



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Reforma sin sustitución de la Constitución: constitucionalidad de la Jurisdicción

Especial para la Paz aprobada por el Acto Legislativo 01 de 2017¹

Sergio Alejandro Zamora Salazar²

Resumen

El actual documento evalúa la constitucionalidad de Jurisdicción Especial para la Paz aprobada por el Acto Legislativo 01 de 2017, en lo que corresponde a un análisis respecto a si se trató de una reforma o una sustitución de la Constitución Política. Para cumplir con este objetivo, se analizan los alcances dogmáticos y normativos de ambas figuras, revisando su interpretación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, a través de la cual se llega a concluir que, lo que existió fue una reforma de la Constitución, toda vez que, la misma no fue en contra de la integridad del orden constitucional colombiano, y por el contrario ayudó a desarrollar un principio y fin constitucional, como es el de la paz.

Palabras claves: Sistema de control constitucional, justicia transicional, Jurisdicción Especial para la Paz, Acuerdo Final del Teatro Colón, amnistía, derechos de las víctimas.

¹ Artículo resultado de investigación para optar por el Título de Abogado en la Universidad Católica de Colombia el cual desea obtener a través del presente documento.

² Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo institucional: sazamora68@ucatolica.edu.co

Abstract

The current document evaluates the constitutionality of the Special Jurisdiction for Peace approved by the Legislative Act 01 of 2017, in what corresponds to an analysis as to whether it was a reform or a replacement of the Political Constitution. In order to fulfill this objective, the dogmatic and normative reaches of both figures are analyzed, paying particular attention to their jurisprudential interpretation on the part of the Constitutional Court, it is arrived at to conclude that what existed was a reform of the Constitution, since, it was not against the integrity of the Colombian constitutional order, and on the contrary helped to develop a constitutional principle and purpose, such as peace.

Keywords: Constitutional control system, transitional justice, Special Jurisdiction for Peace, Final Agreement of the Colón Theater, amnesty, rights of victims.

Sumario

Introducción. 1. Teoría de la sustitución de la Constitución. 1.1. Evolución dogmática de la sustitución de la constitución. 2. Antecedentes de la teoría de la sustitución de la constitución en Colombia. 2.1. El poder de reforma del Congreso antes de la Constitución de 1991. 2.1.1. Inexistencia de las cláusulas pétreas o intangibles en la Constitución colombiana de 1991. 3. La reforma y sustitución de la constitución desde la Constitución de 1991. 3.1. Comprensión de la reforma de la constitución a partir de la Sentencia C-551 de 2003. 4. La Jurisdicción Especial para la Paz. 4.1. Elementos relevantes de la justicia transicional aprobada por el Acto Legislativo 01 de 2017. 4.2.

Aprobación por parte del Legislativo del Acto Legislativo 01 de 2017. 4.3. ¿Sustitución o reforma de la Constitución? Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En la actualidad, el país transita hacia la búsqueda de una solución negociada definitiva al conflicto armado, cuyo logro, no ha escapado de una variedad de debates respecto a la legalidad y legitimidad de las maneras como esto se lleva a cabo. En el marco de dichas discusiones, una de las que recientemente ha tenido más eco en el análisis jurídico, reposa en el debate sobre la constitucionalidad del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en el Teatro Colón (en adelante mencionado solo como Acuerdo o Acuerdo Final).

Este Acuerdo Final, logrado entre el Gobierno de Colombia y la extinta guerrilla³ de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), fue en algunos aspectos modificados a raíz de hechos como la desaprobación del mismo, en el plebiscito sobre la paz celebrado en 2016. A tenor de ello, hay quienes sostienen la inconstitucionalidad del Acuerdo, considerando que existe un pronunciamiento mayoritario popular de desaprobación, ergo, de mecanismos posteriores como el Acto Legislativo 01 de 2017, por medio de la cual se aprueba la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP).

La JEP, es el sistema de justicia diseñado para la persecución y sanción de quienes participaron en el conflicto armado colombiano; más allá de la legitimidad de la misma por el hecho de no contar con el respaldo popular del plebiscito, el debate jurídico fuerte sobre esta, se considera que descansa en la condición de la legalidad de la misma, a tenor del

³ Se habla de una guerrilla extinta en la medida que, el reconocimiento de las hoy disidencias que quedaron armadas, no son catalogadas técnicamente guerrillas, sino organizaciones o bandas criminales asociadas al narcotráfico.

orden constitucional colombiano, toda vez que, una de las posiciones más debatibles en la materia, parte por considerar que esta norma en particular, puede ser una sustitución de la constitución.

Y en efecto, la revisión de constitucionalidad del Acto Legislativo por parte de la Corte Constitucional, entre otros asuntos, validó la legalidad del aspecto mencionado, determinando al respecto, que no es violatorio del orden constitucional en tanto no hay sustitución de la Constitución (Corte Constitucional, Comunicado 55 de 2014), sin embargo, se considera que el estudio de este asunto constitucional, resulta pertinente para profundizar en la argumentación entregada por la Corte para respaldar su decisión.

