



**Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá**

---

Honorables.

**MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

Magistrado ponente **LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ.**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número RPZ-003.** Revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 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”

**Procedencia:** Secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

**Asunto:** **Intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, **JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA**, actuando como miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional y profesor del área de derecho público de la universidad Libre y **JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ**, **LAURA MELISSA POSADA ORJUELA** y **EDGAR VALDELEÓN PABÓN**; actuando como **ciudadanos y abogados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá; dentro del término señalado en auto del 28 de Julio del 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención de la referencia, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1.991.

**1. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS EN VIRTUD DEL AL01/2016.**

El control de Constitucionalidad de los Actos Legislativos estudiados por la CortConst bajo las competencias normativas establecidas en el AL01/2016 no ha tenido una conceptualización clara en la jurisprudencia Constitucional. Sin embargo, considera el Observatorio de intervención ciudadana Constitucional que dicho control al menos debe conllevar tres niveles en su juicio de constitucionalidad.

En el primer nivel, la oración semifinal del lit.k del AL01/2016 establece que estos Actos Legislativos únicamente serán declarados inexecutable por la CortConst en virtud de la comisión de vicios de procedimiento en su formación. Al respecto, la CortConst en su variada jurisprudencia ha estudiado los vicios de forma en el procedimiento legislativo describiendo los niveles de errores de procedimiento de la formación de estos actos en el seno del debate legislativo en virtud del principio de instrumentalidad de las formas<sup>1</sup>. De este principio se desprenden al menos dos ideas generales: a) los trámites y procedimientos son apenas los instrumentos de realización de las iniciativas del legislador<sup>2</sup> y, b) en la medida que el procedimiento está reglado y constitucionalizado, significa que hay una preocupación del constituyente por garantizar el principio de legalidad y el principio democrático, de ahí que las normas del procedimiento definan la constitucionalidad del acto normativo expedido por el CongRep<sup>3</sup>.

De acuerdo con lo anterior, para determinar un vicio de procedimiento la CortConst debe examinar al menos cuatro (4) asuntos<sup>4</sup>: a) determinar si el defecto realmente afecta la validez del acto; b) si en realidad existió el vicio, la CortConst estudiará si existió o no una convalidación del mismo durante el procedimiento legislativo; c) si el vicio no fue convalidado, la CortConst debe analizar si es posible devolver el acto al CongRep o al Presidente para que subsanen el defecto; y, d) si no es posible lo anterior, la CortConst debe determinar si es posible que ella misma sane el vicio de acuerdo al principio de razonabilidad<sup>5</sup>.

Sin embargo, tanto la doctrina<sup>6</sup> como la jurisprudencia<sup>7</sup> han afirmado que no todo vicio de procedimiento necesariamente desemboca en la declaratoria de inexecutable de las normas, pues no toda irregularidad en el trámite de un proyecto de acto legislativo da lugar a la materialización de un vicio de procedimiento<sup>8</sup>. De esta manera, la CortConst ha identificado tres (3) niveles de errores en el procedimiento legislativo, a saber: a) errores irrelevantes; b) irregularidades reglamentarias; y, c) vicio de procedimiento.

En el primer escenario, el error no vulnera principios del derecho democrático, es decir, no afecta la voluntad del legislador en la expedición del acto, razón por la cual no hay una inconstitucionalidad de la norma. El segundo escenario supone necesariamente una vulneración al procedimiento legislativo. En este caso hay irregularidades que pueden constituir un vicio o no, dependiendo de las circunstancias en las que se produzcan y de la afectación a las garantías a las que atiende la norma procedimental infringida<sup>9</sup>. Sobre el particular, la CortConst ha señalado que los procedimientos no tienen valor en sí mismos y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo<sup>10</sup>. Y finalmente, en el tercer escenario, la CortConst estima que hay lugar a la inexecutable de las normas

---

<sup>1</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>2</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>3</sup> Véase al respecto: CortConst SC 1040/2004; SC 970/2004, entre otras.

<sup>4</sup> CortConst SC 1040/2005; SC 737/2001.

<sup>5</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>6</sup> PALACIOS, Alfonso. Concepto y Control del Procedimiento Legislativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2010. Pp.298s.

<sup>7</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>8</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>9</sup> CortConst SC 1040/2005.

<sup>10</sup> CortConst SC 1040/2005 citando la SC 872/2002.

cuando en el procedimiento legislativo se vulneraron derechos democráticos y principios constitucionales que rigen el procedimiento legislativo, por ejemplo, las mayorías cualificadas o, inclusive, la vulneración a los principios de identidad flexible y consecutividad<sup>11</sup>.

