

**La Jurisdicción Especial para la Paz frente al Estado de Derecho y el
Derecho Administrativo**

**Trabajo presentado por:
Mireya Esparza Rhenals
Iván Alejandro Rincón Riaño**

**Para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo**

**Universidad Libre
Posgrados
Bogotá, D.C.
2017**

**La Jurisdicción Especial para la Paz frente al Estado de Derecho y el
Derecho Administrativo**

**Trabajo presentado por:
Mireya Esparza Rhenals
Iván Alejandro Rincón Riaño**

**Dirigido por:
Carlos Arturo Hernández Díaz**

**Para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo**

**Universidad Libre
Posgrados
Bogotá D.C.
2017**

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	6
Introducción.....	7
CAPÍTULO PRIMERO	16
LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP).....	16
1. La Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP).....	16
2. Componente de justicia del SIVJRNR.....	17
3. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas	17
4. La JEP puede entrar a nulitar los fallos de la jurisdicción ordinaria.....	19
5. La JEP Puede entrar a revisar casos ya juzgados por la Corte Suprema de Justicia.....	21
6. Críticas de la Corte Suprema de Justicia a la JEP.....	25
7. Criticas del Consejo de Estado a la JEP	27
8. Las críticas del Centro Democrático a la JEP	29
CAPÍTULO SEGUNDO	39
DEBATE TEÓRICO EN TORNO A LA JEP Y EL ESTADO DE DERECHO	39
1. El concepto de Estado de derecho.....	39
2. El principio de separación de poderes: una relectura.....	43
3. El principio de colaboración armónica.....	47
4. Patologías de la separación de poderes	50
4.1. Un poder estatal que interfiere sobre otro	55
4.2. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por <i>obstrucción</i>	57
4.3 Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por <i>inhibición</i>	61
4.4. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por <i>conducción</i> .	62

5. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por <i>congraciamiento</i>	64
6. Interferencia arbitraria de poderes privados sobre el poder estatal.....	65
CAPÍTULO TERCERO	69
CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA JEP	69
1. La JEP podrá revisar, anular y extinguir sanciones ya impuestas	69
2. La JEP podrá cambiar la calificación jurídica de las conductas que investigue y que ya habían calificado otras “autoridades”	73
3. Las determinaciones que adopte la JEP no podrán ser revisadas ni reformadas	74
4. La JEP asume funciones que eran propias del Gobierno en lo que tiene que ver con las amnistías e indultos	79
5. La JEP usurpa funciones legislativas: dictará las normas de carácter sustantivo y procesal que requiera el trámite de los asuntos a su cargo	80
6. Elección de los magistrados de la JEP e imparcialidad	83
7. La paz por medio del derecho; entre el mito y la utopía	88
8. La justicia transicional.....	96
9. Genealogía de la justicia transicional según Teitel	104
9.1. El Tribunal Penal Internacional Para ex Yugoslavia – ICTY.....	107
9.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	11010
10. Dos experiencias de justicia transicional en Colombia	112
11. Discusión final	1177
CONCLUSIONES	120
APENDICE METODOLÒGICO	131
1. Problema jurídico (problema de investigación).....	131
2. Hipótesis.....	131
3. Planteamiento y desarrollo de la línea de investigación	132
Tipo de Investigación.....	132
Método de Investigación.....	133
Fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de la información:.....	133

4. Objetivos	133
Principal.....	133
Secundarios.....	134
Bibliografía	135

RESUMEN

Una de las grandes novedades que han presentado los acuerdos de paz que se adelantaron en La Habana, entre el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos y la cúpula de las FARC, radica en la propuesta de crear una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que incluye la implementación de un Tribunal Especial de Paz (TEP).

Estas jurisdicciones y tribunales no son una novedad en el plano mundial, puesto que dentro de contextos de justicia transicional varios países han acudido a este tipo de figuras, punto en el cual cabe destacar las experiencias del Líbano, Sierra Leona, Camboya, Timor y Bosnia Herzegovina, a las cuales se deben agregar las experiencias vividas en el Cono Sur de nuestro continente, y donde destacan los casos de Argentina y Chile.

Cada una de estas experiencias ha tenido sus propias particularidades de acuerdo a la caracterización y estructura de su sistema jurídico-político. Para el caso específico de Colombia, una vez se conoció el punto quinto de las negociaciones de La Habana (diciembre de 2015), las críticas y los cuestionamientos no se hicieron esperar, pues si bien es cierto, los Acuerdos de La Habana eran, para ese momento, tan solo un esbozo de lo que planeaba hacerse, quedo en evidencia que algunos de sus puntos contravienen claramente la naturaleza del Estado de Derecho y socavan la estructura y funcionamiento del Estado, especialmente porque se desconoce el principio de tridivisión de poderes y se afecta la imparcialidad y autonomía de la función judicial, tal como pasaremos a ver.

INTRODUCCIÓN

Al definir la *justicia transicional* el Centro Iberoamericano para la Justicia Transicional (ICTJ), inicia por indicar que no se trata de un tipo especial de justicia, sino de una forma de abordarla en épocas de transición, esto es, cuando se pasa de una situación de conflicto hacia una situación de paz (Cfr. ICTJ, 2016).

En el año 2012, a través del Acto Legislativo 01/2012, se incorporan las bases de la justicia transicional a nuestra Constitución Política. Mediante este Acto Legislativo se buscaba: “(...) abrir un espacio constitucional para el desarrollo de una estrategia integral y coherente de justicia transicional que permita la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas y la transición hacia una paz estable y duradera. La reforma retoma la paz como finalidad prevalente de los instrumentos de justicia transicional”.

En el proceso de justicia transicional que se adelantó en Colombia durante el gobierno del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, y del cual hicieron parte los desmovilizados de los grupos paramilitares, el conocimiento de los procesos judiciales correspondió a la “justicia ordinaria”: fiscales y jueces que con antelación ya se encontraban adscritos o vinculados a la Fiscalía General de la Nación, entidad que procedió a la creación de una Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, que mediante sus diferentes Grupos Satélite y Despachos de Justicia Transicional conoció de estos asuntos.

En el actual proceso de paz que se adelanta con las FARC se ha planteado la necesidad de una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que incluye la creación y puesta en marcha de un Tribunal para la Paz (TEP), que es paso obligado para llegar a otras instancias: Salas de Amnistía y Salas de Revisión.

Una vez se dieron a conocer los avances parciales de los acuerdos de La Habana (diciembre de 2015), los cuales incluían la creación de esta Jurisdicción Especial, las críticas provenientes desde diversos sectores y fundadas en múltiples argumentos, no se hicieron esperar. Sin embargo, en esta ocasión nos limitaremos a recoger las que interesan para el desarrollo de la presente investigación, y que son aquellas que de una u otra manera se conectan con la estructura de nuestro Estado y el funcionamiento del mismo, tal como estos elementos (estructura y funcionamiento) son contemplados en nuestro ordenamiento administrativo.

Las facultades y competencias de la JEP que parecen atentar contra la estructura y funcionamiento de nuestro Estado, y especialmente contra la tridivisión de poderes, son las siguientes:

- a) La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) podrá revisar, anular y extinguir sanciones ya impuestas, que se hayan ejecutado o hasta ahora se estén cumpliendo, y sin importar la autoridad que las haya emitido: la Corte Suprema, el Consejo de Estado, la Fiscalía, la Procuraduría, la Contraloría General y los tribunales, juzgados, etc. Lo que vendría a poner en entredicho tanto el papel de las autoridades ordinarias como el principio de cosa juzgada.
- b) La JEP podrá cambiar la calificación jurídica de las conductas que investigue y que ya habían calificado otras “autoridades judiciales, disciplinarias o, incluso, administrativas”.
- c) Las determinaciones que adopte la JEP no podrán ser revisadas ni reformadas en el futuro. Suponiendo que las Altas Cortes, el Congreso u otra autoridad tomen decisiones que puedan comprometer la firmeza de las sentencias, la JEP reaparecerá automáticamente –sin importar que ya

hayan concluido sus tareas– con todas sus atribuciones para garantizará la estabilidad de sus fallos.

- d) La JEP entra a asumir funciones que eran propias del Gobierno, específicamente en lo que tiene que ver con las amnistías e indultos que hasta ahora otorgaba el presidente de la República.
- e) La JEP usurpa funciones legislativas: dictará las normas de carácter sustantivo y procesal que requiera el trámite de los asuntos a su cargo.
- f) Tal como lo señaló el exjuez Baltazar Garzón en una conferencia ofrecida en la ciudad de Cali (Cfr. León, 2016), “no se indica cómo va a operar el Tribunal de Paz ni cómo se va a escoger a los magistrados”. El meollo del asunto –según Baltazar Garzón– se halla en: i) el mecanismo de elección que se empleará para seleccionar a estos magistrados y, ii) las cualidades profesionales que los mismos deben poseer, pues si no se presta suficiente atención a estos requerimientos será imposible garantizar la imparcialidad e independencia que deben guiar el trabajo de los magistrados que integraran el TEP.

