

¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas

Can Congress reform the constitutional configuration of the Special Jurisdiction for Peace? Towards a theory on the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions

David Fernando Cruz Gutiérrez*

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2019

Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2019

RESUMEN

En el presente artículo se argumentará que el Congreso de la República no puede retirar del ordenamiento jurídico aquellas reformas constitucionales que se introdujeron a través del *fast track*, so pena de incurrir en una sustitución de la Constitución y en consecuencia sobrepasar la órbita de sus competencias. Para soportar esta tesis el documento se organiza en tres partes. En la primera parte, de naturaleza predominantemente descriptiva, presenta el ingreso de la JEP a la Constitución, centrando su atención en la particularidad del procedimiento de inclusión en la Carta y en los elementos que jurisprudencialmente resultan relevantes. En la segunda parte se presentan los elementos que

componen la discusión jurídica frente a la competencia del Congreso para reformar la JEP, que gravitan en torno a tres puntos: 1) la naturaleza jurídica de la JEP; 2) la competencia del Congreso para reformarla y 3) el blindaje jurídico del Acto Legislativo 02 de 2017. En la tercera parte, para cerrar el artículo, se presenta la arquitectura teórica del argumento principal, cimentando las bases de una teoría de los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas.

Palabras clave: derecho constitucional, *fast track*, actos legislativos, Proceso de Paz.

* Abogado, magíster en Derecho y estudiante de Doctorado de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes y abogado del área de incidencia nacional de la Comisión Colombiana de juristas. Correo: df.cruz@uniandes.edu.co

ABSTRACT

In this article, it will be argued that the Congress of the Republic cannot withdraw from the legal system those constitutional reforms that were introduced through the “fast track” because if it does that it would incur in a substitution of the Constitution and consequently exceeding the orbit of its powers. To support this thesis, the document is organized in three parts. In the first part, predominantly descriptive, it presents the insertion of the “JEP” into the Constitution, paying attention to the procedure for it and to the elements that are jurisprudentially relevant. In the second part, the elements about the legal discussion against the competence of Congress to reform the JEP are presented, which are based on three points: 1) the legal nature of the JEP; 2) the competence of Congress to reform it and 3) the legal protection of constitutional reform 02 of 2017. And in the third part, the theory of the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions is presented.

Keywords: constitutional law, fast track, constitutional reforms, peace process.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 fue reformada considerablemente en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz o *fast track* contenido en el Acto Legislativo 01 de 2016. A través de esta vía transitaron con éxito en el Congreso cinco reformas constitucionales destinadas a cimentar los aspectos más significativos del Acuerdo de Paz celebrado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP). Una parte importante de las reformas que ingresaron al corpus constitucional tenía hondas implicaciones en el diseño orgánico del poder público. Dentro de este grupo de reformas, la que más discusiones ha motivado es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). El catálogo de críticas sobre la naciente jurisdicción es enorme. Las más feroces tildan a la JEP de ser un tribunal diseñado a la medida de los victimarios, incapaz de administrar justicia y completamente ideologizado; razones suficientes, argumentan, para que la competencia de la JEP se diluya en la Corte Suprema de Justicia. Otras críticas más moderadas consideran que es necesario reajustar aspectos cruciales sobre su competencia material para calibrar su funcionamiento, especialmente sacar de su competencia los crímenes de naturaleza sexual cometidos contra niños, niñas y adolescentes, y los delitos de carácter continuado¹.

La inconformidad sobre la JEP por parte de algunos sectores políticos es tan aguda que se han perfilado medidas para reformar su configuración constitucional. Sin embargo, esta pretensión enfrenta serios reparos, tanto políticos como jurídicos. Este artículo pretende identificar y presentar cada uno de los argumentos jurídicos que impiden que la JEP sea reformada a través del Congreso, precisando los márgenes de la evidente paradoja consistente en que, si el Congreso integró la JEP a la Constitución, ¿por qué no podría reformarla o incluso sacarla del cuerpo constitucional? El argumento central es que las reformas constitucionales tramitadas a través del *fast track*, cuyo objetivo era cimentar los contenidos constitucionales del Acuerdo, al presentarse como instituciones que consolidan la transición política sirven como caja de resonancia de aspectos definitivos e identitarios de la Constitución. La *vis expansiva* de la Constitución se consolida a través de la transición política. Esta fuerte relación, cardinal para la aspiración normativa de la Carta, fundamenta un límite implícito, para utilizar los términos de Yaniv Roznai, sobre el poder de reforma de la Constitución que perdura hasta que se cumpla el término de la transición. Esto implica, bajo este argumento, que el Congreso de la República no puede retirar del ordenamiento jurídico lo que ingresó a la Carta en virtud

1 Es decir, aquellos delitos que a la fecha no han cesado su ejecución, especialmente el delito de desaparición forzada, que se expande en el tiempo.

del *fast track*, so pena de incurrir en una sustitución de la Constitución y en consecuencia sobrepasar la órbita de sus competencias.

1. EL INGRESO DE LA JEP A LA CONSTITUCIÓN

El Acto Legislativo 01 de 2017 (AL 01 de 2017) integró a la Constitución Política tres instituciones para asegurar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las víctimas del conflicto armado: la JEP (artículo 5º del AL 01 de 2017), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) (artículo 2º del AL 01 de 2017) y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD) (artículo 3º del AL 01 de 2017). A diferencia de otras reformas constitucionales, el AL 01 de 2017 transitó un procedimiento legislativo abreviado y especial conocido popularmente como *fast track*, regulado en el artículo 1º del AL 01 de 2016, el cual, en materia de reformas constitucionales, reducía el trámite de ocho debates, establecidos en el artículo 374 de la Constitución, a cuatro para enmiendas que implementaran el Acuerdo, lo que significaba una considerable disminución en la longitud del procedimiento de reforma constitucional. El fundamento de esta reducción, desarrollado a profundidad en la Sentencia C-699 de 2016, tenía su pilar esencial en la íntima relación entre la paz y la Constitución de 1991.

Para la Corte Constitucional, la arquitectura de la Carta tiene como una de sus vigas estructurales la paz. La manifestación más evidente se encuentra en el preámbulo y en el artículo 2º de la Constitución, en donde se establecen, dentro de los fines esenciales del Estado, asegurar la paz para todos sus ciudadanos. La paz, en este sentido, se manifestaba como un valor constitucional, es decir, como un elemento moral² cuya búsqueda preside y fundamenta la existencia del Estado colombiano. Incluso, a la Constitución se le ha legado la vocación de convertirse en un *tratado de paz*³. Además, el andamiaje constitucional fundamenta la paz como un principio —en el sentido desarrollado por Alexy⁴—, es decir, como una norma constitucional que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible. Esta doble condición de valor y principio se fortalece con la consagración, en el artículo 22, de la paz como un derecho de obligatorio cumplimiento, que comprende una dimensión individual y colectiva, en tanto es condición necesaria para el goce efectivo de otros derechos fundamentales. De esta forma, el alcance de la paz en la Constitución no se limita a su men-

2 Estrada Vélez, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2011, vol. 41, n.º 114, pp. 41-76.

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578. (2002). [M. P. Manuel José Cepeda]. Núm. 2.1.7 párr. 3.