Además de las consideraciones expuestas sobre la jurisprudencia acerca de los vicios de procedimiento, el AL01/2016 contiene exigencias para la validez tanto para los proyectos de acto legislativo como para las leyes. Según el AL01/2016, con el cometido de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final y ofrecer garantías en su cumplimiento y fin del conflicto<sup>12</sup>, establece una serie de reglas que deberán ser examinadas en virtud de que también imponen procedimientos que afectan la validez del acto. Estos procedimientos son de carácter temporal y competencial.

Dentro de la validez temporal del acto, se encuentra que el AL01/2016 estableció que dicha facultad tendrá vigencia por seis (6) meses prorrogables por el mismo tiempo siempre y cuando medie comunicación formal del Gobierno Nacional ante el CongRep<sup>13</sup>. Y con respecto a la validez competencial, el AL01/2016 establece que en dicho procedimiento legislativo especial para la Paz, únicamente el Presidente de la República es quien tiene la competencia de iniciativa legislativa exclusiva, además tendrán un trámite preferencial consistente en su absoluta prelación en el orden del día sobre cualquier otro asunto<sup>14</sup>.

En virtud de lo anterior, el control de constitucionalidad de los actos legislativos pro vicios en el procedimiento en su formación sugiere una rigidez de mayor grado.

El segundo nivel de control de constitucionalidad de los Actos Legislativos expedidos en virtud del AL01/2016 consiste en determinar si el Acto Legislativo tiene una conexidad con el Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado. Esta exigencia nace de acuerdo al lit.a del art.1 del AL01/2016 el cual impone la obligación de que su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una Paz estable y duradera<sup>15</sup>. Sin embargo, la exigencia de conexidad no debe entenderse de manera estricta, tal y como sucede para la expedición de los decretos-leyes expedidos en virtud de las facultades especiales del Presidente de la República según el art.2 del AL01/2016<sup>16</sup>.

Esta consideración nace de la interpretación de la CortConst cuando examinó la constitucionalidad del AL01/2016. En dicha oportunidad estableció que si bien el AL01/2016 establece la expedición de actos legislativos en cuatro debates en una sola vuelta, este procedimiento toma relevancia cuando se interpreta de manera sistemática. De acuerdo a lo anterior debe observarse que a) su objetivo es la realización de la Paz, fin

---

<sup>11</sup> CortConst SC 726/2015.

<sup>12</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2016. Art.1 inc.1.

<sup>13</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2016. Art.1 inc.1.

<sup>14</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2016. Art.1. lit.b

<sup>15</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2016. Art.1 lit.a.

<sup>16</sup> Dentro de los cuales el Gobierno debe demostrar la conexidad objetiva, estricta, suficiente y además demostrar la necesidad estricta en la motivación del decreto-ley. Véase al respecto: CortConst SC 253/2017, entre otras.

imperioso del orden constitucional a la vez que un modo de conservar su integridad; b) constituye un mecanismo excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento a los previstos en las cláusulas de reforma constitucional<sup>17</sup>; c) dentro del marco de la reforma, los procedimientos de expedición de actos legislativos y leyes se diferencian entre sí por sus distintos niveles de dificultad; y, d) la competencia de reforma constitucional establecida en el AL01/2016 no altera el modelo de rigidez constitucional establecido en la ConstPol<sup>18</sup>.

Considera el Observatorio que, en virtud de que le corresponde al CongRep la competencia general de concreción del Acuerdo Final<sup>19</sup>, el criterio de conexidad que debe imperar en la relación entre el Acuerdo Final y los Actos Legislativos es de razonabilidad<sup>20</sup>. Este criterio nace de al menos bajo dos análisis: a) el poder de reforma estatal para la construcción social e institucional de la Paz. De acuerdo a este punto, el CongRep puede configurar ciertas instituciones o mecanismos no previstos en el Acuerdo Final, pero sin embargo, dichas instituciones o mecanismo o inclusive procedimientos juegan un papel importante en la concreción del Acuerdo Final, p.ej. órganos de control encargados de dictar políticas generales sobre la Paz; establecer obligaciones institucionales de carácter general sobre políticas de paz, etc. y, b) la filosofía que contiene la construcción de la Paz como un asunto de Estado. Este criterio impone que si bien los asuntos de alta política son de andamiaje de la Rama ejecutiva, la construcción de un Estado en Paz supone la práctica de políticas públicas concretas que se respalden en la totalidad de la institucionalidad del País.