Si bien es cierto, actualmente estos Acuerdos (tanto los de La Habana como los Acuerdos Finales –suscritos en Cartagena–) gozan de una naturaleza política que debe concretarse en decretos y leyes que garanticen su materialización y concreción. También resulta cierto que dicho proceso, en el que se da un paso de los escenarios políticos a los jurídicos, no será sencillo, ya que en él se corre el riesgo de atentar contra la estructura y funcionamiento del Estado y, especialmente, del Estado de Derecho¹, que se sustenta en la tridivisión de

¹ El Estado de derecho es una clasificación de la tipología de Estados que surge en la doctrina alemana como *Rechtsstaat*, el cual surge por oposición al *Machtstaat* o estado de fuerza, también conocido como Estado absolutista. El paso del Estado absoluto al Estado de derecho se presenta, así como un avance en cuanto este último exige la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito estatal cuando esta pueda afectar

poderes, la sujeción de las Autoridades públicas y los ciudadanos a las normas y la cohesión de la sociedad (Cfr. Zagrebelsky, 2013).

De forma “prioritaria y urgente” deberán tramitarse los siguientes proyectos normativos:

1. Ley de Amnistía y Acto Legislativo de incorporación de la Jurisdicción Especial de Paz a la Constitución Política (Ya se tramitó, se trata de la Ley 1820/2016, la cual no existía cuando se inició esta investigación).
2. Acto Legislativo para la incorporación de un artículo transitorio a la Constitución, según Acuerdo del 9 de noviembre de 2016, que reemplaza el texto original de Acto Legislativo de incorporación del Acuerdo Final a la Constitución Política (*Acto Legislativo para la Paz*” – Acto Legislativo 01/2016, que incorporó de manera transitoria en la Constitución un

a los individuos. Sin embargo, como esta es una formula vacía, se corría el riesgo de que el Estado de derecho terminara por identificarse con modelos despóticos de Estado, lo que exige entonces considerar que en el verdadero Estado de derecho tiene como objetivo “la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos” (Zagrebelsky, 2013, p. 4). Posteriormente, se da paso al Estado constitucional, se da paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución, lo que tiene entre sus finalidades mantener cohesionadas sociedades que cada día se encuentran más divididas y se tornan más conflictivas: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad” (Zagrebelsky, 2013, p. 17). Cabe entonces preguntarse, así solo sea una pregunta retórica, si el acuerdo de paz entre el gobierno santos y las FARC ha logrado o fortalecido la unidad del pueblo colombiano. La respuesta es un rotundo no, tenemos un país cada vez más dividido y polarizado, diferentes grupos armados al margen de la ley, incluidas las disidencias de las FARC, continúan actuando y el cumplimiento de lo prometido en los acuerdos de paz cada vez parece más lejano. Es bajo esta perspectiva que optamos por conservar la expresión Estado de derecho como garantía de respeto de la normatividad existente, pues el hecho de que la Constitución esté por encima de las leyes ordinarias no necesariamente implica que estas puedan ser desconocidas, pierdan su vigencia o su aplicabilidad.

procedimiento especial, popularmente conocido como *fast track*, para la implementación de leyes que ejecutaran el llamado Acuerdo de Paz que se acordare con las FARC. Acto Legislativo que no existía cuando se inició esta investigación).

3. Ley o Acto Legislativo de creación de la Unidad para la investigación y desmantelamiento de las organizaciones criminales, entre ellas las sucesoras del paramilitarismo. E incorporación al Estatuto Superior de la prohibición de la promoción, organización, financiación o empleo oficial o privado de estructuras y prácticas paramilitares.
4. La segunda frase del art. 67 transitorio de la Constitución será modificado para garantizar la participación política en el nuevo partido o movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal.
5. Suspensión de órdenes de captura a integrantes de las FARC (Si bien la Fiscalía suspendió las ordenes de captura mientras los miembros de las FARC se desplazaban a las “zonas veredales”, no existe aún una suspensión definitiva de dichas ordenes).
6. Ley de tratamiento penal diferenciado para delitos relacionados con los cultivos de uso ilícito.
7. Normas y medidas necesarias para la implementación y verificación de los acuerdos.
8. Incorporación del Plan Cuatrienal de Implementación al Plan Nacional de Desarrollo de la respectiva vigencia, con su correspondiente Plan

Plurianual de Inversiones. (Se advierte que las normas anteriores “se tramitarán simultáneamente”).²

También el Presidente de la República dispondrá de facultades extraordinarias por 180 días para expedir decretos con fuerza de ley, con el fin de facilitar y asegurar el Acuerdo Final.

Además, el Plan Plurianual del Plan Nacional de Desarrollo, tendrá un *componente para la paz* durante los próximos 20 años.

Entonces, es frente a todas estas Leyes que se deberán promulgar, que deberemos estar atentos para poder determinar si las mismas resultan respetuosas con el funcionamiento y estructura del Estado de Derecho, o si por el contrario se están sacrificando algunos de los pilares institucionales de este.

Las principales preocupaciones en torno a los Acuerdos y las normas que para su materialización habrán de expedirse, giran específicamente en torno a tres aspectos:

- a) Determinar si realmente existe y se justifica la necesidad de crear una Jurisdicción Especial para la Paz, puesto que dicha propuesta constituye el reconocimiento, tácito o expreso, de la incapacidad de la justicia ordinaria para hacer frente de manera adecuada a los retos que se presentarán.

² A la fecha se deben mencionar algunos de los decretos que ya han sido expedidos: Decreto 902 de 2017, sobre acceso y formalización de tierras; Decreto 896 de 2017, sobre sustitución de cultivos ilícitos; Decreto 893 de 2017, programa de desarrollo con enfoque territorial; Decreto 892 de 2017, sobre educación rural; Decreto 884 de 2017, Plan nacional de electrificación rural; Decreto 882 de 2017, docencia en zonas golpeadas por la violencia; Decreto 671 de 2017, sobre la desvinculación de menores que se encontraban en las filas de las FARC; Decreto 899 de 2017, reincorporación económica y social de las FARC; Decreto 901 de 2017, prorroga de las zonas veredales; Decreto 897 de 2017, creación de la Agencia Nacional de Reincorporación y Normalización; Decreto 894 de 2017, acceso a los empleos públicos; Decreto 883 de 2017, incentivos tributarios para empresas que construyan infraestructura rural; Decreto 898 de 2017, unidad de investigación especial en la Fiscalía; Decreto 889 de 2017, la Corte Constitucional podrá concentrarse en la paz; Decreto 900 de 2017, suspensión de órdenes de captura emitidas contra los miembros de las FARC; Decreto 888 de 2017, Unidad delegada para el Posconflicto en la Procuraduría; Decreto 903 de 2017, inventario definitivo sobre bienes de las FARC; Decreto 154 de 2017, Comisión Nacional de Garantías de Seguridad; Decreto 885 de 2017, Consejo Nacional de Paz, reconciliación y Convivencia; Decreto 895 de 2017, sistema integral de seguridad para el ejercicio de la política.

b) Tal como se encuentran planteados y redactados los Acuerdos de La Habana, pareciera que constituyen un abierto desconocimiento al principio de separación de poderes, pues se entregan a la JEP una serie de atribuciones que por mandato constitucional serían de competencia exclusiva de las Ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder Público.

c) Tal como se encuentra planteados y redactados los Acuerdos de La Habana en lo concerniente a la elección de los magistrados de la JEP, pareciera que se desconocen los principios de independencia e imparcialidad que deben guiar la labor judicial, pues tanto las FARC como el Gobierno tendrían incidencia en la elección.

Si bien es cierto que, situaciones extraordinarias exigen la adopción de medidas extraordinarias, y que, por lo tanto, para alcanzar la paz se deben hacer grandes esfuerzos y transformaciones de naturaleza jurídica y política, también cabe preguntarse sobre si resulta necesario para lograr el fin propuesto –la paz, pasar por encima de los principios que guían y orientan el funcionamiento del Estado. Nuestra respuesta es simple, pues si bien deben efectuarse algunos “sacrificios” y concesiones para alcanzar la paz, tampoco se puede pasar por encima del Estado de Derecho en pos de alcanzar dicho fin.

A todo lo anterior se debe sumar que el desarrollo de la presente investigación se inició con anterioridad a la votación popular del plebiscito por los acuerdos de paz con las FARC. Votación que se llevó a cabo el día domingo 2 de octubre de 2016, y donde ganó el NO por un estrecho margen de diferencia (50,2 % en favor del NO, contra 49,7 % en favor del SI). Bajo esta coyuntura marcada por la victoria del NO, el Gobierno y las FARC debieron “renegociar” los Acuerdos de La Habana, introduciendo ciertos cambios que recayeron sobre algunos de los

puntos más controvertidos, incluyendo algunos que son abordados en esta investigación y que se relacionan con el punto 5 (Justicia y víctimas).