4 Alexy. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 83.

ción en normas *ius fundamentales*, sino que es transversal en todo el cuerpo Constitucional. No en vano, dentro de la academia legal, a la Carta Política se le ha catalogado como una Constitución para la paz⁵.

El lugar protagónico de la paz en la Constitución, al ser un presupuesto para la eficacia del Estado social de derecho, sirvió como el sustento para flexibilizar el procedimiento de reforma constitucional. De acuerdo con la Corte, la Constitución, por tener una vocación de permanencia en el tiempo, no puede institucionalizar mecanismos de enmienda que propicien su propia sustitución⁶. Sin embargo, este principio de resistencia de la norma constitucional es “susceptible de adaptación transicional”⁷. Es decir, que la resistencia que ostentan las normas constitucionales cede ante la posibilidad de maximizar sus presupuestos de eficiencia. De esta forma, la reducción en la longitud del procedimiento de enmienda constitucional es aceptable cuando persigue la consolidación de una transición política, cuya consecuencia es eliminar un factor de erosión del Estado de derecho, como lo es el conflicto armado interno.

En este contexto se inscribe la reforma constitucional del AL 01 de 2017. El procedimiento abreviado, en virtud del cual ingresa a la Constitución, es posible en tanto maximiza los presupuestos de eficiencia del Estado. La JEP, dentro de esta lógica, es un órgano que persigue este objetivo y no constituye, en consecuencia, una reforma constitucional bajo el marco ordinario de competencia del Congreso. Este movimiento argumentativo, hasta donde es posible rastrearlo en la jurisprudencia constitucional, tiene su origen en las dos sentencias en las que la Corte analizó el Marco Jurídico para la Paz (AL 01 de 2012): C-579 de 2013 y C-577 de 2014. En la primera providencia, la Corte examinó la demanda

5 Lemaitre, Julieta. *El Derecho como conjuro. Fetichismo, legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2009; Moreno Milan, Franklin. El concepto de paz en la Constitución Colombiana de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección*, diciembre de 2014, n.º 2, pp. 305-346.

6 La doctrina de la sustitución de la Constitución es uno de los temas medulares del constitucionalismo Colombiano. Los siguientes autores lo han desarrollado de forma profunda: Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers* (tesis doctoral). Londres: London School of Economics, 2014. Disponible en <http://etheses.lse.ac.uk/id/eprint/915>; García Jaramillo, Santiago y Gnecco Estrada, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, 2016, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104. Disponible en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp>; Bernal Pulido, Carlos. *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, diciembre 2013, n.º 2, pp. 339-357. Disponible en <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699. (2016). [M. P. María Victoria Calle]. Núm. 2.1.7 Núm. 35.4.

de la Comisión Colombia de Juristas (CCJ), en cabeza de Gustavo Gallo Giraldo, contra las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los”, contenidas en el párrafo 4º del artículo 1º del Marco jurídico Para la Paz, por cuanto, en su concepto, sustituirían un elemento esencial del Estado, que es el deber de investigar, juzgar y castigar todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Para la Corte, a pesar de que es cierto que en cabeza del Estado se encuentra esta obligación, es posible flexibilizar su estándar en el marco de un proceso de justicia transicional que intenta asegurar y equilibrar una salida negociada al conflicto con un mecanismo de justicia que asegure los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En palabras de la Corte:

La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia. Por lo anterior, lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional es un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de esta⁸.

De esta forma, la justicia transicional no se puede leer como un elemento excepcional⁹ dentro del ordenamiento jurídico, sino, más bien, como un mecanismo de amplificación del Estado sobre aquellos fenómenos que demuestran su ausencia y debilidad, como las graves y masivas violaciones de derechos humanos y la existencia de conflictos armados internos. Siguiendo esta línea de argumentación, la justicia transicional es un elemento que consolida el Estado constitucional y de derecho, y no una suspensión de sus presupuestos —no constituye su excepción, sino su materialización—. La paz, que se espera se construye través de los canales de la justicia transicional, consolida el Estado. Esta misma posición también se encuentra en la Sentencia C-577 de 2014. La Corte, en esta oportunidad, presentó una batería de argumentos tendiente a enfatizar que la justicia transicional permite solventar la tensión que existe entre la consecución de la anhelada paz y la obligación de justicia cuando se pretende cerrar un ciclo de graves violaciones de derechos humanos. La resolución de

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579. (2013). [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Núm. 6.4 párr. 2.

9 Si desea profundizar sobre la lógica de excepción y derecho, ver: Barreto, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. *SELA*, 2006. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barreto_Rozo.pdf

esta tensión es, en consecuencia, la consolidación del Estado democrático a través de elementos que garanticen los derechos de los ciudadanos. Por ende, el ejercicio de la función constituyente del Congreso no sobrepasa su límite funcional y se mantiene en los márgenes de la reforma cuando introduce cambios de cierta envergadura que contribuyen a establecer los elementos de la justicia transicional.

En la Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional recoge argumentos de sentencias anteriores pero las utiliza para solucionar un problema jurídico diferente. En esta providencia, la Corte debía decidir si una reforma constitucional que creaba mecanismos de implementación de un Acuerdo de Paz en el ordenamiento jurídico, modificando con relativa intensidad el trámite legislativo, con alta intensidad el procedimiento de reforma constitucional¹⁰ y otorgando facultades extraordinarias al Presidente, sustituía la Constitución y, por ende, desbordaba los márgenes de competencia del Congreso. Para enfrentar la cuestión, la providencia sigue la misma línea argumentativa que sus predecesoras. Para la Corte, dado que estas modificaciones son uno de los mecanismos para viabilizar la implementación del Acuerdo, y este último, a su vez, es un mecanismo para solventar un factor de erosión del Estado de derecho, no se podrían leer como una sustitución de la Constitución, en tanto sirven como una caja de resonancia para el Estado, ampliando su eficacia. Esta tesis se sigue aplicando, aun cuando las reformas comportan cambios considerables en el andamiaje constitucional y en la dimensión orgánica del Estado, incluso cuando afectan las dinámicas democráticas de creación normativa y de reforma constitucional. Y se refuerza, además, con la idea de que estos procedimientos especiales están limitados en su uso a que desarrollen el contenido material del Acuerdo. La Corte, en este punto, fungió como garantía para que no transitaran por las vías de implementación del Acuerdo normas de contenido diferente. En palabras del alto tribunal:

El procedimiento especial de enmienda solo puede usarse por tanto bajo condiciones estrictas. Únicamente puede ponerse en práctica cuando sea

- 10 El artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016 reducía el número de debates necesarios para la producción normativa de cuatro a tres. Teniendo un efecto parecido al uso del mensaje de urgencia por parte del Presidente, en tanto el primer debate se realizaba en Comisión Conjunta constitucional. Mientras que, en el caso de reformas constitucionales, de necesitar de ocho debates para su respectiva aprobación, se pasó a cuatro. En ambos casos, el diseño original del *fast track* imponía ciertas condiciones especiales a los legisladores, particularmente, les impedía realizar enmiendas a los proyectos de ley y de acto legislativo, salvo cuando el Gobierno los aprobara y los obligaba a votar en bloque o por bancadas. Sin embargo, estas condiciones, contenidas en los literales h) y j) del artículo 1º del AL 01 de 2016, serían declaradas inconstitucionales por sustituir el eje axial de la Constitución de la deliberación democrática. De esta forma, uno de los elementos más importantes dentro del *fast track* que impedía que lo presentado por el Gobierno fuera transformado por los legisladores, aportando una mayor agilidad en el trámite legislativo, fue declarado inconstitucional por sobrepasar las facultades de reforma de la Constitución del Congreso de la República.