En el ejercicio de las facultades del poder de reforma en el marco del AL01/2016, la CortConst advirtió que el procedimiento especial de enmienda solo puede usarse por tanto bajo condiciones estrictas. Únicamente puede ponerse en práctica cuando sea necesario para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la terminación de conflicto armado, y no para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con dicho acuerdo, pues el CongRep carecería de competencia para implantarlas por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda hacerlo por los mecanismos permanentes de revisión, dentro de los límites constitucionales<sup>21</sup>.

Según lo anterior, la CortConst debe examinar que si la institución creada tiene una conexidad directa con el Acuerdo Final, si no es así, deberá estudiar su rol en de acuerdo con la filosofía de la construcción de la política de Paz para determinar la razonabilidad de la norma, esta interpretación supone la inexequibilidad de la norma pero no es por vicios en el procedimiento en su formación ni por vicios de sustitución de la Constitución. La inexequibilidad nace en virtud del lit.a del art.1 del AL01/2016.

El tercer nivel del juicio de constitucionalidad consiste en la verificación de la sustitución de la Constitución. La CortConst ha identificado pilares fundamentales que le otorgan identidad a la ConstPol y, bajo dicha interpretación, declaran la inexequibilidad de reformas

---

<sup>17</sup> CortConst SC 699/2016.

<sup>18</sup> CortConst SC 699/2016.

<sup>19</sup> CortConst SC 699/2016.

<sup>20</sup> Tal y como lo sostuvo el doctor Rodrigo Uprimny Yepes en la Audiencia ante la CortConst sobre el AL01/2016 "Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones".

<sup>21</sup> CortConst SC 699/2016.

constitucionales emitidas por el CongRep<sup>22</sup>. Para determinar la inexecutable de la norma por violación de competencias, dicha corporación ha empleado el llamado test de sustitución de la Constitución<sup>23</sup>, el cual consiste en la construcción argumentativa de inconstitucionalidad basada en premisas. Dentro de estas premisas se identifican a) el pilar fundamental establecido en la ConstPol; b) el contenido normativo de la reforma constitucional; y, c) el cambio opuesto e ilógico –en identidad constitucional- del pilar fundamental y su reemplazo por lo establecido en la reforma constitucional<sup>24</sup>, aunque con la evolución jurisprudencial la CortConst amplió la carga argumentativa por los demandantes, especificando paso a paso las premisas que entablan el Test de sustitución<sup>25</sup>.

Sin embargo, las aplicaciones concretas del juicio de sustitución han variado de acuerdo a los momentos constitucionales por los que ha pasado el Estado Colombiano. Concretamente sobre instituciones propias de justicia transicional, la CortConst ha entendido que su aplicación no incurre *per se* una sustitución constitucional, incluso si a través de ellas se establecen herramientas excepcionales y transitorias, las cuales no resultan aplicables en periodos ordinarios de institucionalidad, p.ej. los mecanismos de priorización de investigación penal<sup>26</sup>, entre otras medidas, donde la CortConst ha argumentado la necesidad de efectuar una ponderación entre diferentes principios y valores como la Paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición<sup>27</sup>.

Así, se evidencia que en contextos de reconfiguración del conflicto armado las operaciones institucionales se acomodan a situaciones extraordinarias donde se reconocen facultades de concreción que en el régimen ordinario institucional serían inconstitucionales. Lo anterior no significa la negación de valores fundamentales tales como la protección de derechos fundamentales de las víctimas en un marco de justicia transicional, ni tampoco la negociación de valores fundamentales democráticos del Estado Colombiano<sup>28</sup>.

De ahí que el juicio de sustitución de la ConstPol no sólo se evidencia los pilares fundamentales de la ConstPol sustituidos y, por ende, una comparación con las futuras reformas constitucionales expedidas en virtud del AL01/2016. Este análisis debe conllevar la interpretación finalista de la reforma en la construcción de la Paz y su interpretación bajo método de ponderación con los ejes axiales establecidos en la ConstPol.

## **2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL AL01/2017.**

---

<sup>22</sup> CortConst SC 551/2003; SC 970/2004; SC 971/2004; SC 141/2010; entre otras.

<sup>23</sup> CortConst SC 970/2004; SC 971/2004.

<sup>24</sup> CortConst SC 1040/2005; SC 141/2010; SC 397/2010, entre otras.

<sup>25</sup> CortConst SC 285/2016; SC 084/2016.