En este sentido, tanto como discutir en específico la constitucionalidad o no del Acto Legislativo, se quiere es ir al trasfondo de la discusión sobre reforma y sustitución constitucional, colocando de ejemplo este caso. Para ello, se busca dar respuesta a la pregunta que orienta la actual investigación, siendo esta la de: ¿Por qué la aprobación de la Jurisdicción Especial para la Paz por parte del Congreso de la República mediante el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, se encuentra dentro de los límites otorgados a este poder para reformar la Constitución, y no se trata de una sustitución de la Constitución?

En este sentido, se considera que su estudio, es una oportunidad para volver al debate respecto a la legalidad en el marco de la reforma o sustitución de la Constitución, que es la cuestión transversal que encierra el análisis constitucional de la medida. Para el caso, el documento se desarrolla conforme al soporte doctrinal y jurisprudencial de la teoría de la sustitución de la constitución, que es la ruta metodológica a seguir para resolver el problema jurídico que se propone.

1. Teoría de la sustitución de la Constitución

Como se ha planteado en la parte introductoria, la reforma de la Constitución es un procedimiento que adquiere legitimidad, en la medida que se cumpla sobre los preceptos legales que la fundan; esto es, para el caso colombiano, que sea generada, como lo indica la Constitución de 1991, por el Congreso de la República, organismo natural del poder legislativo, o por este a través de un mandato otorgado por el pueblo, sea Asamblea Constituyente, o de otro mecanismo constitucional de participación como sucede en el caso del referendo (Nogueira, 2009).

Se debe hacer claridad que, el poder de reforma llega hasta el punto donde no se quebranta el orden constitucional definido por, los principios y los derechos fundamentales asignados a los administrados, siendo el paso de este límite lo que llevaría a que se configurara la sustitución de la constitución; ahora, diferente a lo que sucede con el poder de reforma, la Constitución no define su propia capacidad de sustitución, sino que esta se deriva de la misma naturaleza del contrato social en el derecho moderno, como al respecto y de manera clara, lo señala el Alto Tribunal Constitucional:

De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformativo a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto

vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el título XIII habla de la reforma de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del constituyente originario. (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003)

En este sentido, el poder de reforma, constitucionalmente concebido, subyace a un poder más grande, que responde a la sustitución de la constitución, siendo esta facultad única y exclusiva del constituyente primario. Para efectos de la resolución de la pregunta de investigación planteada para el actual documento, resulta indispensable profundizar más en la naturaleza de la sustitución de la Constitución, siendo este el objetivo que a continuación se desarrolla, para luego entrar a dialogar entre este panorama de sustitución, y la configuración jurídica del Acto Legislativo 01 de 2017, del cual se pretende estudiar su legalidad, a tenor de identificar si se trata de un acto de reforma, o un acto de sustitución de la Constitución.

1.1. Evolución dogmática de la sustitución de la constitución

En el constitucionalismo moderno, la Constitución o Norma Superior se erige como el mandato imperativo, dentro de la pirámide de normas en las que encuentran deber de cumplimiento el conjunto de sujetos sociales que son parte del contrato social; noción con arraigo en el pensamiento antropocéntrico con origen en el siglo XV del Renacimiento

(Garay, Cubides y Ramírez, 2017), pero, en especial en el contractualismo hobbesiano⁴, y que se ha logrado sostener hasta la actualidad, en atención al surgimiento de propuestas metodológicas como la de Hans Kelsen quien define la Constitución como hipótesis fundamental del diseño jurídico (Núñez, 2015, pp. 80-87).

Es bajo la comprensión de la existencia de un contrato social, que se puede dar paso a la categoría de constituyente primario, sobre el cual recae toda la potestad de definir el horizonte de este orden jurídico, o dicho de otra, quien define el contenido y alcance de esta norma superior o constitucional, incluso, previendo la posibilidad de su propia restricción a la reforma de la Constitución, para ser puesto este en exclusividad del constituyente derivado (Cerra, 2004, pp. 108-109).

Bajo la diferenciación de competencias legales, se puede ir considerando el rol del constituyente primario (pueblo) y constituyente derivado (legislativo) para sustituir o reformar la constitución; en su orden, el constituyente primario, es la base de firmantes del contrato social, y por lo tanto los únicos autorizados para sustituirlo que, en la democracia moderna, se hace a través de la Constituyente, por su parte, el constituyente derivado, electo por el constituyente primario, se le da la potestad de modificarlo, bajo el cumplimiento de las reglas dispuestas para dicha modificación (Amaya, 2015, pp. 65-66).

Bajo una óptica mucho más crítica hacia el constitucionalismo moderno, Antonio Negri (2015), pugna por atribuir a las reglas que definen la modificación, pero sobre todo la sustitución de la Constitución, la condición de formalidades que han debilitado la

⁴ Por contractualismo hobbesiano, se concibe la figura filosófica que deriva de la obra de Thomas Hobbes, en la que se genera una relación contractual entre la sociedad y el Estado (Leviatán), por medio de la cual los individuos asumen la pérdida de libertades de su estado de naturaleza, para buscar un orden contractual social sobre la base del mayor respeto posible entre todos los asociados (Aranda, 2003).

naturaleza misma del contrato social; esto, toda vez que considera, la existencia de unos limitantes a la capacidad del sujeto administrado, para definir lo que es o no es parte del contrato social, considerando al respecto, que la ciencia jurídica es la que se ha encargado precisamente de limitar esta capacidad del sujeto sobre el contrato; reflexiona al respecto:

¿Qué es, desde la perspectiva de la ciencia jurídica, el poder constituyente?