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 este procedimiento, sin perjuicio de que pueda hacerlo por los mecanismos permanentes de revisión, dentro de los límites constitucionales¹¹.

Otro elemento importante es que estos procedimientos especiales tenían como condición de activación la refrendación popular del Acuerdo. De esta forma, no se soportaban únicamente en el argumento de servir como cajas de resonancia para el Estado de derecho, sino que se justificaban porque estaban precedidas por un ejercicio de participación democrática en donde interactuaban, en distintos momentos, la ciudadanía y los órganos del Estado¹². La refrendación popular, según la Sentencia C-699 de 2016, es un proceso que implica varios actos y momentos de participación, en donde intervienen tanto la ciudadanía como otros cuerpos revestidos con legitimidad democrática, específicamente el Congreso de la República. La intervención implica un grado de interacción que concilia los principios de participación democrática y de representación política presentes en la Constitución. El resultado de esta interacción, a su vez y de acuerdo a la Corte, garantizaba una honda expresión popular y de diálogo social, según la cual el Acuerdo se había refrendado positivamente y por ende el Acto Legislativo 01 de 2016 entraba en vigencia. Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-160 de 2017, en donde verificó si se habían cumplido los presupuestos de la refrendación popular a través de un examen profundo de una variedad de elementos, incluyendo los resultados del plebiscito por la paz celebrado el 2 de octubre de 2016, los cambios producto de la manifestación negativa de la ciudadanía en el plebiscito por la paz que transformaron el Acuerdo de La Habana hasta el punto de constituir uno nuevo, conocido, por el lugar de la firma, como el Acuerdo del Teatro de Colón, y la culminación afirmativa de la refrendación en el Congreso de la República como parte de las facultades de control político del órgano legislativo.

De esta forma, las reformas constitucionales que transitaron por el *fast track* estaban soportadas por un poderoso argumento constitucional, en tanto sirven como un elemento expansivo del Estado de Derecho con miras a consolidar la paz. Pero también las soportaba un proceso de refrendación popular, en donde intervino la ciudadanía, la Presidencia, el Congreso e incluso la Corte Constitucional. Este arco argumentativo fundamenta la admisibilidad del

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699, *op. cit.*

12 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-699, delineó un concepto amplio de refrendación popular a través de su conceptualización como un proceso que no se agotaba en una sola manifestación ni en un solo acto y, por el contrario, comprendía diferentes estadios en donde se integraban y manifestaban los diferentes órganos del Estado y la voluntad del constituyente primario.

AL 01 de 2017 dentro de ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que las instituciones que integra dicha reforma al andamiaje Constitucional implican un cambio profundo en la estructura del poder público que, en condiciones ordinarias, desbordaría las competencias del Congreso. Tesis que sería ratificada posteriormente en la Sentencia C-674 de 2017, en donde la Corte admite que, a pesar de la amplitud de la reforma orgánica que introduce el AL 01 de 2017 a la estructura orgánica del Estado, resulta admisible pues los órganos que introduce —incluyendo a la JEP— buscan asegurar los derechos de las víctimas dentro de un esfuerzo por superar el conflicto armado.

2. LOS ELEMENTOS DE LA DISCUSIÓN

En vista de que el AL 01 de 2017 ingresó a la Constitución bajo presupuestos especiales que fundamentan su viabilidad jurídica, la discusión sobre la reforma de uno de los órganos —como lo es la JEP— implica el análisis de ciertos elementos particulares que nutren la discusión: 1) la naturaleza jurídica de la JEP, 2) la consecuente competencia del Congreso para reformarla y 3) el blindaje jurídico al Acuerdo a través del AL 02 de 2017. Es a partir de estos elementos que es posible dimensionar el espectro de la discusión, así como identificar el catálogo de problemas jurídicos que la nutren. A continuación, se profundiza en cada uno de los elementos de esta discusión, exponiendo detalladamente su contenido.

2.1. La naturaleza jurídica de la JEP

La JEP es uno de los pilares del Acuerdo de Paz. Su creación responde a la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición¹³, centrando sus esfuerzos en la administración de justicia. Dentro de los ejes temáticos que se discutieron en La Habana, la JEP está inmersa en el punto V —“Acuerdo sobre las víctimas de conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”¹⁴— como el órgano encargado de administrar justicia sobre las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH) cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado. En su proceso de gestación, además de las partes que estaban dialogando en La Habana, es decir, de la delegación

13 Dentro de la jurisprudencia constitucional es destacable que la Corte Constitucional, desde la Sentencia C-370 de 2006, fijó una posición en la que son admisibles a la luz de la Constitución los beneficios jurídicos en el marco de un proceso de transición del conflicto hacia la paz.

14 Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. *Junio de 2016*, 26 Junio 2016, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5a8744d54.html> [Accesado el 8 Noviembre 2020].

del Gobierno colombiano y de las Farc, intervino un selecto grupo de abogados, bautizado por De la Calle como el grupo de “los juristas”¹⁵, compuesto por seis miembros, tres por parte del Gobierno —Manuel José Cepeda, Juan Carlos Henao y Douglas Cassel— y los restantes por parte de las Farc —Álvaro Leyva, Enrique Santiago y Diego Martínez—, que ayudaron a solventar los problemas de la mesa de discusión principal y delinear las bases de la JEP. Este grupo, en palabras de la IFIT bosquejaron

la estructura general y las funciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que se anunciaron públicamente el 23 de septiembre de 2015. Durante dos meses más, las partes trabajaron en terminar de dar forma a la JEP, así como a las medidas de reparación integral y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, firmando el capítulo completo de Víctimas el 15 de diciembre de 2015¹⁶.

Este diseño hacía parte integral del Acuerdo de Paz que se sometió a votación en el plebiscito del 2 de octubre. Dados los resultados negativos de la contienda democrática, el Gobierno se vio obligado a renegociar aspectos del Acuerdo con las Farc, teniendo en cuenta las recomendaciones que habían hecho los grupos opositores. De tal forma que el diseño original de la JEP se modificó en los siguientes aspectos: 1) se definió con mayor precisión el contenido de la expresión *restricción efectiva de la libertad*, delimitando las formas como se debe cumplir la pena impuesta por la JEP; 2) se incluyó la obligación a todos los que se presenten a la JEP y estén acusados de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, de presentar información exhaustiva y detallada que sirva para la atribución de responsabilidades; 3) se integró la posibilidad de excluir a agentes del Estado en caso de que cometieran delitos en el marco del conflicto armado con ánimo de enriquecimiento; 4) se armonizó la noción de control efectivo dentro de la responsabilidad de mando contenida en el Estatuto de Roma; 5) se integró al Acuerdo la responsabilidad de los agentes del Estado cuando contribuyeran al diseño de políticas delictivas; y 6) se aclararon los casos en que el narcotráfico podía considerarse como delito conexo al político.