<sup>26</sup> CortConst SC 579/2013. En esta sentencia la CortConst debía resolver una demanda contra el AL01/2012, que contemplaba provisionalmente, entre otros instrumentos de transición, la facultad del legislador para establecer criterios de selección que permitieran centrar los esfuerzos de investigación penal en los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, y autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados. Dicha reforma fue censurada bajo los cargos de sustitución del elemento de la identidad constitucional expresado en el compromiso del Estado Social de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de los integrantes de la sociedad y de las víctimas.

<sup>27</sup> CortConst SC 579/2013. SC 332/2017.

<sup>28</sup> CortConst SC 332/2017.

De acuerdo con lo anterior, el Observatorio analizará la constitucionalidad del AL01/2017 en los dos últimos niveles de control de constitucionalidad propuestos por este colectivo. El concepto analizará a) el artículo transitorio 8 sobre el modelo de las acciones de tutela contra acciones u omisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz; y, b) el artículo transitorio 24 sobre la responsabilidad del mando.

*2.1. Sobre la acción de tutela en contra de las violaciones a los derechos fundamentales cometidas por la acción u omisión de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP).*

El art.8 transitorio del AL01/2017 establece que procederá la acción de tutela contra las acciones u omisiones en que incurran todos los órganos de la JEP, sólo procederá en contra de las providencias judiciales que incurran en una vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive previo agotamiento de recursos al interior de la JEP<sup>29</sup>.

Además, sostiene un régimen de procedimiento con distintas reglas en el procedimiento de revisión ante la CortConst, a saber: a) la decisión sobre la selección del fallo sera tomada por cuatro (4) Magistrados, dos de la CortConst y dos de la JEP<sup>30</sup>; b) las decisiones sobre la vulneración de los derechos fundamentales por parte de los órganos de la JEP serán tomadas por la Sala Plena de la CortConst<sup>31</sup>; y, c) si la CortConst encuentra la vulneración, así lo declarará y determinará en qué consiste la vulneración al derecho fundamental. Ésta decisión podrá no invalidar, anular o dejar sin efectos la decisión del órgano de la JEP ni tampoco excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela<sup>32</sup>.

Según la CortConst los proyectos de ley y acto legislativo que pueden ser válidamente tramitados a través del procedimiento legislativo especial –AL01/2016- son aquellos que están dirigidos a la implementación del Acuerdo Final<sup>33</sup>. La materia regulada se encuentra efectivamente en el Acuerdo Final<sup>34</sup>, donde establece la misma configuración que se entiende en el AL01/2017, razón por la cual, el AL01/2017 establece una conexión con el Acuerdo Final, tal y como lo ha exigido la CortConst y el AL01/2016, de ahí que la norma bajo este análisis sea constitucional.

Ahora bien, procediendo con el tercer nivel del análisis de la norma, se hará referencia sobre la configuración del artículo transitorio 8 del AL01/2017 y su relación con la identidad constitucional. El AL01/2017 establece una seria regulación que compromete uno de los órganos de la Rama judicial la cual es la CortConst. este compromiso a una de las ramas del poder puede ser entendida como un complemento entre el principio de Separación y colaboración armónica de poderes, el derecho a la Paz establecido en la ConstPol y la obligación Estatal de la construcción de Paz.

---

<sup>29</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2017. ArtTrans.8 inc.1 y 2.

<sup>30</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2017. ArtTrans.8 inc.4.

<sup>31</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2017. ArtTrans.8 inc.5.

<sup>32</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2017. ArtTrans.8 inc.5.

<sup>33</sup> CortConst SC 408/2017.

<sup>34</sup> Acuerdo Final. Punto 5 Acuerdo sobre las víctimas del conflicto “SIVJRNR”. Secc.5.1 “SIVJRNR”-SubSecc.5.1.2. Justicia –Jurisdicción Especial para la Paz-. Apartado III. Procedimiento, órganos y sanciones del componente de Justicia del SIVJRNR. Numeral 52 parágrafo. P.161.

Sin embargo, a consideración del Observatorio, dicha norma vulnera el principio de Separación de Poderes y la Supremacía Constitucional.

Las jurisdicciones constitucionales que cuenten con órganos de cierre de esta jurisdicción al menos tienen tres funciones fundamentales, a saber: a) protección al principio de Separación y colaboración armónica de poderes; b) el control de constitucionalidad de los actos emanados por diferentes entidades Estatales; y, *last but not least* c) protección extraordinaria de los derechos fundamentales que vulneren las instituciones Estatales en todos sus ordenes y los particulares<sup>35</sup>. Estas funciones están configuradas en diferentes formas de acuerdo a la arquitectura constitucional de cada Estado, sin embargo, siempre están presentes.