Los cambios introducidos a los Acuerdos de La Habana tras la victoria del NO en las urnas, y que resultan relevantes para la presente investigación se vinculan con los siguientes aspectos:

- a) Se descartó de plano la posibilidad de que los guerrilleros que hubiesen cometido **delitos graves** purgasen sus penas en prisiones ordinarias. Sin embargo, si se aclararon muchas dudas que existían sobre la manera en que estos guerrilleros purgarían sus penas al interior de las zonas verdes, dejando en claro que solo podrán salir de dichas zonas en forma excepcional y con la correspondiente autorización del TEP.
- b) Otra modificación sustancial se relaciona con el delito de narcotráfico. En este punto se determinó que los magistrados de la JEP deberán examinar, caso por caso, y de acuerdo a la jurisprudencia ya existente y emitida por las Altas Cortes, para establecer cuando existe conexidad entre el narcotráfico y el delito político.
- c) Se terminó con la incertidumbre en torno a la duración de la JEP, pues se pasó de un término abierto e indefinido a establecer que tendrá una duración máxima de diez (10) años.
- d) En el nuevo acuerdo se eliminó la posibilidad de que el TEP estuviera parcialmente integrado por magistrados extranjeros, pues siempre se consideró que esta posibilidad vulneraba la soberanía del Estado. Sin embargo, se admitió la posibilidad de que expertos extranjeros conceptúen en relación con determinados temas por solicitud del TEP.
- e) Quizás el cambio más significativo del nuevo acuerdo se relacione con el hecho de haber limitado el excesivo poder que en un principio se otorgó al TEP, cuyas decisiones se consideraban como decisiones de cierre de la jurisdicción, sin posibilidad de control por parte de ningún órgano o entidad

del Estado colombiano. En el nuevo acuerdo se admitió la posibilidad de que las decisiones emitidas por el TEP sean controvertidas mediante acción de tutela, quedando en cabeza de la Corte Constitucional la última palabra en relación con la decisión tutelada. Punto en el cual resulta inevitable preguntarse sobre lo acertado o desacertado que resulta convertir la tutela en un “recurso ordinario”.

- f) Las FARC no renunciaron a sus aspiraciones políticas para hacer parte del Congreso, sin embargo, quedó claro que no podrán aspirar a las curules (16 en total) que se darán para acceder a la Cámara de Representantes por las zonas más afectadas por el conflicto.

Dos precisiones resultan necesarias antes de proseguir con la presente investigación. La primera: no estamos afirmando que efectivamente dichos cambios se hayan realizado, pues para algunos críticos, entre ellos los del Centro Democrático, el Acuerdo Final es en su esencia el mismo Acuerdo de La Habana con unos simples retoques cosméticos. La segunda: al hablar de los Acuerdos de La Habana hacemos referencia al texto tal como este se encontraba antes de que ganara el NO en el referendo por la paz (2 de octubre de 2016), mientras que al hablar del *Acuerdo Final*³ hacemos referencia al texto que debió ser modificado tras la victoria del NO en las urnas y que fue sometido al Congreso de la República para su refrendación. Al emplear únicamente la expresión “Acuerdos” lo hacemos cobijando tanto a los Acuerdos de La Habana como al Acuerdo Final.

³ El nombre completo de dicho documento es el de “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

CAPÍTULO PRIMERO

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

1. La Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP)

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene como fecha precisa de surgimiento el 23 de septiembre del año 2015, cuando el Gobierno Nacional, en razón de los diálogos que se adelantaban con las FARC en La Habana, consideró necesaria la creación de dicha Jurisdicción Especial, la cual quedo adscrita al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

El SIVJRNR surge como un sistema complejo, integrado por mecanismos judiciales y extrajudiciales. Dentro de estos mecanismos encontramos los siguientes: a) Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, b) Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, c) La Jurisdicción Especial para la Paz. En relación con esta última, que es la que guarda especial relevancia para la presente investigación, se debe indicar que la misma ha sido definida como un “Conjunto de órganos de administración de justicia que ofrecerán funciones judiciales y cumplirán con el deber del Estado de Investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, en particular los más graves y representativos” (ACPP, 2015, p. 18).

El componente de justicia del SIVJRNR tendría una estructura y conformación particular que pasamos a revisar a renglón seguido.

2. Componente de justicia del SIVJRNR

En el Acuerdo Sobre las Víctimas del Conflicto (Acuerdo No. 5), suscrito por el Gobierno de Colombia y las FARC en La Habana, se estableció que el componente de justicia del SIVJRNR estaría integrado por los siguientes órganos:

- a) Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas,
- b) El Tribunal Para la Paz (órgano de cierre de la JEP),
- c) Sala de Amnistía o Indulto,
- d) Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos y,
- e) Unidad de investigación y acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad. Las resoluciones y sentencias deberán ser debidamente motivadas y fundadas en derecho (...)

3. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Lo primero que se debe indicar, es que el componente de justicia del SIVJRNR contempla dos procedimientos claramente diferenciados y que atienden a situaciones específicas. El primero de ellos resulta aplicable en aquellos casos en los cuales el “investigado” reconoce como verdaderos los hechos ocurridos, además de aceptar su responsabilidad en los mismos. El segundo procedimiento, por su parte, resultaría aplicable en situaciones inversas, en las cuales el

“desmovilizado” no acepta la verdad de los hechos y menos aún su responsabilidad en los mismos.

A través de la Sala de Reconocimiento de Verdad se persigue evitar que la JEP colapse, puesto que, por las experiencias de los procesos de paz anteriores, especialmente el realizado con los paramilitares, sabemos que resulta prácticamente imposible investigar y juzgar la totalidad de los casos uno por uno. Bajo esta perspectiva la Sala de Reconocimiento de Verdad operaría como una especie de “desagüe” o “drenaje” que impediría la saturación y el posterior colapso de la JEP.

Podría parecer, en principio, que el empleo de expresiones como “desagüe” o “drenaje” para hacer referencia a la función que habrá de cumplir la Sala de Reconocimiento de Verdad... al interior de la JEP pudieran resultar denigrantes o peyorativas, sin embargo, hemos acudido a dichas expresiones por dos motivos claramente justificados. El primero de ellos radica en que dichas expresiones son empleadas por el tratadista Juan Carlos Henao Pérez para referirse a la función que habrá de cumplir dicha Sala. El segundo motivo que nos lleva a aceptar el uso de dichos vocablos se halla en el hecho de que los mismos son una acertada metáfora que logra explicar, en forma clara y sencilla, la labor que habrá de desempeñar la Sala de Reconocimiento de Verdad....

Tenemos entonces que la Sala de Reconocimiento de Verdad... actuará exclusivamente en aquellos eventos en los cuales los “desmovilizados” acepten tanto la verdad de los hechos que les son endilgados como su participación y responsabilidad en los mismos. Punto en el cual se pueden presentar dos posibilidades: a) que el “desmovilizado” acepte tanto la verdad como su participación en hechos que son amnistiarles y b) que el “desmovilizado” acepte tanto la verdad como su participación en hechos que no resultan amnistiables.

Atendiendo a la primera situación, cuando el desmovilizado acepta tanto la verdad como su participación en hechos que resultan amnistiables o indultables,

pasarán a la Sala de Amnistías e Indultos (SAI), la cual con base en la Ley de Amnistía (Ley 1820/2016), y tras haber desarrollado un análisis previo que incluye la determinación de la conexidad de los hechos cometidos y la verificación del cumplimiento de las condiciones que exige el Sistema (SIVJRNR), pasara a otorgar amnistías e indultos a las personas “investigadas o condenadas por delitos políticos y conexos”.

En cuanto a la segunda situación, cuando el desmovilizado acepta tanto la verdad como su participación en hechos que no resultan amnistiables, tenemos que deberá pasar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), la cual decidirá sobre la pena imponible y todos los aspectos de la misma.

4. La JEP puede entrar a nulificar los fallos de la jurisdicción ordinaria

Tal como se encontraba redactado el Acuerdo de La Habana, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) podía revisar, anular y extinguir sanciones ya impuestas, que ya se hubiesen ejecutado o que hasta ahora se estuviesen cumpliendo, y sin importar la autoridad que las hubiese emitido: la Corte Suprema, el Consejo de Estado, la Fiscalía, la Procuraduría, la Contraloría General, los tribunales, juzgados, etc. Lo que vendría a poner en entredicho tanto el papel de las autoridades ordinarias como el principio de cosa juzgada.