Con base en estas modificaciones se firmó un nuevo Acuerdo en el Teatro Colón de la ciudad de Bogotá. El contenido de este documento, ratificado por el Congreso de la República, sería integrado a la Constitución en el AL 01 de 2017 a través de un título de naturaleza transitoria que contiene las disposiciones constitucionales para la superación del conflicto armado. Dentro de este

15 De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de guerra. Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en la Habana*. Bogotá: Debate, 2019, p. 115.

16 Institute for Integrated Transition (IFIT). *Los debates de La Habana. Una mirada desde adentro*. Bogotá: IFIT, 2018, p. 211.

título se reservan los artículos del 5 al 17 para tratar con alto grado de detalle asuntos de la JEP, como su competencia material, la naturaleza de sus penas y su composición¹⁷. La Corte Constitucional, en ejercicio de la revisión automática que le otorgaba el AL 01 de 2016, consideró que la configuración constitucional de la JEP tenía asidero en un modelo de justicia restaurativa que se enfocaba en la satisfacción de los derechos de las víctimas y en asegurar la convivencia pacífica, antes que en la pretensión de castigar a todos los responsables por todas las graves violaciones cometidas en el marco del conflicto¹⁸. En otras palabras, la Corte encuentra

que la creación de tres organismos para operar los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición no solo no socava los principios que irradiaron la configuración de la organización política en la Constitución de 1991, sino que además también se explica por las particularidades del escenario transicional en el que se inscribe el Acto Legislativo 01 de 2017. En un entorno como el descrito la creación de órganos autónomos y especializados cumple una función determinante y decisiva dentro del proceso de paz, teniendo en cuenta que la renovación institucional hace frente a la desconfianza que históricamente han manifestado los grupos armados que hacen parte del conflicto frente al Estado, así como a los señalamientos que se han formulado en contra del Estado colombiano por las limitaciones en el cierre del conflicto armado, en materias como la reparación a las víctimas o la impartición de justicia¹⁹.

Bajo esta consideración, la JEP pasó a engrosar la baraja de instituciones que tienen su origen en la Carta Política. Este privilegiado estatus le otorga ciertas prerrogativas dentro del orden jurídico. Por un lado, una de las cualidades de su origen constitucional es que hace parte de la dimensión orgánica del Estado y su configuración constitucional no es susceptible de cambios por parte del legislador, en tanto vulneraría el principio de supremacía constitucional. En otras palabras, si la Constitución provee una configuración amplia y comprensiva

- 17 El grado de detalle de la JEP es particularmente importante en contextos de reforma constitucional. La Corte ha establecido que cuando mayor detalle tiene un órgano dentro del andamiaje constitucional, menor es la facultad que tiene el Congreso para reglamentarlo.
- 18 Este argumento es de diametral importancia en el debate. El marco jurídico de la JEP se asienta sobre el principio de construcción dialógica de la verdad y de la justicia restaurativa. El compromiso con esta visión de la justicia aleja a la JEP del funcionamiento de la justicia ordinaria y de la lógica de investigación del caso a caso. El fundamento pragmático detrás de este compromiso deviene de la magnitud del universo de casos dentro del conflicto, que hace imposible adoptar una lógica de investigación individual, en tanto este tipo de prácticas de administración de justicia contrastarían con la imposibilidad fáctica de obtener resultados.
- 19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Núm. 5.4 párr. 3.

de una institución, el Congreso tiene un margen limitado para su respectiva reglamentación legislativa²⁰.

Ahora bien, en caso de enmiendas constitucionales que afectan este tipo de órganos, la Corte ha sostenido que ningún contenido particular de la Constitución es *a priori* irreformable, en tanto el constituyente primario no estableció cláusulas pétreas. A pesar de esta consideración, la Corte, desde 2003, construyó la tesis, conocida como la *doctrina de la sustitución de la Constitución*, con base en la cual considera que ciertas enmiendas desbordan la órbita del Congreso para reformar la Carta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Congreso deriva su poder de reforma de la Constitución y, en consecuencia, los cambios que este órgano tramita en la Carta, a pesar de que implican una transformación, no pueden crear una nueva Constitución, en tanto incurrirían en un vicio de competencia. En palabras de Yaniv Roznai, “modificar una cláusula esencial que transforma la naturaleza del régimen constitucional puede considerarse como una sustitución a la Constitución”²¹. Doctrinalmente, esto implica que la función constituyente del Congreso tiene un límite implícito²². Estos límites no se identifican en razón de la magnitud o escala de la enmienda, sino cuando un elemento definitorio de la identidad de la Constitución es remplazado. En palabras del alto tribunal:

Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente²³.

De esta forma, no es que los órganos de origen constitucional sean irreformables, sino que la reforma de su configuración constitucional, independiente de su

20 Esta regla está en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la última sentencia de importancia medular en donde se expuso fue en la Sentencia C-379 de 2016, en donde la Corte habilitó constitucionalmente la Ley Estatutaria para llamar al Plebiscito Especial para la Paz. En dicho caso, la Corte argumentó que el plebiscito como mecanismo de democracia participativa tenía una mínima regulación constitucional.

21 Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Admenments Powers*. Londres: Oxford University Press, 2017, pp. 66-67.

22 La palabra implícito o *implicit* es utilizada por Yaniv Roznai para calificar aquellos aspectos de una Constitución que no están explícitamente calificados como irreformables por la Constitución.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-1040. (2005). [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández]. Núm. 7.10.2.

magnitud o escala, puede en algunos casos afectar la vinculación de alguna de estas disposiciones normativas con una cláusula esencial de la Constitución. A modo de ejemplo, proscribir a través del Congreso el control constitucional de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos que expida el Gobierno en virtud de un estado de excepción, a pesar de que implica únicamente la reforma material de un artículo (241-7 de la Constitución), su vinculación con un elemento esencial del Estado de derecho, como lo es el principio de separación de poderes, que implica necesariamente un sistema de pesos y contrapesos en el cual las ramas del poder público se controlan mutuamente²⁴, significaría la transformación de este elemento esencial y definitivo de la Carta y, por ende, de toda su identidad.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, teniendo en cuenta que la JEP hace parte un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición de origen constitucional que concilia dos elementos en tensión dentro de la Constitución, como lo son la paz como valor, principio y derecho constitucional, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición frente a graves violaciones de derechos humanos, la reforma de su configuración constitucional podría comportar una transformación de estos elementos. Como ilustración, si el Congreso tramitara una reforma sobre el artículo 6º transitorio del AL 07 de 2017 que establece la competencia prevalente de la JEP sobre conductas criminales que se dieron con ocasión, por causa o en relación con el conflicto armado, con el objetivo de excluir ciertos delitos de especial gravedad por ser actos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad, se podrían alterar significativamente elementos definitivos para la identidad de la Constitución, por cuanto una excepción a la competencia prevalente implica que la jurisdicción ordinaria resolviera estos asuntos bajo el estándar de crímenes ordinarios. Lo que, como consecuencia, implicaría un claro rompimiento de un espacio de transición política, que sirve como caja de resonancia y fortalecimiento del Estado bajo el entendimiento de la Constitución como un tratado de paz, así como un menoscabo en los derechos del grupo de víctimas de delitos de esta naturaleza, que no podría acceder a estas vías de satisfacción de derechos, sino a mecanismos ordinarios con considerables dificultades para enfrentar la cantidad de casos y su dificultad probatoria. La Constitución resultante de esta reforma, en consecuencia, sería radicalmente distinta, a pesar de solo modificar materialmente un artículo transitorio.