El AL01/2017 establece que –como todas las autoridades- los órganos de la JEP pueden vulnerar derechos fundamentales por medio de sus actuaciones, y por ende, procede la acción de tutela para declarar las vulneraciones a los derechos fundamentales en cuestión. Sin embargo, a consideración de este colectivo, el modelo de protección de los derechos fundamentales no es compatible con el modelo constitucional adoptado por la ConstPol.

El inc.5 del ArtTrans.8 del AL01/2017 vulnera una de las principales funciones de la jurisdicción constitucional, la cual es la definición de los contenidos de los derechos fundamentales y la protección extraordinaria de los mismos. Estas funciones se encuentran relacionadas con los principios de Separación y colaboración armónica de poderes y la Supremacía Constitucional.

Con respecto al principio de separación y colaboración armónica de poderes, la CortConst lo ha catalogado como tal en diferentes oportunidades donde ha sido parámetro de interpretación para definir los elementos estructurales de la ConstPol<sup>36</sup>. En el constitucionalismo Colombiano, la CortConst ha admitido que si bien en la ConstPol no hay cláusulas pétreas, si hay unos límites que deben ser respetados por el poder de reforma que tiene el CongRep en virtud del art.114 y 370 de la ConstPol, donde sistemáticamente impone la facultad de reformar, mas no de sustituir la ConstPol<sup>37</sup>.

La dificultad de establecer cuando hay un desbordamiento del poder del constituyente derivado infiere un análisis practico caso a caso de las posibilidades que tiene el CongRep para configurar y actualizar la ConstPol. Bajo esta idea y, en particular, con respecto a la Separación de Poderes, la CortConst ha admitido que dicho principio puede tenerse como definitorio de la ConstPol, pero es claro que el mismo admite diversidad de formulaciones, todas compatibles con el postulado básico definitorio de la identidad de la ConstPol, de manera que no toda modificación de la manera como en un momento de configuró el principio puede tenerse como una sustitución misma<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional. En: VON BOGDANDY, Armin. Et al. *Ius Constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM. Instituto Max Planck de derecho comparado y derecho internacional. México. 2014. Pp.422s.

<sup>36</sup> Véase: CortConst SC 170/2012; SC 971/2004; SC 1040/2005, entre otras.

<sup>37</sup> CortConst SC 551/2003.

<sup>38</sup> CortConst SC 170/2012.

Concretamente sobre el principio de separación y colaboración armónica de poderes, recientemente la CortConst estableció que dicho principio, no sólo se mantiene intacto en los contextos de transición de un conflicto armado hacia escenarios de pacificación, marcados por normas instrumentales a ese fin, sino que cobra una especial centralidad, como eje definitorio sobre el cual descansa el sistema constitucional<sup>39</sup>. Este principio, de acuerdo con la CortConst, supone que cada rama del poder público contribuye desde sus esferas competenciales y las atribuciones conferidas por el constituyente al logro común de la Paz<sup>40</sup>.

El AL01/2017 resquebraja las funciones de la CortConst y las sitúa debajo de las funciones de la JEP, impedir que el máximo Tribunal Constitucional de Colombia no pueda defender ni definir los derechos fundamentales vulnerados, y que lo haga el mismo violador impone un vaciamiento de las funciones de la CortConst en la defensa de los derechos fundamentales, además que restringe el alcance de los controles interorgánicos que existen en la ConstPol de 1991, razón por la cual se le solicita a la CortConst que declare la Inexequibilidad del inciso 5 del artículo transitorio 8 del AL01/2017 a excepción de la competencia de la Sala Plena para conocer de dichas acciones de Tutela.

Afianzando lo anterior, el principio de Separación y Colaboración armónica de poderes cumple al menos dos funciones esenciales: a) garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos, a través de la protección frente a la conformación de poderes omnímodos; y, b) racionalizar la actividad del Estado y el ejercicio de ese poder político, mediante la instauración de órganos especializados, autónomos, independientes y con competencias fijadas por la ConstPol y la Ley<sup>41</sup>.

En la comprensión del AL01/2017 pareciese que la JEP fuera un órgano omnímodo, pues a) la sala de selección de sus fallos de tutela ante la CortConst está conformada por cuatro (4) magistrados donde dos de ellos son de la JEP; b) únicamente se tomará la decisión por mayoría de la Sala Plena de la CortConst; y, c) la decisión no afecta la legitimidad de la decisión adoptada por la JEP, y por ende, no hay una protección real de los derechos fundamentales directamente por la jurisprudencia constitucional. Razón por la cual se reitera su inexequibilidad.