En esta materia específica el Acuerdo Final (24-11-2016) introduce ciertos cambios, que no necesariamente pueden considerarse sustanciales, contemplando eventos y situaciones que guardan una excesiva similitud con las contenidas en el Acuerdo de La Habana; hacemos esta precisión debido a que en su momento los medios de comunicación informaron que los cambios habían sido sustanciales, afirmación que como veremos más adelante falta a la verdad. Tendríamos, a manera de ejemplo, que en el Acuerdo Final continúa abierta la

posibilidad de que la JEP pueda anular o extinguir sanciones disciplinarias o administrativas, lo que se consigna en los siguientes términos:

“Acuerdo Final. Punto 6º. Las amnistías, indultos y los tratamientos penales tales como la extinción de responsabilidades y sanciones penales y administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento, en especial sobre actuaciones penales, disciplinarias, administrativas, fiscales o de cualquier otro tipo, por conductas ocurridas en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este. (...) La amnistía será un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de las FARC-EP o a personas acusadas de serlo, tras la firma del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno Nacional y la finalización de las hostilidades, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 sobre extinción de dominio. (...) En lo que respecta a la sanción disciplinaria o administrativa, la amnistía tendrá también el efecto de anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado.

Esta posibilidad de **anular** o **amnistiar** las sanciones disciplinarias o administrativas aparece igualmente consagrada en el artículo 33 del Acuerdo Final, en el cual puede leerse:

“Acuerdo Final. Punto 33. El componente de justicia del SIVJRN, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el

conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. (...) Respecto a las sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, incluidas las pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. En todo caso la solicitud no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos. En caso de que se solicite la revisión de la sanción impuesta o la extinción de la sanción y responsabilidad, será competente la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Respecto a los investigados, será competente la Sala de definición de situaciones jurídicas”.

5. La JEP Puede entrar a revisar casos ya juzgados por la Corte Suprema de Justicia

Una vez se hizo público el documento del Acuerdo Final, los medios de comunicación se movieron rápidamente a presentar escuetos resúmenes sobre su contenido, generando una avalancha de información que terminó por ocasionar mayor desinformación. El periódico El Tiempo, en su edición del 17 de noviembre de 2016, publicó un artículo escrito por Juanita Goebertus Estrada, en el cual se señala que: “las sentencias de la Corte Suprema de Justicia solo podrán ser revisadas por esta”. Sin embargo, al leer el texto del Acuerdo Final esta afirmación no parece del todo tan clara y tajante:

“Acuerdo final. Artículo 58. La sección de revisión del Tribunal para la Paz tendrá las siguientes funciones: (...) b) A petición del condenado, revisar las sentencias proferidas por la justicia por: variación de la calificación jurídica

conforme a lo establecido en el numeral 19; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema. (...) La revisión por la Jurisdicción Especial para la Paz de las sentencias proferidas por la justicia no tendrá nunca como consecuencia la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a los jueces que las hubieran proferido como consecuencia del contenido de las mismas”.

Y para que no queden dudas de que el TEP si puede revisar las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, solo basta con revisar el último párrafo del artículo 58 del Acuerdo Final: “La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta la definición de quienes son combatientes según el DIH, podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP”.

Tendríamos entonces que, si bien, la regla general indica que la Corte Suprema de Justicia es la competente para revisar las sentencias que ha proferido, esta competencia no es exclusiva ni absoluta, puesto que admite como excepción la posibilidad de que la Sección de Revisión de la JEP revise las sentencias proferidas por la CSJ en casos en los cuales el condenado haya sido un combatiente, termino este último que deberá entenderse a partir de lo indicado por el DIH.

Llegados a este punto de la argumentación resulta necesario preguntarse si la redacción de este artículo del Acuerdo Final no es un verdadero contrasentido, debido a que termina por convertir la excepción en regla, puesto

que al indicar que podrán revisarse las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en casos en los cuales los condenados hayan sido combatientes –según el DIH–, y teniendo en cuenta que se trata de un proceso de desmovilización de un grupo guerrillero, todos los desmovilizados, o al menos la mayor parte de ellos, vendrían a ostentar la condición de combatientes exigidas por el DIH.

El término “combatiente” nos exige una breve digresión sobre su significado y, en consecuencia, sobre quienes se encuentran cobijados por dicha expresión según el Acuerdo Final. Al respecto puede resultar útil acudir a lo que ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR):

“2. ¿Quién es combatiente? El derecho internacional humanitario permite que los miembros de las fuerzas armadas de un Estado que es parte en un conflicto armado internacional y los miembros de las milicias asociadas que reúnen las condiciones establecidas participen directamente en las hostilidades. Por lo general, se los considera combatientes legítimos o privilegiados que no pueden ser enjuiciados por participar en las hostilidades, siempre que respeten el derecho internacional humanitario. Cuando se los captura, son acreedores al estatuto de prisionero de guerra. (...) Si los civiles participan directamente en las hostilidades, se los considera combatientes o beligerantes "ilegítimos" o "no privilegiados", aunque los tratados de derecho humanitario no contienen expresamente esos términos. Por esas acciones, se los puede enjuiciar en virtud del derecho interno del Estado detenedor. (...) En tiempo de guerra, tanto los combatientes legítimos como los ilegítimos pueden ser sometidos a internamiento, interrogatorios y juicios por crímenes de guerra. Ambos tienen derecho a recibir un trato humano cuando se encuentran en poder del enemigo” (Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, 2011).

Tras revisar estos artículos del Acuerdo Final y considerando la definición de “combatiente” que acabamos de transcribir, queda claro que el TEP si podrá entrar a nulificar y revisar las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia. Esto nos exige retomar el texto con el cual iniciábamos el presente subtítulo, nos referimos al artículo periodístico autoría de Juanita Goebertus Estrada, publicado en el diario El Tiempo del 17 de noviembre de 2016, y en el cual se indicaba que: “las sentencias de la Corte Suprema de Justicia solo podrán ser revisadas por esta”. Información que, sin ser veraz, fue replicada y difundida por un número significativo de medios de comunicación, lo que deja en evidencia la guerra mediática que se libró a través de los medios de comunicación masiva y que tuvo como principales armas la mentira, la tergiversación y la desinformación que se generaron desde los bandos opuestos que polarizaron la opinión nacional, por un lado quienes le decían SI al proceso de paz, y por el otro los promotores del NO, encabezados por el expresidente y actualmente congresista Álvaro Uribe Vélez.

Llegamos así a uno de los puntos principales que interesan a esta investigación, que tiene como uno de sus temas de interés el de poder determinar si las facultades desbordadas que se entregan al TEP vienen a chocar con la estructura del Estado colombiano y el funcionamiento del Estado Social de Derecho. En otras palabras, y tal como indicaron los detractores de la JEP, cabe preguntarse si el TEP se integra naturalmente a la estructura del Estado Colombiano, específicamente a la Rama Judicial, o si por el contrario se trata de una institución totalmente desconectada, una verdadera “isla” o “rueda suelta” cuyo poder ilimitado termina por poner en riesgo la Democracia y contravenir la naturaleza del Estado.

Responder a estas inquietudes nos conduce necesariamente a revisar el clásico de principio de separación de poderes y su funcionamiento en nuestro medio. Tarea que emprenderemos en forma detenida más adelante.

6. Críticas de la Corte Suprema de Justicia a la JEP

Una vez se conoció el texto del Acuerdo Final se dieron pronunciamientos tanto en favor como en contra. Estos pronunciamientos provenían de los diferentes estamentos de la sociedad y del Gobierno, incluyendo a quienes invitaban a votar por el NO y quienes invitaban a votar por el SI, las ONG y las Altas Cortes, que no fueron del todo ajenas a este debate.

En el caso específico de la Corte Suprema de Justicia tenemos que esta alta corporación expuso y presentó sus críticas a los acuerdos de paz. Dichas críticas fueron presentadas por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ante el presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón, una vez se conoció el triunfo del NO en el plebiscito.

Tal como se indicó en la Revista Semana del 24 de noviembre de 2016, lejos de ser un “salvavidas” a los Acuerdos de paz, el documento presentado por la Corte Suprema de Justicia contenía un fuerte cuestionamiento a lo que se había consignado en el Acuerdo Final en materia de justicia.

Debe recordarse que aún antes de la realización del referendo por la paz (02/10/2016) la presidenta de la Sala Plena de la Corte, magistrada Margarita Cabello Blanco, ya había expresado la decisión, tanto personal como de la Corporación que presidía, de trabajar en pro de alcanzar el objetivo de la paz. Podría decirse que esta fue su opinión pública, sin embargo, en entrevista publicada en el periódico El Tiempo con fecha 05 de junio de 2016, la magistrada Cabello Blanco reconoció: “Hemos remitido una respetuosa invitación al presidente de la República, con su equipo de negociadores en La Habana y su ministro de justicia para compartir con ellos algunas observaciones que tenemos

respecto a las competencias y facultades de la Jurisdicción Especial para la Paz, ante eventuales incidencias en las instituciones de la jurisdicción ordinaria”.

Queda así en claro que una de las principales preocupaciones de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia gira en torno a las “incidencias”, por no decir intromisiones, que la JEP podrá tener en relación con la justicia ordinaria. No sobra señalar que este documento, al que la magistrada Cabello Blanco alude como una “respetuosa invitación”, nunca fue dado a conocer a la opinión pública.