Adicionalmente, los órganos de origen constitucional están estrechamente conectados con la dimensión orgánica del Estado y, por ende, con el principio de separación de poderes. Como argumenta Bonilla, este principio, en su estructura

24 Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, n.º 134, pp. 231-276. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>

arquitectónica, implica una división tripartita del poder público que sustenta una órbita delimitada de competencia funcional²⁵. La matriz de competencia, no obstante, depende del contexto e intereses de la comunidad política para determinar qué aspectos específicos definen su contenido.

La JEP, en particular, se inserta dentro de esta matriz de competencia funcional del Estado, para enfrentar un problema que las instituciones dentro del Estado colombiano son incapaces de solventar: la administración de justicia durante una transición política en un contexto de alrededor de nueve millones de graves violaciones de derechos humanos registradas en el marco del conflicto armado. Esta órbita de competencia delimitada constitucionalmente supone un aislamiento funcional²⁶ de la JEP dentro de la estructura orgánica del Estado y, por ende, como parte del andamiaje constitucional estaría vinculada de forma estrecha al principio de separación de poderes. Este argumento se refuerza porque la Corte ha entendido el principio de separación de poderes como una garantía para que las diversas ramas y órganos que componen el Estado desarrollen un mayor grado de especialización institucional que les permite el manejo técnico de sus funciones. Bajo este entendimiento, el principio es reconocido jurisprudencialmente como un eje axial y definitivo de la Constitución²⁷.

2.2. La competencia del Congreso para reformar la JEP

Una de las discusiones medulares del constitucionalismo colombiano son los límites que tiene el Congreso para reformar la Constitución. Como se esbozó con anterioridad, la Corte Constitucional consolidó la doctrina de la sustitución de la Constitución como un argumento según el cual el Congreso encuentra sus límites de competencia en aquellos elementos constitutivos de la identidad de la Constitución. A través de la jurisprudencia se han cristalizado algunos elementos definitivos de la Constitución, entre ellos: la soberanía popular (Sentencia C-971 de 2004), la separación de poderes (sentencias C-971 de 2004, C-699 de 2016, C-332 de 2017, C-630 de 2017 y C-674 de 2017), la supremacía constitucional (sentencias C-1040 de 2005 y C-630 de 2017), la participación política (Sentencia C-1040 de 2005), la distribución del poder público (Sentencia C-1040 de 2005), el Estado social y democrático de derecho (Sentencia C-1200 de 2003), el juez natural (Sentencia C-674 de 2017), la deliberación parlamentaria

25 Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, p. 240, n.º 131, pp. 231-276. Disponible en [http:// dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps)

26 Bonilla habla de aislamiento funcional cuando se fraccionan los componentes del Estado de tal forma que cada una de las partes cumple una función específica de manera autónoma.

27 En dos sentencias la Corte ha categorizado el principio de separación de poderes como un eje axial y definitivo de la Constitución.

(Sentencia C-332 de 2017), el principio de legalidad (Sentencia C-630 de 2017) y la paz (sentencias C-574 de 2013, C-577 de 2014, C-630 de 2017, C-674 de 2017 y C-027 de 2018).

De acuerdo con la doctrina de la sustitución de la Constitución, el Congreso de la República, en ejercicio de la función de reforma que le confía el artículo 374 de la Carta, no podría reformar, suprimir o derogar los elementos que con anterioridad ha identificado la Corte como esenciales para definir la identidad de la Constitución. Sin embargo, muchos de estos elementos no tienen origen en un único artículo de la Constitución que concentre toda su fuerza y contenido, sino que son normas *ius fundamentales* que emanan de diferentes artículos ubicados en distintos títulos de la Carta. En consecuencia, el cambio de alguno de estos artículos puede resultar en la transformación de los elementos definitivos de la Constitución. Estos serían los límites implícitos del poder de enmienda del Congreso, pues si introduce cambios sobre estos no estaría reformando a la Constitución, sino derogándola, subvirtiéndola o sustituyéndola.

La Corte desplegó esta doctrina sobre el AL 01 de 2017 en la sentencia C-674 de 2017, encontrando que el contenido de la reforma en líneas generales no sustituía ningún elemento definitivo de la Constitución, sino que, por el contrario, era un desarrollo de principios *ius fundamentales* de la Carta política. En repetidas oportunidades, la Corte sostuvo que la sustitución de la Constitución no se sustenta en la envergadura de la reforma, sino en que esta transforma elementos esenciales de la Constitución. De esta forma, a pesar de que AL 01 de 2017 integra un título transitorio que altera la dimensión orgánica del Estado,

la Sala concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2017 no sustituye los principios estructurales del ordenamiento superior, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) primero, porque las restricciones al derecho de las víctimas a la justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de la verdad y de reparación, a través del sistema de condicionalidades; (ii) segundo, porque respecto de las más graves formas de criminalidad el Acto Legislativo 01 de 2017 preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva; (iii) tercero, porque aunque el deber general de reparación material se radica en el Estado y no en los victimarios, y además, se supedita la cuantía de la indemnización a la disponibilidad de recursos, este modelo general es consistente con la naturaleza de los programas de reparación en escenarios de violación masiva y sistemática de derechos, en los cuales el paradigma tradicional no solo puede tornarse materialmente inviable, sino que además produce

inequidades y distorsiones en la distribución de recursos entre las víctimas, y entre estas y los demás sectores sociales²⁸.

La JEP, en consecuencia, tiene cabida de forma transitoria como un órgano de origen Constitucional, que permitiría alcanzar valores esenciales para un Estado social y democrático de derecho, como la paz y la superación del conflicto armado, garantizando el contenido mínimo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Entender la JEP como un desarrollo material de elementos definitivos de la Constitución permite entrever que su inclusión dentro del andamiaje constitucional responde a convertirse en una garantía material para los derechos de las víctimas del conflicto armado. Esta consideración indica que la estructura orgánica del Estado plasmada por el constituyente primario en la Constitución es susceptible de modificaciones, siempre y cuando estas persigan y se constituyan como mecanismos idóneos de garantía para los derechos de los asociados. En otras palabras, utilizando la categorización propuesta por Roberto Gargarella²⁹, la parte orgánica de la Constitución, esto es, la organización y distribución funcional del poder público, es susceptible de cambio en escenarios transicionales, cuando la enmienda persiga la garantía material de la parte dogmática de la Constitución, es decir, permita la materialización de la Carta de derechos de la que gozan los ciudadanos.

Esta hipótesis se refuerza dada la imposibilidad de la estructura orgánica del Estado para afrontar las difíciles consecuencias del conflicto, que implican, materialmente, administrar justicia para alrededor de ocho millones de víctimas. En consecuencia, las posiciones de la Corte dejan entrever un punto de crucial importancia: en materia de reforma constitucional, si el contenido de la reforma contribuye a la construcción de paz, el Congreso tiene una competencia más amplia, sin caer en el conocido vicio de sustitución de la Constitución. Es decir, que las reformas que el Congreso introduce a la Constitución son admisibles si desarrollan materialmente objetivos constitucionales, incluso cuando tienen una amplia envergadura y alteran el diseño que el constituyente primario le dio a la dimensión orgánica del Estado³⁰. De tal forma que es posible afirmar que las modificaciones que se tramiten por medio del Congreso a la configuración constitucional de la JEP están limitadas materialmente a desarrollar a profundidad los derechos de las víctimas del conflicto armado.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674, *op. cit.*, núm. 6.5.5.