Es la fuente de producción de las normas constitucionales, esto es, el poder de hacer una constitución y, por lo tanto, de dictar las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado; dicho de otra manera, el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, es decir, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una nueva comunidad. «El poder constituyente es un acto imperativo de la nación, que surge de la nada y organiza la jerarquía de los poderes». Con esta definición nos topamos ante una paradoja extrema: un poder que surge de la nada y organiza todo el derecho... Una paradoja que, precisamente por su carácter extremo, resulta insostenible. De hecho, nunca como en el caso del poder constituyente, la ciencia jurídica ha practicado el juego de afirmar y negar, de absolutizar y limitar, que sin embargo es característico de su ajeteo lógico. (Negri, 2015, p. 28)

Negri (2015) plantea un contra sentido en su concepción sobre la capacidad del constituyente primario para dar vida al contrato social, pero a la vez someterse a este ordenamiento jurídico, siendo lo que en la actualidad subyace a la discusión sobre la potestad y capacidad -limitada-, del poder constituyente para sustituir el contrato social; en el caso colombiano, esta discusión se concreta en el análisis constitucional, en la cual salen

avante la teoría de la *sustitución de la constitución* (Corte Constitucional sentencia C-551 de 2003, en la cual se habla por primera vez de la misma), y los límites que se imponen por el cumplimiento del bloque de constitucionalidad (Ramírez, 2006).

Tanto la teoría de la sustitución de la constitución, como el cumplimiento del bloque de constitucionalidad, son claves en la comprensión del problema jurídico propuesto para la actual investigación, siendo este a saber, el análisis de si la Jurisdicción Especial para la Paz aprobada por el del Acto Legislativo 01 de 2017, es un acto reformativo, modificatorio o, sustitutiva de la Constitución de 1991, siendo pertinente ahondar en la discusión dogmática generada alrededor de la teoría de la sustitución de la constitución. Aterrizando este primer acercamiento teórico y conceptual a la comprensión de este problema, lo que sigue es ahondar sobre la experiencia constitucional propia, entrando en tanto a revisar la aplicación y límites dados por la Constitución de 1991, a la reforma y sustitución de la constitución.

2. Antecedentes de la teoría de la sustitución de la constitución en Colombia

Por su anclaje histórico en la filosofía del derecho del Estado moderno, la sustitución de la constitución no se limita tan solo a una discusión propia del constitucionalismo contemporáneo, o en el caso colombiano, a una discusión que se genera solo desde la Constitución de 1991; es desde el nacimiento propio de la República, que se puede reconocer la existencia de este debate, que llena de bases teóricas los 9 cambios o, sustituciones constitucionales, sucedidos en Colombia desde su época republicana que inicia en 1832 (Molinares, 2013).

Así como ha existido en el constitucionalismo colombiano un ejercicio de sustitución de la constitución, también lo ha sido con la reforma de constitución, no obstante, y como sucede con la Carta Política de 1991, el poder de reforma se circunscribe dentro de las atribuciones dadas a un órgano específico, en representación del pueblo; teniendo en cuenta que la sustitución, de manera diferente, no siempre obedeció al ejercicio exclusivo delegado en el pueblo, sino sobre un constituyente primario más restringido, siendo este el tema que interesa abordar en la siguiente sección.

2.1. El poder de reforma del Congreso antes de la Constitución de 1991

En las primeras constituciones generadas en Colombia luego de la finalización de su proceso independentista en 1819, se establecieron límites materiales a la reforma constitucional, en el entendido que existían ciertas materias vedadas, en temas correspondientes a los que se definían temas superiores del orden normativo, siendo esta una situación, que se mantiene incluso hasta la Constitución de 1886, cuyo límite se fundaba en aquello que no cambiara el Acuerdo sobre Reforma Constitucional, expedido el 30 de noviembre de 1885 (García & Gnecco, 2016).

La Constitución de 1886, establecía en su artículo 18 la posibilidad de reforma; “salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias”, siendo este el precepto constitucional sobre el cual se manejó en el país, durante lo corrido del siglo XX, la discusión respecto a la posibilidad de reforma y

sustitución de la constitución, como al respecto lo señalan Santiago García y Francisco Gnecco (2016), quienes sobre esto indican:

La historia de la teoría de la sustitución es más reciente, pues parte de la base del establecimiento de la supremacía jurídica de la Constitución que se dio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1910. Pero no fue sino hasta 1957 que se iniciaron los veinte años de debate sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia para hacer el análisis del contenido de las reformas a la Constitución, cuando se hizo control constitucional del Decreto Legislativo 247 de 1957 que estableció el acuerdo político denominado Frente Nacional. Desde ese entonces, y hasta 1977, en el marco de una reforma constitucional a la rama judicial, la Corte Suprema de Justicia se mantuvo en la posición de no entrar a decidir sobre la constitucionalidad del contenido de los actos reformativos, haciendo una interpretación ortodoxa del artículo 218 de la Constitución de 1886. (p. 66).