El documento enviado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al Gobierno, tampoco llegó a ser conocido por la opinión pública, sin embargo, sus elementos esenciales se pueden extraer a partir de las declaraciones efectuadas por el magistrado Gustavo Malo (Revista Semana, 2016), presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Los “peros” a la Jurisdicción Especial para la Paz se pueden sintetizar en las siguientes líneas:

- a) La CSJ señala que no se opone a la creación de la JEP, sin embargo, sí solicita que la misma tenga un carácter transitorio (5 años prorrogables), y no el carácter permanente o indefinido que se le concedía en los Acuerdos de La Habana.
- b) En consonancia con lo afirmado por el expresidente Álvaro Uribe Vélez, se señala que tal como quedan consignada la JEP en los Acuerdos de paz de La Habana, la misma concentrara una cantidad excesiva de poder, y en consecuencia se sugiere la creación, al interior de la Corte Suprema de Justicia, de una Sala Especial, específicamente una Sala Transicional de la Corte Suprema de Justicia. De lo cual se sigue que no se ve la necesidad de crear una JEP.
- c) Se expresa desacuerdo absoluto con la posibilidad de que la JEP revise decisiones penales que han hecho tránsito a cosa juzgada. Aun cuando admiten la posibilidad de que la JEP modifique (reduzca) las penas impuestas

en dichos procesos penales en los eventos en que los procesados-desmovilizados colaboren con el componente de “verdad”.

- d) En caso de presentarse colisión de competencia entre las jurisdicciones ordinaria o militar y la JEP, esta necesariamente habrán de ser desatada o dirimida por la Corte Suprema de Justicia y no por el Consejo Superior de la Judicatura.
- e) En el comunicado de la Corte Suprema de Justicia se solicitó que esta entidad conserve la competencia en relación con el trámite de extradición. Punto en el cual la CSJ se compromete incluso a respetar la cláusula contenida en el Acuerdo Final, y según la cual, la extradición no podría concederse por delitos cometidos en desarrollo del conflicto armado (Cfr. Revista Semana, 2016).

En relación con estos puntos es necesario considerar la otra cara de la moneda: la opinión de las FARC, organización que desde el principio de los diálogos planteó como uno de sus “inamovibles” la exigencia de que la JEP poseyera un carácter completamente independiente. Exigencia que, en criterio de las FARC, no podría ser garantizado por las Corporaciones ya existentes, incluida la Corte Suprema de Justicia. Punto en el cual se debe reconocer que se está desacreditando y deslegitimando a las instituciones encargadas de impartir justicia en nuestro país.

7. Criticas del Consejo de Estado a la JEP

El presidente del Consejo de Estado, magistrado Danilo Rojas, efectuó un pronunciamiento no oficial y que en consecuencia no representaba a la opinión en pleno de dicha Corporación.

En su pronunciamiento, el magistrado Danilo Rojas inició por señalar que, si bien existen muchos puntos de los Acuerdos de La Habana que aplaude y comparte en su totalidad, no puede desconocerse que existen otros que son auténticas “pifias”. Al remitirnos al DRAE encontramos que una “pifia” es un error, un descuido, un desacierto.

Entre las medidas que el magistrado Danilo Rojas considera desacertadas deben señalarse las siguientes:

- a) Resulta peligroso que se establezcan procedimientos que van a quedar al margen de los que se adelantan en la jurisdicción ordinaria.
- b) No tiene ningún sentido –fundamento– normativo el hecho de que se le atribuya al Consejo Superior de la Judicatura la facultad de resolver los conflictos de competencia que se presenten entre la JEP y la justicia ordinaria o militar. Puesto que se debe considerar que el Consejo Superior de la Judicatura no posee ninguna experiencia en esta materia.
- c) Considera que el papel que se le dio al Consejo de Estado fue bastante pobre: se desconoció que desde 1998 el Consejo de Estado viene aplicando la reparación integral de conformidad con lo señalado por la CIDH, e incluyendo en sus sentencias la reparación integral, que comprende, además de lo económico, la reparación simbólica y las garantías de no repetición. En consecuencia, cuando el Gobierno señala que la JEP podrá tomar decisiones para lograr la reparación integral en casos ya decididos por el Consejo de Estado, está demostrando un total desconocimiento de lo que desde hace ya algún tiempo viene haciendo esta alta corporación.

Por último, se debe señalar que este magistrado indica que la redacción del Acuerdo Final en materia de cosa juzgada es bastante ambigua.

8. Las críticas del Centro Democrático a la JEP

Escapa al interés de esta investigación dar cuenta de las diferentes declaraciones y enfrentamientos verbales que fueron cubiertos en los medios de comunicación y en los cuales mostraron su desacuerdo irreconciliable quienes promovían el SI y quienes promovían el NO en el referendo por la paz.

Entre quienes promovían el NO se debe destacar la fuerte oposición del movimiento político Centro Democrático, liderado por el expresidente Álvaro Uribe Vélez. Sin embargo, se debe evitar caer en la generalización o mejor aún, en la polarización efectuada por los medios de comunicación, pues no necesariamente todos los que apoyaban el SI eran adeptos del Gobierno Santos; y no todos los que apoyaban el NO eran adeptos del Uribismo.

Por tales motivos, en este apartado nos proponemos efectuar una revisión del documento titulado: *Informe de ponencia para primer debate del proyecto de acto legislativo 01 de 2016*, documento que fuera elaborado por el Centro Democrático, y en el cual se exponen ante el Senado las críticas a los Acuerdos de Paz que se suscribieron entre el Gobierno y las FARC en La Habana.

Contextualizando el *Informe de ponencia...* presentado por el Centro Democrático, tenemos que desde el momento mismo en que los Acuerdos de La Habana estuvieron finalizados, el Gobierno se esforzó por otorgarles un blindaje jurídico por medio del cual perseguía garantizar su estabilidad jurídica y política a futuro; pues siempre estará latente el riesgo de que un gobierno venidero opte por desconocer dichos Acuerdos. En síntesis, el Gobierno Santos intentó convertir los Acuerdos en una política de Estado obligatoria para futuros gobiernos, y no en un simple acuerdo que tan solo comprometía al Gobierno Santos frente a las FARC.

Con el ánimo de darle estabilidad jurídica y política a los acuerdos logrados en La Habana, el Gobierno Santos consiguió que el 7 de julio de 2016 el Congreso de la República aprobara el llamado “*Acto Legislativo para la Paz*” (Acto Legislativo 01/16), que incorporó de manera transitoria en la Constitución un procedimiento especial (popularmente conocido como *fast track*) para la implementación de leyes que ejecutaran el llamado Acuerdo de Paz que se acordare con las FARC.

Con el ánimo de blindar los Acuerdos logrados entre el Gobierno Santos y la cúpula de las FARC, se propuso en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016, lo siguiente:

“Artículo 10. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así: Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz. Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República. El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se regirá por las siguientes reglas: a) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera; b) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo especial para la Paz tendrán trámite preferencial. r En consecuencia, tendrán

absoluta prelación en el orden del día sobre ~ cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva Cámara o Comisión decida ~ sobre él; c) El título de las leyes y los actos legislativos a los que se refiere este artículo, deberá r corresponder precisamente a su contenido y a su texto procederá esta fórmula: "El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA: d) El primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional. El segundo debate en las plenarias de cada una de las Cámaras; e) Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza; f) Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días. g) Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta; h) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previa del Gobierno nacional; i) Todos los proyectos y de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias; j) En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación; k) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatuarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados. En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República".

El Acto Legislativo 01 de 2016, continúa en su artículo 2º en los siguientes términos:

“Artículo 2º. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así: Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos. Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los dos meses siguientes a su expedición”.

Posteriormente, estos artículos fueron objeto de una demanda de inconstitucionalidad promovida ante la Corte Constitucional, Corporación que mediante la sentencia C-699/2016, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, terminó por declarar la EXEQUIBILIDAD de los artículos demandados –que se acaban de transcribir–, al considerar que los mismos no entraban a sustituir la Constitución, tal como se expresó en el literal c) de las Consideraciones de la Corte (Cfr. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699/2016. VI. Consideraciones y fundamentos).

Se debe resaltar de la argumentación que la magistrada Calle Correa expone en la sentencia C-699/2016, su punto de partida, que consiste en señalar que la Constitución Política de 1991 no es propiamente hablando una

constitución rígida sin más: “Primero. La Constitución de 1991 no prevé límites de intangibilidad material absoluta, ni cláusulas de perpetuidad como lo hacían distintas constitucionales (sic) nacionales tales como las de 1821, 1830, 1832, 1834 o actualmente lo hacen por ejemplo las Constituciones de Alemania, Italia o Francia o Brasil” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699/2016).