29 Gargarella, Roberto. *Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latino-americano*. New Haven: Yale University, 2017. Disponible en https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf

30 Es resaltante que la dimensión orgánica del Estado es susceptible de cambio, pero la parte dogmática de la Constitución, es decir, la carta de derechos, aun en espacios transicionales, no admite reformas sino limitaciones justificadas.

2.3. El blindaje jurídico del Acuerdo y su papel frente a la intangibilidad de la JEP

A través del *fast track* también se tramitó en el Congreso el Acto Legislativo 02 de 2017 (AL 02 de 2017), conocido popularmente como el *blindaje jurídico*. Este acto legislativo surge como una medida para soslayar una de las grandes críticas al diseño original del Acuerdo y sus mecanismos de acopio e integración al ordenamiento jurídico. Originalmente, se buscaba que el Acuerdo fuera vinculante dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano³¹. Para lograr esto, se le calificó como un Acuerdo Especial, en los términos del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y en virtud del artículo 93 de la Constitución, que establece el bloque de constitucionalidad³², y así su contenido en materia de derechos humanos ingresaba automáticamente al ordenamiento jurídico, tomando lugar dentro del sistema de fuentes³³.

Varios críticos atacaron este punto, argumentando que resultaba peligroso que el contenido del Acuerdo ingresara al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, en tanto entraba en colisión con normas de jerarquía constitucional producidas en el marco de una deliberación democrática de carácter constituyente. La Corte Constitucional acogió esta posición y en la Sentencia C-630 de 2017 desestimó que el Acuerdo hiciera parte del bloque de constitucionalidad³⁴. Sin embargo, consideró adecuado y ajustado a las competencias en materia de reforma que ostenta el Congreso que se introdujera un artículo transitorio a la Constitución, en virtud del cual el contenido del Acuerdo sobre derechos humanos y DIH se convertía en criterio de validez material para las normas que posteriormente lo desarrollaran. En palabras de la Corte:

Sin embargo, a partir del Acto Legislativo 02 de 2017, los contenidos del Acuerdo Final que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y a derechos fundamentales consagrados en la Constitución

- 31 Amaya-Villareal, Álvaro Francisco y Guzmán Duarte, Valeria. La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2017, n.º 30, pp. 41-60. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il.15-30.njia> doi:10.11144/Javeriana.il15-30.njia
- 32 De la Calle, *op. cit.*; Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz. El largo camino para acabar el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Bogotá: Planeta, 2019.
- 33 De acuerdo con Jácome, las fuentes del derecho reflejan una lucha política al interior de los Estados modernos para decir el Derecho. Si se desea profundizar, ver: González Jácome, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, 2006, vol. 55, n.º 112, pp. 265-293.
- 34 La Corte examinó si el Acuerdo hacía parte del bloque de constitucionalidad tanto en sentido lato como estricto. En ambos casos, determinó que esta posición resultaba improcedente, por cuanto una vez se inició la ronda de renegociación por el resultado del plebiscito por la paz, uno de cambios de importancia fue precisamente desechar la idea de que el Acuerdo ingresaba al bloque de constitucionalidad.

serán parámetros de interpretación y referentes de desarrollo y validez de las normas de implementación de lo pactado, con sujeción al ordenamiento constitucional. Igualmente, a partir de ese acto legislativo el Acuerdo se adopta como *política de Estado*, de manera que todos los órganos, instituciones y autoridades del Estado, se encuentran comprometidos con su desarrollo e implementación de *buena fe* y, por tanto, cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios³⁵.

Explícitamente el AL 02 de 2017 señala que los desarrollos normativos relacionados con la implementación del Acuerdo posteriores a su entrada en vigencia deben guardar coherencia con el contenido sustantivo del Acuerdo Final. Este mandato constitucional, bautizado por la Corte como el *ámbito personal* del AL 02 de 2017, impone dos obligaciones: primero, le asigna a todas las instituciones y órganos del Estado la obligación de cumplir de buena fe con lo acordado y, segundo, impone que los desarrollos normativos posteriores que adelanten dichos órganos en cumplimiento de su función constitucional guarden coherencia con lo postulado dentro del Acuerdo. Dicho en otras palabras, el AL 02 de 2017 adopta el Acuerdo como una política de Estado. Por lo tanto, “cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios”³⁶. Este imperativo constitucional está vinculado estrechamente con la fuerza expansiva que le imprime el artículo 4º de la Carta, al establecer que la Constitución es norma de normas y, por ende, expande la obligación a todos los ámbitos de desarrollo de la función pública.

Dentro de esta política de Estado, la JEP hace parte de los componentes que son determinantes y que están dispuestos con un alto grado de detalle dentro del Acuerdo, en contraste con otros que corresponden a compromisos programáticos para la transformación de puntos que hicieron parte de la agenda de negociación³⁷ y que fueron considerados como las causas objetivas del conflicto, que explican también su larga duración³⁸. La especificidad en los componentes de la JEP supone una limitación en el marco de maniobra que tienen las instituciones y órganos del Estado para impulsar cambios sobre su contenido. Una reforma constitucional que persiguiera el objetivo de modificar el AL 01 de 2017, desconociendo su estructura dentro del Acuerdo, entraría,

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Campo]. Núm. 2.2.1.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630, *op. cit.*

37 Especialmente la solución al problema agrario (punto 1 del Acuerdo) y la solución al problema de las drogas (punto 3 del Acuerdo).

38 Si se desea revisar las causas del conflicto, ver, entre otros, Chambers A. Paul.

en consecuencia, en coalición con contenido del AI 02 de 2017. Esta coalición genera un hondo problema constitucional, en el que, tal como lo expresó José Manuel Cepeda, el intérprete constitucional debe buscar un equilibrio entre los valores constituciones en tensión, guiado por una interpretación comprensiva de la Constitución.

3. HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO UN LÍMITE IMPLÍCITO AL PODER DE REFORMA DEL CONGRESO

Yaniv Roznai presenta una poderosa tesis sobre los límites implícitos del poder de reforma de la Constitución. El adjetivo *implícito* responde a la necesidad de diferenciar este tipo de límites a los poderes de enmienda de otro grupo, calificado como *explícito*, en donde las Constituciones expresamente indican que elementos dentro de su cuerpo son irreformables. Roznai, en un esfuerzo genealógico, identifica que la doctrina de los límites implícitos tiene su génesis en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Este tribunal diferenció entre la Constitución como un acto del pueblo³⁹ y el acto de reformarla como una actividad que realizan los gobiernos y estructuras del Estado. La autoridad del pueblo es evidentemente superior que la de los gobiernos, y estos últimos no pueden revertir el instrumento que los dota de autoridad. Sin embargo, a pesar de que los pilares conceptuales se encuentran en Estados Unidos, el desarrollo práctico de la teoría de los límites implícitos del poder de reforma se dio en varias Cortes del sur global⁴⁰. Una jurisprudencia fundamental para la formación de esta teoría es la que ha desarrollado la Corte Suprema de India, a través de la consolidación de la doctrina de la estructura básica de la Constitución.

