtió la potestad de reforma para revisar o modificar la Constitución.

Test de Sustitución

En tratándose de los elementos definatorios que darán cabida a la consolidación de la **Premisa Mayor** del juicio de sustitución constitucional, cabe mencionar que la carrera administrativa y sus componentes de mérito e igualdad, son principios estructurales de la Carta de 1991 que no pueden ser sustituidos, derogados o suprimidos por el poder de revisión. Así lo expresa puntualmente la Corte Constitucional:

Este principio estructural o axial que identifica la Constitución de 1991 tiene como finalidad garantizar la selección del personal fundado en la evaluación que determine la capacidad e idoneidad del aspirante y de esta manera evitar que se provean los cargos públicos por elementos subjetivos e irrazonables. Por ende, la carrera administrativa, el mérito, el concurso público y la igualdad conforman un eje definatorio de la identidad de la Constitución y su ausencia o eliminación trastocaría y afectaría contenidos relevantes de la Carta de 1991.

Dicha aseveración parte de la interpretación dada a los postulados originarios de la Carta Magna de 1991, por parte de la Jurisprudencia Constitucional, indicando que, desde su concepción, la idea fundamental fue de brindar un acceso ecuánime y meritorio a los estamentos de índole pública en Colombia, por lo que fueron dispuestas unas herramientas tendientes a evaluar la idoneidad de los aspirantes mediante un concurso público y abierto las cuales, en el evento descrito, presuntamente han sido sustituidas. Así fue señalado por dicho Tribunal en la Sentencia C-901 de 2008, donde se apunta que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

En consonancia con lo anterior, vale apuntar que existe un elemento relacionado profundamente al desarrollo constitucional de la Carrera Administrativa, como lo es la Igualdad, con quien tiene una relación directa ya que, cuando se trata del ingreso, permanencia o ascenso en los cargos públicos, se deben establecer fórmulas de evaluación que propicien el establecimiento de requisitos que apliquen para todos los aspirantes en paridad de condiciones. Como se estableció en la Sentencia C-1256 de 2005, “de nada serviría permitir que todas las personas que cumplen con los requisitos del cargo participen en el concurso para su provisión, si a todos no se les evalúa igual” (Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-249 de 2012).

Por lo que, en lo que atañe al primer elemento del test, resta concluir que el principio de carrera administrativa se relaciona con el mérito, el concurso público y la igualdad de condiciones para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos.

Ahora bien, en esta metodología de análisis, corresponde la remisión a la **Premisa Menor** del test de sustitución; esto es, lo concerniente al contenido de la reforma de la Carta, su alcance e implicaciones frente al elemento identitario de la misma, expuesto en el acápite anterior.

Así que para empezar, vale señalar que la modificación transitoria y temporal establecida en el acto reformativo, adquiere relevancia en tanto afecta directamente las condiciones en las cuales se da el ingreso a la Carrera Administrativa las cuales, -como ya se vio-, constituyen en conjunto un elemento identitario de la Constitución del 91; dado que la reforma en mención favorece criterios externos al mérito como herramienta de ingreso a cargos públicos, en ese sentido, el principio de carrera administrativa se ve sustituido parcial y temporalmente, lo que da lugar a un trato discriminatorio que reciben los ciudadanos que aspiren a ejercer tales cargos de carrera ocupados en provisionalidad o en encargo, quienes se hallarán en desventaja frente a los beneficiarios del acto legislativo, esto es, de quienes los ocupan.

Por tal motivo, con esto se apunta a que mediante la Reforma demandada, se puede llegar a vulnerar el principio general de carrera administrativa y sus elementos consustanciales de concurso público, mérito e igualdad, ya que se está estableciendo una reforma temporal y parcial para proteger a un grupo de personas, a los que se les otorga mayor puntaje por el mero hecho de la permanencia, evadiendo de este modo las condiciones establecidas por el constituyente primario para acceder, permanecer y ascender en la carrera administrativa.

Con todo, siguiendo la lógica del test de sustitución, corresponde tratar lo concerniente a la **Premisa de Síntesis**; así, se dispuso afirmar que frente al paralelo entre el principio de Carrera Administrativa, antes y después de la reforma a la Carta, tras evidenciar, *no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes al punto de que resulten incompatibles*, vale considerar que adicional al estado original de los mecanismos para el ingreso a la carrera, esto es, para la determinación de las calidades de los aspirantes a ingresar

con base en el mérito y la igualdad; se tendrá en cuenta, además de las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso, criterios agregados a los requeridos para ejercer el empleo público, como la permanencia en el cargo y estudios académicos.

En lo relativo a las condiciones que permean la Reforma de la Carta de los empleados en provisionalidad o en encargo, que haya permanecido cinco (5) o más años de servicio; no se justifica y es desproporcionado el valor dado a la permanencia en el cargo (70 puntos, sobre los demás), a los empleados en provisionalidad o en encargo que haya permanecido cinco (5) o más años de servicio.

Bien, en el presente caso, en lo concerniente al concurso público -en su concepción originaria-, éste se ve gravemente difuminado en razón a las condiciones impuestas por la Enmienda Constitucional.

En mérito de las anteriores consideraciones, para finalizar el Alto Tribunal concluye al apuntar que se está *sustituyendo parcial y temporalmente* el principio de carrera administrativa y sus elementos constitutivos de mérito e igualdad ya que, a juicio de la Corte, tal tratamiento distintivo ha evidenciado una sustitución del principio estructural de la carrera administrativa; el ingreso a los cargos no se funda solamente en la idea original planteada por el Constituyente esto es, una evaluación que determine la capacidad e idoneidad del aspirante; sino centra la atención en criterios extrínsecos, que hacen del proceso de selección a los cargos públicos, una noción utópica a realizarse en condiciones de igualdad.

Test de Efectividad

Tal y como ha venido siendo expuesto por la jurisprudencia en el ámbito de lo constitucional, desde los albores del control por sustitución, partiendo desde la Sentencia C-551 de 2003 ha sido incorporado al sistema jurídico un instrumento tendiente a la evaluación de la Reforma a

los preceptos Superiores, específicamente en lo que atañe a los requisitos especiales que debe contener la misma para reputarse como una disposición modificatoria con carácter objetivo, y sobre todo, como su denominación lo indica una *auténtica enmienda a la Carta*.

Lo que se traduce a partir de la evaluación de si las normas constitucionales alteradas por éste mecanismo, siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; lo cual es contrario de la Carta; además del cumplimiento del atributo conocido como la *pretensión de universalidad y generalidad* de la reforma, establecido desde la consideración de que el Test aquí referido se erige con el propósito de evitar que la Reforma Constitucional establezca una normatividad con carácter *ad hoc* o singular esto es, dirigida meramente a determinados sujetos o grupo de ellos, puesto que ese no es el fin designado por la voluntad originaria para esta clase de actuaciones; así como para limitar la realización de reformas indirectas a la Constitución, que conlleven modificaciones de dudoso, difícil o imposible conocimiento y que hayan reformado principios estructurales de la Constitución de manera tácita, dando lugar al concepto de ***“fraude de la Constitución”***.

Con asidero en lo anterior, para el presente caso el Guardián de la Carta del 91 establece que el Congreso, en su papel de Órgano Reformador, estableció en la enmienda constitucional una norma transitoria encaminada a regular la situación particular de los servidores públicos en carácter de provisionales o de encargo a quienes, en virtud del Acto Legislativo 04 de 2011, se les otorga una calificación adicional derivada de la trayectoria en el cargo, así como de la certificación de estudios académicos adicionales.

Partiendo de ello, la Corte estima que so pretexto de éste mecanismo de enmienda, se está colindando con la consideración de proferir decisiones con alcance *ad-hoc*, lo que ya se ha expresado, es contrario a la idea inicial del objetivo de la Reforma Constitucional, establecido por el Constituyente Originario.

La anterior queda en evidencia a partir del contenido del Acto de enmienda, puesto que en virtud de éste, se establece un beneficio a un grupo especial de personas, las cuales, al cumplir con determinados requisitos, no tendrían que realizar la prueba de conocimiento, lo que rompe abiertamente con el principio de igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos.

Por lo que, no es arrebatado pensar que con dicho instrumento se está instaurando nuevamente un régimen especial y temporal para aquellos empleados públicos que hayan ejercido el empleo en provisionalidad, con lo que se incurre en una modificación constitucional tácita, en lo que respecta a que, so pretexto de la Reforma y en un aparente respeto del principio de la Carrera Administrativa: “en realidad se establecen ventajas a los servidores públicos que se encuentran en situación de provisionalidad o en encargo, desvirtuando de este modo los principios de igualdad de condiciones para acceder a los cargos públicos contenido por ejemplo en los artículos 125, 209, 130 y numeral décimo del artículo 268 de la C.P” (Sentencia C-249 de 2012. Núm. 6.2.5).

Así que, partiendo de la idea que éste mismo Tribunal corroboró anteriormente que con la presente reforma se incurrió en el reemplazo o sustitución de los ejes identitarios de la carrera administrativa, mérito e igualdad establecidos en el artículo 125 de la Carta Política del 91, queda claro para la Corte que en sintonía con ello, el Acto Legislativo va en contravía del Test de Efectividad puesto que la Corte ve comprobado que éste dispositivo se configuró como una decisión política particular tendiente a beneficiar a un grupo especial de personas, en este caso a los empleados de provisionalidad que a 31 de diciembre de 2010 tengan cinco (5) o más años de servicio, a los cuales se les otorga setenta (70) puntos en la homologación del concurso por el hecho de la permanencia “lo cual desarticula temporalmente el sistema de carrera administrativa e impone un contenido normativo que desconoce abiertamente el postulado vertebral de carrera administrativa establecido en la Constitución” (Ibíd. Núm 6.2.6).

Por último, queda por mencionar que frente a la diferencia fundamental con el precedente contenido en la Sentencia C-588 de 2009 bajo el cual, en virtud de la reforma de aquel entonces, mediante el Acto Legislativo 01 de 2008, se dispuso de la *incorporación automática* a la carrera administrativa, *prescindiendo* del concurso público; se tiene que en la presente oportunidad, puede aducirse que se parte de *reconocer la exigencia de realización de un concurso* para acceder a dichos cargos, lo cual no exime el hecho que a los empleados provisionales o en encargo se les reconoce un privilegio, una ventaja frente a los demás aspirantes, quebrantando sustancialmente el principio de igualdad y el mérito real inherente a todo concurso público.

Y de este preciso punto, aprovecho para abordar *la tercera y última de las consideraciones de la Corte en este caso*, esto es el hecho derivado del señalamiento de los demandantes por la existencia de una Cosa Juzgada material instituida a partir de la Sentencia C-588 de 2009; con lo que, la determinación de inexequibilidad debió hacerse de facto tras la reproducción de dicho contenido mediante éste Acto Reformatorio.

Ante ello, la Corte tomando como base el Auto 27A de 1998, en el cual se brinda una importante acepción respecto al alcance de la cosa juzgada material, y de cómo de esta debería predicarse para operar en supuestos jurídicos concordantes, se afirma:

[...] tiene un contenido normativo *idéntico* al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables en el segundo caso y la decisión que habría que adoptarse sería la misma que se tomó en la Sentencia anterior (Citado por la Corte Constitucional (2012). Sentencia C-249).

De manera que, en consonancia con las consideraciones previas frente al concepto de cosa juzgada material, es menester aludir que bajo dicha figura jurídica será posible evidenciar una

violación a la Norma Suprema, si y solo sí, el contenido reproducido en la reforma posterior guarda equivalencia análoga con su predecesor, esto es, si la reproducción del contenido *ha sido calcada* para ambos eventos. Lo que, tres párrafos atrás, quedó desvirtuado⁴⁵.

En últimas, con base en las consideraciones aquí aludidas, no cabe lugar a duda que para la Corte Constitucional, el Acto Legislativo 04 de 2011 debe ser declarado **INEXEQUIBLE**, en su totalidad.

2.4 CONCLUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL ELEMENTO IDENTITARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Estado de cosas

Dado el vasto carácter que ha caracterizado a la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución en la Jurisprudencia Constitucional, se hace necesaria la consolidación de unos puntos relevantes que emergen como resultado del extenso estudio aquí abordado y que, fungirán como base para las consideraciones venideras, en paralelo con la aplicación de dichos instrumentos en el Marco Jurídico para la Paz. Por lo que, en las siguientes líneas, se destinará una breve y sumaria recopilación de lo aquí abordado y del estado actual -hasta el momento-, de la teoría de los límites competenciales a los actos de Reforma de la Constitución.

⁴⁵ Me explico, mientras en el caso del Acto Legislativo No 1 de 2008 - Sentencia C-588 de 2009, se establece la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo que cumplan con las condiciones referidas; en el caso del Acto Legislativo No 4 de 2011 - Sentencia C-249 de 2012, se establece un sistema de homologación mediante puntajes adicionales por la experiencia y la permanencia y los estudios realizados. Siendo divergentes en su alcance y las medidas adoptadas y por tanto, no susceptibles de la proscripción Superior referida por el inciso 2°, del artículo 243 de la Constitución Política.

Como fue abordado en los albores del presente Capítulo, los fundamentos teóricos del control por sustitución de la Carta Superior, surgen a partir del establecimiento de una diferenciación⁴⁶ entre el poder constituyente- originario, es decir, emanado de la voluntad fundante que dio lugar a la Constitución de 1991; y el poder constituyente derivado, aquel que se supedita al anterior, deriva su competencia de éste y por tanto, se ve sujeto a los límites establecidos por la soberanía popular como el único estamento facultado para la sustitución, bien sea parcial o total, de los preceptos constitucionales. Entonces; en suma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir al Carta, porque, en tal caso, asume funciones propias del constituyente originario o primario.

De tal manera que, partiendo desde la Sentencia C-551 de 2003, luego desarrollado por diversos pronunciamientos en ésta materia en posteriores Providencias del Alto Tribunal; la jurisprudencia de la Corte, ha acogido que so pretexto de la reforma a la Constitución “no se puede cambiar, derogar, subvertir, sustituir o reemplazar una Constitución por otra totalmente distinta”. Y tal acepción, determinará el **origen de los elementos estructurales de la Constitución** los que; vale mencionar, en ningún momento toman la virtualidad de constituirse como cláusulas pétreas o de intangibilidad, ya que todos los preceptos constitucionales son susceptibles de modificación, lo que variará será los mecanismos tendientes a efectuarla y sobre todo, los sujetos competentes para dicho fin.

Igualmente, sobre la determinación de los principios definitorios de la Constitución se puede decir que, aunque la Corte Constitucional no ha establecido de manera taxativa y detallada a través de su jurisprudencia, cuáles son los principios y valores consustanciales a ésta que no pueden ser sustituidos por el poder de reforma; a partir del análisis puntual de las reformas a la

⁴⁶ Aquel crucial contraste, parte de la resolución de la tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional, que concluye con las acepciones a la democracia constitucional como el estado de superación de la democracia de las mayorías.

Constitución establecido, tanto en la presente investigación como por el Guardián de la Carta en la Sentencia C-249 de 2012 frente al estudio en casos particulares, se ha concluido que hasta el momento, dichos principios o valores que identifican la Constitución de 1991, son:

(i) Separación de poderes, (ii) carrera administrativa, meritocracia (iii) igualdad, (iv) bicameralismo, (v) principio democrático, (vi) alternancia del poder y (vii) control entre los poderes o checks and balances (Sentencia C-249 de 2012, Núm. 5.1.2.1).

A su vez, otro elemento integrante de la teoría de la sustitución constitucional, ha sido traído a partir de la consecución de lo que se conoce como el *Test de Efectividad*, traído desde la Sentencia C-551 de 2003: el cual tiene como finalidad verificar en primer lugar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; en segundo término (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular que se aplicará a determinados sujetos o grupos de personas, y en tercer término (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se prohíben las reformas indirectas a la Constitución que conlleven modificaciones de dudoso, difícil o imposible conocimiento que hayan reformado principios estructurales de la Constitución de manera tácita, dando lugar al “fraude de la Constitución” (M.P Eduardo Montealegre Lynett. Núm. 225).

Ahora bien, frente a los contenidos expresados a partir de la jurisprudencia reseñada, es prudente acotar que, como es sabido, ha sido expresado en los diversos pronunciamientos de la Corte, que los conceptos inherentes a la teoría de la sustitución se encuentran en periódica construcción y que, los nociones antes expuestas, no constituyen un criterio acabado y estático, dada la complejidad de los mismos y puntos que generan bastante polémica y visiones discordantes; como por ejemplo, lo que concierne al objetivo del mentado control, que se instituye para verificar si se cometió un vicio de forma relacionado con la competencia; y en

últimas, ha sido reconocido por la Corte que para realizar dicha comprobación se tiene que revisar *el contenido* de cada una de las reformas constitucionales, para de este modo verificar si el órgano de revisión en el ejercicio de su potestad no excedió o superó sus competencias.

En este punto en especial, es donde ha surgido una gran controversia derivada de la proscripción Superior contenida en el Numeral 1° del Art. 241 de la Constitución de 1991, que dictamina que el control a los actos reformativos de la Constitución debe ceñirse a los vicios de procedimiento en su formación lo cual, para algunos, se violenta por el Guardián de la Carta al proferir una interpretación extensiva a una regla constitucional plena y explícita, que no da cabida a una consideración ulterior a lo ahí expresamente consagrado.

En este orden de ideas, se procede a dar por finalizada la construcción jurisprudencial en materia de Sustitución Constitucional encaminada a la identificación de los elementos identitarios de la Carta y su periódica consolidación en el ordenamiento jurídico colombiano, cual es la base nuclear del capítulo subsiguiente, en el cual se determinará si, en el Marco de los Acuerdos de Paz, tendientes a la superación del conflicto del Estado Colombiano con las FARC-EP, el criterio judicial del Guardián de la Constitución erigido al precedente jurisprudencial estudiado, en el ámbito de los elementos identitarios de la Constitución, se conserva o es sujeto de modificaciones derivadas de la coyuntura excepcional delineada por la transición política hacia la Paz.

CAPÍTULO 3:

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN Y LA TRANSICIÓN A LA PAZ EN COLOMBIA

“La Paz no es la mayor meta de la vida. Es el requerimiento más fundamental”

Sadhguru.