Frente al Principio de Supremacía Constitucional, la CortConst ha establecido que hace parte de la naturaleza normativa de la ConstPol, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico<sup>42</sup>. Este principio se encuentra a lo largo de la ConstPol. Se encuentra como principio fundamental –Art.4 ConstPol-, se encuentra en el sistema de fuentes de la ConstPol –Art.230 ConstPol y jurisprudencia-, en los límites a las todas las autoridades del poder público –Art.6 ConstPol- y en las demás normas donde establece mandatos directos propios de una Constitución de carácter normativo.

Este principio contiene diferentes funciones, según la CortConst, dicho principio al menos tiene las siguientes funciones: a) función jerárquica; b) función directiva; y, c) función

---

<sup>39</sup> CortConst SC 332/2017.

<sup>40</sup> CortConst SC 332/2017.

<sup>41</sup> CortConst SC 332/2017.

<sup>42</sup> CortConst SC 415/2012.

integradora<sup>43</sup>. La función jerárquica comprende imponer en el sistema de fuentes a la ConstPol como norma suprema<sup>44</sup> y por ende, servir de parámetro para la validez de todas las normas del ordenamiento jurídico<sup>45</sup>. La función integradora consiste en ordenar el modelo del Estado y los valores fundamentales<sup>46</sup> que regirán el comportamiento de las todas las autoridades y de la sociedad en general. Y, finalmente, la función directiva supone que la interpretación de los textos normativos debe realizarse conforme a lo establecido en la Constitución<sup>47</sup>.

Como se mencionó, la función directiva impone la obligación tanto de particulares como el Estado en general el sometimiento a la ConstPol y a su interpretación conforme a sus competencias y a lo establecido por la CortConst en virtud de la interpretación auténtica de la ConstPol<sup>48</sup>. Lo anterior significa que en caso de que exista un conflicto en torno al alcance de una disposición constitucional deberá prevalecer la establecida por la CortConst en todo caso<sup>49</sup>.

El AL01/2017 establece de manera somera que lo interpretado por la CortConst prevalecerá en los escenarios donde JEP vulnere derechos fundamentales en sus actuaciones. Sin embargo, para que haya en realidad una Supremacía Constitucional debe haber un resultado de autoridad de la misma. Los resultados de autoridad de la CortConst se evidencian en los efectos de la Sentencias y en la libertad de medidas utilizadas por la CortConst para amparar derechos fundamentales y, por ende, la supremacía Constitucional.

Y, de acuerdo con lo anterior, no basta con la mera explicación de la vulneración de un determinado derecho fundamental, pues es necesario que como protector extraordinario de los derechos fundamentales, como garante de la ConstPol y por ende de la Supremacía Constitucional, cuente con las garantías propias que el constituyente de otorgó con la filosofía de la acción de Tutela para evitar la vulneración a los derechos fundamentales. Por lo anterior, es necesaria la declaratoria de inexequibilidad del inciso 5 del artículo transitorio 8 del AL01/2017 a excepción de la competencia de la Sala Plena para conocer de dichas acciones de Tutela.

## 2.2. *Sobre la Responsabilidad del Mando en el AL01/2017.*

El respeto a los derechos humanos de las víctimas es un pilar fundamental de la Constitución Política<sup>50</sup>. La responsabilidad de mando se encuentra en el Acuerdo Final<sup>51</sup>, razón por la cual, el poder de reforma en virtud del AL01/2016 no se encuentra desbordado, pues además de contener el mandato expreso de las disposiciones del Acuerdo Final, también

---

<sup>43</sup> CortConst SC 054/2016.

<sup>44</sup> CortConst SC 054/2016.

<sup>45</sup> CortConst SC 054/2016.

<sup>46</sup> CortConst SC 054/2016.

<sup>47</sup> CortConst SC 054/2016.

<sup>48</sup> CortConst SC 386/1996.

<sup>49</sup> CortConst SC 386/1996.

<sup>50</sup> CortConst SC573/2014.