La posición decantada, parte por identificar lo que se reconoce como cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables, con un amplio tratamiento doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación de cada una de las figuras de sustitución y reforma de la Constitución colombiana. Esta, luego de la Constitución de 1991, genera una nueva lectura que es claramente concretada en Sentencia C-551 de 2003, sobre la cual ya se ha hecho referencia, y que hace eco de la inexistencia de estas cláusulas pétreas o intangibles, en el constitucionalismo actual colombiano, siendo pertinente, revisar a continuación su justificación jurisprudencial.

2.1.1. Inexistencia de las cláusulas pétreas o intangibles en la Constitución colombiana de 1991

Dentro del diseño constitucional colombiano, no existe dogmáticamente una jerarquía en las normas que la componen, por esto, no se puede establecer que existen cláusulas pétreas o intangibles en alguna materia. Sobre lo anterior se debe cuidar en su interpretación que no se genere una interpretación en la vía de considerar un poder de reforma en abstracto, pues la capacidad de reforma contiene unos límites, como ha sido señalado en Sentencia C-551 de 2003, y que básicamente obedecen a aquellos principios y fines constitucionales que al ser modificados, dañarían la armonía constitucional del Texto en su integridad:

Para el caso colombiano se ha aclarado que el criterio de intangibilidad no es aplicable, puesto el Constituyente no excluyó ninguna norma de la Carta del poder de reforma, de modo que cualquiera de sus contenidos puede ser objeto de válida afectación por parte de los mecanismos de modificación constitucional que el mismo Texto Superior prevé. La afirmación acerca de la inexistencia de cláusulas pétreas ha sido una constante en la jurisprudencia analizada, la cual ha reconocido que a pesar que no existen tales previsiones, ello no es incompatible con el reconocimiento de límites materiales al poder de reforma, sujetos en cualquier caso al criterio de insustituibilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012).

En este orden de ideas, se sostiene que la Constitución no es un cúmulo de prerrogativas, principios y fines inconexos, sino todo el texto en sí guarda una integridad, que se condensa

en el Estado Social de derecho (Cubides, Sánchez & Martínez, 2016), derivando en que, el constituyente derivado, tiene un poder de reforma limitado, solo superable por el poder del poder constituyente originario, para sustituir la Constitución. En Sentencia C-1040 de 2005, el Alto Tribunal sintetiza los criterios básicos que gobiernan el juicio de sustitución, los cuales se establecen en:

(i) el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; (ii) por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede modificar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; (iii) para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que en su conjunto le dan su identidad; (iv) la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; y (v) solo el Constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005)

En atención a la pregunta de investigación que rodea la realización del actual documento, resulta fundamental revisar más allá del trámite formal de expedición del Acto Legislativo 01 de 2017, si este en su contenido vulnera esta integralidad constitucional, teniendo en cuenta centralmente, el juicio respecto al surgimiento de una nueva justicia al

margen de la justicia ordinaria, como lo es la JEP. El interés en tanto reposa en la revisión de su constitucionalidad, considerando la armonía de esta justicia con la estructura constitucional establecida en la Constitución de 1991.

3. La reforma y sustitución de la constitución desde la Constitución de 1991

Como se infiere de lo presentado hasta el momento, existen diferencias entre la reforma y la sustitución de la constitución sobre las cuales se ahonda en la actual sección del documento. Respecto a la reforma de la constitución, en trabajo compilado por Luis Fajardo y Mauricio González (2015), este último autor genera una revisión constitucional del tema señalando la pertinencia que al respecto resulta de la Sentencia C-551 de 2003, referente jurisprudencial angular, en la comprensión limitada de la reforma de la Constitución; al respecto afirma que:

El poder de reforma constitucional es, en consecuencia, un poder constituyente derivado y limitado. Se define en la sentencia C-551 de 2003 como la capacidad de “ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma”. Es un poder establecido por la Constitución, derivado de ella y regulado por ella (González, 2015, p. 46).

En efecto, el análisis de esta Sentencia, ocupa un lugar central en el desarrollo del actual documento, toda vez que, la misma es clave en la comprensión que tiene el constituyente

derivado, es decir, el Congreso, en los cambios de la Constitución, considerando que la misma no es quien pueda sustituirla, sin embargo, antes de entrar en el análisis de la misma, es pertinente marcar teóricamente una diferencia entre la reforma de la Constitución, y lo que sería su sustitución.

Sobre la reforma a la Constitución, que es lo la construcción hipotética hecha para el caso del procedimiento usado en el Acto Legislativo 01 de 2017, se profundiza en la última parte del documento, sin embargo, antes de entrar en su justificación jurídica, y cerrar el estudio sobre el alcance teórico y conceptual de lo que se define como sustitución de la constitución, temática abordada con anterioridad, sigue profundizar conforme a la Sentencia C-551 de 2003, en las diferencias que llevan a que la reforma se separe de la sustitución de la constitución, sobre la base de responder a quién corresponde el mandato legal de ejercer cada una de las figuras.