Copioso ha sido el recorrido hasta aquí esgrimido, en el desarrollo de los presupuestos que nos han traído hasta este punto.

Así, se ha pasado ya por el estudio inaugural de la investigación, tendiente a brindar un espacio óptimo para entender el entorno excepcional que permea, como característica indispensable, a las transiciones políticas hacia estados de Paz o superación de Regímenes autoritarios. Por consiguiente, se ha podido identificar la estructura del proceso colombiano, no sólo en lo que atañe al actual proceso de Paz con las FARC-EP -el cual se adelanta, será el objetivo de éste acápite conclusivo-; sino también en la historia del acaecer político, jurídico y social de los mecanismos llevados a cabo en la consecución de las medidas centradas a adoptar el sistema jurídico, a las circunstancias coyunturales de superación de los conflictos civiles en el país.

A renglón seguido, al adentrarse al contenido más grosso del estudio, cuál fue erigido al análisis pormenorizado del Control a la Reforma Constitucional en lo atinente a los límites competenciales a dicho poder de Enmienda; se estableció un panorama suficiente para la distinción de los criterios más relevantes en el ejercicio de la potestad regulatoria de éstos procesos en cabeza de la Corte Constitucional y, de la manera cómo el Guardián de la Constitución -a lo largo de su jurisprudencia-, ha ido consolidando un criterio de análisis y

decisión ligado a un esquema predeterminado. Esto, a partir de unas decisiones que permiten avizorar la manera en que la Corte -hasta el momento-, ha venido sistematizando una teoría del seguimiento al contenido propio de la Reforma Constitucional y de su incidencia en los principios rectores al ordenamiento Superior lo cual, es la base que, bien puede legitimar o cercenar las actuaciones de todos los organismos -bien sea legislativos, ejecutivos o judiciales-, en pos de la salvaguarda de la idea originaria de la Constitución de 1991.

De esta manera, se ha llegado a la presente etapa de la exploración, con una idea más o menos constituida de lo que respecta a la metodología de control y vigilancia de las Reformas a la Carta y, de los límites que la misma debe contemplar para poder establecer; tanto la adaptabilidad de la Norma de normas a las circunstancias históricas que permean el devenir característico de un ordenamiento Estatal y así, ir de la mano con la noción de que la Constitución Política no nació para quedarse estática en el tiempo, sino para ser el reflejo de la unidad nacional y la periódica obtención de los fines determinados para el Estado; como del debido sometimiento de éstos mecanismos al ideal de una Constitución superior al resto del ordenamiento jurídico y; por tanto, con carácter de permanencia y rigidez.

Por lo que, la presente sección del estudio será encaminada a reflejar cuál fue el comportamiento de la Corte Constitucional de Colombia ante un panorama delineado por la inminente necesidad de instrumentalizar las medidas tendientes a acabar definitivamente con el flagelo de la guerra y la violencia en el país, la que lamentablemente en todos estos años se ha configurado como una característica del mismo y; a su vez, amparar las medidas jurídicas y teóricas que propenden por el mantenimiento de la superioridad, vigencia y permanencia de la Carta Magna en sus elementos fundamentales.

Desde lo cual, surge la incógnita de sí para el alcance de uno de los más importantes fines del Estado -si no el más importante-, habrá que renunciar a los límites impuestos por la salvaguarda del ideal originario de la Constitución.

De esta manera, invito al lector a aventurarse al estudio de las doctrinas del control por sustitución, ésta vez enfrentadas a un contexto histórico sin precedentes, frente al cual, lógicamente sufrirá uno que otro elemento de controversia o pugna.

En esa línea, se inaugura de nuevo el análisis de la teoría de la sustitución, con el primero de los dispositivos reformativos emanados para configurar la puesta en marcha en materia procedimental, de la normativa extraordinaria que dio cabida a la implementación y estabilidad del Acuerdo De Paz firmado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, el 24 de noviembre de 2016.

3.1 El Acto Legislativo 01 de 2016 y su control de constitucionalidad

El contenido de la hermenéutica de la reconciliación debe partir de que nuestro conflicto actual ha sido juridificado y constitucionalizado y con ello corremos el riesgo de que el derecho silencie la realidad de dolor y la necesidad de reconciliación y perdón.

(GÓMEZ (2019) p, 32)

Para adentrarse a un estudio de la presente reforma constitucional, se hace menester dedicar unas cortas líneas a una caracterización de la misma, así como de los fines y las herramientas jurídicas mediante los cuales se busca hacerlos efectivos; que se ciñen a dotar de seguridad jurídica al proceso de instalación y ejecución en el ordenamiento jurídico, de un procedimiento de tránsito legislativo especial y abreviado, más conocido como Fast-track; cuyo propósito es

propender por una promulgación expedita de la normatividad y las reformas encaminadas a la implementación al ordenamiento jurídico, de los Acuerdos de Paz.

A partir de éste procedimiento especial, afirman Uprimny y Güiza (2017) que se pretende brindar al proceso de Paz una *sostenibilidad* que favorezca: “la aplicación ágil, efectiva, integral y fiel del acuerdo de paz” (pág. 1); así mismo, dichas garantías se verán reflejadas en la paliación de los riesgos a una reapertura de las discusiones superadas en al ámbito de la negociación, por no ver en el proceso las suficientes garantías para su continuidad; también, fundamentándose en Hartzell, Hoddie, & Rotchild; Stedman (2001), aseguran que distintos estudios comparados muestran que el éxito de los procesos de paz depende, en buena medida, de la seguridad de que los acuerdos de paz se apliquen de manera sostenida y sostenible. Esto es posible, entre otros factores, gracias a la claridad del valor jurídico de tales acuerdos, es decir, su validez y fuerza jurídica (pág. 3).

Por lo que, es precisa la consolidación de un entorno jurídico favorable que permita repeler los diversos criterios externos -en su mayoría de índole política, o politiquera-, con que se pretenda echar atrás el esfuerzo mancomunado por la obtención del objetivo de finalizar con bases sólidas, un conflicto beligerante.

En consonancia con lo anterior, es justificable que se pretenda otorgar de instrumentos en materia legislativa, que permitan el fortalecimiento de los primeros avances para instaurar los pactos que propendan alcanzar la Paz.

3.1.1 Sentencia C-699 de 2016

La implementación jurídica de los acuerdos, mentada en las consideraciones pasadas, instó la creación de mecanismos con carácter transitorio y a su vez, con polémicas alteraciones a la

estructura y procedimientos consagrados en la Constitución para la figura del Congreso de la República, en su labor encomendada de titular de la función legislativa y representante directo del pueblo, democráticamente elegido.

Por tanto, a continuación se pretende efectuar un estudio del trámite de la primera de las dos acciones públicas de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 01 de 2016: “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

La Demanda

Para comenzar el abordaje de la primera providencia en materia de sustitución constitucional en el marco de la transición política a la Paz. En su etapa de implementación; como ha sido costumbre, se procede a indicar los cargos presentados en la demanda de inconstitucionalidad por cuanto, con asidero en la jurisprudencia constitucional (entre otros, lo traído en la sentencia C-588 de 2009), éstos fungen como carácter delimitativo del accionar de la Corte para proferir un control limitado al análisis competencial a la reforma, cuyo sobrepaso incurre un estudio material del acto reformativo, no contemplado por el Art 241 Superior.

Así que, en virtud del Numeral 1° del Art 242 de la Constitución, el ciudadano Jesús Pérez González Rubio, instaura acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016⁴⁷, por cuanto en su concepto son fruto de un “vicio

⁴⁷ Los apartes tachados de inconstitucionales por parte del Actor, son indicados a continuación:

[...] Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República.

El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se regirá por las siguientes reglas:

[...]

de competencia” del Congreso, como órgano constituido, ya que carece de atribuciones para “sustituir la Constitución”.

A su juicio, el artículo 1 (parcial) demandado, configuró un procedimiento de aprobación de actos legislativos exprés, por un período de seis meses prorrogables por el mismo lapso; el cual contempla una excepcionalidad en el tránsito legislativo ordinario, que se agota cuando se hayan dado ocho debates; entonces, en virtud del mentado procedimiento especial, se realizará sólo cuatro debates para que el trámite sea más expedito, con una vuelta y ocho días de pausa entre las cámaras, tal cual el **exigido para expedir una Ley**.

Con esto, para el accionante se alteró el diseño de los mecanismos de reforma constitucional implementado por la Asamblea Constituyente y, al hacerlo, se sustituyó un eje definitorio de la Constitución, consistente en su **rigidez o superior dificultad para ser reformada**, en comparación con las leyes.

En lo que refiere al Artículo 2° (parcial) acusado, en su criterio le confirió al Gobierno Nacional facultades extraordinarias para desarrollar la materia tratada en un acuerdo final, y eso es distinto a reformar la Constitución, por lo cual es un exceso del poder de reforma. Puesto que, con la previsión referida se sustituyó además, el principio de separación de poderes, pues a su juicio conferir facultades extraordinarias transitorias no es reformar la Constitución, por lo que el Congreso no puede usar su poder de reforma para una delegación legislativa como la

f) Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días.

[...]

ARTÍCULO 2o. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [...]”.

demandada. Si lo hace, la habilitación *debe ser precisa y limitada* a determinadas facultades en salvaguarda del principio en cuestión, como se expresó en su momento en el trámite de la Sentencia C-970 de 2004; característica que no se presenta en la norma cuestionada, pues se remite genéricamente a un Acuerdo sobre temas amplios.

Ahora bien, algunos intervinientes de la Sentencia C-699 de 2016, de entre los que resalta el Gobierno Nacional, tienden en el otro polo, a defender la exequibilidad de los apartes demandados.

Justificando esta posición, primero en el plano general al apuntar con asiento en las experiencias transicionales en el globo, indicando la necesidad de una implementación pronta de las reformas acordadas, entre las cuales están las constitucionales; además, en lo que respecta al entorno extraordinario en que las medidas reformatorias fueron puestas en marcha, se explica que el Acto Legislativo se ajusta a esto pues preserva las instituciones permanentes y establece algunas transitorias para superar el conflicto.

También se señala que las disposiciones demandadas se ajustan en un contexto de transición hacia la Paz, por lo que debe evaluarse su constitucionalidad de acuerdo con el origen también transicional de la Constitución de 1991 y su cuerpo de regulación transitorio; aducen que, partiendo de la base que en la Constitución no hay cláusulas pétreas, inmodificables o intangibles, todas sus disposiciones y mecanismos incluidos los de reforma, pueden ser objeto de enmienda; por último, tienden a apuntar que los procedimientos de curso rápido (Fast-track), se han usado en otros países con fines de implementación de medidas para garantizar la Paz, como ocurrió luego del proceso de desarme del IRA en Irlanda (2016, Núm. 27).

Como segundo punto, frente al contenido mismo del dispositivo reformativo demandado, se argumenta que en lo que respecta al proceso especial de enmienda constitucional, en éste deben intervenir las dos cámaras, los aprueban con mayoría absoluta, bajo un régimen de prioridad

en el orden del día y con control automático de constitucionalidad, con lo cual no serían iguales a las leyes ordinarias.

También que la vigencia del Acto Legislativo, se supeditan a la refrendación popular del Acuerdo Final; como adicionalmente se indica que el Acto Legislativo persigue el fin imperioso de la Paz y que, so pretexto de atribuir una prohibición a la modificación de las cláusulas de reforma constitucional, conlleva la implicación de petrificarlas, y en la Constitución no hay normas pétreas.

Con ocasión al segundo cargo, refieren que las facultades que confiere son por un tiempo limitado, y sólo para desarrollar el Acuerdo final; así como las normas sobre habilitación legislativa extraordinaria no son intangibles; no pueden usarse para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que necesitan mayoría calificada o absoluta, ni para decretar impuestos; y tienen control de constitucionalidad.

Así que, para extender la evaluación competencial a la reforma en cuestión, la Corte tomará como base las anteriores reflexiones y, partirá de la estructura ya decantada en el Capítulo anterior esto es, el despliegue del Test de Sustitución.

Examen Constitucional de la Corte

A partir de una depuración competencial, conforme a las diversas intervenciones en el presente proceso, donde se adujo puntos de interés para evaluar tanto la competencia de la Corte, como la suficiencia de la demanda para entrar a ser estudiada; se inicia la evaluación por sustitución con la delimitación de los cargos que serán abordados a fondo, ello se hizo necesario puesto que hubo quien señaló que el actor pasa por alto determinados ingredientes del test de sustitución que ha definido la Corte Constitucional en 7 pasos específicos delimitados.

Así que la Corte, bajo la consideración que la esencia misma de las acciones constitucionales es estar al servicio del general de la población, esto es, que no debe imponerse requisitos adicionales que obstaculicen mediante tecnicismos y complejidades, el derecho de todo ciudadano a recurrir a sus instituciones y esperar una efectiva respuesta por parte de ellas; “La Constitución establece que “todo ciudadano” (art 40), “los ciudadanos” (art 241) y “cualquier ciudadano” (art 242), tiene derecho a interponer efectivamente acciones públicas de inconstitucionalidad contra los actos de reforma constitucional (art 241-1).

Por su parte, el Ministerio Público señaló que no solo sí es apta la demanda, sino que se hace necesaria la incorporación de una proposición jurídica completa (es decir, más allá de los apartes demandados incluir los demás literales de la reforma en cuestión), en virtud que no se puede realizar un estudio a dicha disposición si no se evalúa en su integralidad lo dispuesto por el Congreso en la enmienda, dado que el entendimiento global de la misma parte de una comprensión general de la norma, a la cual se pretende llegar mediante los apartes delimitados por el accionante, siendo éstos insuficientes para un estudio completo.

A lo que la Corte respondió afirmando que lo anterior acarrearía un inconveniente y es que, si eso hiciera estaría desbordando los márgenes de la acción pública, pues no es eso lo que cuestiona el actor. Lo demás es un referente de contexto y no el objeto de un cargo de inconstitucionalidad. Por tanto, en pro del mantenimiento de los límites a la competencia de la Corte Constitucional, esta visión resulta improcedente al pretender adicionar cargos de inconstitucionalidad no expresados en la demanda y que por tanto se apartan del actual estudio y, podrán más adelante, ser parte de un señalamiento específico de inconstitucionalidad.

En la segunda parte de las consideraciones preliminares, la Corte se dirige al estudio del Acto Legislativo en razón a la vigencia del mismo, ya que se señaló que ésta se daría a partir de la refrendación popular llevada a cabo por el pueblo colombiano y que, bajo la coyuntura social

y política que concluyó en la negativa del electorado por la implementación del diseño de los Acuerdos de la Habana de aquel entonces, lleva a algunos intervinientes a considerar que dicha reforma se encuentra suspendida al cumplimiento de una condición cuál será la expresión de la voluntad democrática legítima que acepta para sí la implementación de los Acuerdos de Paz por lo que al final, dicho Acto jurídico carece de una promulgación que dé paso siquiera a un análisis detallado de constitucionalidad por parte de la Corte.

En ésta lógica, en referencia al caso actual, esto es, lo que respecta a la incorporación de elementos que permitan la puesta en marcha de actos que propendan la terminación del conflicto, es menester la remisión que hace éste Tribunal a la Sentencia C-784 de 2014, caso en el cual la Corte afirmó que la creación de instrumentos especiales para refrendar actos que persigan terminar el conflicto no busca cerrar, restringir o dificultar la transición hacia una sociedad en paz, sino abrir vías que faciliten ese tránsito en el marco de la Constitución y la ley. “Por tanto, las leyes estatutarias sobre referendos o plebiscitos especiales no imponen un deber inexorable de usar los instrumentos allí regulados para poner fin al conflicto, sino que se limitan a ensanchar el universo de alternativas políticas disponibles” (Núm. 18).

Por lo tanto, en la medida en que el plebiscito no es un mecanismo de reforma del orden jurídico, entonces no tiene el alcance de alterar tales disposiciones. En ese sentido, la decisión popular en contra del Acuerdo no puede ser en modo alguno comprendida como una disminución o rediseño del derecho y potestades gubernamentales antes indicadas. Estas quedan incólumes pues no fueron puestas a consideración del Pueblo mediante plebiscito, ni tampoco podrían serlo, en tanto ese instrumento de participación ciudadana, se insiste, no tiene entre sus fines admitidos la reforma constitucional (Núm. 114, párr. 3).

Por lo que, en conclusión, el Guardián de la Carta entiende que tal refrendación solo pueda concluir en virtud de una decisión libre y deliberativa de un órgano revestido de legitimidad democrática, como el Congreso de la República, donde encuentran asiento los representantes del pueblo, con su diversidad política y cultural, y se hace posible que en su seno surjan discrepancias y que sean susceptibles de control de la Corte Constitucional, las cuales se decidirán dentro de sus competencias por alguno de los cauces ordinarios contemplados en el artículo 241 de la Constitución, o cuando deba ejercer sus atribuciones de revisión constitucional establecidas en el Acto Legislativo 1 de 2016.

En consecuencia, la Corte concluye con la depuración de dos elementos, que se erigen como definitorios a la idea inicial de la Constitución; cumpliendo con las características para el despliegue de un control competencial, por lo que podrán ser revisados por el Alto Tribunal. Estos son:

Rigidez constitucional, que se ve reflejada en que es parte esencial del sistema jurídico y constitucional, la noción de que los supuestos constitucionales adquieren un criterio superior de permanencia que se traduce en una mayor dificultad para ser reformados, en comparación con la Ley.

Con todo, mediante la actual reforma, presuntamente se contradice la idea del constituyente primario, puesto que se dispuso un procedimiento abreviado con el cual se equipara al procedimiento legislativo de normas con carácter superior -incluso trastocando la reforma constitucional-, a nivel de una Ley ordinaria.

Separación de Poderes: En lo que atañe al Art. 2º de la disposición reformativa, puesto que con el otorgamiento de facultades transitorias al Gobierno Nacional en una materia amplia e indeterminada como lo es desarrollar la implementación de los Acuerdos de Paz, y eso es

distinto a una mera reforma a la Constitución, incurriendo en la intromisión a la órbita de una rama distinta del poder público, por lo cual es un exceso del poder de reforma.