<sup>51</sup> Acuerdo Final. Punto 5 Acuerdo sobre las víctimas del conflicto "SIVJRNR". Secc.5.1 "SIVJRNR"-SubSecc.5.1.2. Justicia -Jurisdicción Especial para la Paz-. Apartado II. Contenidos, Alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales. Numeral 44 P.152.

supone una conexidad razonable con las finalidades del Acuerdo final al imponer el sistema de fuentes que no es excluyente al establecido por la ConstPol<sup>52</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que de manera específica la forma en la que está reglada la responsabilidad de mando para los miembros de la Fuerza Pública está vulnerando el eje definitorio de la Constitución concerniente al respeto y garantía de los derechos humanos, al menos por las siguientes razones:

La Corte Penal Internacional tiene competencia por los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión; igualmente, de forma general, este Tribunal tiene competencia si el Estado no tiene disposición para investigar o juzgar estos delitos,<sup>53</sup> si el Estado no tiene capacidad de investigar debido al colapso de la administración de justicia o la carencia de ésta<sup>54</sup>, y finalmente, cuando la situación ya ha sido investigada y juzgada por el Estado, pero el procedimiento interno se llevó a cabo con el fin de sustraer a la persona de su responsabilidad penal.<sup>55</sup> En virtud de este último factor, es claro que si los Estados partes llegaran a permitir disposiciones que pretendan dejar de investigar crímenes de guerra, agresión, genocidio y de lesa humanidad, o en síntesis, si los Estados llegaran a incumplir las disposiciones ratificadas del Estatuto, lo que ocurre es que se activa la competencia de la Corte Penal Internacional para investigar estos hechos.

Estas consideraciones tienen suma importancia en lo que tiene que ver con la constitución de la JEP y los criterios de responsabilidad, ello es así, porque por un lado, el Estado tiene un deber con las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, de garantizar derechos que encuentran reconocidos por disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>56</sup>, y por otra parte, porque para asegurar el éxito y blindaje del Acuerdo de Paz, es necesario garantizar la seguridad jurídica de quienes se acogerán a la Jurisdicción Especial para la Paz. En este sentido, de llegarse a identificar que alguno de los juzgamientos no se ha hecho conforme a los criterios establecidos por el Estatuto de Roma, opera el artículo 20.3 del mismo y se puede presentar el inicio de una investigación por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y un eventual juzgamiento de la Corte, a pesar de que ya se hayan investigado y sancionado las mismas personas por los mismos hechos en el ordenamiento jurídico interno.

La responsabilidad de mando es un criterio mediante el cual se puede responsabilizar a una persona, por delitos no cometidos directamente por ésta, sino por sus subordinados, bajo determinados criterios, esto, se ha venido implementando desde los antiguos Tribunales para Yugoslavia y Ruanda, hasta la hoy actual Corte Penal Internacional a la luz del Estatuto de Roma, el cual ha suscrito Colombia como se indicó con anterioridad. Sin embargo, las estipulaciones concernientes a este tipo de responsabilidad para los miembros de la fuerza pública, establecidas en el AL01/2017 son incompatibles con las disposiciones del derecho penal internacional, además de que son manifiestamente contrarias a los derechos de las víctimas y a lo acordado sobre éste asunto en el Acuerdo Final.

---

<sup>52</sup> Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 2017. ArtTrans24 inc.1.

<sup>53</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Art. 17.1

<sup>54</sup> *Ibíd.* Art 17.3

<sup>55</sup> *Ibíd.* Art. 20.3.a

<sup>56</sup> CorteConst SC C-579 de 2013.

Lo anterior, se puede entender, porque en primer lugar, el artículo 24 del Acto Legislativo establece en su inciso 3, que cuando se demuestre de forma **concurrente** lo establecido en los literales a, b, c y d del mismo artículo, se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados. Estos criterios establecidos resultan atípicos en el derecho penal internacional, lo que puede revisarse a la luz del artículo 28 del Estatuto de Roma, fuente primaria en este tema, pues allí los criterios para determinar el mando efectivo obedecen a otros factores que no se encuentran mencionados en ningún acápite del AL01/2017. En segundo lugar, el hecho de que se establezca que sólo podrán ser juzgados si concurren las conductas de los literales anteriormente enunciados, genera un criterio sumamente restrictivo para determinar esta responsabilidad, al igual que desconoce abiertamente la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la que ha juzgado por responsabilidad de mando.

Particularmente, la Corte Penal Internacional en el caso Fiscalía c. Jean Pierre Bemba, en el que se establece su culpabilidad por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, utilizó diversos criterios o factores para tomar dicha decisión, entre éstos, se encontraban, la posición oficial del sospechoso, el poder de éste para emitir órdenes, la posición dentro de una estructura militar, la capacidad de ordenar la participación en hostilidades, entre otros.<sup>57</sup> Esto, permite entender que para analizar esta responsabilidad, no resulta necesario, ni favorable limitar elementos de juicio, y mucho menos indicar que éstos deben ser concurrentes. Al momento de analizar este tipo de conductas, es el juez quien, valiéndose de los instrumentos internacionales, la jurisprudencia, las pruebas y otros elementos de juicio, determina si efectivamente existía un control efectivo o no.<sup>58</sup>