3.1. Comprensión de la reforma de la constitución a partir de la Sentencia C-551 de 2003

Con anterioridad, ya se han citado algunos apartes de la Sentencia C-551 de 2003, en la cual se hace énfasis en su interés por reiterar que la sustitución de la Constitución, es todo acto por medio del cual se busca sustituir integralmente la Constitución, se hace su derogación o suplantación, con actos que lleve a cambiar sus principios o fines, modificar el modelo de Estado Social de derecho o, desnaturalizar su función generada por el trámite Constituyente que da origen a la misma, siendo entonces para la Alta Corporación, el poder de reforma, un poder limitado:

Por ser un poder instituido, el poder de reforma tiene límites y está sujeto a controles. Así, en el caso colombiano, los artículos 374 y siguientes de la Constitución establecen e instituyen ese poder de reforma, pues regulan los modos de reforma de la Carta, que son: acto legislativo, referendo y Asamblea Constituyente. Esas normas fijan además las reglas y los procedimientos a los cuales están sometidos tales mecanismos de reforma constitucional. Así las cosas, no duda la Corte que en tales eventos se está frente al ejercicio de un poder derivado y, por lo mismo, limitado por la propia Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

Se reitera en el pronunciamiento constitucional, los actores a los cuales se les reconoce la capacidad de reforma de la Constitución, derivada de lo que esta, expresamente reconoce, siendo en este sentido una Constitución que contempla su posibilidad de reforma, pero no de manera taxativa su posibilidad de sustitución, aunque al respecto, y volviendo en lo indicado en la primera sección del actual documento, este poder es algo que subyace a la naturaleza misma del contrato social, toda vez que, el Estado, y por ende su constitución jurídico-legal, no es una institución infinita.

Las competencias en tanto del poder de reforma, es una condición necesaria que debe ser parte del ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que, no dejar ello claro, y sus límites, podrían conducir a escenarios de inseguridad jurídica, toda vez que no se sabe si la misma se puede modificar, y de ser posible, quién la puede modificar. En la jurisprudencia estudiada, la Corte reconoce esta necesidad dentro del diseño constitucional, siendo ello parte de la armonía y coherencia que se debe identificar en el Texto Constitucional:

(...) un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma. Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera “adopción” verbal o escrita de la Constitución pues, a partir de tal manifestación –sea compleja o sencilla-, se define la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado. En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución), únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

La naturaleza conforme a la cual se genera, es lo que diferencia la reforma de la sustitución de la Constitución. En este orden de ideas, y considerando el objeto de estudio del actual documento, a saber, el Acto Legislativo 01 de 2017, los elementos traídos a colación colocan el análisis sobre su condición de reforma o sustitución de la Constitución, en un espacio más concreto de discusión, en tarea que se desarrolla a continuación.

4. La Jurisdicción Especial para la Paz

Una de los debates coyunturales centrales del sistema político colombiano en su más reciente tiempo, recae sobre la negociación adelantada entre el Gobierno de Colombia y la

guerrilla de las FARC, hoy partido político, por la finalización del conflicto armado con este grupo irregular. Este debate, ha estado marcado por la construcción discursiva de posiciones encontradas, que no solo descansan en un tema, sino en la diversidad de temas manejados en el Acuerdo Final, uno de ellos, en correspondencia al tipo de justicia aplicado en el lapso transicional sobre los actores victimarios (Cubides, Sierra & Núñez, 2017).

En la actualidad y, aun considerando que dicho Acuerdo ya se encuentra aprobado, los temas no se agotan toda vez que ahora queda un aspecto fundamental del mismo; su implementación. Al respecto, Jaime Bernal y Jairo Parra (2017) consideran que; “la discusión sobre el Acuerdo más allá de lo político, e inmerso en lo jurídico, es una discusión transversal en la discusión de las normas que van a regular la implementación” (p. 14), siendo entonces pertinente, seguir en el debate sobre el soporte jurídico que subyace a la realización jurídica de lo pactado.

Como se ha indicado, el documento actual se vincula directamente sobre el aspecto del acuerdo logrado en materia de justicia, que crea la Jurisdicción Especial para la Paz, cuyo diseño institucional, se logra a través de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017. Siendo la tarea del documento identificar si la aprobación de este acto legislativo se trató de una reforma -como hasta el momento se ha presentado-, o una sustitución de la Constitución, resulta necesario ir al contenido de la justicia aprobada, para que al final, conforme al soporte doctrinal y normativo con anterioridad visto, se defina si en efecto es una reforma, o una sustitución de la Constitución.

4.1. Elementos relevantes de la justicia transicional aprobada por el Acto Legislativo 01 de 2017

La superación de manera negociada del conflicto armado colombiano, condujo a un estadio jurídico excepcional, que en la literatura se reconoce como justicia transicional. Con anterioridad, se había hecho mención de la configuración del contrato social, como fenómeno en el cual se supera un estado previo de naturaleza, en el que no existe un orden institucionalizado y pactado, siendo la situación de conflicto armado, lo más parecido a esta condición de desconocimiento de un derecho formalizado (Jaime, 2003, pp. 121-123).

En Colombia, lo que ha sucedido en sus algo más últimos 50 años de conflicto, es una situación similar a la descrita, donde han surgido formas irregulares de poder político al margen del Estado y sus reglas democráticas, siendo ello a su vez causa y consecuencia del conflicto. Este es el argumento que justifica la celebración por parte del Gobierno Nacional de un Acuerdo con el otrora grupo armado de las FARC, acuerdo que hoy transita por una etapa de implementación, con una fuerte respuesta de desacuerdo por parte de un sector de la población civil (Rettberg & Quiroga, 2016).