Por ende, luego de haber desplegado el estudio sobre su competencia y establecer un panorama con los problemas jurídicos a tratar en esta oportunidad, la Corte procede a aplicar la metodología del *test de sustitución* para evaluar en rigor el **primero de los cargos**, atinente a la eventual sustitución de la Carta por vulneración al eje identitario de la rigidez constitucional.

Test de Sustitución - Cargo Primero: Rigidez Constitucional

Premisa Mayor: Tras determinar el concepto de rigidez y separarlo de la superioridad constitucional, la Corte concluye que dicho elemento se constituye con una base específica, con lo que queda claro que el eje definitorio objeto del presente debate será la rigidez constitucional⁴⁸ expresada en un trámite mayormente riguroso para el tratamiento de las disposiciones constitucionales.

Con lo que se entiende que las peculiaridades del aspecto reformativo de la Carta Política adquiere un sentido especial para facilitar establecer un consenso mayor al pretendido en la creación de una Ley, por cuanto el compromiso político es mayor al tratarse de los presupuestos fundantes conformadores del Estado.

En ese sentido, en Sentencia C-816 de 2004 la Corte adujo al respecto que “la Constitución está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos”.

⁴⁸ Ello se expresa en diversos pronunciamientos de éste alto Tribunal en el cual se refiere: “la Constitución está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos” (C-816 de 2004); “ese grado de exigencia mayor al usual en los trámites [...] caracteriza la Carta de 1991 como una Constitución rígida” (C-740 de 2013)

Ya precisado el anterior concepto, se tiene que en tanto a los *niveles de rigidez de la Carta*, la misma posee: Una **resistencia constitucional relativa**, así que las normas de la Constitución de 1991 tienen un nivel formal de resistencia al cambio superior al de las leyes.

Sólo que, en el presente evento, surge un nuevo ítem que altera las consideraciones frente a la renuencia al cambio, y esto se ve evidenciado en que el mismo, debe tener especial observancia de los *finés y el contenido dogmático de la Carta*, puesto que la puesta en marcha de mecanismos mayormente exigentes para su reforma propenden, entre otros, la consecución de los fines y principios del Estado Constitucional Colombiano; “de esta manera, la superior resistencia al cambio de las normas constitucionales es una manera de reforzar precisamente los compromisos fundamentales expresados en ellas”.

De manera que, pese a las limitaciones y los requisitos mayores que impone el sistema constitucional colombiano para la reforma constitucional, la Corte pone de presente que deben ser aplicados en un contexto de *transición*⁴⁹, lo cual implica que el principio de resistencia constitucional **debe guardar relación directa con los fines de obtención de la Paz** y terminación del conflicto, lo cual se refleja en una adaptabilidad necesaria para la consecución de los fines aquí mentados.

Pasando a lo que refiere al nivel de rigidez marcado por la modalidad de **resistencia relativa** a las normas constitucionales, a partir de la demanda, la Corte entiende que el actor propende a

⁴⁹ Así, se trae el caso de la Sentencia C-579 de 2013 en la cual se demandó una disposición reformativa a la Carta que introducía elementos de justicia transicional al ordenamiento nacional encaminado al tratamiento priorizado de los máximos responsables de infracciones contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario; en dicha ocasión se consideró que éste tratamiento excepcional reñía con principios identitarios de la Carta, como su identidad, expresada en el deber de perseguir y enjuiciar responsables de crímenes atroces en aras al reconocimiento de los derechos a una reparación integral de las víctimas del conflicto, en dicha oportunidad la Corte aseveró que: [...] para garantizar la paz era preciso permitir la celebración acuerdo de reconciliación “lo cual exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial sin desconocer las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, sino permitiendo que se cumplan de manera especial”

indicar que el régimen de reforma a la Constitución es una cláusula de intangibilidad en el sistema Colombiano.

La Corte, por el contrario expresa que la misma no adquiere una condición de intangibilidad; por cuanto el sistema colombiano no contempla la existencia de cláusulas pétreas, lo que se ve expresado en el Título de la Constitución referente a la reforma (Arts. 374 y ss), que dispone que toda norma constitucional puede verse modificada bien sea, por el poder de reforma ejercido por el Congreso, el pueblo mediante referendo y la asamblea nacional constituyente.

Sólo deberá prestarse atención al titular de la potestad enmendataria de la Constitución y su competencia para ello, mediante el juicio de constitucionalidad y, en el presente caso: “El Congreso por medio de actos legislativos no solo puede modificar las previsiones que establecen mecanismos de enmienda constitucional, sino que de hecho puede además graduar el estándar de dificultad para el cambio originalmente previsto en la Constitución 1991, y puede entonces reducirlo, siempre que no sustituya la Constitución”.

En lo que respecta al nivel de rigidez característico de la **resistencia constitucional diversa**, presente también en la Constitución de 1991, existe una marcada tendencia hacia un cambio institucional con sus predecesores, en este caso, más precisamente a lo referido a la Constitución de 1886, en cuya vigencia mediante el mecanismo del plebiscito de 1957, se sometió a consideración del pueblo para posteriormente ser decretada una reserva a la reforma de la constitución tramitada eminentemente por el Congreso⁵⁰; con lo cual el poder de reforma quedó radicado exclusivamente en sus manos.

Tal rigidez expresada en vigencia de la Constitución del 86, quiso ser superada por la Asamblea Constituyente de 1991, previendo tres mecanismos de reforma como reacción a una situación

⁵⁰ El artículo 13 del Decreto legislativo 247 de 1957 sometía a consulta popular la siguiente disposición: “[e]n adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución” (Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016).

preexistente de monopolio político de los instrumentos del cambio constitucional de enmienda. No se trata, sin embargo, solo de una variedad de procedimientos sino además de una pluralidad de organismos, actores y de competencias diferenciadas para su activación.

Por último, la **Resistencia constitucional funcionalmente diferenciada**, parte de la distinción fundamental entre el ejercicio del poder de revisión - en aras a reformar la Constitución, y del poder constituyente originario, que pretende instaurar un nuevo orden político.

Los mecanismos de reforma de la Constitución pueden entonces ser modificados, en la medida en que no se sustituyan estos elementos por otros opuestos o integralmente diferentes.

Pero el orden constitucional sería irreconocible si, por ejemplo, **a.** Los niveles de resistencia al cambio son idénticos a los de la Ley pues deben ser superiores; aunque se precisa que en un *contexto de transición* hacia la Paz, la rigidez se adapta, sin desaparecer, en aras de la integridad de la Constitución; **b.** Si se vuelven intangibles sus cláusulas de reforma; **c.** Si deja de haber diversidad en los mecanismos de enmienda y en sus formas de activación o; **d.** Si se equiparan el poder constituyente y el poder constituido de reforma. En cualquiera de estos casos estaríamos en presencia de una Constitución radicalmente diferente (Sentencia C-699 de 2016.Núm. 38.2).

Premisa Menor: En lo referente al alcance reformativo del procedimiento especial para la Paz a las garantías del trámite legislativo ordinario y la rigidez constitucional; se tiene que, en efecto se dispuso una alteración de su idea originaria para la implementación de los acuerdos; por lo que, la Corte partió de un paralelo entre éste y aquel, para identificar los aspectos que permitan dilucidar si existió una afectación tal, que se estime en una sustitución de la Carta del 91.

La Corte puso de presente la importancia del establecimiento de un proceso normativo centrado a la garantía de implementación del acuerdo final; con lo que tales fines expuestos, en consonancia con experiencias transicionales comparadas, demuestran la necesidad de una implementación oportuna que no ponga en riesgo lo acordado.

En ese punto, la Corte procede con la consideración de las condiciones para activar el procedimiento especial de enmienda, afirmando que *únicamente* puede ponerse en práctica cuando sea necesario para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto, y no para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con dicho acuerdo, pues el Congreso carecería de competencia para implantarlas por esta vía, sin perjuicio de que pueda hacerlo por los mecanismos permanentes de revisión, dentro de los límites constitucionales.

Como característica que acentúa el respeto por la soberanía popular, el acto reformativo precisa necesaria para su implementación, una legitimidad democrática que parte de la refrendación popular, de lo que depende directamente el desarrollo de tal Acto Legislativo, “pues no hay mayor garante en cualquier proceso democrático, que el pronunciamiento de la sociedad en su conjunto. Es el constituyente primario quien avalará el inicio del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz y el uso de las Facultades Extraordinarias por parte del Presidente de la República. Esta es probablemente la mayor garantía de legitimidad”.

Por último, frente a la garantía constitucional del control por vicios de procedimiento, se entiende que subsiste la posibilidad de declarar la inexecutable de los actos especiales de reforma que excedan los límites de competencia que se prevean a partir del Acto Legislativo 1 de 2016.

Premisa de Síntesis: En ésta última etapa del test, la Corte procedió a verificar si el nuevo procedimiento instaurado mediante la reforma constitucional para la implementación de las

disposiciones atinentes a la Paz, riñe irreductiblemente o no con el elemento de la rigidez constitucional expresado en la garantía de mayor dificultad para ser reformada.

En primera instancia adujo que el contexto relevante a la incorporación del Acto Legislativo 01 de 2016 en el país, se realizó bajo las premisas de una **transición política hacia la Paz**; en ese sentido, el juicio de sustitución del principio de rigidez específica, se debe aplicar tomando en consideración que es susceptible de adaptarse a la transición por ser, como se indicó en la Premisa Mayor, una forma de garantizar la integridad de la parte dogmática de la Carta, y en particular del derecho a la Paz y los demás derechos y principios que dependen de ella, que la erigen como un “derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Art. 22 y concordantes).

Como segundo punto se tiene que el despliegue de los contenidos especiales en el proceso legislativo a través de la reforma constitucional, se define por ser un procedimiento no solo especial, ya que su objeto es la transición hacia la terminación del conflicto, sino además **excepcional** (solo para implementar el acuerdo) y **transitorio** (solo por 6 meses, prorrogable por un periodo igual). Esto significa que subsisten los mecanismos permanentes de enmienda constitucional, los cuales no son entonces ni suspendidos ni derogados.

A ello, se suma el hecho que una vez concluida la posibilidad de trámites legislativos preferentes para el desarrollo e implementación de la Paz, “las reformas introducidas por este conducto pueden ser a su vez modificadas o derogadas según los procedimientos permanentes de enmienda”.

En tercera medida, el procedimiento especial en relación con aquel que se configura como ordinario, dispone de requisitos más exigentes para su aprobación, tales como agotar una vuelta conformada por cuatro debates y, necesariamente, mayoría absoluta (A.L 01 de 2016, art 1º lits d, e, f, g). Entonces, es claro que los apartes demandados, no equiparan por completo los

procedimientos de producción de normas constitucionales y las legales, sino que mantiene la resistencia al cambio de las normas constitucionales por encima de la de las leyes.

Adicionalmente, se mantiene la exigencia de refrendación popular de los contenidos que han de ser implementados por el mecanismo especial. Es un hecho objetivo que esta característica no está presente en los procedimientos de formación de las leyes o de los actos legislativos según las cláusulas permanentes de reforma, así como tampoco en ellos se prevé una instancia de control constitucional automático -exceptuando el caso de las Leyes estatutarias y aprobatorias de tratados-, a diferencia de las cuales, la Carta no exige previa refrendación popular sobre el contenido que ha de ser implementado por medio de dichas leyes, y ese hecho diferenciaría entonces su procedimiento de formación del mecanismo de reforma constitucional vigente en la Constitución del 91.

Entonces, en línea con los postulados indicados frente al acto de reforma, como que el procedimiento especial allí regulado no solo es temporal, y se incorpora además a las previsiones transitorias de la Carta; sino que, puede ser objeto de control y enmiendas posteriores.

Concluye la Corte con la afirmación que con el nuevo procedimiento, no se establece un desplazamiento del poder constituyente para reformar ya que, al centrar exclusivamente las disposiciones del A.L hacia una búsqueda mancomunada por la Paz en ejercicio del poder de reforma, sus disposiciones se podían adaptar para la transición, dentro de los límites de competencia indicados al enunciar la premisa mayor y las exigencias procedimentales para el cambio constitucional con el fin de garantizar una transición apropiada hacia el fin del conflicto, y en última instancia la Paz (Núm. 48). Así que, la Corte lo pronunció de la siguiente manera: “Estas variaciones (inherentes al procedimiento especial para la Paz), en modo alguno replazan [SIC] por uno distinto el principio de resistencia constitucional relativa, variable,

diversa y funcionalmente diferenciada. Por el contrario, se ajustan al marco constitucional preexistente. De manera que no encuentra la Corte un vicio de competencia por sustitución” (Núm. 54).

Test de Sustitución - Segundo Cargo: Separación de Poderes

Premisa Mayor: Para la determinación del elemento identitario Separación de poderes, en la noción fundante de la Constitución, la Corte parte de la distinción entre la aseveración tajante, acérrima y diferenciada en su versión clásica, durante el curso del siglo XX, del principio en mención, cuál apuntaba un distanciamiento de los órganos del poder público en sus precisas funciones delimitadas; dicha concepción pasó ser reemplazada por un alcance distinto en la actual Carta Rectora de 1991, que parte de su terminología distinta, como es la de separación de funciones, contenida en los (Artículos 3, 113, 149, 208, 214, 334, 346, 355).

Con lo que, se identifica a la Constitución de 1991 bajo su actual concepción más integral y armónica⁵¹ que abarca, entre otros, la característica de ser un principio inherente a la idea fundamental del pacto constitucional, designado como una forma de evitar la concentración excesiva o una distribución arbitraria del poder público, por considerarse que esto propicia el abuso, el irrespeto de los derechos y las libertades constitucionales e interfiere en la eficacia de la función del Estado.

Por lo cual, la Constitución de 1991 sería irreconocible si este principio presente en toda la estructura política fundamental se sustituye, total o parcialmente, por un principio de concentración excesiva de poder.

⁵¹ Así, frente a los desarrollos que adquiere la noción contemporánea de éste principio, la Corte los recopila en la presente Sentencia (Núm. 56), así: (i) a cada una de las ramas y órganos del Estado se le asigna una función principal identificable y en principio diferente a la principal de las demás, pero susceptible de conjugarse con otras funciones accesorias diferentes; (ii) esa distribución de funciones debe atender a la naturaleza del órgano o la rama, y no es entonces suficiente una división de funciones si no se adjudican en atención los atributos de poder público de quien las detenta; (iii) cada una debe ajustar sus actuaciones al principio de colaboración armónica; (iv) y todas están sujetas al control de otras ramas u organismos del poder público.

Así mismo, en la jurisprudencia en materia de sustitución constitucional, la Corte ha sido enfática en establecer unos lineamientos específicos encaminados a precisar su definición como un elemento identitario a la Norma Superior con lo que, se entiende que el poder de reforma constitucional deberá contemplar dichas disposiciones en el preciso tema de la delegación legislativa⁵²:

(i) Las condiciones que rodean la delegación evitan que el legislador se vea privado de su competencia, (ii) la habilitación remite al ejercicio transitorio y en un ámbito delimitado de la función legislativa, y (iii) no se suprimen los controles interorgánicos que preservan el equilibrio entre los poderes públicos y aseguren la supremacía constitucional. [...] delegan la facultad legislativa de forma extraordinaria, pero no la transferían (o cedían); (v) los decretos producidos en virtud suya se sujetaban a control constitucional; y (vi) el Congreso podía luego reformarlo (2016, Núm. 59).

Por consiguiente, en virtud de las precisas consideraciones descritas anteriormente, deberá ser juzgado el alcance de la presente reforma a la Constitución, más específicamente en el tema de la legislación delegada por el artículo 2 (parcial) del Acto Legislativo 01 de 2016.

Premisa Menor: Respecto a dicho alcance, que se centra en el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar un acuerdo por un tiempo limitado la Corte refiere que, con atención a las características y condiciones fijadas para el ejercicio de dicha facultad, las cuales se resumen en que la misma adquiere un límite temporal establecido en 180 días desde la vigencia del Acto de reforma; como que la misma está temáticamente limitada, por cuanto *sólo* puede usarse para asegurar y facilitar la implementación del acuerdo final esto es, que deberá asumirse bajo un criterio de conexidad

⁵² Las cuales han sido abordadas en rigor en la presente Monografía, para su estudio detallado remitirse a las Sentencias C-970 de 2004 (Pág. 69) y C-1040 de 2005 (Pág. 76).

estricto; cuenta además con restricciones competenciales, ya que no puede ejercerse para expedir actos legislativos ni determinado tipo de normas y que, los Decretos Ley expedidos en virtud de estas facultades se sujetan a control constitucional, el cual debe ser automático, posterior e integral, razón por la cual la Corte podrá revisar tanto el procedimiento de formación –que incluye la competencia- como su contenido (Núm.61).

Esto hace que la designación se acople a los límites inherentes a la identidad y superioridad constitucional, en armonía con el precedente establecido y considerando que en la caracterización de los controles, la precisión explícita y concreta de las funciones delegadas, así como la temporalidad definida de las mismas, hace de tal designación acorde al espíritu de la Constitución del 91.

Conclusión

En el sentido general trazado por la Corte a lo largo del estudio por sustitución de la disposición señalada resta precisar, como última etapa del Test erigido para estos fines, si las facultades esgrimidas al Presidente en la presente ocasión, llegan a tal punto de resultar irreconciliables con el sentido original de la Norma de normas, para observar en sentido último sí a partir de la incorporación transitoria implementada con la demanda, se la suspendió la vigencia de la Constitución, para implementar un modelo jurídico ajeno, que permite legislar extraordinariamente sobre un marco impreciso, pues la de facilitar y asegurar el desarrollo normativo de un Acuerdo De Paz constituye una referencia general a un universo amplio de materias que en últimas, sustituyó la Norma fundamental.

Así que, con atención a las *condiciones* establecidas en la reforma constitucional, la Corte es de la visión de considerar que fueron delimitadas las precisas facultades descritas para evitar quebrantar la Constitución por tanto, en principio esta reforma requiere de refrendación popular para entrar en vigencia; así como se establece la previsión de no habilitar al Presidente para

expedir decretos con fuerza de ley si estos no tienen una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el acuerdo final. Aún más, dentro de ese ámbito, el Presidente de la República no puede emitir cualquier clase de legislación extraordinaria.