Al anterior argumento se suma otro menos ligado al texto de la Carta Política y más próximo a la especulación doctrinal: con lo cual no estamos afirmando que por dicho motivo el argumento resulte errado. Se trata de lo que la magistrada Calle Correa denomina como **susceptibilidad de adaptación transicional** –negrilla original–, concepto a partir del cual la magistrada ponente logra concluir que una Constitución debe tener procedimientos de enmienda, incluso debe consagrar los procedimientos para su sustitución, pero lo que no puede hacer es convertirse en un pacto tan rígido que propicie su propia destrucción. El discurso implícito en la argumentación de la magistrada ponente apunta a señalar que, de no alcanzarse la paz con las FARC, serán la propia Constitución de 1991 y el orden constitucional que la misma sostiene lo que estará en riesgo de desaparecer. De nuevo aquí la argumentación es bastante ambigua, puesto que la magistrada parte de considerar que en el caso *sub examine* no se presenta sustitución de la Constitución, pero se cuida mucho en argumentar que tal figura –sustitución constitucional– no solo es necesaria, sino además indispensable, cuando se trata de salvaguardar el funcionamiento del Estado y el orden constitucional.

Sobre la Justicia Transicional y la posibilidad de reformar la Carta Política se indica en la sentencia C-699/216, lo siguiente:

“35. 4. La resistencia al cambio que detentan las normas constitucionales es ciertamente superior a la de las leyes, pero el grado de superioridad es un aspecto **susceptible de adaptación transicional**. En efecto, una Constitución debe tener procedimientos de enmienda, y puede intentar

institucionalizar su propia sustitución por otra opuesta o integralmente diferente, pero no puede interpretarse como un pacto que propicie su propia destrucción. (...) La superior resistencia al cambio de las normas constitucionales es una manera de reforzar precisamente los compromisos fundamentales expresados en ellas. Es claro que ese principio de resistencia relativa cede en flexibilidad, sin desaparecer, cuando esos compromisos se encuentren en permanente riesgo de ineffectividad, por ejemplo, por estar erosionados a causa de una guerra. La parte orgánica de la Constitución, a la cual pertenecen en buena medida los fundamentos del principio de rigidez específica, encuentran sentido como instrumentos de garantía de la parte dogmática, en la cual están las aspiraciones constitucionales de superar los conflictos armados y alcanzar la paz. La Corte dijo desde muy temprano, por eso mismo, que *“la parte orgánica de la Constitución sólo se explica cómo derivación del contenido axiológico de la parte dogmática, como instrumentalización de los principios, valores y derechos constitucionales”*. (...) En contextos de transición de un conflicto armado hacia su terminación, la garantía de la *“integridad”* del orden constitucional que esta Corte debe guardar (CP art 241), implica examinar el principio de resistencia constitucional con una dosis de adaptabilidad que asegure la conservación de sus compromisos. “35.5. El contexto de transición y el objetivo constitucionalmente imperioso de lograr la paz han sido considerados en otras ocasiones por la Corte para precisar los contornos de los elementos que definen la identidad de la Constitución. En la sentencia C-579 de 2013, por una parte, la Corte debía resolver una demanda contra el Acto Legislativo 1 de 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. Esa reforma fue cuestionada sobre la base de una supuesta sustitución del elemento de la identidad de la Constitución expresado en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de los integrantes de la sociedad y de las víctimas. Esencialmente era, como se observa, una reivindicación del principio de justicia. La Corte advirtió que se trataba efectivamente de una medida de justicia transicional, estatuida en el artículo transitorio 66 de la Constitución Política. Sostuvo sin embargo que, por enmarcarse en un proceso de transición hacia la paz, el pilar invocado se expresaba –en términos que recogió del Centro Internacional de Justicia Transicional como “una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos”. (...) Señaló entonces que para garantizar la paz era preciso permitir la celebración acuerdo de reconciliación “lo cual exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial sin desconocer las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, sino permitiendo que se cumplan de manera especial” ((Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699/2016, subrayado original).).

Fue en este el contexto al interior del cual el Centro Democrático expuso en forma pública y abierta su total desacuerdo con los Acuerdos de Paz. Los argumentos que sustentan este desacuerdo se recogieron en el *Informe de ponencia*... que fuera presentado ante el Senado de la República, por el senador José Obdulio Gaviria, el día 07 de febrero de 2017, y en cual se sintetizan todas las críticas y reparos que el Centro Democrático ha expuesto en torno a los Acuerdos de Paz entre el Gobierno Santos y las FARC.

En el *Informe de ponencia*... el Centro Democrático presenta no solo sus críticas al contenido de los *Acuerdos de Paz*, sino que además critica fuertemente

la forma en que el Gobierno Santos ha movido su maquinaria política para que los mismos sean refrendados y blindados por las diferentes instituciones estatales, entre ellas el Congreso de la República y la Corte Constitucional.

Inicia el *Informe de ponencia...* por señalar que, tras la derrota de Los Acuerdos de La Habana, ocurrida en las urnas el 02 de octubre de 2016, el Gobierno optó por hacerle “retoques” para posteriormente desconocer la voluntad popular, y mediante una maniobra a la que califica de insólita y carente de toda lógica política y legal, someter el “Nuevo Acuerdo” –ya retocado– a la refrendación por parte del Congreso de la República:

“La ciudadanía votó NO en el plebiscito, pero al Gobierno no le importó. E hizo una maniobra insólita: vino al Congreso a solicitar que, mediante una simple proposición, sus partidos políticos afines le aprobaran lo que el pueblo le había negado, como si esa simple diligencia protocolaria y leguleya reemplazara el pronunciamiento popular. Es la voltereta legal más descaradas de nuestra historia constitucional. Una de las cámaras, el senado, se abstuvo de aprobar la proposición. No obstante, el gobierno, con el visto bueno de la presidencia del Senado, dio por sentado que lo que valía era la intención de la mayoría, que ellos suponen era la de aprobarla. Por eso en la exposición de motivos afirmaron, falazmente, que el senado había aprobado la proposición” (Gaviria, 2016, s.p.).

Tenemos entonces, según la crítica presentada por el Centro Democrático, que una vez el NO resultó ganador en las urnas, el gobierno optó por hacer unas modificaciones no sustanciales a *los Acuerdos de La Habana*, que pasaron a llamarse *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, el cual se suscribió el día 24 de noviembre de 2016. Una vez este *Acuerdo final...* estuvo finalizado, el Gobierno prefirió no arriesgarse a una nueva derrota en las urnas, y en su lugar optó por acudir al Congreso de la República para que este refrendara el *Acuerdo final*. Sumando la votación del

Senado de la República y de la Cámara de Representantes, la refrendación obtuvo un apoyo favorable de 205 votos. No se presentó ningún voto en contra de la refrendación del *Acuerdo Final*, situación que se explica debido a que los opositores, especialmente pertenecientes al Centro Democrático, se retiraron una vez llegado el momento de votar.

A partir de este planteamiento el *Informe de ponencia...* pasa a exponer y desarrollar cada una de las críticas puntuales, las cuales intentamos sintetizar, sin desvirtuarlas, en las siguientes líneas:

- a) El mayor defecto de la propuesta del Gobierno radica en que en ninguna parte de las 310 páginas que conforman el denominado *Acuerdo final* se explica si las prerrogativas que se conceden a la guerrilla gozan de la calidad de derechos fundamentales o si las mismas corresponden al Derecho Internacional Humanitario. Así mismo, no se explica cuáles son los derechos conexos con los anteriores. Omisiones que dejaría entrever, según lo afirma José Obdulio Gaviria, que existen intereses ocultos por parte del Gobierno.
- b) Se está incluyendo el *Acuerdo final* dentro de la Carta Política vía Bloque de Constitucionalidad. Con el agravante de que dicho texto ya había sido rechazado por el pueblo en las urnas.
- c) El Gobierno no indica en el *Acuerdo final* cuál es su “espíritu”. Menos aún, cuáles de sus contenidos son “compromisos” o “principios rectores”.
- d) La tridivisión de los poderes públicos es otro de los principios gravemente amenazados: “Pretender, como se hace en este proyecto de acto legislativo, que todas las instituciones y autoridades del Estado deban postrarse ante la santidad de las 310 páginas, no puede considerarse menos que como un suicidio interinstitucional absolutamente inaceptable” (Gaviria, 2016, s. p.).
- e) La propuesta contenida en el Acto Legislativo 01 de 2016 sustituye la Constitución Política.

- f) La propuesta del Gobierno no puede ser considerada un desarrollo del derecho a la paz, puesto que dicha propuesta fue derrotada en las urnas. Además, la paz no debe implicar impunidad, sino todo lo contrario, el derecho a la paz debe implicar la búsqueda de justicia
- g) La propuesta, sin decirlo abiertamente y sin siquiera mencionar a la Corte Constitucional, termina por eliminar la capacidad de control que debería tener esta corporación.
- h) Cuando la política de un Gobierno particular se eleva a rango constitucional, se está deslegitimizando la Carta Política, la cual pierde en credibilidad y legitimidad.
- i) Mediante el Acto Legislativo 01 de 2016 y el *Acuerdo final* el Gobierno da al traste con la separación de poderes, puesto que se somete a todas las instituciones del Estado, incluyendo por supuesto a sus miembros, a la voluntad de quienes promovieron y firmaron el Acuerdo.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEBATE TEÓRICO EN TORNO A LA JEP Y EL ESTADO DE DERECHO

1. El concepto de Estado de derecho

Hablar de Estado de derecho a estas alturas pareciera ser un verdadero anacronismo, especialmente cuando se considera que, en la actualidad, al interior de la teoría del derecho público y, especialmente del derecho constitucional, se han impuesto términos como el de “Estado constitucional de derecho” o “Estado social de derecho”.