En medio de este panorama, se debe abocar a su vez a la comprensión del contenido de los Acuerdos, sobre lo que Jaime Cubides y Tatiana Vivas (2016), plantean el escenario de una adecuada implementación de una justicia transicional en Colombia, a la luz del ordenamiento jurídico internacional en materia de defensa de los derechos humanos, desde el cual se desprende un cumplimiento de unos estándares mínimos de justiciabilidad, indicando al respecto que;

(...) la verdadera finalidad de estas directrices se cumple cuando a las víctimas de esas conductas delictuales les son garantizados sus derechos a la verdad, justicia y reparación, con lo cual, en contextos de política y sociología, se legitimará para las generaciones futuras los sacrificios realizados en ese momento” (Cubides & Vivas, 2016, p. 97).

Como se extrae del trabajo de Cubides y Vivas (2016), el proceso exitoso de posconflicto en Colombia se encuentra necesariamente vinculado a la capacidad de lograr no solo la reparación efectiva de las víctimas, sino que las mismas sean parte en los procesos de investigación y sanción de sus victimarios, en un referente que se acoge a su vez de lo dispuesto en la justicia internacional en la materia, como lo señala Clara Mira (2016), siendo allí donde resulta fundamental revisar la constitucionalidad de la Jurisdicción Especial para la Paz aprobada por el Congreso de la República.

Sobre los elementos planteados, resulta una amalgama de inquietudes jurídicas, entre las cuales se encuentra la de la constitucionalidad del Acuerdo, como de sus contenidos particulares; esto es, reparación a las víctimas y participación en la justicia transicional (Cubides & Sierra, 2018), que se vendría a condensar en la JEP, conduciendo esto a un punto, cuyo análisis, parte de la comprensión histórica y aplicación actual de la teoría de la sustitución de la Constitución, o de los elementos jurídicos que define la reforma de la Constitución.

4.2. Aprobación por parte del Legislativo del Acto Legislativo 01 de 2017

En el estudio constitucional de la iniciativa legislativa, el estudio del Alto Tribunal Constitucional corresponde por las razones previamente vistas, a un lectura sobre las competencias del Legislativo para reformar la Constitución, más no de su contenido material, ya que se insiste, no existe en el trámite reformativo, tema vedado sobre la cual la Corte pueda hacer este análisis material. En este sentido, la Corte se pronunció en Sentencia C-674 de 2017, señalando al respecto lo siguiente:

Para la Corte, el anterior análisis debe realizarse teniendo en cuenta que el AL 01/17 creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición como instrumento de justicia transicional, que, de manera expresa, se centra en la consideración de las víctimas y está orientado a contribuir a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación, el juzgamiento y la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyen al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido; a la búsqueda de las personas desaparecidas; a la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros, así como a garantizar la no repetición. Para la Corte, la respuesta que una sociedad escoja dar a la criminalidad sistemática depende de una gran variedad de factores políticos, jurídicos y culturales. Destacó que, desde el punto de vista jurídico, lo más importante, es que, ante la gravedad de los crímenes

cometidos, la transición hacia la paz se haga dentro del amplio marco de posibilidades con que cuenta el Estado para cumplir con su obligación de investigar, juzgar y sancionar tales conductas.

Esta situación jurídica, por medio de la cual se crea un nuevo Tribunal para la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes cometidos en medio del conflicto armado colombiano, deviene en el análisis de su compatibilidad con el principio y fin constitucional de la paz, considerando que en análisis del trámite legislativo dado a esta iniciativa, se deben tener en cuenta dos situaciones particulares:

(...) (i) que debían tenerse en cuenta los requerimientos generales del juicio de sustitución relativos, entre otras cosas, a la identificación de los ejes definatorios de la Carta a partir de una lectura completa, sistemática y transversal de la misma, así como a la improcedencia de confundir los ejes definatorios con manifestaciones específicas y accidentales de los mismos. En adición a ello, sostuvo (ii) que es también necesario reconocer que al juzgar los límites competenciales del Congreso en contextos de transición hacia la paz, debe reconocerse una extendida atribución para emprender reformas que, en otros contextos, no estarían comprendidos por el poder de revisión constitucional asignado al Congreso. Así, en este contexto, la Corte entiende que la resistencia al cambio que detentan las normas constitucionales en pro de la garantía de la integridad del orden constitucional que esta debe guardar, se flexibiliza con una dosis de adaptabilidad que asegure la validez de reformas más amplias que las que

pueden darse en tiempos ordinarios, tal y como lo ha sostenido en las sentencias C-579 de 2013 y C-699 de 2016 (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017).

Sobre la base de los argumentos previamente planteados, se puede reconocer un escenario claro de entendimiento sobre la configuración jurídica del Acto Legislativo, en atención al interés doméstico y de comunidad internacional, y de las experiencias exitosas de logro de la paz en otros países, por lograr la paz en Colombia (Chávez, 2016). El comprender si se trató de una reforma o sustitución, es lo que finalmente se precisa en la siguiente sección del documento, donde se agota el análisis sobre si este trámite legislativo, cumplió con lo dispuesto en la Constitución.

4.3. ¿Sustitución o reforma de la Constitución?

Se establece que la sustitución es el cambio que desnaturaliza la función y fin de lo que en Colombia constitucionalmente se encuentra instituido como Estado Social de derecho. En este sentido, concebir la sustitución de la Constitución en este trámite legislativo, conduce a plantear una extralimitación de competencias funcionales por parte del Congreso de la República, aunque, por el análisis ya generado por parte de la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad, de entrada se puede plantear que no hubo sustitución constitucional.