El Acto Legislativo establece que el Presidente de la República no tiene competencia para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que necesitan mayorías calificadas o absolutas, leyes tributarias, ni tampoco puede regular otras materias que tienen estricta reserva de ley, y que no son expresamente mencionadas en la reforma (Núm.65); y en ningún momento se contempla una sustracción competencial al legislador ordinario para la implementación de los Acuerdos, con lo que se entiende que la habilitación es de carácter extraordinario y en suma, con los aspectos temáticos y temporales ya mentados, así como la consolidación de unos controles interorgánicos que permean la designación al sistema de pesos y contrapesos -lo que se evidencia en el control automático de constitucionalidad, en materia de conexidad y excepcionalidad y, manteniendo las facultades políticas y jurisdiccionales del Congreso en su función de velar por la estabilidad institucional, la Corte concluye que *no se dio una sustitución* de los principios de separación de poderes o funciones.

Por lo que en suma, la Corte evidencia que no se presentó una Sustitución a los elementos definitorios de Rigidez Constitucional y Separación de poderes de la Constitución de 1991, por lo que no existe fundamento para declarar su inexecutable. Por ende, los Artículos 1° y 2° parciales del Acto Legislativo 01 de 2016 son declarados **EXEQUIBLES**.

3.1.2 Sentencia C- 332 de 2017

La presente demanda de inconstitucionalidad adquiere relevancia política y jurídica por el carácter controvertido que posee, además de que cuyo accionante en su momento, es el ahora Presidente de la República Iván Duque Márquez y otros que comparten y determinan sus posturas políticas; las cuales, ven claras oposiciones al entonces Proceso De Paz en fase de

implementación. Así que, con asidero en esta consideración preliminar se procede a abordarla en los puntos relevantes para nuestro estudio.

Ésta vez, nuevamente fue señalado de inconstitucionalidad el Acto Legislativo 01 de 2016, pero con motivaciones y señalamientos distintos los cuales apuntan una inconstitucionalidad en la integralidad del dispositivo reformativo, por las razones a continuación esgrimidas.

La Demanda

“la Constitución no puede estar al albedrío de la adecuación pragmática frente a las pretensiones de quien quiera negociar con el Estado”⁵³

Los demandantes consideran que el Acto Legislativo No. 01 de 2016 sustituye la Constitución Política por desconocer pilares inquebrantables, tales como la separación y el equilibrio de poderes, autonomía judicial.

Lo que se justifica en que los preceptos reformativos de la Constitución, convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente son susceptibles de control por requisitos netamente procedimentales, reafirmando la aseveración de que dicha condición es indispensable de llevar a cabo en forma integral, por el respeto a la estructura constitucionalmente delimitada para ello por lo que, con la disposición de reforma tendiente a disminuir el número de debates, se desconoce la diferencia esencial que establece la Constitución entre el trámite que deben surtir las leyes y el que deben agotar los actos legislativos, sin tener en cuenta que los últimos deben someterse a un mayor análisis, dada su naturaleza modificatoria de la Carta Política:

⁵³ Fragmento extraído de la Intervención de Iván Duque Márquez, en la audiencia pública convocada por la Corte Constitucional, el 6 de abril de 2017.

Indican que el “fast track” le permite al Congreso de la República (i) dar un golpe de estado constitucional, (ii) abusar de su poder como constituyente derivado y (iii) crear normas constitucionales sin procedimientos ortodoxos reglados, desconociendo los núcleos y pilares fundamentales de la Constitución Política.

De esta manera, considerando que la demanda apunta un señalamiento integral de inconstitucionalidad por parte del Acto Legislativo atacado, se hará una somera descripción de los cargos aducidos en contra de los Artículos (5 en total), de esta disposición de enmienda.

En lo que respecta a los literales h) y j) del Artículo 1° del Acto Legislativo demandado⁵⁴, en los cuales se supeditan decisiones y actuaciones legislativas al aval previo del Gobierno respecto a su implementación; aducen que se desconoce los principios de separación y equilibrio de poderes⁵⁵ -siendo ésta la garantía contra un régimen absolutista-, toda vez que le permiten a la Rama Ejecutiva inmiscuirse en los asuntos del Legislativo, limitando las capacidades de reforma constitucional de la Rama Legislativa.

Respecto al literal k) del artículo 1° de la reforma acusada, advierten que limita de forma desproporcionada el poder judicial, al establecer que la Corte Constitucional ejercerá un control único de constitucionalidad sobre los proyectos de ley tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la paz, lo cual desconoce los principios de autonomía de la Rama Judicial y de separación y equilibrio de poderes.

⁵⁴ Artículo 1°- transitorio, del Acto Legislativo 01 de 2016:

h) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional;

[...]

j) En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación.

⁵⁵ Sostienen que la separación de poderes es un elemento fundante, que está consagrado tanto en el Artículo 113 de la Constitución Política, en el cual se establece que “son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial” y que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Con fundamento en este precepto sostienen que el acto cuestionado obstruye el poder de reforma constitucional otorgado al Congreso de la República, rompe el orden constitucional y sustituye la Carta Política.

Por otro lado, estiman que el artículo 2º del acto acusado sustituye el artículo 150-10 de la Constitución Política que autoriza al Congreso para “revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”, facultades que deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y cuya aprobación requerirá mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. A su juicio, la sustitución radica en que el precepto demandado le da unas facultades al ejecutivo que reemplazan la función legislativa del Congreso, sin la correspondiente autorización previa, rompiendo el equilibrio de poderes.

Además, indican que el artículo 3º del Acto Legislativo⁵⁶ acusado desconoce los artículos 113, 338 y 345 de la Constitución Política, dado que las facultades otorgadas estaban reservadas al Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales, de manera que “su concentración en el ejecutivo implica la ruptura de la separación de poderes y, en concreto, de los principios basilares de hacienda pública y la tributación”.

De otra parte, los demandantes consideran que el artículo 4º del acto reformativo acusado quebranta el artículo 93 de la Constitución Política, al asimilar el Acuerdo Final para la Terminación Del Conflicto a un acuerdo especial, en los términos del artículo 3º de los Convenios de Ginebra, así como al incorporarlo al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Por cuanto a su juicio, la figura del bloque de constitucionalidad se instituye como un elemento identitario en el cuerpo de la Constitución, por cuanto la Carta Política establece taxativamente cuáles son los instrumentos que forman parte de éste, al igual que delimita los sujetos de derecho internacional que pueden suscribir los tratados o normas que ingresan al indicado bloque normativo.

⁵⁶ Mediante tal disposición, se otorgó facultades al Gobierno para designar un componente a la Paz en materia tributaria y de hacienda, en el Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo.

Sostienen que el Acto Legislativo demandado pretende asimilar el acuerdo para la terminación del conflicto a un tratado de derecho internacional público, hecho con una contraparte de derecho internacional y que, sin embargo, las FARC no tienen personalidad jurídica, tampoco son un Estado, ni mucho menos son un sujeto de derecho internacional.

Adicionalmente se aduce inconsistencias del procedimiento legislativo para la aprobación del texto de los Acuerdos de la Habana, se dice que el Acto Legislativo demandado vulnera el principio de consecutividad, por cuanto el asunto relativo a la introducción del Acuerdo Final de Paz en el bloque de constitucionalidad efectivamente se hizo aludiendo gravemente el debate democrático no fue objeto de discusión y mucho menos de aprobación en el primer debate, ni de la primera ni de la segunda vuelta, como ha debido ocurrir para preservar los principios que gobiernan constitucionalmente la formación de las leyes. Por cuanto se incurrió en un desconocimiento de: el principio de consecutividad, los Artículos 157, 160 y 241-numeral 1° de la Constitución Política y los Artículos 224, 225 y 226 de la Ley 5 de 1992, al introducir, en el último y el penúltimo debate, un eje temático que había sido negado, en dos oportunidades, y que luego no fue debatido en el trámite legislativo.

Finalmente, los demandantes estiman que el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2016 quebranta el artículo 374 constitucional que prevé que sólo podrá ser reformada “por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”. Esto en el sentido que se estableció primariamente que dicha reforma rige a partir de la refrendación popular del acuerdo, lo cual no se cumplió, pues con la Ley 1806 de 2016, se dispuso que el mecanismo de participación utilizado sería el plebiscito, es decir, que la reforma dependerá de su resultado, lo que equivale reemplazar lo originalmente dispuesto en el 374 de la Constitución Política.

Como un punto que resalta por su ausencia en los cargos anteriormente esgrimidos, se denota una carencia de la demanda, por cuanto los actores suscitan elementos de sustitución constitucional los que, en virtud de la jurisprudencia en la materia exige de una carga delimitada a criterios de argumentación, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia, esgrimidos enfáticamente -entre otros (Sentencias C-740 de 2006, C-158 de 2008 y C-968 de 2012)-, por la sentencia C-1040 de 2005 (Fundamento 7.10.3). Así que, aparte de apuntar por momentos a contenidos específicos de la Carta, que arguyen en el fondo un control material proscrito en la Constitución⁵⁷, no se evidencia en forma preliminar en el contenido de la sentencia en cuestión, un detenimiento en la exigencia rigurosa antes expuesta por la Corte para el trámite de los cargos derivados de los límites competenciales. Así que, hecha esta precisión necesaria, se procede a analizar lo contemplado por la Corte, en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad, antes de lo cual se dedicará una pequeña sección a los puntos más relevantes, disímiles y rescatables de lo extraído a partir de las *Intervenciones* a la presente Sentencia.

De esta manera, frente al criterio esbozado tras los numerosos pronunciamientos referentes a los cargos aducidos en la Sentencia; queda por decir, que las posiciones hacia una inexequibilidad constitucional de los apartes más significativos de la misma se ven reflejados en primera medida, en lo que atañe a los literales H, J y K del Art. 1° de la Reforma para la implementación de la Paz, dado que el criterio polémico de éstas disposiciones se centra hacia la consideración de una concentración en el poder por parte del Ejecutivo lo cual, encuentra posiciones a favor y en contra de ello.

⁵⁷ Que personalmente riñe con lo dispuesto por el Alto Tribunal al referirse a que “la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte”.

Por una parte, se tiene un criterio uniforme que aduce un reemplazo al eje identitario de la supremacía constitucional, en el sentido que la esencia misma de dicho principio se evidencia en la restricción a los órganos constituidos o derivados para condicionar el *contenido* de las reformas constitucionales, por lo que de la misma redacción normativa es posible concluir que las disposiciones ahí contenidas se establecen en cabeza exclusiva de la Rama Ejecutiva y; además se sostiene que el precepto acusado, especialmente en los literales H y J, implica que la función deliberativa del Congreso de la República depende directamente de la voluntad de otro poder constituido como es el poder gubernamental, lo que desconoce el eje axial de la separación de poderes.

En el sentido opuesto, para la Comisión Colombiana de Juristas, la tendencia hacia una participación activa del Ejecutivo se centra en que és este el responsable de las medidas atinentes a restablecer el orden público y conservarlo (Art. 189, Num. 4°) y que, en virtud de la esencia de esta rama del poder, las facultades conferidas son asignadas al Presidente en su calidad de Jefe de Estado, para definir el curso de las negociaciones en pos del objetivo común de la Paz.

Es preciso indicar -para brindar al lector una perspectiva amplia del panorama aquí presentado-, unas breves consideraciones emanadas por el Presidente del Senado de la República, que va muy de la mano con la posición referida por diversos intervinientes; quien en la audiencia pública convocada por la Corte, sostuvo una defensa de la exequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2016.

En primer momento, por cuanto los principios de separación de poderes, rigidez y superioridad constitucional, no pueden establecerse al nivel de cláusulas pétreas en nuestro sistema, no fue así contemplado por el constituyente primario; aunque sí con atención a los límites identitarios

que a su vez, deben adaptarse al entorno transicional favorable al tránsito hacia la convivencia social, inherente a la dejación de la guerra.

Para este interviniente, el ejercicio de la potestad configurativa del Ejecutivo liderado por el Presidente en el vigente Proceso De Paz, no es un desbalance del sistema de frenos y contrapesos por el contrario, es una expresión de la colaboración armónica entre los mismos en los que, tanto el poder legislativo como el judicial adquieren protagonismo en la escena de brindar certeza jurídica de un control integral en respeto de la Constitución de 1991:

[...] las normas que se tramiten dentro del Procedimiento Especial de Paz deben ser debatidas y aprobadas por el Congreso, ente legítimo y representativo del pueblo, y que tanto el poder ejecutivo como el judicial mantienen sus facultades, pues, el primero, conserva su capacidad de iniciativa legislativa mediante la radicación y validación del proyecto de ley y, el segundo, no pierde su capacidad de revisión de las normas, pues ostenta la posibilidad de declarar su exequibilidad o inexecutable por medio del control que realiza la Corte Constitucional (Intervención Mauricio Lizcano - 6 de Abril de 2017 - Audiencia Pública reseñada en la Sentencia C-332 de 2017).

Como un último punto reseñable, la incorporación del Acuerdo al Bloque de constitucionalidad que se dispuso en concordancia con el Art. 3° de los Convenios de Ginebra, apunta no sólo a brindarle un carácter superior al del ordenamiento, sino su objetivo central es dotarle estabilidad jurídica reforzada por cuanto la etapa de implementación del mismo adquiere especial atención para el éxito y consecución efectiva de lo pactado en la Habana; bajo la premisa de haber sido realizado respecto de la totalidad del documento, con el propósito de contrarrestar la histórica desconfianza mutua entre las instituciones del Estado y las FARC-EP.

Así también, Rodrigo Uprimny, en su intervención extraída de la Audiencia Pública convocada por la Corte en la presente Sentencia y, como ya es usual en su carácter prolijo de analizar y

estudiar el derecho; sostuvo cuatro puntos que merecen -por su valor-, ser enunciados. El primero de ellos (i) se afina a la posición ya expuesta al observar la carencia de los requisitos mínimos de la demanda por sustitución para el trámite ante la Corte; (ii) así como se señaló en la Sentencia C-699 de 2016 (Núm. 42 y 54), que los motivos de necesidad en la implementación de un proceso estable y duradero requieren de la adhesión a los mismos de medidas excepcionales y raudas; y que (iii) existe cosa juzgada constitucional en los temas del tránsito legislativo exprés, como en las facultades extraordinarias dadas al Presidente y que, (iii) la refrendación popular se había realizado instando al diálogo dado a partir del pronunciamiento ciudadano; (iv) en el ámbito de un proceso de paz, el Presidente tiene la competencia de mantener el orden público y firmar acuerdos de paz con grupos insurgentes, pero para garantizar la coherencia de la legislación de implementación con ese acuerdo y para que este se cumpla como fue pactado, es necesario que las modificaciones que se introduzcan, cuenten con el aval del Gobierno.

Con todo, luego del abordaje que permitió dilucidar los puntos discordantes de las principales posturas de la controversia político-constitucional, se prosigue con el punto álgido del debate, que pasará a ser analizado por la Corte Constitucional es la clara y contrapuesta posición entre el enfoque con carácter transicional y por ende, especial, excepcional y transitorio el cual; como se ha visto a lo largo de la Monografía, ha pretendido ser incorporado a un sistema constitucional ordinario con sus límites y dispositivos en plena vigencia y control. Como si la situación hacia la Paz, no ameritara de tratamientos distintivos.

Así que, con la necesaria precisión anterior, es menester proseguir con el estudio efectuado por el Guardián de la Constitución.

Examen Constitucional de la Corte

Como una cuestión previa, de necesaria depuración, la Corte partió con la consideración frente al Art. 4° del Acto Legislativo 01 de 2016, el cual fue demandado por dos cargos específicos centrados en la contradicción normativa y vicios de carácter procedimental; en razón a que en dicho Artículo se previó la incorporación del Acuerdo Final en el bloque de constitucionalidad y su asimilación a un acuerdo especial, en los términos del artículo 3°, común a los Convenios de Ginebra, decisión que los demandantes estiman contraria al artículo 93, 150-16 y 214-2 de la Carta; así como del principio de consecutividad inherente al trámite legislativo de la normatividad, por cuanto se aprobó a partir del primer debate de la segunda vuelta en la Cámara de Representantes, ya que el trámite general del Acuerdo ya se encontraba en proceso.

Así también, se atacó el hecho que dispuso el control constitucional relacionado con la implementación del Acuerdo Final mediante leyes ordinarias o leyes estatutarias, que será único y automático; lo cual se señaló en la demanda, sustituye los principios de separación de funciones y de independencia judicial, limitando el andamiaje de control ordinario en cabeza de la Corte Constitucional.

Frente a lo anterior, la Corte señaló que posterior a las modificaciones a la idea general de los Acuerdos de la Habana, a raíz del resultado del plebiscito del 2 de octubre de 2016. Se dispuso la derogatoria del Art 4° en mención, el cual contenía todas estas disposiciones; así que, en virtud del Acto Legislativo 02 de 2017, se instauró la reforma constitucional que propendió su derogación y reemplazo por la incorporación al Bloque de Constitucionalidad sólomente de lo que atañe a normas de Derecho Internacional Humanitario o a derechos constitucionales fundamentales o conexos, que serán tenidos como parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, durante los tres períodos presidenciales posteriores. Así que, en el sentido general del Artículo - exceptuando lo aquí reseñado-, por sustracción de materia, no dio cabida a un estudio de constitucionalidad, siendo procedente la declaratoria de INHIBICIÓN.