Sin embargo, tal como ya se indicó líneas atrás, partimos de considerar que la utilización de términos como “Estado constitucional de derecho” o “Estado social de derecho” no implican la anulación de un concepto como el de “Estado de derecho”, especialmente cuando se considera que este último se presenta como interdicción de la arbitrariedad, incluida, claro está, la arbitrariedad estatal.

El origen histórico del Estado de derecho puede ubicarse en el siglo XVIII, como una consecuencia directa de la Ilustración. El Estado de derecho surge en clara oposición al absolutismo y al despotismo ilustrado, en consecuencia, se puede afirmar que su finalidad se centra en evitar las actuaciones arbitrarias por parte del Estado.

Como quiera que evitar la arbitrariedad por parte del Estado es una tarea que se juega en el terreno compartido entre lo político y lo jurídico, parte de esta tarea recae en el derecho. Si bien, pudiera parecer una perogrullada, el Estado de derecho exige la sujeción de las autoridades al conjunto de reglas y normas preestablecidas. Al menos así lo entiende la más autorizada doctrina: “El Estado de derecho es el estado sometido al derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad viene regulados y controlados por la Ley. El Estado de derecho consiste

así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general” (Elías Díaz, pág. 29).

Uno de los autores que mejor logra sintetizar el espíritu del Estado de derecho es John Adams, el segundo presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, quien en la Constitución de Massachusetts (1780) señaló que se trata de un gobierno de las leyes, no de los hombres.

Se debe entonces recordar que, se necesitara todo un cambio en la doctrina y la teoría política para poder dar el paso, por no decir el salto, del Estado absolutista al Estado de derecho. El punto de partida de este cambio podría ubicarse en Juan Bodino (1529-1596), autor cuya obra política se sustenta en el concepto absoluto de soberanía. Para Bodino la soberanía es sinónimo de poder absoluto e ilimitado, y el soberano es quien detenta ese poder. En el otro extremo de esta teoría y en contraposición a la misma se ubica la obra de J.J. Rousseau (1712-1778), debido a que este autor opta por hablar de una soberanía popular o nacional, quiere esto decir que la soberanía se traslada del rey al pueblo.

Según Peces-Barba (1982) no existe mucha distancia entre el contractualismo de Rousseau y el moderno derecho constitucional. El contrato social es el antecedente directo del poder constituyente, mientras que las actuaciones del Gobierno vendrían a ser el equivalente del poder constituido. Llegar a este resultado no fue un proceso histórico sencillo, según lo señala el mismo Peces Barba, puesto que se hizo necesario cuestionar el origen divino del poder monárquico. En otras palabras, se hizo necesario cuestionar la legitimidad del poder teocrático, y esto fue posible gracias a la Ilustración, momento histórico a partir del cual se cierran las posibilidades de explicar la vida social, política y económica a partir del dogma divino. Los fundamentos explicativos dejan de ser divinos o metafísicos y empiezan a tornarse racionales; el fundamento del Estado no se encuentra ya en el designio divino y en fuerzas ultraterrenas, su centro de gravedad se desplaza a un concepto como el de cumplimiento o sujeción de la

ley. El Estado de derecho es, por antonomasia, el Estado de sujeción a la ley. En el Estado de derecho la sujeción a la ley desplaza y deja sin efectos la sujeción al poder divino y la sumisión al poder absoluto del soberano.

El paso del Estado absolutista al Estado de derecho no fue una transición rápida y pacífica, pues la caída y los estertores del Estado absolutista se prolongaron por largo tiempo. Sin embargo, su fin se acelera gracias a la teoría contractualista del Estado, a partir de la cual el soberano deja de ser el representante de Dios en la tierra que puede disponer en forma ilimitada sobre la vida y la muerte de sus súbditos; en el contractualismo el Estado como entidad política existe porque los hombres en forma libre y espontánea han pactado renunciar a la libertad que poseían en el Estado de naturaleza, para poder así garantizar su conservación. El contrato social no se da entre los súbditos y el rey, el contrato social tan solo se da entre hombres libres que en el Estado de naturaleza son libres y que deciden limitar su libertad para garantizar su convivencia.

Recordemos entonces que en Bodino el monarca gozaba de un poder absoluto, poder que incluso comprendía la posibilidad de decidir sobre la vida y la muerte de los súbditos. Situación que dará un giro de ciento ochenta grados con la teoría contractualista de Rousseau, donde la soberanía (monopolio de la fuerza legítima) ya no reside en el monarca sino en el pueblo.

Según Peces Barba (1982), será gracias al contractualismo que surgen conceptos fundamentales del Estado de derecho que se conservan aún en la actualidad, así, por ejemplo: la idea del Parlamento como sede de la representación; surge la idea de la Constitución como norma suprema, *Carta Magna*; surge el germen incipiente de lo que serán los derechos del hombre.

La revalorización de la ley ocupa un sitio privilegiado al interior del Estado de derecho, puesto que es la ley la que se presenta como mecanismo de interdicción de la arbitrariedad. Surge así, por primera vez en la historia de la humanidad, la idea de que la ley puede servir como mecanismo para poner frenos a la

arbitrariedad de la Administración. Al respecto señalara Montesquieu lo siguiente: “... para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una constitución puede ser tal, que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe” (Montesquieu, 2010, pág. 144).

Ciertos autores y académicos pretenden ver una distancia insalvable e incluso cierto antagonismo irresoluble entre el Estado de derecho y el Estado constitucional de derecho, sin embargo, quienes tales opiniones sostienen desconocen la historia básica del constitucionalismo, puesto que la despersonalización de la soberanía propuesta por la Ilustración y el contractualismo presupone la supremacía de la Constitución:

“Del concepto racional normativo de constitución se derivó también la idea de la “despersonalización de la soberanía”, pues si por esta se entiende el poder del mando absoluto, ahora la constitución será la soberana, al ser ella quien crea todos los poderes del mando, sin que algún otro poder este por encima de ella, (...) La constitución es, pues, el instrumento a partir del cual el Estado se sujetaría al Derecho, con lo que se crea entonces el Estado de derecho. Esto es así debido a que todas las funciones estatales no serán determinadas por el mero capricho de los gobernantes, sino, forzosamente, por las reglas previstas en la *lex*. Además, al quedar sometido el Estado de derecho, le resultaría inherente una jerarquización de las normas jurídicas debidas a fuentes distintas: Constitución (Asamblea Constituyente), Ley (Parlamento) y Decreto (Gobierno)”, (García Ricci, 2011, pág. 31).

No se requieren mayores argucias interpretativas para comprender que, el Estado de derecho en tanto privilegia la Constitución deviene sinónimo del Estado constitucional de derecho. El privilegio de la Constitución de da bajo dos entendidos: la supremacía jerárquica de la Constitución y la capacidad de esta

para “despersonalizar la soberanía” o, en otras palabras, evitar la arbitrariedad al situarse por encima de la voluntad soberana.

A partir de todo lo anterior es que pretendemos justificar la expresión Estado de derecho, pues mediante dicha expresión se sintetizan dos de las ideas que rigen el desarrollo de la presente investigación:

- a) La supremacía de la Ley, incluida la Carta Magna, como mecanismo para evitar la arbitrariedad.
- b) La tridivisión de poderes, consagrada en la Carta Magna, como mecanismo para evitar la arbitrariedad.

En conclusión, el Estado de derecho se presenta aquí como la antítesis de la arbitrariedad y, por lo tanto, no resultan de recibo las ideas que pretenden ligar el Estado de derecho con la arbitrariedad, así, por ejemplo, presuponer que las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial obedecieron al orden propio del Estado de derecho; aquí se debe considerar que una vez un régimen jurídico-político deviene arbitrario traiciona y abandona el Estado de derecho.

2. El principio de separación de poderes: una relectura

El principio jurídico-político de separación de poderes ocupa un lugar bastante destacado al interior de los estudios dedicados al Derecho Público. Podría incluso afirmarse que la teoría sobre la separación de poderes es, en muchos casos, un punto de partida ineludible en la enseñanza del Derecho Administrativo, a tal punto que suele vincularse el surgimiento de este con la separación de poderes:

“El Derecho Administrativo tiene un claro origen francés, tal como lo entendemos como un derecho separado y distinto del que rige la conducta de los particulares. Nació para romper la contradicción entre dos principios muy caros a la Revolución Francesa: el de la “separación de poderes”, que llegó a extremarse hasta la prohibición a los tribunales de “emprender

funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones” (art. 3 de la Constitución de 1971)” (García-Herreros S, O. 1997, pág. 1).