Consecuencia de lo anterior, no se puede negar que el argumento por el cual se planteaba una inconstitucionalidad del Acto Legislativo, no era menor; esto, al considerar

que se trasladaron las facultades de la justicia ordinaria para juzgar y condenar a quienes son victimarios del conflicto, a la JEP. Desde la otra cara de la moneda, se sostiene que ello se puede hacer en razón de la capacidad jurídica del Estado para diseñar frente a unas condiciones específicas, procesos de juzgamiento denominados de justicia transicional, por medio del cual, y de manera temporal, se asuma esa función judicial.

Al considerar los argumentos de la Corte en Sentencia C-674 de 2017, se reconoce que el Acto Legislativo, que da vida a la JEP, surge de la responsabilidad de poder derivada en el Legislativo, para que este trabaje a favor del principio y fin constitucional de la paz, para la superación de un panorama de degradada violencia a la que llevó la realización de este conflicto (Carvajal, 2015). De este modo, se considera que la realización de este precepto, motivante del desarrollo de esta iniciativa legislativa, goza de armonía constitucional, en tanto no subvierte su orden normativo, como lo afirma el Alto Tribunal Constitucional:

Respecto de los vicios competenciales derivados de una posible sustitución de la Constitución, la Corte precisó que la paz fue asumida como uno de los principales propósitos constituyentes y, en esa medida, el rigor del juicio de sustitución de las reformas adoptadas por el Congreso en contextos de transición dirigidos a su realización, debe atenuarse, aminorarse o moderarse de manera que sea posible, con ese propósito, introducir modificaciones - incluso profundas al ordenamiento constitucional. En esa dirección, señaló la Corte, resultaría incompatible con los fundamentos del Texto Superior interpretar las normas que establecen competencias para su reforma de

manera que impidan la adopción de instrumentos transicionales dirigidos a la búsqueda de la paz (Corte Constitucional, Comunicado 55 de 2017).

Se trata entonces de una reforma constitucional, que cumple con las condiciones formales de su trámite, y cuyo contenido material, no condiciona el surgimiento de un escenario de conflicto constitucional, incluso considerando el surgimiento de una nueva jurisdicción; esto, a tenor de la función de esta nueva Corte, que surge en el panorama de una justicia transicional, para colaborar en el proceso de materialización de los Acuerdos Finales firmados en el Teatro Colón, sobre lo cual reitera la Corte lo siguiente:

Conforme a ello advirtió (i) que debían tenerse en cuenta los requerimientos generales del juicio de sustitución relativos, entre otras cosas, a la identificación de los ejes definatorios de la Carta a partir de una lectura completa, sistemática y transversal de la misma, así como a la improcedencia de confundir los ejes definatorios con manifestaciones específicas y accidentales de los mismos. En adición a ello, sostuvo (ii) que es también necesario reconocer que al juzgar los límites competenciales del Congreso en contextos de transición hacia la paz, debe reconocerse una extendida atribución para emprender reformas que, en otros contextos, no estarían comprendidos por el poder de revisión constitucional asignado al Congreso. Así, en este contexto, la Corte entiende que la resistencia al cambio que detentan las normas constitucionales en pro de la garantía de la integridad del orden constitucional que esta debe guardar, se flexibiliza con una dosis de adaptabilidad que asegure la validez de reformas más amplias

que las que pueden darse en tiempos ordinarios, tal y como lo ha sostenido en las sentencias C-579 de 2013 y C-699 de 2016 (Corte Constitucional, Comunicado 55 de 2017).

Esta posición, se justifica en el hecho de identificar que, a través de este Acto Legislativo, el traslado de las facultades de la justicia ordinaria para juzgar y condenar a quienes son victimarios del conflicto, a la JEP, se justifica en la necesidad imperativa de lograr la paz para la sociedad colombiana, y en consecuencia, se sostiene que ello se puede hacer en razón de la capacidad jurídica del Estado para diseñar frente a unas condiciones específicas, procesos de juzgamiento denominados de justicia transicional, por medio del cual, y de manera temporal, se asuma esa función judicial.

Se reconoce que, el trámite de reforma a la Constitución, es una facultad que se atribuye al Congreso de la República, la Asamblea Constituyente, y el Pueblo; por su parte, su sustitución, descansa exclusivamente en este último, al ser el constituyente primario (Zuluaga, 2008); ahora, sobre el análisis jurídico de la constitucionalidad de la JEP (que es una de las secciones del Acuerdo), y su juicio sobre la posible sustitución de la Constitución, al ser este introducido en la Constitución vía Acto Legislativo, se encuentra que este fue una reforma de Constitución, por lo previamente indicado, y no una sustitución de la misma.

Conclusiones

El diseño del derecho Constitucional colombiano, se debe entender sobre la lectura de una Carta Política que guarda una integridad en sí, sobre la base de materializar un Estado Social de derecho. Son parte de esto, unos fines y principios que armónicamente se conectan, colocando a su vez límites a su modificación, como se explica se presentó en el documento. Su reforma, diferente a su sustitución, es un mandato delegado en el constituyente derivado; este, tiene un poder de reforma limitado, solo superable por el poder del poder constituyente originario, quien es el que finalmente puede sustituir la Constitución.