Ahora, partiendo de esa primera precisión, la Corte prosigue con una depuración competencial frente al resto de la demanda presentada en ésta oportunidad. Ello partiendo del cumplimiento de los criterios de: certeza (que la demanda derive de su texto y no constituyan una suposición o una conjetura carente de asidero), pertinencia (que el cuestionamiento tenga relevancia constitucional, no una mera contradicción normativa de menor jerarquía), especificidad (asiste al demandante enunciar explícitamente el por qué el dispositivo reformativo demandado en lugar de ser una reforma auténtica de la Carta constituye, en realidad, una sustitución de la misma) y suficiencia (si los elementos aportados logran despertar en la Corte una duda o inquietud mínima acerca de la posible vulneración de la Carta a causa de las acusaciones esgrimidas en la demanda); que pasan a instituirse en la presente sentencia como requisitos - que para esta ocasión-, reemplazan al precedente establecido donde se determinó el rigor que la acción por inconstitucionalidad frente a asuntos competenciales debía contener, la Corte lo justificó en que los mismos no podían constituir una barrera al acceso a la justicia dado el carácter público de la acción en mención y al hecho que los debates referentes a la teoría de la sustitución no se encuentran completamente acabados o agotados, por cuanto la misma se encuentra en constante período de consolidación..

Por consiguiente, respecto del *Artículo 1°* se concluyó que las acusaciones contra los literales H y J⁵⁸, son susceptibles de análisis constitucional; por cuanto las decisiones recaigan sobre la

⁵⁸Los literales del Art 1° del Acto Legislativo 01 de 2016 aquí señalados, son:

h) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previa del Gobierno nacional;

j) En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación;

k) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatutarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará sólo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

totalidad de cada proyecto con las modificaciones avaladas por el Gobierno, en virtud de los literales señalados, para los demandantes constituye una injerencia del poder ejecutivo en las funciones del legislativo, intromisión dotada de un alcance tal que sustituiría la Constitución.

Por su parte, lo referente al literal K no tiene ocasión, por cuanto carece del requisito de certeza, pues no se desprende de la redacción normativa las conclusiones expuestas por los demandantes en los cargos presentados, en lo que tiene que ver con la justificación del control *único y automático* dispuesto en la reforma, ya que si el mismo se erigiera en el contexto apropiado, permitiera dilucidar que pretende simplemente dotar de seguridad jurídica y carácter de expedites a las normas proferidos en virtud del acto enmendatorio; además que, basado en la jurisprudencia en la materia, el Tribunal concluye que “los controles mediante los cuales se busca una definición definitiva de la constitucionalidad no excluyen el análisis posterior siempre que sea justificado” (Núm. 3.1, párr. 23).

En el curso de este proceso, se ha hecho referencia a figuras jurídicas tales como la cosa juzgada relativa implícita que ameritaría un nuevo pronunciamiento en relación con aspectos que no se hayan abordado al efectuar el control único de constitucionalidad, o como la cosa juzgada aparente en que una declaración de la parte resolutive carece de sustento en la parte considerativa por haberse omitido el correspondiente análisis, que puede ser procurado mediante un nuevo pronunciamiento, con lo que las acusaciones proferidas por los demandantes, carecen de la debida apropiación integral del concepto y, por ende no serán analizadas.

En lo atinente al Art 2°, la Corte ve en la demanda al mismo, suficientes argumentos para inferir la inquietud hacia una presunta sustitución al eje definitorio de la separación de poderes por una concentración en cabeza del Ejecutivo. Más no puede dejarse de lado el hecho que en anteriores providencias -específicamente en la Sentencia C-699 de 2016-, la Corte se pronunció

al respecto de tal temática concluyendo la exequibilidad de la misma por cuanto las condiciones especiales y específicas en que dicha facultad fue otorgada⁵⁹, con lo cual se concluyó que en la presente oportunidad no se formularon cargos específicos en contra de los incisos referentes a las materias excluidas del ámbito de las facultades extraordinarias conferidas y al control automático de constitucionalidad de los decretos expedidos con base en la habilitación otorgada. Por cuanto es inexorable la aplicación de la cosa juzgada constitucional.

En lo que concierne al Artículo 3° de la reforma esto es, la destinación a la Paz dentro del Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, para los demandantes se sustrajo al legislador de su potestad conferida en el Art 150, Núm. 3 Superior, incurriendo en una sustitución de las funciones constitucionales del Congreso, por cuanto es un órgano de representación democrática quien está llamado a regular lo concerniente a la materia tributaria.

Frente a esto, la Corte asevera que de los cargos presentados, no se evidenció una sustracción en la competencia del legislador en la creación de impuestos, para acrecentar el poder del ejecutivo y privar al legislativo de las atribuciones que en esa materia le ha confiado la Constitución. Por cuanto para este Tribunal, al contrario:

Se trata, [...] de la ejecución de unos recursos y del cumplimiento de unas metas, más no de una atribución de facultades en materia impositiva o presupuestal, objetivos que [...] necesitan de una modificación explícita [...] (2017, Núm. 3.3, párr. 9)

Concluye entonces la Corte con que se incumple el requisito de certeza y, adicionalmente, los de pertinencia y suficiencia: “pues la respetable opinión de los actores no sirve como

⁵⁹ Por cuanto se explica que en dicha ocasión:

“la habilitación está “temporalmente limitada”, su ejercicio es transitorio, “se funda en normas de la Constitución que buscan asegurar la transición hacia el fin del conflicto”, los decretos que se expidan “con arreglo a estas facultades extraordinarias deben facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final”, tendrán control constitucional automático” y “el Congreso preserva las competencias de control político y jurisdiccional sobre el Gobierno y el Presidente de la República” (Sentencia C-699 de 2016).

fundamento para apreciar la constitucionalidad de lo demandado, ni brindan los elementos que se requerirían para adelantar un juicio de sustitución” (2017, Núm. 3.3, párr. 10).

En el curso de lo aquí descrito resta la identificación del último Artículo demandado (5°), al haber sido aseverado por parte de los accionantes, que el mecanismo plebiscitario para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016 fue alterado de su esencia constitutiva cual es, la de ser un mecanismo de participación, para convertirse en una instancia reformativa de la Constitución, por tanto se desconoció el Artículo 103 que dispone su característica democrática, más no de instancia decisoria en el curso de la enmienda a la Carta Política; por lo que en la demanda se consideró que con esto se instituyó un nuevo mecanismo de reforma extraño a la identidad de la misma.

A ello, la Corte dispuso afirmar que dichas acusaciones fue tomado en un alcance distinto al mismo contenido en el acto de reforma, con lo que se desconoce los requisitos de certeza, en la medida en que la demanda versa sobre un elemento que no se desprende directamente de la redacción del texto contenido en el cuerpo reformativo, también se desconoce los requisitos de pertinencia y suficiencia dado que el criterio de los actores no es el adecuado para emprender un juicio de sustitución que, además, requiere de una argumentación suficiente que la demanda no contiene por cuanto la misma se limita a señalar concepciones particulares del alcance referido y no la verdadera conceptualización del contexto y el sentido que se dio en aquel entonces al término *refrendación popular*.

Así que, delimitado este necesario paso, la Corte procedió al estudio ya centrado en cargos netamente por sustitución, del cuerpo normativo que ella misma decantó iba a ser estudiado por el Guardián de la Constitución de 1991.

Juicio de Sustitución

Habiendo delimitado el ámbito competencial para el ejercicio del control constitucional por sustitución, se hace menester indicar unos pasos previos a la realización del Test, los cuales establecen el entorno transicional que regirá las siguientes consideraciones del Alto Tribunal.

De esta manera, la Corte propende una identificación de su propia jurisprudencia en materia de justicia transicional -ya abordada en la primera parte de esta investigación-, para así dilucidar que la transición política y social a la Paz ha requerido de medidas especiales, las cuales tienden a flexibilizar principios definitorios como la separación de poderes, pero todo eso sí, con la debida atención a los límites inherentes de la Carta Magna:

En los términos señalados, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la tesis de que las reformas constitucionales que desarrollan modelos de justicia transicional en contextos de paz, no obstante implantar mecanismos extraordinarios, no aplicables en períodos ordinarios de institucionalidad, y la introducción de excepciones a mandatos constitucionales específicos, no comportan en sí mismos una sustitución de la Constitución (Sentencia C-332 de 2017. Núm. 7)

Para mencionar un ejemplo, se trae lo establecido en la Sentencia C-379 de 2016, la cual se profirió en el marco de implementación del actual proceso de paz, más precisamente en virtud de la revisión previa y automática de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria para regular el plebiscito conducente a la refrendación del acuerdo final; donde además, se indicó que las facultades presidenciales para dirigir la feliz consecución de un acuerdo para la obtención de la Paz, implica *per se* la flexibilización del sistema jurídico ordinario, pero con la debida atención al principio axial de separación de poderes, que comprende la necesaria colaboración armónica entre los órganos constitutivos del estado en su papel mancomunado para el alcance de objetivos superiores de interés general.

Por lo que, a pesar del marco extraordinario que determina el contexto de la transición política; para el Estado colombiano, ella debe materializarse bajo la base democrática cimentada en la búsqueda de un consenso general, en cuanto no puede desatender la órbita de participación de otras ramas del poder, en especial el Congreso, como parte activa y representante democrático por excelencia para el ordenamiento constitucional.

Se concluye que, aún bajo la lógica de un proceso transicional, no es posible desconocer las competencias contempladas en la visión originaria de la constitución, las cuales se consolidaron en pos de la estabilidad jurídica del sistema.

Premisa Mayor

Para la delimitación de este primer ítem del Test de Sustitución, es preciso partir de su determinación como un elemento inmanente y consustancial a la idea originaria que compone la base del Pacto Político de 1991. Para tal fin, se dedicará las próximas líneas a la consolidación del Principio de Separación de Poderes, su significado y expresiones en el ordenamiento jurídico superior.

La idea que configura su base ideológica y fundamental, es construida desde la óptica que le determina como un límite al poder exorbitante de las cabezas visibles del poder público, asegurando así la libertad de los ciudadanos. De esta manera, se consagró en el sistema una delimitación precisa de las funciones, deberes y potestades que fungen como la esencia del actuar de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Esto configura la noción básica de un ordenamiento constitucional y, permite su distinción de modelos despóticos o autoritarios.

Con el avance en su precisión como un postulado estructural, se configura la concepción moderna que contempla la superación de su significado en sentido cerrado y estricto; esto es, se plantea la idea que entre las diversas ramas del poder, debe existir un sistema de controles

recíprocos bajo una conformación del mismo en una noción armónica, la cual, como lo menciona la Sentencia C-141 de 2010: “aun cuando preserve la especialización de las tareas estatales, procura la colaboración recíproca orientada a un mejor desempeño de la actividad estatal y al control que surge como consecuencia de la implementación de un delicado mecanismo de frenos y contrapesos” (Fundamento 6.2.1.3).

Partiendo de esta acepción, para el ordenamiento jurídico nacional, se ha reconocido a la separación de poderes como uno de los ejes transversales de la Carta de 1991, que podría ser objeto de una sustitución.

Por lo cual, en tratándose de la jurisprudencia constitucional, varias han sido sus expresiones como un postulado inmanente y necesario en el mantenimiento de la idea inicial del Estado. Así, en la Sentencia C-288 de 2012, se consolidó que la separación de poderes cumple dos funciones esenciales:

- (i) Garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos, a través de la protección frente a la conformación de poderes públicos omnímodos; y (ii) racionalizar la actividad del Estado y el ejercicio de ese poder político, mediante la instauración de órganos especializados, autónomos, independientes y con competencias definidas por la Constitución y la Ley (Núm. 18).

Así como también, en diversos pronunciamientos del Guardián de la Constitución -algunos han sido comprendidos en la presente monografía-, se ha consolidado a éste principio como de la identidad y configuración originaria de la Carta política y a la vez, como un límite competencial al poder derivado de reforma, verbigracia los casos traídos en la Sentencia C-1040 de 2005⁶⁰,

⁶⁰ Sobre la reelección presidencial inmediata y por una sola vez, éste pronunciamiento contiene la declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Acto Legislativo 2 de 2004. Para su estudio integral, acudir a la página 77 de la Monografía.

C-141 de 2010⁶¹; así como en el evento opuesto, casos en que se validó el otorgamiento de facultades extraordinarias en el Ejecutivo bajo precisos y estrictos condicionamientos⁶², como sucedió en la Sentencia C-970 de 2004⁶³ y el último caso traído por la Sentencia C-699 de 2016⁶⁴. Lo cual evidencia la tendencia del sistema de que, de manera general, se previene de la designación de facultades legislativas extraordinarias, a excepción de precisos condicionamientos; dada la limitación de las facultades de las demás ramas del poder público, por el carácter presidencialista de la democracia colombiana.

A renglón seguido, es decir, luego de haber precisado la figura del principio de separación de poderes como un eje axial de la constitución, cuyo sobrepaso en figuras como el presidencialismo radical altera la estructura del Estado. Es conveniente abordar lo concerniente a las facultades constitucionales del Congreso en la conformación del Estado, que se compenden como de la esencia e identidad de la Constitución y que la Corte Constitucional (C-332 de 2017), abordó desde dos aristas.

Por un lado, la cláusula general de competencia en materia legislativa, la cual comprende la función de éste Órgano por hacer las leyes, interpretarlas, ejercer el poder de reforma derivada y derogar las mismas.

Para la presente oportunidad merece rescatar su papel preponderante en el procedimiento de reforma constitucional; por cuanto le fue designada (Por el Art. 376 Superior), la labor de

⁶¹ Relativa a la segunda reelección presidencial, donde se contuvo la tendencia del ejecutivo a desbordarse en detrimento de los otros poderes y órganos públicos.

⁶² Pues la habilitación al ejecutivo era subsidiaria, materialmente limitada, destinada a la expedición de las regulaciones indispensables para que entrara a funcionar el nuevo sistema y, además, temporal, de manera que aunque su ejercicio podía dar lugar a la expedición de preceptos con rango de ley, quedaban sujetos al control de constitucionalidad y el legislador conservaba las facultades para derogarlos, modificarlos o sustituirlos.

⁶³ Abordada también en la presente Monografía, remitirse a la Pág. 70.

⁶⁴ Que contempló el análisis de la competencia otorgada al Gobierno Nacional para expedir decretos leyes que implementen el Acuerdo Final, contenida en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016. información detallada es ubicable en la Pág. _____ de ésta investigación.

aprobar, a través de la Ley, la posibilidad de someter a los ciudadanos la decisión respecto de la convocatoria a una Asamblea Constituyente; por su parte, en el caso del referendo constitucional, previa iniciativa gubernamental o de los ciudadanos, le asiste la tarea de incorporar mediante la Ley, el texto de reforma que será sometido a decisión popular; por último, se le confía un mecanismo específico de reforma que se tramita íntegramente en el Congreso conocido como Acto Legislativo, el cual supone adelantar a través de un procedimiento especial y en ejercicio de la atribución de constituyente derivado (Núm. 8).

Dichas facultades y deberes, dada su altísima relevancia para la estabilidad del sistema, fueron brindadas a un órgano por excelencia de representación democrática del pueblo, quien emana su soberanía en él. Por tanto, el Congreso bajo la garantía de deliberación, participación, pluralismo y decisión, no puede ser sustituido en ésta comisión originaria.

Como segundo asunto a tratar, se tiene el desarrollo mismo de la función legislativa emanada de la Constitución, el cual no es netamente mecánico o de mero tramitador, por el contrario, como fue expresado líneas arriba, debe ponerse en marcha con atención a procesos de debate - con excepción a la votación en bloque, también permitida en un entorno que permita la intervención de los Congresistas-; bajo un escenario plural y un papel desempeñado activamente.

Así que, en conclusión de la premisa mayor, para el Guardián de la Carta:

[...] la función legislativa se explica a partir de los dos componentes anotados: la posibilidad de deliberación y la facultad de adoptar decisiones por el Congreso a partir de ese proceso público y pluralista. Por ende, la Corte advierte que una reforma constitucional que cercene uno de estos dos elementos sustituye el principio de autonomía de la Rama Legislativa, que es a su vez componente del principio de separación y equilibrio entre los poderes públicos (Sentencia C-332 de 2017, Núm. 8).

Premisa Menor

En el orden metodológico del test de sustitución, tras haber abordado el paso previo que permitió dilucidar el elemento identitario presuntamente reemplazado, como lo es el principio de Separación de poderes, el cual comprende en sí mismo la expresión legislativa inherente al Congreso de la República en su función normativa y de representación, que se establece como una garantía del principio democrático. Se procede con el estudio centrado en el alcance de la afectación a la identidad originaria de la Carta Política, de los literales acusados de inconstitucionalidad (Art 1º, literales H y J), que pasaron el filtro competencial para ser abordados en un control por sustitución.

Lo anterior, por cuanto a través de dichas disposiciones de reforma se dispuso depender del aval del Gobierno a las actuaciones del Legislador que rodean y permean la implementación de los Acuerdos de Paz suscritos en la Habana; por cuanto dichas instancias, las cuales se reitera, condicionan la participación de los congresistas, comprendida ordinariamente como la posibilidad material de incidir autónoma y libremente en el contenido de los proyectos de ley y acto legislativo, para terminar mediado por el arbitrio exclusivo del poder presidencial. Con lo que, tal carácter conlleva a desbordar indebidamente las competencias, de por sí amplias, de la Rama Ejecutiva, la cual termina por interferir en la función legislativa, con grave perjuicio del debate y la efectividad material del voto, como componentes del núcleo mínimo antes estudiado.

Por consiguiente, el carácter constitutivo de la función legislativa que se precisa abordar para la delimitación de la afectación señalada, radica en la noción del *pluralismo político* como garantía de la representación democrática integral; el que, en el entorno del procedimiento de implementación normativa del Acuerdo de Paz, debería fundamentalmente incidir y participar

de manera real y material en dicho procedimiento; por cuanto como se explicó, dicha garantía es la expresión misma de la democracia en el proceso.

Al llevarlo a la situación esgrimida en lo dispuesto por la reforma constitucional demandada, se estableció una concentración discrecional para la autorización de modificaciones a los textos en la voluntad exclusiva del Ejecutivo, siendo incompatible con dicha perspectiva, puesto que las alternativas de regulación que ofrezcan las diferentes fuerzas políticas, entre ellas las minoritarias, quedarán supeditadas a los objetivos del Gobierno, lo cual es opuesto al principio de pluralismo.

Lo anterior, actúa en detrimento de la eficacia del mandato representativo que ostenta el Congreso.