Al igual que la Constitución colombiana, la Constitución india no presenta cláusulas pétreas ni hace explícito qué disposiciones se pueden o no reformar por los canales dispuestos para el cambio constitucional. Sin embargo, la Corte

39 Es importante recordar la frase con la que empieza la Constitución de los Estados Unidos “We The People” o, en español, “nosotros el pueblo”. Para la Corte Suprema de Estados Unidos, esta autoridad es diferente y mucho más profunda que la autoridad que tienen los Gobiernos que impulsan las enmiendas.

40 La idea de un Constitucionalismo del sur global la desarrolla con bastante profundidad Daniel Bonilla Maldonado en la introducción del libro *Constitutionalism of the Global South. The activism tribunals of India, South Africa and Colombia*. Para Bonilla, el tránsito de conocimiento jurídico en el mundo está marcado por una superioridad en el valor que tienen los productos del norte global y sus diferentes Cortes, académicos y escuelas de derecho. En contraste con un sur global en donde los productos circulan si a caso por redes locales de conocimiento jurídico y no son un referente importante en la geopolítica del conocimiento jurídico. Más allá de las cinco razones que presenta Bonilla en la introducción del mencionado libro para explicar este fenómeno, lo interesante es que descriptivamente desde el sur global se están consolidando nodos de referencia que presentan avances significativos sobre las preguntas contemporáneas del derecho constitucional.

India consideró que este poder de enmienda tiene límites implícitos en lo que se conoce como “la estructura básica de la Constitución”⁴¹. De esta forma, los poderes de reforma, en este caso confiados al parlamento, no podían transformar los rasgos esenciales de la Constitución. Como argumenta Raza, estos rasgos fueron identificados por la Corte sobre aspectos de especial fuerza dentro de la Constitución, como el federalismo y la democracia⁴². Como relata Roznai, esta misma doctrina tiene acogida en varios países del sur global, incluyendo a Colombia, en donde se presenta a través del nombre de “la doctrina de la sustitución de la Constitución”⁴³. En el caso colombiano, el Congreso, que ostenta la facultad de reformar la Constitución, sobrepasa su ámbito de competencia cuando introduce cambios que alteran aspectos definitivos de la Carta, sustituyéndola. El Congreso, al carecer de competencia para crear una nueva Constitución, incurre en un vicio de competencia cuando las enmiendas que tramita alteran de tal forma la Constitución que su identidad cambia. En otras palabras, el Congreso no está facultado para crear una nueva Constitución, de tal forma que las enmiendas que transforman aspectos identitarios de la Carta caen en un vicio de competencia. El límite implícito, en consecuencia, son aquellos elementos definitivos e identitarios de la Constitución.

La Corte Constitucional y la academia jurídica coinciden en señalar que uno de los elementos definitivos e identitarios de la Constitución es la paz. Además de las referencias formales que son tangibles en varios artículos de la Carta, la paz constituye un sustrato medular, al servir de garantía material para el desarrollo de la vida digna de todos los asociados. En contraste con el contenido de la Carta, durante los primeros años de su vigencia, se vivieron algunas de las olas más violentas en toda la historia política del país. La práctica de las masacres⁴⁴ y el escalamiento de la violencia por la disputa entre los grupos paramilitares, guerrilleros y las Fuerzas Armadas contrastaban con una reluciente Carta política y una Corte que se enfrentaba, a través de su jurisprudencia, a la realidad del país⁴⁵. La aspiración normativa⁴⁶ de la Constitución, es decir, su esfuerzo por

41 Roznai, *op. cit.*, p. 44. Si se desea profundizar en este tema, ver: Raza, Aq. *The Doctrine of ‘Basic Structure’ of the Indian Constitution: A Critique*. 12 de julio de 2015. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2661127> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2661127>

42 Raza, *op. cit.*, p. 4.

43 Gonzales Cuervo, Mauricio y Fajardo Arturo, Luis Andrés. *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad de la Sergio Arboleda, 2015.

44 Veá Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). *¡Basta Ya!: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: CNHM, 2013.

45 Lemaitre, *op. cit.*

46 Resulta importante, en este caso, pensar en la gravedad de este tipo de discursos dentro de la teoría jurídica y de la disciplina del derecho constitucional. La expresión *aspiración normativa* fue cuidadosamente seleccionada por el valor que ambas palabras tienen. La palabra *aspiración*, en este caso, se refiere a la ligazón, expuesta por Mauricio García Villegas, entre Constitución y progreso, en la cual uno de los instrumentos

cambiar la realidad y transformar las situaciones contrarias a los principios de la Carta, se convirtió en uno de los motores de la jurisprudencia Constitucional⁴⁷. Sin embargo, la persistencia del conflicto erosionaba la efectividad de los postulados constitucionales.

Desde la Sentencia C-370 de 2006 la Corte sostuvo la tesis de que la posibilidad de alcanzar la paz sustenta la existencia de ciertos elementos, dentro del marco de la justicia transicional, que permiten conciliar tan valioso objetivo con otros imperativos constitucionales, como los derechos a las víctimas a la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Uno de estos elementos es la inclusión de un paradigma de justicia que permita una salida negociada al conflicto, al tiempo que garantice los derechos de las víctimas. Desde 2012, con la reforma constitucional del AL 01 de 2012, conocido como el Marco Jurídico para la Paz, se incluyeron en la Constitución mecanismos de priorización y selección de casos, al igual que la posibilidad de aplicar penas de naturaleza alternativa. Esta inclusión, de acuerdo con la Corte, responde a la necesidad de fortalecer la efectividad de los postulados constitucionales, en tanto sirven de caja de resonancia para los elementos esenciales de la Constitución, al mitigar los efectos del conflicto armado, que es un factor de erosión de la aspiración normativa de la Carta. De esta forma, a pesar de que el marco jurídico para la paz y los elementos que introduce a la Constitución son de carácter transitorio, es decir, que tienen un tiempo de vigencia determinado como norma constitucional, se conectan con aspectos medulares de la Constitución y se presentan como presupuestos de su efectividad en espacios de transición política.

Esta misma tesis se aplica para el AL 01 de 2017 y, en consecuencia, para la JEP. La imposibilidad de seguir los esquemas ordinarios de justicia porque constituyen un impase para una salida negociada al conflicto, al igual que son inadecuados para enfrentar escenarios de macrocriminalidad y victimización⁴⁸, en tanto las prácticas de investigación del caso a caso suponen un esfuerzo heroico e inocuo, supone que los instrumentos que contiene el AL 01 de 2017 actúan como una caja de resonancia para los principios esenciales de la Constitución. La transición, dentro de esta línea de argumentación, no se presentaba como

para alcanzar el progreso es precisamente la Constitución; mientras que la palabra *normativa* se refiere a la cualidad constitucional de que sus normas tengan una efectividad material y no solo aspiraciones políticas. La expresión, en consecuencia, encierra ambos significados. Si se desea profundizar en el constitucionalismo aspiracional, ver: García Villegas, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América latina. *Análisis Político*, 2012, n.º 75, pp. 89-110.

47 Iturralde, Manuel. Access to Constitutional Justice in Colombia. En: Bonilla, Daniel, ed., *Constitutional of the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013. pp. 361-402.