Es en lo anterior, donde recae fundamentalmente la diferencia entre la reforma y la sustitución de la Constitución. El desarrollo del actual texto, trabajó en el problema de investigación, respecto a determinar si el Acto Legislativo 01 de 2017, y su trámite legislativo, se trata de una reforma o sustitución de la Constitución, haciendo un análisis basado en la justificación jurídica de ambas figuras, y entrando en dialogo con la jurisprudencia constitucional generada al respecto, en especial con lo que tiene que ver con los argumentos de la Sentencia C-551 de 2003, clave en la comprensión de las variables analíticas expuestas.

Conforme a este propósito, se indagó sobre las condiciones de constitucionalidad de la justicia que se genera en este Acto Legislativo, consultando respecto a si la aprobación de la Jurisdicción Especial para la Paz por parte del Congreso de la República, se encontraba dentro de los límites otorgados a este poder para reformar la Constitución, y no se trata de

una sustitución de la Constitución, en un debate que lleva a las límites de competencias del constituyente derivado, es decir, el Congreso de la República.

Sobre la base de los argumentos previamente planteados, se condujo a reconocer un escenario claro de entendimiento sobre el Acto Legislativo, por el cual se determina que este correspondió a una reforma y no sustitución de la Constitución. En este sentido, se considera que, la modificación generada, encuentra armonía constitucional con el principio y fin constitucional de la paz, diseñando un tipo de justicia que, más que entrar en conflicto con la jurisdicción ordinaria, la apoya para dar justicia; investigar, juzgar y sancionar, a los actores inmersos en la superación de una etapa de conflicto en la historia colombiana.

Referencias bibliográficas

Amaya, C. (2015). El control constitucional a las reformas constitucionales: el juicio de sustitución constitucional. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (8), 65-82.

Aranda, F. (2003). La justicia según Ockham, Hobbes, Hume y Rawls, en el marco de la teoría convencional-contractualista de la sociedad política. *Estudios filosóficos*, 52(149), 43-86.

Bernal, J., & Parra, J. (compiladores) (2017). *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Carvajal, J. (2015). La degradación del conflicto armado interno en Colombia: causas y efectos. En: Carvajal, J (compilador). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad* (pp. 11-34). Bogotá: Universidad Católica de Colombia
- Cerra, L. (2004). La Constitución no es el límite. Impugnación de actos legislativos: los límites del poder constituyente. *Revista de Derecho*, (22), 105-136.
- Chávez, E. (2016). *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cubides, J., & Sánchez, M., & Martínez, A. (2016). La implementación de parámetros convencionales en la justicia constitucional colombiana. En: Cubides, J. (compilador). *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (147-167) Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cubides, J., & Sierra, P. (2018). Reparación integral de las víctimas en la justicia transicional: historia, debate y actualidad dentro del acuerdo de paz firmado por el gobierno de Colombia y las Farc-EP. *Derecho Procesal Constitucional: Codificación Procesal Constitucional*, 631-644.
- Cubides, J., Sierra, P., & Núñez, M. (2017). El Fuero Militar en el derecho colombiano vs el derecho ecuatoriano. En: Cubides, J (editor). *El fuero militar: justicia interamericana y Operaciones para el Mantenimiento de la Paz* (60-77). Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Cubides, J., & Vivas, T. (2016). La justicia transicional y el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a propósito del posible acuerdo de paz en Colombia. En: Becerra, J. (editor). *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*, (67-98). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Fajardo, L., & González, M. (2015). *La sustitución de la constitución: un análisis teórico jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Garay, C., Cubides, J., & Ramírez, E. (2017). Los Derechos Humanos y las implicaciones del terrorismo en la Seguridad Nacional. En: Payá, C., & Delgado, J. (coordinadores). *Análisis de la seguridad internacional desde perspectivas académicas*, (83-106). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- García, S., & Gnecco, F. (2016). 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*, (133), 59-104.
- González, M. (2015). La teoría de la sustitución constitucional. En: Fajardo, L., & González, M. (compiladores). *La sustitución de la constitución: un análisis teórico jurisprudencial y comparado*, (33-57). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Jaime, M. (2003). El conflicto armado en Colombia. *Revista de Derecho*, (19), 119-125.
- Mira, C. M. (2016). Tensiones existentes entre el marco jurídico para la paz y el derecho internacional público en la negociación del conflicto armado interno. *Estudios de Derecho*, 73(161), 17-34.

- Molinares, V. (2013). Guerra irregular y Constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional colombiana. *Cuestiones constitucionales*, (29), 245-283.
- Negri, A. (2015). *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Nogueira, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Ius et praxis*, 15(1), 229-262.
- Núñez, J. I. (2015). El constitucionalismo: tres nortes para una misma brújula. *Revista Sequência*, 36(70), 77-92.
- Ramírez, G. A. (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante Acto Legislativo: a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. *Revista Derecho del Estado*, (18), 3-32.
- Rettberg, A., & Quiroga, D. (2016). Más allá de la firma: las elecciones legislativas (2014) y locales (2015) y el futuro de la implementación de la paz en Colombia. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Zuluaga, R. (2008). ¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia. *Vniversitas*, (116), 31-52.