Por tanto, el Guardián de la Carta al hacer una remisión explícita y separada de los literales acusados, observa que en primera medida, el literal H condiciona las modificaciones a los proyectos de ley o de acto legislativo, tramitados bajo el procedimiento legislativo especial, a dos condiciones, expresadas por la Corte en la Sentencia objeto de estudio (2017, Núm. 9):

- (i) que se ajusten al contenido del Acuerdo; y (ii) que cuenten con el aval gubernamental. Así, en tanto conforme al literal a), las mencionadas iniciativas tienen reserva de formulación por el ejecutivo, entonces las modificaciones planteadas por el Congreso dependerán necesariamente de la voluntad del Gobierno, **sin excepción y de forma absoluta.** Negrilla fuera del texto original.

Pasando ahora al abordaje del literal J, el aspecto fundamentalmente controvertido y por tanto, susceptible de control competencial, se aduce desde la idea que a partir de la disposición que obliga al Congreso en las diversas instancias del trámite legislativo, a que cualquier decisión respecto del contenido de los Acuerdos se haga en bloque y en única votación, incluidas las

modificaciones que deben contar con aval Gubernamental, comporta para la Corte – irreductiblemente-, la reducción de la capacidad deliberativa del Congreso; así mismo, la implicación fáctica que se vislumbra es que los congresistas están coartados a discernir a partir del articulado, por la limitación emanada de la reforma, a una votación única; ya que el consenso se presume y ni siquiera es apreciable la posibilidad de expresar su desacuerdo parcial con la iniciativa, “precisamente por la imposibilidad jurídica de someter el articulado a deliberación a partir de cada una de sus partes”.

Con todo, debe tenerse de presente que la votación en bloque es una herramienta permitida en el trámite legislativo, como un mecanismo para su eficiencia y racionalización, pero la cual sólo procede al verificar la existencia de un acuerdo generalizado en el parlamento; Sin embargo, la validez del mecanismo de la votación en bloque no tiene un alcance tal, para desconocer la posibilidad de discernir y hacer uso del elemento democrático representativo por excelencia, como lo es el debate abierto y fundado.

En consecuencia, para la Corte, tratándose de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2016, se logra llegar a discernir que el tipo de votación opera por mandato de la enmienda constitucional, sin que las cámaras puedan decidir si desean o no omitir la discusión por partes del articulado. Y, en últimas, se incurre en una afectación a la autonomía del Congreso para definir la posibilidad de deliberación como componente del eje axial que da identidad a la función legislativa.

Conclusión del Test

En mérito de las reflexiones fundamentales emanadas por el intérprete autorizado de la Constitución, se llega a la premisa de síntesis con una idea clara de que con los literales antes expuestos, contenidos en el Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2016, se incurrió en una sustitución del Principio de Separación de Poderes, al ser coartada la facultad del órgano

constitucionalmente llamado a expedir las leyes bajo las atribuciones radicadas a su cabeza, en tanto se suprime la capacidad deliberativa y decisoria, derivada de la noción originaria en la configuración política del Estado colombiano.

La reforma prevé que la capacidad de determinar los contenidos normativos se transfiere al ejecutivo, limitando el mandato democrático y la competencia de producción normativa. Incurriendo en un sentido último, en una concentración del poder y una vulneración a la autonomía del Congreso. Así, al final, con base en el respeto del pacto constitucional, el órgano Legislativo debe preservar la competencia de modificar las propuestas del Gobierno, sin ser menester contar con su aval; así como para decidir si somete o no a discusión el articulado u opta por la votación en bloque de esas mismas iniciativas.

En salvaguarda del carácter competencial de la Constitución, la Corte decide la **INEXEQUIBILIDAD**, de los literales H y J del Art. 1º, así como **INHIBIRSE** de emitir pronunciamiento sobre el literal K del artículo 1º, el artículo 3º y el artículo 5º del Acto Legislativo 01 de 2016.

3.2 El Acto Legislativo 01 de 2017 y su control de constitucionalidad

La enmienda constitucional vía Acto Legislativo 01 de 2017, ha sido expedida bajo premisas de Justicia Transicional, justamente en virtud del procedimiento legislativo especial para la Paz, antes estudiado; por lo que será recurrente en su abordaje las constantes referencias a temas que se han venido tocando en la presente Monografía y con asiento en lo cual, surgirán nuevos elementos que sin duda sentarán un aporte a la construcción teórica que se ha venido consolidando y la cual, ve en la presente sección, su etapa final.

Queda por señalar que, debido a la pluralidad de elementos que componen la enmienda transitoria que desarrolla los contenidos necesarios para la transición política, aquí se hará

estricta referencia a elementos peculiares referentes a los límites competenciales a la reforma o la consolidación de elementos axiales que puedan emerger de dicho control; por cuanto un análisis transversal desborda el interés que, de antemano se anota, consiste en brindar un marco conceptual y de contexto que nos permita llegar de la mano a un acápite conclusivo, que recopilará ideas esenciales recogidas a lo largo de la presente monografía.

Así que, como una breve introducción queda por decir que la reforma en cuestión, resalta la creación de diversos elementos consustanciales a la idea de una transición política, que pretende constituirse como un elemento integral de acceso a la justicia, develación de la verdad y otorgamiento de reconciliación, reparación y garantías de estabilidad. En suma, busca erigirse como un modelo integral.

A modo de ejemplo, cabe resaltar lo referente a la creación de instituciones como la Comisión de la Verdad o la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas; encaminadas a fortalecer el proceso mancomunado para el alcance de una justicia integral, ante todo bajo el respeto del derecho de las víctimas a acceder a la verdad, como uno de los presupuestos fundantes del concepto referido; además del marco regulatorio concerniente al tema central de la enmienda: *La Jurisdicción Especial para la Paz*, un tribunal transitorio que impartirá justicia en el marco de la Paz, sujeto a un marco legal propio y, con un organigrama completo en cuanto a competencia, procedimientos, conformación y estructura para impartir los postulados aquí acotados.

Se hace referencia también a la centralidad en el papel de la víctima en el sistema integral, con un enfoque diferencial, territorial y de género. Lo que se traduce en la búsqueda de una Justicia armónica y consolidada para la consecución de una Paz estable y duradera.

Los elementos aquí dispuestos comprenden la puesta en marcha de la apuesta por la Paz en el país, a través de la implementación firme de un esquema de Justicia; el cual, como se ha venido

compeliendo a lo largo de la investigación, surge en el marco del ordenamiento jurídico y constitucional preexistente, así como de la idea fundacional de la Constitución de 1991; que fungirá como el parámetro para el control al sistema brevemente expuesto en estas líneas. Sin más, prosigamos con su estudio.

3.2.1 Sentencia C- 674 de 2017

En virtud del procedimiento legislativo especial para la Paz antes estudiado, correspondió a la Corte Constitucional ejercer el control único, automático y posterior a su vigencia, consagrado en el literal K del Artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2016; del Acto Legislativo 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una Paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

En este orden de ideas, se parte de la base indicando que la Corte, en el ejercicio del control mentado, dedicó una especial sección en la Sentencia a la identificación de los parámetros a realizar del juicio de constitucionalidad, ellos relacionado con la sujeción a las reglas de competencia vinculadas con el cumplimiento de unos criterios relevantes para su estudio, como lo son los de habilitación temporal, habilitación competencial, conexidad material y conexidad teleológica.

Así mismo, es menester considerar que el análisis por sustitución constitucional de la presente Sentencia adquiere un carácter excepcional al previsto por la idea construida en la jurisprudencia en la materia; esto por cuanto se contempla un estudio con base en una reforma constitucional para la Paz y a través de instrumentos de carácter diferenciado, por lo que es importante mencionar que debido a su característica única en el sistema, éste debe justificarse y, en efecto lo hace, desde la idea del principio de unidad constitucional, el cual contempla que la Carta Política no debe ser vista desde un carácter estático sino, por el contrario, centrado en

una delimitación consecuente con sus fines y en armonía para la efectividad de sus disposiciones.

Por tanto, el control mentado adquiere características peculiares que reflejan las intenciones ya señaladas y además, precisa ciertos condicionamientos en orden a la efectividad de lo dispuesto, en el siguiente sentido:

El control proferido tendrá un carácter: *Jurisdiccional*, es decir en aras a la independencia y autonomía que caracteriza la figura del Juez en nuestro sistema superior; además de ser *Automático*, dada su relevancia, por cuanto no deberá someterse a la estructura y oportunidad de la presentación de un señalamiento ciudadano de inconstitucionalidad. Así, se logra evidenciar desde sus albores, la puesta en marcha de un sistema diferenciado. Se presenta también la característica de ser *Limitado* a los vicios de procedimiento en su formación, que como ya ha quedado decantado en el presente estudio, incluye además el factor competencial como elemento activo del carácter procedimental. Emerge así la peculiaridad de ser un control *Único* por cuanto se pretende dotar de seguridad y certeza a los Acuerdos de Paz y; es *Abreviado* en virtud de la enmienda constitucional que dio lugar a la reducción del término previsto para su control a una tercera parte; por último, se aduce la cualidad de ser un control *Posterior*, en cuanto la Corte establece la diferenciación entre la *promulgación y entrada en vigencia* del acto de reforma, bajo la idea de que:

[...] la primera se informa o comunica a todos los ciudadanos el contenido de las normas de alcance general, básicamente a través de su inserción en el Diario Oficial; mientras que, por la segunda, se señala el momento a partir del cual empiezan a surtir efectos (2017, Núm. 3, punto vii).

Realizada esta precisión se procede al abordaje de los aspectos llamativos al control competencial en ésta oportunidad.

Control Constitucional de la Corte

La Corte efectuó en esta oportunidad un control centrado en el carácter excepcional, que se ha mentado, es característico de las medidas transicionales en aras de la búsqueda de la Paz; de esta manera el abordaje se circunscribe primariamente a unos elementos descritos aquí, como fundantes de la identidad de la Carta Política de 1991; sobre los cuales recaerá el centro de la discusión, para consolidar la:

Premisa Mayor

En primera instancia, en la dinámica ya conocida del mentado Test, se delimitó los elementos axiales y sus especificidades en la idea global de la Norma de normas, estructurando en esa lógica, los principios de:

Supremacía constitucional: (Arts. 4°, 168, 241, 86, 88, 89), que en líneas generales se evidencia de la ordenación jerárquica del sistema de fuentes del derecho, y de la ubicación del texto constitucional en la cúspide del mismo; así como comprende para sí la noción de rigidez constitucional, en razón de la cual la Constitución Política debe contar con blindajes especiales frente a sus modificaciones y reformas, mediante el establecimiento de requisitos procesales y sustantivos que cualifiquen las reformas a la misma.

Separación de poderes: (Arts. 1°, 6°, 113, 121) Como se ha visto a lo largo de éste estudio, la noción fundante del ordenamiento surge con una idea clara de las dos aristas que permean a éste elemento, el cual, se advierte en el sistema constitucional desde la idea de una distribución armónica del poder que se erige a la vez, como su límite y racionalización, reafirmado expresamente en el Art. 113 del texto constitucional, que evidencia la intención del constituyente por acoger expresamente este principio, consagrando: “son ramas del poder

público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”, y que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Independencia judicial: (Arts. 228, 230) En razón a este componente axial del ordenamiento jurídico, se establece dentro del mismo como un presupuesto de la función jurisdiccional y del derecho al debido proceso, siendo expresión misma de la separación de poderes como un organismo especializado y autónomo, con la capacidad de determinar el alcance y el sentido de la ley

Deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas: (Arts. 1, 2, 5, 6 a 88, 93, 94, 229, 215 y 241) La incorporación por parte de la Corte de este nuevo elemento identitario, parte desde la conceptualización de que es el fin último del Derecho y del Estado, asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas, tanto en escenarios de normalidad democrática, como en escenarios de excepcionalidad y de transición. Lo cual se fundamenta en que, en contextos de conflicto sistemático e inestabilidad política surge:

[...] dos deberes especiales: el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y el de asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

El juez natural como componente del debido proceso: Frente a este concepto en especial, se adujo por parte de la Corte que aquel no constituye en sí un pilar de la identidad de la Constitución, pero sí se establece como una expresión de la garantía del debido proceso, que plantea en últimas un elemento limitador en materia competencial al poder constituyente derivado, por cuanto dicha garantía adquiere fuerte conexidad con elementos Superiores como las libertades fundamentales y con el principio democrático. Por consiguiente, pese a no delimitarse como un requerimiento taxativo del texto constitucional, éste sí abarca la gran

mayoría de procedimientos requeridos para materializar los contenidos sustantivos de la Constitución Política:

[...] en últimas, la defensa de la Carta Política es al mismo tiempo una defensa del derecho al debido proceso (Núm. 5.2.5.1.4).

De esta manera, ha sido delimitado por la Corte Constitucional, las bases inherentes a la Constitución que, a su vez, cimentan los límites a las disposiciones reformativas contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2017, por lo que a continuación, se procede a evaluar el alcance -de presentarse-, de las presuntas afectaciones a los principios aquí descritos.

Premisa Menor y de Síntesis

Se hace preciso abordar en conjunto, -dada su relación y a términos de extensión-, lo que atañe a las implicaciones de la reforma, frente a la virtualidad de configurarse como una sustitución; en los aspectos tangenciales que se pondrán a conocimiento del lector en esta última etapa del control de carácter competencial.

Por consiguiente, a continuación se pretende abordar sumariamente las nociones que dieron cabida a la construcción del criterio del Intérprete Constitucional, frente al alcance de afectación al contenido -en materia competencial- de la idea originaria de la Constitución, con respecto de la enmienda a la misma.

Como enunciado de apertura al control del alcance específico de cada componente de la enmienda constitucional que trastoca principios axiales de la Carta, la Corte dispuso precisar las características que el Acto Legislativo 01 de 2017 acogió en aras a construir un modelo institucional encargado de operar las herramientas que den lugar, bajo un modelo de justicia especial, a la obtención del bien supremo Paz, con la consecuente terminación del conflicto armado en Colombia:

(i) primero, se crea una nueva institucionalidad encargada de liderar el proceso transicional, prescindiendo de la estructura orgánica existente bajo la Constitución de 1991; (ii) segundo, los nuevos organismos se encuentran separados orgánica y funcionalmente de las ramas del poder público establecidas en la Constitución de 1991; esto implica, por un lado, que estas instancias tienen autonomía técnica, administrativa y presupuestal, así como un régimen normativo especial y exceptivo para su conformación y funcionamiento, y por otro lado, que sus funciones son ejercidas de manera separada y en colaboración armónica con las demás instancias estatales; (iii) finalmente, los nuevos organismos tienen, en principio, vocación de vigencia limitada en el tiempo, por tratarse de una institucionalidad llamada a operar en un escenario transicional (Sentencia C-674 de 2017, Núm. 5.3.1)

De tal manera, se parte de dicha concepción excepcional para el entendimiento de que no se atenderá la figura del Test de sustitución en su configuración original, dado que los fines que impulsan las medidas hacia la Paz, requieren tanto de un estudio diferenciado, como de una flexibilidad sistémica, que sea acorde al contexto histórico en el cual se desenvuelve el mentado control competencial. Para no extender más las consideraciones preliminares, se dispone abordar tangencialmente los contenidos reformatorios que afectan -en distintos niveles-, la representación originaria de la Constitución.

Como primer elemento abordado por la Corte, en su tarea de dilucidar la afectación sustancial –o no-, de los principios rectores a la Norma Fundante del 91, se partió de la reforma a la estructura Estatal a partir de la creación, suscitada en la reforma que nos compete, de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y la Jurisdicción Especial para la Paz, las cuales se apartan de la visión originaria

prevista en la Constitución de 1991 y son entidades que cuentan autonomía en los niveles administrativo, presupuestal y técnico.

La Corte evidenció que aunque el Acto Legislativo 01 de 2017 introdujo un cambio sustantivo en la arquitectura institucional del Estado, el mismo se justifica dadas las condiciones diferenciales que caracterizan a los escenarios de transición, por lo que se concluye que la idea global de dicho novatorio esquema, no anuló los principios que irradian la configuración del Estado.

Por cuanto se preservó el ideal de controles recíprocos entre las ramas, así como la lógica de la contención del poder y además se sostuvo la idea que la creación de órganos autónomos y especializados configura una renovación institucional hace frente a la desconfianza que históricamente han manifestado algunos actores del conflicto armado, así como a las limitaciones que el Estado ha tenido en el cierre del conflicto en materias como la reconstrucción y la difusión de la verdad, reparación a las víctimas o la impartición de justicia (2017, Núm. 6.4).

Sin embargo, más adelante el Alto Tribunal, llegó a la conclusión que con la creación de la JEP, en algunos de sus componentes, se desconoció la armonía institucional para ser concentrada en instituciones precisas que desplazan la estructura política del sistema, así como los pilares de los principios de separación de poderes y de independencia judicial. A continuación, brevemente se detallan:

En primer lugar, lo que refiere al sistema de selección frente a la acción de tutela, contemplado en el Artículo transitorio 8° de la reforma, sustituye el sistema de frenos y contrapesos, ya que las decisiones judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz sólo pueden ser controvertidas

ante ella misma y su selección y revisión por parte de la Corte Constitucional, como es preceptuado en la idea originaria, tiene un alcance limitado y restringido, por cuanto se supedita al aval de la misma JEP, y la Corte cuenta con unas potestades reducidas e insuficientes en la revisión de las correspondientes providencias (C-674/2017.Núm.6.4.1). Por lo que su existencia en el ordenamiento va en contravía del Principio de Separación de Poderes, de la autonomía judicial en su esfera competencial a tal punto de ser incompatible con su visión originariamente dispuesta, lo que conlleva, en últimas, a su exclusión del ordenamiento.

En segundo lugar, frente a la disposición contenida en el Art. Transitorio 12, referente a que la intervención de la Procuraduría General de la Nación, debía ser condicionada a solicitud de los Magistrados de la JEP, comporta una afectación diametral al principio de Separación de poderes y en especial a los derechos de las víctimas, así que, pese a mantenerse la disposición Superior que aduce la intervención del Ministerio Público en los procesos llevados ante la Jurisdicción, el hecho de condicionarla a un agente externo el cual, cuenta además con la particularidad de ser contingente al sistema, esto es, no pertenecer permanentemente al mismo; así como se prescinde en el fondo, de una fundamental función para las víctimas y los sujetos pasivos ante la JEP, en atentado directo a las libertades por cuanto se dispuso declarar inexecutable el condicionamiento antes dispuesto, dada la relevancia de ésta Institución para la vigencia general de la Carta Política, lo que al final supone que su mediación deberá presentarse conforme al modelo originario constitucionalmente dispuesto.