48 Si se desea profundizar en este tema, ver: Aponte, Alejandro. Macrocriminalidad y función penal en la lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. *Cuadernos de Estrategia*, n.º 189, diciembre 2017, pp. 27-52. Aponte resalta un aspecto esencial durante la experiencia de la Ley de Justicia y Paz frente a la incapacidad del sistema para afrontar la cantidad de casos.

un espacio excepcional en donde se suspendían algunos elementos del sistema constitucional con el objetivo de enfrentar una situación que amenazaba la integridad del régimen. Por el contrario, la transición se presenta como el espacio de amplificación de los postulados constitucionales. Esta diferencia entre la excepcionalidad y la transicionalidad apunta, precisamente, a establecer que los elementos que fundamentan la transición contemplados en un acuerdo de paz, sirven como elementos de resonancia de la Constitución. La transición tiene un efecto expansivo sobre postulados constitucionales.

Esta relación de expansión supone un límite implícito al poder de reforma, que se aplica, incluso, a elementos dentro de la Constitución que fuesen integrados por el Congreso en el marco de la transición. De otra forma, estos elementos, diseñados para solventar el conflicto, y que son, por sí mismos, de carácter transitorio, perderían su conexión con ejes fundamentales de Constitución. No serían cajas de resonancia ni tendrían un efecto expansivo de los postulados constitucionales si quedan a la merced de los poderes de reforma de la Constitución durante el periodo en el que tienen vigencia como norma constitucional. De su condición transitoria para fortalecer la *vis*⁴⁹ constitucional se desprende también la existencia de un límite implícito para su reforma, soportado por su íntima relación con principios identitarios de la Carta y por la necesidad de que el régimen constitucional cumpla su aspiración normativa.

CONCLUSIÓN: HACIA UNA TEORÍA DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS DEL PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS TRANSICIONES POLÍTICAS

Uno de los aspectos esenciales de la transición política colombiana era que se iba a realizar bajo el orden constitucional vigente. La Constitución servía como el mapa de navegación para la consecución de la paz. Esta idea suponía un reto importante, consistente en integrar el contenido del Acuerdo de Paz a través de los procedimientos de incorporación al orden jurídico vigente. El mecanismo para cumplir esta función fue el *fast track*, contemplado en el AL 01 de 2016, a través del cual se integraron los AL 01 y 02 de 2017 a la Constitución. El contenido de estas reformas constitucionales, a pesar de su amplia envergadura, estaba justificado en tanto amplificaba o servía como caja de resonancia de un catálogo importante de principios constitucionales identitarios y definitivos de la Carta, a la vez que mitigaba los efectos de una causa de erosión de la aspiración normativa de la Constitución: el conflicto armado.

49 La palabra *vis* es un vocablo latino que se refiere a la fuerza o poder de algo.

La íntima relación que tienen los mecanismos que contiene el modelo de justicia transicional construido en La Habana y refrendado popularmente por las instituciones jurídicas colombianas, con principios medulares y definitivos de la Constitución, como la paz en sus tres dimensiones —principio, valor y derecho—, nos induce a pensar en una teoría de los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución durante las transiciones políticas. El aspecto esencial de esta es que las transiciones políticas, cuando suceden bajo el régimen constitucional, suponen la consolidación de los presupuestos materiales de la Constitución. Son el puente para su efectividad material al mitigar efectos que erosionan el orden jurídico. De esta forma, la transición dista de la excepción y se convierte, por el contrario, en el puente para la consolidación de los presupuestos de efectividad material ordinarios de un régimen constitucional. Esta configuración conceptual supondría que, durante el tiempo de vigencia de las instituciones transicionales, al tener una conexión tan profunda con principios medulares de la Constitución, se consolidarían como límites implícitos al poder de reforma del Congreso, aun a pesar de que fueran integrados a la Constitución por esta misma vía. En consecuencia, el Congreso no podría reformar la configuración Constitucional de JEP sin sustituir la Constitución.

El aporte de este artículo es plantear algunos de los pilares de una teoría sobre los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución durante las transiciones políticas. Esta idea gravita sobre los elementos que aseguran la transición, entendiendo que constituyen ejes fundamentales para la satisfacción de los derechos de las víctimas, al tiempo que concilian una salida negociada a un conflicto. Sin embargo, sus semblanzas definitivas necesitan pensar a profundidad aspectos importantes, especialmente las implicaciones políticas de plantear este tipo de límites y la consecuente emergencia de categorías como el constituyente primario para alcanzar cambios en la Constitución.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. *Junio de 2016*, 26 Junio 2016, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5a8744d54.html> [Accesado el 8 Noviembre 2020].
- Amaya-Villareal, Álvaro Francisco y Guzmán Duarte, Valeria. La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Inter-*

nacional, 2017, n.º 30, pp. 41-60. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-30.njia>

Aponte, Alejandro. Macrocriminalidad y función penal en la lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. *Cuadernos de Estrategia*, diciembre de 2017, n.º 189, pp. 27-52.

Barreto, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescribable regularidad contemporánea de la excepción. *SELA*, 2006. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barreto_Rozo.pdf

Bernal Pulido, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, diciembre 2013, n.º 2, 339-357. Disponible en <https://doi.org/10.1093/icon/moto07>

Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, n.º 131, pp. 231-276. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>

Cajas Sarria, Alberto Mario. La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, pp. 13-48.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). *¡Basta Ya!: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: CNHM, 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578. (2002). [M. P. Manuel José Cepeda].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579. (2013). [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Campo].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699. (2016). [M. P. María Victoria Calle].

Corte Constitucional. Sentencia C-1040. (2005). [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández].

De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de la guerra. Testimonio del jefe negociados del Gobierno colombiano en la Habana*. Bogotá: Debate, 2019.

Estrada Vélez, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2011, vol. 41, n.º 114, pp.41-76.

García Jaramillo, Santiago y Gnecco Estrada, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, 2016, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104. Disponible en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>

García López, Eloy. El derecho constitucional como lenguaje que articula conceptos. En: Fajardo, Luis Andrés y Mauricio González Cuervo, comps., *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015, pp. 19-33.

García Villegas, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América latina. *Análisis Político*, 2012, n.º 75, pp. 89-110.

Gargarella, Roberto. *Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latino-americano*. New Haven: Yale University, 2017. Disponible en https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf

Gonzales Cuervo, Mauricio y Fajardo Arturo, Luis Andrés. *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad de la Sergio Arboleda, 2015.

González Jácome, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, 2006, vol. 55, n.º 112, pp. 265-293.

Institute for Integrated Transition (IFIT). *Los debates de la Habana. Una mirada desde adentro*. Bogotá: IFIT, 2018.

Iturralde, Manuel. Access to Constitutional Justice in Colombia. En: Bonilla, Daniel, ed., *Constitutional of the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

- Lemaitre, Julieta. *El Derecho como conjuro. Fetichismo, legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre.
- Moreno Milan, Franklin. El concepto de paz en la Constitución Colombiana de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección*, diciembre de 2014, n.º 2, pp. 305-346.
- Raza, Aqa. *The Doctrine of 'Basic Structure' of the Indian Constitution: A critique*. 12 de julio de 2015. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2661127> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2661127>
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Admenments Powers*. Londres: Oxford University Press, 2017.
- Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz. El largo camino para acabar el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Bogotá: Planeta, 2019.