Así las cosas, si se entiende que este artículo está siendo restrictivo en los criterios de responsabilidad del mando, la consecuencia directa es que está siendo restrictivo también de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, pues limita e impide que realmente puedan haber investigaciones y enjuiciamientos adecuados, actuaciones que se encuentran enmarcadas dentro del derecho a un recurso judicial efectivo y a las garantías judiciales de las víctimas, como lo indica el derecho internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Ahora bien, este artículo 24 establece que será aplicable para los miembros de la fuerza pública lo cual excluye de forma automática la facultad de investigar a otros agentes del Estado colombiano, que no pertenecen a la fuerza pública, desconociendo lo contemplado en el Acuerdo Final, en la medida que éste establece que realizarán investigaciones para esclarecer graves hechos que tienen que ver con ocasión, desarrollo o una relación directa o indirecta con el conflicto armado, partiendo del reconocimiento de que tanto agentes del estado (no sólo la fuerza pública), como en este caso, las FARC-EP han tenido una participación determinante en este conflicto y en la comisión de varios crímenes.

---

<sup>57</sup> Corte Penal Internacional, Caso Fiscalía c. Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, parágrafo 416.

<sup>58</sup> Al respecto, consideramos que debe tenerse en cuenta lo dicho por la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, quien manifestó sus preocupaciones sobre cómo se había regulado la responsabilidad de mando para miembros de la fuerza pública.

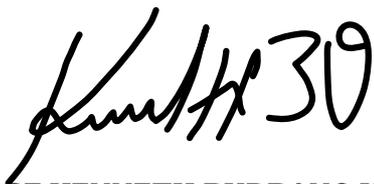
Esto, nuevamente vuelve a ser contrario con el pilar fundamental de la garantía y protección de los derechos humanos, en la medida que desconoce y restringe la posibilidad de investigar hechos históricos que han perturbado y afectado al país, y frente a los cuales la sociedad colombiana y las víctimas de estos hechos se encuentran a la espera una verdad y justicia. Así, teniendo en cuenta que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, los Estados tienen la obligación no solo de llevar a cabo investigaciones por delitos relacionados con crímenes de lesa humanidad y de guerra, sino también de juzgar a los máximos responsables de éstos, eliminar la posibilidad de que civiles del Estado hagan parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, contraría estas obligaciones.

Para finalizar, el Observatorio considera que resulta confuso el campo de aplicación de la responsabilidad de mando de los miembros de grupos guerrilleros, en la medida que ésta no tiene la misma regulación exhaustiva de la fuerza pública. En este sentido, solicitamos a la Corte que dentro de su análisis sobre este asunto, efectúe un test de igualdad a fin de identificar si existe o no una violación a este derecho por brindar este tratamiento diferenciado, y en ninguno de los dos casos, hacer referencia expresa al Estatuto de Roma y la interpretación que de éste hace la Corte Penal Internacional.

### **3. SOLICITUD.**

Por lo anterior, se le solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable del artículo 8 transitorio del inciso final con excepción de la oración inicial de dicho párrafo y declarar la inexecutable de la palabra concurrentes establecida en la oración final del inciso tercero del Artículo Transitorio 24 del Acto Legislativo 01 del 2017, y por ende, los criterios son enunciativos y no taxativos.

De los señores Magistrados, atentamente,



**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: [jkbv@hotmail.com](mailto:jkbv@hotmail.com)



**JORGE RICARDO PALOMARES G.**

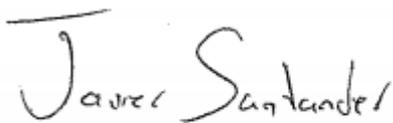
**JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA**  
**Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
**Docente del Área de Derecho Publico**  
**Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.**  
**Tel. 3183386864**  
Correo: [jorge.palomares-garcia@hotmail.com](mailto:jorge.palomares-garcia@hotmail.com)

**LAURA MELISSA POSADAORJUELA**  
**Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
**Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.**  
**Tel. 300 767 4782**  
Correo: [lauramposadao@gmail.com](mailto:lauramposadao@gmail.com)



**EDGAR VALDELEON PABÓN**

**Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
**Abogado de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.**  
**C.C 1013651817**  
Correo: [stigia94@hotmail.com](mailto:stigia94@hotmail.com)



**Javier Santander**

**JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ**  
**Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**  
**Abogado de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.**  
**C.C. 1014255131**  
Correo: [quiqesan@hotmail.com](mailto:quiqesan@hotmail.com)