Como tercera parte, se tiene que el Artículo transitorio 14, referente al control disciplinario a la JEP, puntualmente de quienes la componen, dispuso coincidir la instancia disciplinaria con la jurisdiccional, afectando la autonomía del Juez, quien se verá condicionado a la labor de sus pares que, además de afectar el derecho minoritario de quienes componen las Salas de éste Tribunal, les condiciona sus actuaciones a la eventualidad de una sanción impuesta por ellos. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte resolvió declarar la inexecutable de la

previsión normativa que radica el control disciplinario de los magistrados de la JEP en una comisión especial integrada por un magistrado de cada Sala y por un magistrado de cada Sección del Tribunal para la Paz.

Como cuarta consideración, el Guardián Constitucional evidenció un desconocimiento en los derechos de las jurisdicciones divergentes, donde resalta la población indígena, anulando así el principio de separación de poderes; ya que se hace radicar en la propia JEP el poder decisorio en los conflictos suscitados, en su propio beneficio (C-674/2017.Núm.6.4.4). La disposición acusada, hace depender la resolución de un conflicto competencial en manos de la JEP, así ella misma se encuentre involucrada en éste, siendo también concluyente que las decisiones finales, dado el esquema de mayoría simple en la composición de 4 integrantes, 2 de fuero especial y dos de la JEP, se suma una regla de preferencia en favor de dicha instancia jurisdiccional. La Corte en últimas, declaró la inconstitucionalidad del esquema especial para la resolución de conflictos entre la JEP y otras jurisdicciones, concluyendo que los mismos deberán ser resueltos por la Corte Constitucional.

En lo que atañe a la temporalidad de la JEP, en el Art. Transitorio 15 se planteó una vigencia de 15 años para dicho organismo, pero el problema llegó a radicar en que el mismo se podía dilatar indefinidamente, siendo anulado el Principio de Separación de Poderes; en cuanto ello, la Corte condiciona su duración a un máximo de 20 años, dado su carácter transicional, puesto que de lo contrario se establecería como un tribunal adicional perenne, no contemplado en la noción originaria de la Carta Política de 1991.

Otro punto importante, consistió en la labor administrativa y jurisdiccional de la figura de la JEP, por cuanto se determinó que, en la reforma constitucional las precisiones necesarias brillaban por su ausencia, dado que el Art. Transitorio 5 contempló que las labores que ordinariamente son tendientes a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

serían indistintamente otorgadas al Secretario General y al Presidente de éste Tribunal, lo cual debió precisarse para asistir al principio de independencia judicial; las mismas deben limitarse al espectro de lo que compete a la naturaleza interna de la JEP, frente a ello la Corte puntualmente aseveró:

[...] debe entenderse que las atribuciones relacionadas con el gobierno judicial deben estar a cargo del Presidente o del organismo que la misma JEP determine, mientras que las asociadas a la administración y gestión de los recursos deben estar a cargo del Secretario Ejecutivo bajo la orientación del órgano de gobierno, sin que aquel pueda intervenir en la dirección y gobierno de la JEP (2017, Núm. 6.4.6).

En este contexto, entender que el Secretario Ejecutivo puede asumir indistintamente las funciones de administración y las funciones de gobierno y dirección de la JEP, anularía los principios de separación de poderes, de independencia y de autonomía judicial.

La Corte sostiene también que en salvaguarda de la función de la figura del Juez, en el ordenamiento jurídico de la nación, se ve difuminada por lo dispuesto en los incisos 2° y 3°, del Art. Transitorio 7 ° del Acto enmendatorio controlado; dado que la participación de expertos extranjeros en la deliberación conjunta con la JEP, introduce un nuevo sujeto activo a la instancia más importante del procedimiento jurisdiccional, como lo son las etapas de debate y la ya mentada deliberación; siendo ello excluido del ordenamiento, sin perjuicio de que estos expertos puedan presentar conceptos para ilustrar los juicios que se surten en la JEP, en los términos que prevé el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en lo que atañe a la segunda sección del control indicado, esto es, la verificación de los contenidos nucleares de la Justicia Transicional, dentro del proceso de transición en vigencia, la argumentación referente a si el sistema instaurado a través de la creación de la JEP, vía reformativa, salvaguardó los deberes del Estado, bien sea por investigar, juzgar y

sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, como el derecho al debido proceso, y en particular, la garantía del juez natural; será precisado a continuación:

Como parte del deber que asiste al Estado colombiano por velar hacia la garantía de los derechos de las víctimas al juzgamiento y respeto de la salvaguarda frente a su reparación en cuanto a crímenes atroces, la Corte evidencia que el sistema flexible contemplado en la reforma, en el sentido necesario se corresponde con el deber antes mencionado, por cuanto fue el objetivo mismo de la implantación de una Justicia Integral, lo que guió las actuaciones del Estado en procura de otorgar proporcionalidad y seguridad jurídica y fáctica para las víctimas.

Esto por cuanto, se preservó lo que la Corte denominó un “sistema de condicionalidades”, que como su nombre lo indica, hace depender a los victimarios, para la concesión de los beneficios, subrogados y tratamiento diferencial; de su efectivo y fáctico aporte a la verdad y reparación a las víctimas, en el sentido que se dispuso la creación de un Tribunal especializado en el tema (como lo es la JEP) y también proveyendo al proceso en general, de garantías de no repetición, por ambos sectores y en particular de los desmovilizados, de inventariar todo tipo de bienes y activos de los grupos armados, y la obligación de entregar los menores de edad.

Aunado a ello, el sistema especial que de por sí, adquiere un tinte más laxo, no sustituye el deber estatal de investigación, persecución y juzgamiento por cuanto la Corte pone de presente que debe todo lo anterior supeditarse al escenario de la transición, con las implicaciones y compromisos que a lo largo de ésta Investigación, se han venido precisando.

Con todo, se indica que el Estado preserva, bajo el modelo implantado en el Acto Legislativo 01 de 2017, el modelo de sanción tendiente a los máximos responsables de afectaciones a Derechos Humanos y perpetradores de crímenes de guerra, en consonancia con la

jurisprudencia en la materia, además condiciona estrictamente los tratamientos más favorables a la aportación al sistema general de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Así como, vale señalar que referente a un tópico de la reforma que previó la participación política de excombatientes, en el marco de la reintegración a la vida civil (Art. Transitorio 20), no favorece a la impunidad, como fue retratado por muchos detractores al presente proceso, sino por el contrario, configuró la esencia de los postulados transicionales, que se ha observado en la práctica alrededor del mundo es una etapa fundamental para la implementación exitosa de los procesos de transición, dado que favorece paliar la disidencia al esquema de reintegración y la inconformidad en general con el sistema político además de ir en línea con los postulados Superiores de participación política que permea la Constitución, también por el hecho esencial que la JEP condicionará dichos elementos a los aportes integrales constitutivos del proceso transicional, así como se contemplará un régimen estricto de participación, en línea con el ideal de contrarrestar la impunidad.

Ya para finalizar, en lo que incumbe a la creación estructural de un mecanismo judicial no previsto en la Carta Magna, esto es, la idea novatoria de un ente capacitado de ejercer funciones jurisdiccionales no contempladas por el constituyente primario, la Corte consideró que de ello es característico, además de indispensable para el logro del fin estatal y generalizado de alcanzar la Paz, el bien supremo más importante para la construcción unitaria de Nación. Lo que sí llamó la atención de este Tribunal, fue el hecho que se dispuso mediante la reforma en cuestión, un sometimiento forzoso a los no combatientes que no se sometían ante ella. Por las razones, a renglón seguido esgrimidas.

Como hecho cardinal, el Alto Tribunal adujo una sustitución al principio irradiado en la Carta Política, del Juez Natural; ya que el hecho que se haya dispuesto la creación de un Tribunal de características peculiares y con tinte transitorio y excepcional, no obsta para ser apartado y

exento de la institucionalidad que debe rodear el ejercicio de la función judicial; aunado al hecho que la JEP adquiere un fundamento en una estructura distintiva al órgano concebido por la Constitución para la rama judicial del poder público; por tanto los tópicos relevantes a su estructura de decisión, carácter independiente, competencial, administrativa y funcional instituyó un cambio paradigmático en la naturaleza judicial, incluso al punto de llegar a autogobernarse, así que en conjunto con la configuración del Tribunal de carácter impositivo, en respuesta a los requerimientos suscitados por los actores del conflicto; desconoce la garantía aquí mentada. Por lo que la Corte arguye como punto final, la declaratoria de inexecutable del párrafo 1° del Art. 5° Transitorio en cuanto a la delimitación del fuero presidencial considerado a remisión voluntaria de la JEP, bajo el entendido el reconocimiento del fuero se extiende a todos los aforados constitucionales. Con adición a considerar que los incisos 2° y 3° del artículo transitorio 16 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, entendiendo que, respecto del artículo transitorio 17, los agentes del Estado que no hacen parte de la fuerza pública se encuentran sometidos al mismo régimen de los terceros civiles previstos en el inciso 1° del artículo transitorio 16 (2017, Núm. 6.5.6).

Gracias a la presente reseña, se ha podido evidenciar que las circunstancias especiales del marco regulatorio en torno a la Paz, en que operan las disposiciones contenidas en la reforma, dilucidaron claramente una evolución en lo que respecta a la noción original del Test de Sustitución, para pasar a lo que más adelante se configurará como un control material de la reforma, acentuado en la búsqueda y defensa de la Paz; además, de proferir un escalón más allá en lo que respecta a las herramientas tendientes a limitar los excesos competenciales en que incurre el Constituyente derivado en el ejercicio del poder reformativo.

Por lo que, el espectro referido en éste estudio el cual, -con nostalgia, todo sea dicho-, ha llegado a su final, permite llegar a la etapa de conclusiones de la Monografía con un criterio muy bien consolidado que se ha derivado del estudio jurisprudencial a las actuaciones de la Corte, como Guardián de la Constitución y, en este caso también, de la Paz misma.

Por lo que se invita proseguir con el cierre del estudio en el que se señalará en términos generales y gracias a la recopilación de un criterio complejo, fundado en el rastreo aquí consagrado, las implicaciones jurídicas y ante todo políticas, que en su conjunción desvelarán unas interesantes precisiones que se establecen como el humilde aporte que pretende ser dejado tras la culminación de la investigación.

CONCLUSIONES

Diversos han sido los elementos que han acompañado la realización del presente proyecto investigativo; desde su abordaje fue posible evidenciar que, en su génesis, la temática a identificar a lo largo del estudio iba a contener comúnmente, referencias constantes a conceptos como: *excepcional*, *extraordinario*, *contexto*, *coyuntura* y, ante todo, el concepto global de *Política*, como el escenario determinante para lo que, incluso hasta la presente etapa conclusiva, iba a erigirse como el postulado central de la discusión propuesta.

Y es que, no es posible entender o, por lo menos hacerlo de manera integral, los objetivos, fines y características de una transición y más como la del caso colombiano, desarraigando la esencia del proceso mismo, que se entiende, valga la redundancia, circunda la esfera netamente política de los escenarios tendientes a la búsqueda de la Paz.

Como se expresó al inicio, el proceso de transición en el país, ha sostenido la característica especial de ser instrumentalizado desde lo procedimental, logró evidenciarse en mecanismos como el Fast-track, la implementación de medidas que no disponían *per se* la noción misma de

la transformación hacia la Paz, sino que veía en el recurso jurídico, su fuerza de legitimidad y, a la vez, el peligro del desborde de los objetivos fundamentalmente propuestos.

Así, sería un desacierto pensar que la política en Colombia, va de la mano con la obtención de fines mancomunados y un progreso social en términos de inclusión y servicio a la ciudadanía.

Por el contrario, como lo señala Clara Lucía Rodríguez (2018):

[...] parecería evidente que para consolidar la paz en Colombia es necesario reformar la política pues mientras esta [SIC] funcione de esa forma existirá espacio para invocar su ilegitimidad y, por esta vía, justificar el abstencionismo, la apatía e incluso el uso de medios violentos contra un sistema que se percibe fácilmente como injusto (p, 228).

Así que, se aduce que ha quedado decantado que las medidas políticas han sobrepasado lo que atañe incluso al mecanismo jurídico el cual se señala, funge como una herramienta para instrumentalizar objetivos pero, en la otra arista, como un peligroso recurso para limitarlos.

Sí aún la posición del lector no acompaña ésta tesis, se propone otro ejemplo traído por la autora (Rodríguez, 2018) en el caso mismo del actual Proceso de Paz en el país, para señalar que, dado que su fase final de implementación procedimental (Fast-track), coincidió con las campañas electorales del año 2018: “el trámite de las diversas iniciativas se hizo más lento en el Congreso y en el Ejecutivo no logró mover sus mayorías suficientemente para materializar el conjunto de reformas políticas incluidas en el acuerdo”(p, 239).

Con todo, el objetivo de traer a colación estas situaciones, permite evidenciar que al ser pretendido por la idea contenida en los Acuerdos de la Habana, el hecho que su implementación deberá sopesar bajo la creación y debate jurídico-político debía ser inexorable, dado el entorno transicional, una flexibilización del sistema, partiendo de la base de una concepción unitaria, en pos de la obtención de la añorada Paz en el país, tan esquiva y a la vez palpable.

Se logra demostrar que, bajo senda percepción, los representantes de la voluntad política y la representación popular adquieren para sí un interés mayor que el pretendido por la Nación en aras de la convivencia, armonía y bienestar generalizado.

Y es a partir de dichas aseveraciones que emerge en el sistema jurídico, unas concepciones que demuestran que, para llevar atrás fines del Estado de altísima raigambre, solamente basta con rupturas institucionales al interior del Congreso, como lo fue la de coalición por la Unidad Nacional, que acompañó la vigencia del mandato Presidencial de Juan Manuel Santos en sus dos períodos de mandato.

De tal manera, en este punto es preciso compartir con el lector una perspectiva personal que acompañaba la noción primaria con que se pretendía abordar el estudio de la Teoría de la Sustitución Constitucional, y que pasó radicalmente a cambiar en consonancia con el Marco Jurídico para la Paz; ya que se hace muy “sencilla” y evidente la facultad de evidenciar irregularidades jurídicas y procedimentales en una troncada implementación de los Acuerdos para conseguir la Paz, donde el recurso antes mentado, será por antonomasia factible para echar hacia atrás, años de esfuerzo y negociaciones para el bienestar de los colombianos.

Ahora, a partir del escenario aquí planteado, el cual se construyó desde la idea de un proceso jurídico, supeditado a los actores políticos, que más que representación infunden desconfianza, temor e ilegitimidad, para demostrar que, como la maestra María Cristina Gómez, inculcó en una de nuestras disertaciones: “Nicolás, la política va antes que el derecho”. Y tristemente puedo añadir, que la política en Colombia va también en contravía del bien común y de sus fines esenciales, a continuación se ampliará el porqué.

En este punto y, con las necesarias precisiones que debieron hacerse para entender que el trámite del control a la sustitución constitucional en el marco de la Paz, significó la transmutación del mismo; es menester resaltar que el estudio traído a este punto toma su

conclusión más fundamental a partir de la fractura implícita al comportamiento uniforme mostrado por la Corte en defensa de la identidad de la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, la Constitución de 1991.

Como derivación lógica de la estructura del precedente judicial, la Corte Constitucional venía sosteniendo un comportamiento uniforme en tanto la creación de la teoría de los límites competenciales a la reforma a la Constitución, ello derivado de que tras los diversos pronunciamientos estudiados a lo largo de la jurisprudencia abordada, hasta el año 2015; era predecible un comportamiento de la Corte destinado (i) a la designación de un test constituido bajo premisas que requerían de un ejercicio riguroso en la identificación de los elementos identitarios presentes a lo largo del cuerpo de la Carta Política y, (ii) emanado de la voluntad originaria del pueblo como soberano y, hasta ese momento, único capaz de reemplazar cualquier institución constitucional, dado su poder novatorio de creación sin límites jurídicos aparentes.

Así, se evidenció en el trámite de Sentencias como la C-1200 de 2003, C-1040 de 2005 o C-574 de 2011, por mencionar algunos casos, que mostraban el rigor en la defensa de la supremacía e identidad de la Constitución de 1991.

Esto se mantuvo como característica imperante hasta lo acaecido en el Marco jurídico para la Paz, inaugurado con la Sentencia C-699 de 2016, caso que se considera, constituyó un paradigma a partir del cual, con asiento en una interpretación excepcional de los postulados Superiores, incluida la reforma; acaeció una ruptura -que se esperaba ocurriese-, dadas las características eminentemente políticas, del episodio histórico por el cual atraviesa el escenario actual de la búsqueda de una Paz negociada con las FARC-EP.

Para todos fue sorpresivo el pronunciamiento del pueblo soberano frente al plebiscito hilvanado en virtud del Art. 5° del Acto Legislativo 01 de 2016, mediante el cual se condicionó la entrada

en vigencia de los Acuerdos de la Habana al ordenamiento jurídico en aras a su implementación, “a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Con el triunfo del NO, emergió el miedo y la incertidumbre derivado de que el poder fundante y originario del sistema, expresado en las urnas mediante un mecanismo de participación ciudadana, había optado por limitar la puesta en marcha de toda la maquinaria preparada y, en el momento en curso mismo, para la incorporación de los Acuerdos, desmovilización de la guerrilla de las FARC-EP, y su consecuente reintegración.

Como era de esperarse, el Articulado reformativo suscitó diversos comentarios por cuanto un sector considerable se opuso a su vigencia, dada la inexistencia de una voluntad que así lo expresara, por cuanto el mismo carecía de fuerza vinculante, así como la totalidad de los mecanismos tendientes a la implementación y estabilidad de lo acordado en la Habana, dada la carencia de una refrendación al mismo, que el Artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2016⁶⁵, así lo contemplaba.

Por cuanto, correspondió a la Corte Constitucional, en la Sentencia C-699 de 2016, en su facultad interpretativa, rectora en salvaguarda de la Constitución, pronunciarse en torno al alcance de los postulados de Justicia Transicional, frente a los señalamientos que atacaban al actual proceso de implementación, por reñir con la idea originaria de la Constitución Política de 1991.

Entonces, frente a ello, la Corte parte de la consideración que dentro de la normativa atinente a los mecanismos de participación en el país, no se brinda una definición completa y acabada

⁶⁵ A modo ilustrativo, se comparte con el lector, el tenor literal de la reforma aquí expresada:

Artículo 5°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

del concepto *refrendación popular*, como tampoco del alcance de éste; de tal manera, explica que la refrendación popular no se agota eminentemente con los mecanismos de participación, en efecto, vale traer el caso presente para observar que es incluso posible clasificar como de refrendación popular a un mecanismo como el plebiscito.

En ésta lógica, el Alto Tribunal se remite a la Sentencia C-784 de 2014, caso en el cual la Corte afirmó que la creación de instrumentos especiales para refrendar actos que persigan terminar el conflicto no busca cerrar, restringir o dificultar la transición hacia una sociedad en Paz, sino abrir vías que faciliten ese tránsito en el marco de la Constitución y la ley. “Por tanto, las leyes estatutarias sobre referendos o plebiscitos especiales no imponen un deber inexorable de usar los instrumentos allí regulados para poner fin al conflicto, sino que se limitan a ensanchar el universo de alternativas políticas disponibles” (Núm. 18).

De tal forma que, valiéndose de la anterior consideración, en aras de facilitar la apertura de una garantía a la transición política, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que en el evento que una reforma constitucional esboce, más no desarrolle una institución jurídica determinada -como en este caso el concepto de refrendación popular-, existe un amplio margen de configuración para las autoridades llamadas a su aplicación (Sentencia C-150 de 2015), lo anterior, para la Corte, “... indica que en principio son posibles distintas formas de refrendación popular del acuerdo final, que pueden ser definidas por los órganos encargados de aplicar el Acto Legislativo” (2016, Núm.19).

Así, para el Alto Tribunal, la instancia representativa en manos del Congreso de la República, se encontraba en capacidad y legitimidad democrática para la refrendación aquí referida, configurando así, la mutación de un ideal originario, para ser presentado ante un escenario inminente, que requería de la garantía de continuidad del Proceso de Paz con las FARC-EP y, a que vio a partir de ello, la transformación del control vía Test de Sustitución, hacia una visión

laxa que se adapte a una situación política sin igual, lo cual de no haberse realizado, habría traído consecuencias monumentales al logro de un pacto por la convivencia y la Paz.

Sobre esto, cabe mencionar que fue demostrado que el sistema jurídico es una herramienta tendiente a materializar espacios políticos que así lo requieren, con la transformación sustancial del test de sustitución a un esquema que se adapte a los postulados de Justicia Transicional, se llega a la idea que la esfera de los bienes más valiosos para la sociedad, determina la ruptura de los contenidos predeterminados en un sistema jurídico que en múltiples ocasiones se ha evidenciado, que es una herramienta que puede dar paso a grandes episodios históricos, por tal motivo la Corte, en su llamado a la defensa de la Libertad y la salvaguarda del común de la población, en especial la más desvalida quien se unía al clamor de toda vertiente, inclusive la internacional por no imponer trabas innecesarias que entorpezcan la consecución de un proceso, que se veía necesitaba de la intervención social e institucional, de manera conjunta, para salir adelante y avanzar hacia estadios de Concordia, tan necesarios para el despliegue conjunto de las demás facetas que se unen para en la protección de los intereses más fundamentales para el país y el mundo en general.

Se precisa llamar la atención de que el Tribunal Constitucional colombiano, a lo largo de sus históricas decisiones ha propendido por establecer un límite al poder político de las demás esferas de la Nación las cuales, dado su constante estado de pugna e inestabilidad, ponen en peligro los cauces esenciales para el desenvolvimiento de un progreso amable y abierto a fungir como la garantía del Pacto Constitucional.

En este orden de ideas, las actuaciones del Tribunal referido distan de una garantía funcional y orgánica que las avale; pero cuando se trata de asuntos de extrema raigambre como la Paz o la libertad misma, que se presuponen como los parangones del Pacto Político fundante, su incorporación se hace necesaria, y más allá de ello, indispensable.

Se evidencia en ocasiones como esta, que los mecanismos jurídicos pueden actuar de manera gravosa y lesiva en detrimento de intereses y los fines del Estado y, al final, el planteamiento de la idea de supeditar una transición política sin precedentes, a un sistema instituido en tiempos de guerra, no será suficiente para soportar el carácter flexible que éstos cambios coyunturales están llamados a establecer.

Así que, sin más, se llega con base en el anterior sustrato teórico, político y jurídico, a la conclusión de mayor relevancia para el presente estudio y es que, las instancias llamadas al límite a la reforma constitucional, como en el presente caso lo constituye la teoría de la sustitución, no son metodológica ni estructuralmente, en su idea original, compatibles a un entorno que propenda objetivos que van mucho más allá de la dimensión jurídica en estricto sentido.

Ello, dado que dicha teoría resulta incompatible con los fines transicionales perseguidos con un estado extraordinario del ordenamiento, por lo cual debió, en el marco de la Paz, adquirir un carácter laxo, puesto que su ideal inicial surgió en defensa y, como límite al reemplazo de los postulados del sistema, que de igual forma, vela por la rigidez normativa; postulados que van en contravía de lo pretendido por una transición a la Paz, que requiere erigirse sin frenos de carácter jurídico, los que en el fondo van impulsados por tendencias políticas que pueden llegar a causar mucho daño a la consecución de los objetivos que se pretende con la misma, los cuales, como se ha explicado, no pueden ser bajo ninguna circunstancia llevados atrás por intereses particulares de las esferas que detentan el poder en el país, y lo hacen para sí.

Con todo, se ha logrado evidenciar que la esencia misma de los mecanismos de sustitución constitucional, mutó para tornarse in-identificable con su concepción original sostenida fehacientemente por el Guardián de la Constitución; por encontrarse con situaciones y

realidades que ineludiblemente le superan. La flexibilización del sistema jurídico en escenarios como el arriba planteado era inminente.

La Corte instituyó en el control por sustitución constitucional en el marco de la Paz, una manera de instrumentalizar un control material a la reforma de la Carta, por cuanto la misma no se encuentra esgrimida a soportar una transición política que requiere de medidas que le fortalezcan y amparen, para que el difícil proceso de implementación de la misma, no sea limitado por los poderes instituidos en la Carta Política, llamados en la defensa de su estabilidad.

Misma estabilidad que, ha sido consagrada como no absoluta, tanto por la idea inicial de la Constitución, e interpretada por el Guardián de la Carta, por cuanto en el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano *no se prevé la existencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad*, lo cual hace que tanto la tarea del Alto Tribunal, como de todos quienes defendamos la idea del avance social a través de la Paz, como su requisito fundante, optemos por apoyar las circunstancias históricas que impulsan una mutación en la Constitución, para ser convertida en lo que tanto se añora y que lamentablemente aún no se ha podido alcanzar. Establecerse como un Pacto por la unidad, fraternidad y una herramienta para la Paz.

De tal manera que, se resalta y aplaude la labor de la Corte en propender los fines esenciales del Estado, en virtud de los Arts. 2º y 22 de la Constitución, que consagran a la Paz como un fin fundamental y frente al cual, ningún impedimento jurídico debe contraponerse como freno.

Pero a este punto se quiere llegar con el aporte del presente trabajo, y es que, como es sabido, la etapa de implementación de los acuerdos es la más compleja y tendiente a la caída de los mismos y, desde sus inicios, la configuración con asiento estricto en la Constitución, se sabía de antemano, acarrearía problemas, esto por cuanto no es lo mismo una Carta Política emanada

en la guerra y basada en los límites inherentes de un Estado al poder de reforma; que una supeditada a la Paz, que por lógica es la idea pretendida para el progreso común de la sociedad.

Se debe pensar en la gente y no en las clases políticas tradicionales que han gobernado desde siempre y a su manera; la idea de una transición es precisamente esa, configurar un sistema lo suficientemente moldeable y abierto como para no limitar el alcance de la Paz.

En este sentido, se celebra la continuación de un proceso que debía seguirse, pero se advierte al futuro que si las herramientas jurídicas han servido para erigirse como un recurso para “la gente”, las mismas no pueden establecerse en riña con los postulados superiores, porque en el fondo infunden una desconfianza en tribunales como el colombiano. Por cuanto no puede olvidarse que el órgano judicial -siendo el único sin representación democrática directa del pueblo-, ha sido quien –afortunadamente-, en procura y defensa de la Constitución, ha velado por la continuación del proceso de Paz.

Ahora bien, en el otro lado de la mesa, es menester sentar a la discusión un panorama preciso para identificar una vertiente adicional posible, que es importante observar también.

Por lo que, en línea con los postulados expuestos por el jurista Rodrigo Uprimny y Diana Isabel Güiza (2017. p 3-4), emerge la idea de que la fuerza jurídica de los Acuerdo de Paz, es útil para fungir como su garantía, en tanto dota de un sentido vinculante a las partes, superando así, la mera conceptualización de que dichos pactos son sólo declaraciones políticas; estableciéndose como deberes para las mismas que pueden llegar a ser accionados en caso de incumplimiento; otra de las ventajas que, de antemano se comparte con los autores, es que, a pesar de que en casos como el colombiano, la sujeción jurídica de los Acuerdos de Paz haya comportado las problemática arriba expuestas, también acarrea ventajas derivadas en que:

[...] dichos acuerdos obtienen certeza jurídica y, en esa forma, el proceso de paz se asegura y, en cierta medida, se vuelve irreversible. Así, futuros gobiernos no estarían facultados para deshacer fácilmente lo pactado, pues ello hace parte de un orden jurídico que no puede ser desconocido ni anulado de facto (p, 4).

Esta noción es de recibo para el caso que atañe al vigente proceso de Paz, dadas las condiciones que se presentan en el devenir político colombiano, marcado por la polarización, fragmentación ideológica y de intereses, así como una marcada tendencia a propender apabullar las posturas políticas disidentes a la idea tradicional que ha gobernado el país y, con lo cual, la situación se presenta bajo un panorama no muy favorable, pasemos entonces a ampliar un poco esta temática.

Dado que la intención no es dejar la discusión en el aire sino, por el contrario, se pretende aportar a un debate que se encuentra abierto y sujeto a diversos conceptos e interpretaciones; se ha buscado evidenciar con la realización del presente estudio, que no es posible dejar en segundo plano los fines que, como la Paz, superan incluso el concepto de soberanía en cabeza del Estado y la conformación del mismo, y que se establecen como el pilar sustancial para el progreso mancomunado de la sociedad hacia estadios superiores, en condiciones de unidad. Por esta misma razón, para los autores arriba citados (2017), es claro también reconocer que:

[...] Con todo, la respuesta a esa pregunta no es clara y enfrenta retos analíticos. Los acuerdos de paz que suscriben un Estado y un grupo insurgente tienen unas particularidades frente a las partes que intervienen y el contenido de los mismos, lo cual dificulta el análisis de su naturaleza y fuerza jurídica. Es por eso que el valor jurídico de este tipo de acuerdos es un asunto controversial y no existe claridad sobre su carácter normativo ni su ubicación en las fuentes de derecho internacional y nacional (p, 2).

Ahora bien, pasando a un escenario que pretende salir de la figura de lo jurídico, para ser abordado desde diversas perspectivas, cabe también resaltar la preocupación suscitada por cuanto la fase de implementación de los Acuerdos hacia la Paz, ha sido decantado por la doctrina en la materia, ve su etapa más crítica en el estado que actualmente se encuentra el proceso colombiano, esto es, la etapa de implementación; ya que, como es recogido por Uprimny y Güiza citando a Bell (2006, p. 4):

[...] los procesos de paz tienen mayor probabilidad de fracasar entre los cinco y diez primeros años de celebrados los acuerdos. De hecho, casi la mitad de los procesos de paz han fracasado en ese periodo de tiempo y otro tanto ha entrado en una situación en la que no hay guerra pero tampoco paz (“no-war-no-peace”), la cual es difícil de evaluar.

Así que, desde la academia, se busca incentivar a la creación de un proceso en que todas las partes vean satisfacción y se logre avanzar a un concepto de convivencia generalizada, basado en la reconciliación, reparación, verdad y justicia, cuya base última debe despegar desde los actores políticos y sociales, quienes asumen la tarea de representar a los colombianos, sobre todo a quienes han sufrido de las atrocidades del conflicto, se encuentran en posición minoritaria y por tanto, deben ser sujetos de especial atención y salvaguarda, para superar el estado de inestabilidad social que decanta en retrocesos cada vez más vertiginosos al alcance de una estabilidad jurídica que brinde plena garantía tanto de la centralidad en el bien común por sobre el personal, todo como se ha reiterado, en un respeto por la institucionalidad.

La evidente pérdida de rumbo de la implementación de los Acuerdos, es fiel reflejo de la problemática democrática, política y sustancial del Estado colombiano y sus habitantes en su compromiso por la Paz, no puede olvidarse en esta ocasión a los más desfavorecidos, las personas que no participan en la política y la toma de decisiones para el país, pero eso sí, son

quienes sufren en carne propia el flagelo de la violencia, la inseguridad y temor porque poco a poco el miedo circunda en el ambiente, el compromiso es de todos, y la Paz es un requisito fundamental que supera las concepciones particulares que a través del recurso jurídico, pretenden llevarla hacia atrás.

La Paz comienza desde las esferas más personales para proyectarse a atmósferas mayores, a partir del esfuerzo generalizado por la superación del individualismo y la obtención de un espíritu solidario en procura de la reconciliación. El mensaje es claro, debe propenderse por un espíritu que vele por el reconocimiento de la dignidad humana y que ponga antes de la violencia y la corrupción, la procura por la armonía con los demás, con la naturaleza y con los escenarios que a cada quien se le presente para hacer de su vida y la de los demás, un territorio de Paz.

Referencias

- Ambos K, Malariano E y Elsner G. (2009). *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, en: Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, [Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/Justicia%20de%20Transici%C3%B3n%20-%20Kai%20Ambos.pdf>]
- Aristóteles. (1874). *Moral a Nicómaco*. [Traducido al español de Ἠθικὰ Νικομάχεια, por Patricio de Azcarate]. Madrid: Biblioteca Filosófica. Tomo I. [Recuperado de: <http://www.traduccionliteraria.org/biblib/A/A104.pdf>]
- Carbonell, M. (2005). *Contenido de la reforma constitucional: Alcances y Límites*, México: Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM.
- Carnelutti, F. (1959). *Cómo se hace un Proceso* [traducción. Santiago Sentís Melendo; Marino Ayerra Redín]. Rosario: Editorial Juris. [Recuperado de la web: https://www.academia.edu/31566703/COMO_SE_HACE_UN_PROCESO__FRANCO_CARNELUTTI]
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009). *¿Qué es la Justicia Transicional? Enfoque del ICTJ*. [Recuperado de: <http://www.ictj.org>].
- Collier, P. (2005). *El desafío global de los conflictos*. Bogotá: Banco Mundial. [Recuperado de: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/900111468141261433/El-desafio-global-de-lose-conflictos-locales>]
- De Enterria, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. Edición, Barcelona: Civitas.

- Díaz, E. (1985). La Sociedad entre el Derecho y la Justicia. *Anuario de Filosofía y Derecho*. Barcelona: Salvat editores S.A. (p. 394 - 397) [Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1984-10039400397].
- Gómez, M (2019, Mayo): *La hermenéutica del dolor y los criterios para interpretar el derecho con sentido de reconciliación*. En M.C.G.I (Ed.) Evento desarrollado por el Instituto Capaz y la Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá, Colombia.
- Guastini, Riccardo (1999). *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. En: Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 34, 1999, págs. 39-46. [Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174776>].
- Minow, M, Crocker, D y Mani, R. (2011). *Justicia Transicional*, Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, la Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C.
- Rodríguez, C. (2018). Reformas a la política, Reformas políticas y consolidación de la Paz. En García, M, et al. (ed.) (2018) *¿Cómo mejorar a Colombia?* (pp. 227-244), Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Sadhguru. [Sadhguru en Español]. (2019, Septiembre 21). Archivo multimedia. Fecha de consulta: 21 de Septiembre de 2019. [Recuperado de la web: <https://www.youtube.com/channel/UCJoOIj9Yu71wklP3EFzL8-A>]
- Santa, J. (2016). *Justicia Transicional y Fin del Conflicto. De la barbarie a la civilidad*, Colombia. Editorial TEMIS.
- Teitel, R. (2003). Genealogía de la Justicia Transicional en: *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, (pp. 69-94). [Recuperado de:

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed=y]

Uprimny, R y Guiza, D. (2017). Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 senado “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. En: *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS)*. [Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_904.pdf]

Uprimny, R; Saffon, M; Botero, C y Restrepo, E. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia. En: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). Bogotá: DeJusticia-Antropos. [Recuperado de: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS.Pdf>]

Jurisprudencia

Corte Constitucional (2003). Sala Plena. Sentencia C-1200. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa - Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2003). Sala Plena. Sentencia C-551. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2004). Sala Plena. Sentencia C- 970 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2005). Sala Plena. Sentencia C- 1040 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006). Sala Plena. Sentencia C-370. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy
Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2009). Sala Plena. Sentencia C- 588. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza
Martelo.

Corte Constitucional (2011). Sala Plena. Sentencia C- 574. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional (2011). Sala Plena. Sentencia C- 771. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional (2012). Sala Plena. Sentencia C- 249. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional (2012). Sala Plena. Sentencia C- 288. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2014). Sala Plena. Sentencia C-577. M.P. Martha Victoria SÁCHICA
Méndez.

Corte Constitucional (2016). Sala Plena. Sentencia C-699. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2017). Sala Plena. Sentencia C-332. M.P. Antonio José Lizarazo
Ocampo.

Corte Constitucional (2017). Sala Plena. Sentencia C-674. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.