La separación de poderes es un tema que ha gozado de especial atención al interior del denominado *Derecho Político*, que se encarga de estudiar, de manera específica, las normas que rigen la organización y funcionamiento de la autoridad y el Estado. En síntesis, el estudio sobre el funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas.

Para rastrear tanto su surgimiento como su evolución tenemos que remontarnos hasta la obra del ginebrino Juan Jacobo Rousseau, autor del célebre “Contrato social”, obra cuyo título completo en francés era el de “Du contract social; ou des principes du droit politique”, y que se tradujo en las primeras ediciones castellanas como “El Contrato Social, o, Principios de Derecho Político”.

Así mismo, se hace necesario mencionar la obra de Montesquieu, titulada “El Espíritu de las Leyes” (1748), donde se emplea el término “derecho político” para hacer referencia a las normas que regulan las relaciones entre los gobernantes y los gobernados (Cfr. Núñez Rivero, *et. al.*, 2002).

Sin importar el autor, Rousseau, Montesquieu o cualquier otro que se ocupe del *Derecho Político*, existe un denominador común: se trata de hallar los límites que moderan el ejercicio del poder soberano, el cual para época (siglo XVII) se presentaba como ilimitado, lo que llevo a que se acuñara la expresión de “monarquismo despótico” (Cfr. Abril, 2004). En este contexto histórico la división de poderes se presenta como un instrumento absolutamente necesario para evitar tanto la acumulación desmedida de poder como su principal consecuencia; el despotismo. Lo anterior permite explicar porque la teoría clásica sobre la división de los poderes se hace de nuevo actual cuando nos enfrentamos al problema del despotismo o la concentración excesiva de poder.

Punto en el cual se debe considerar que la necesidad de liberarse de los tiranos viene desde la Antigüedad Clásica, ya en Aristóteles se encuentran ideas y fórmulas para evitar el autoritarismo y el despotismo (Cfr. Rozo Acuña, 1996). Sin embargo, serán los pensadores modernos –Locke y Montesquieu, especialmente– quienes empiecen a formular la separación de poderes: Al respecto afirma Rozo Acuña (1996), lo siguiente: “(...) desarrollar la separación de poderes con la finalidad de una mayor garantía de los derechos y de las libertades del hombre. (...) Locke argumenta y defiende por primera vez este tipo de organización del poder como mecanismo de seguridad y protección de los derechos naturales del hombre” (pág. 171).

La idea común que une las teorías de estos últimos pensadores es la de una ampliación de los derechos y garantías de los miembros de la sociedad mediante la limitación a la intervención del poder soberano sobre las actuaciones y decisiones de los asociados, puesto que mientras las actuaciones de estos últimos sean conformes a derecho, no se justifica la intervención estatal (Cfr. Abril, 2004).

Sin embargo, la historia de las ideas políticas nos muestra que también han existido autores –no pocos– que se han encargado de defender posturas absolutistas, y entre los cuales cabe destacar a Bodino, Altusio, Grocio y Hobbes (Ver. Rey Cantor, 1996).

Adentrándonos en la relación que existió entre el despotismo monárquico y el Derecho Administrativo francés, se debe iniciar por señalar que la expresión “*ancien régime*” (antiguo régimen), se empleó para hacer referencia al periodo histórico anterior a la Revolución (1789) (Rojas Arbeláez, 1985, págs. 132 y ss.). Punto en el cual se debe considerar que durante el Medioevo (Siglos V al XV), en Francia no existía un modelo de justicia que protegiera a los individuos de los excesos del poder. El poder soberano era absoluto e ilimitado, y en consecuencia

podía disponer a su antojo tanto de los bienes como de las vidas de sus súbditos (Cfr. Buhler, 1996).

Bodenheimer (1983), define el despotismo en los siguientes términos:

“El despotismo es una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige. Puede manifestarse en dos formas. En primer término, puede significar el régimen puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar, puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta –o finge querer– realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y es a la vez más peligrosa” (pág. 21).

Si nos fiamos de lo que señalan los historiadores, entre ellos Buhler (1996), el “absolutismo monárquico” es una constante histórica que se conservara en Francia hasta el siglo XVI, siglo a partir del cual se “diseña un esquema de justicia contencioso administrativo que constituye el antecedente histórico del sistema actual” (Vélez García, 1996, pág. 9). Aparece así, históricamente, la posibilidad real de los súbditos de formular solicitudes y quejas ante los soberanos, quienes son también los encargados de dar una respuesta o solución.

Ante la necesidad de resolver la ingente cantidad de solicitudes y quejas presentadas por los súbditos se vio la necesidad de crear un órgano encargado de realizar tal tarea. Nace así el Consejo de Estado, el cual, además, entra a encargarse de que las respuestas –actuaciones administrativas– proferidas estuviesen acordes con las ordenanzas reales, impidiendo así interpretaciones caprichosas y despóticas por parte del monarca: “Se puede decir que a través de la función desempeñada por el Consejo de Estado se establecen los primeros inicios de lo que posteriormente será el control de legalidad de los actos administrativos y los recursos por exceso de poder” (Quintero Levy, 2003, pág. 10).

Sin embargo, el control que para la época podía ejercer el naciente Consejo de Estado resultaba insignificante frente a la voluntad del soberano. Por lo cual, se concluyó a partir de las teorías ius-naturalistas (Cfr. Noguera Laborde, 1992), que la mejor forma de frenar los abusos del poder consistía en acudir a la división de poderes: única solución capaz de evitar la excesiva concentración de poderes en un solo órgano, tal como venía sucediendo antes de la Revolución (1789).

La historia del Derecho Administrativo es mucho más compleja que esto que acabamos de esbozar, pues aquí nos hemos centrado exclusivamente en la tridivisión del poder, que como señala Marcel Waline (Citado en Vélez García, 1996), buscaba proteger a los ciudadanos de los abusos que se pudieran cometer por parte de la Administración.

Para culminar este acápite se debe mencionar la interpretación que de Montesquieu efectúa Tierno Galván (citado en Rozo Acuña, 1996, pág. 124), al indicar que: “Para Montesquieu en los Estados despóticos, el déspota o los déspotas no toleran una estructura legal, segura y permanente que esté por encima de su voluntad. Fingen que existe esta estructura dando leyes que pueden alterar a su capricho” (pág. 19).

3. El principio de colaboración armónica

Si bien es cierto, para el correcto funcionamiento del Estado y de la Administración se requiere la tridivisión de poderes, también lo es que una separación rígida y absoluta conduciría al anquilosamiento del Estado, impidiendo que el mismo cumpla con sus fines esenciales.

La evolución del Estado, desde la época de la Revolución Francesa hasta la fecha, ha terminado por hacer que la rigidez de la teoría clásica de la separación de poderes ceda –se flexibilice– para dar paso a un sistema de

colaboración armónica y contrapesos (Cfr. Brito Ruiz, 2013, págs. 129-233), donde las distintas Ramas del Poder Público participan en la realización de una finalidad común que gira en torno a la eficiencia y al bienestar de los administrados. Punto sobre el cual señala Libardo Rodríguez (2015), lo siguiente:

“La teoría de la tridivisión del poder público, expuesta y sistematizada por MONTESQUIEU, implicaba una coincidencia entre cada una de las ramas del poder y el tipo de funciones que esa rama ejercía. Es decir, que la función legislativa debía ser ejercida total y exclusivamente por el poder legislativo, la función administrativa por el poder ejecutivo y la jurisdiccional por el poder judicial. (...) Sin embargo, la evolución del Estado no permitió la aplicación estricta de ese esquema claro y sencillo. Es así como en el Estado contemporáneo, si bien se conserva el principio general de la tridivisión del poder público, este ha sido atenuado en forma importante por el principio de la colaboración entre las distintas ramas del poder” (pág. 24).

En el caso especificado de nuestro país, dicho principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, en el cual puede leerse: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. (...) Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

El principio de colaboración armónica ha sido abordado por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, en los cuales ha indicado que el mismo resulta esencial para el cumplimiento de los cometidos y fines estatales, tal como lo indicó en la sentencia C-246/2004 en la cual indicó: “Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho

principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas”. Este pronunciamiento fue emitido por la Corte Constitucional al interior de un caso en el cual se analiza la constitucionalidad de algunas normas en las cuales se establece el control político por parte del Congreso de la República sobre el Gobierno y la Administración, punto en el cual señala: “Según el artículo 114 Superior corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes “y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”, función ésta que en criterio de la Corte “encuentra fundamento en los poderes que los sistemas democráticos liberales le han conferido al parlamento o al Congreso para que ejerza un real contrapeso al órgano ejecutivo del poder público”, caracterizando nuestro Estado de Derecho” (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-246/2004).

Sánchez Ferris (1993), indica que el principio de la colaboración armónica ya se hallaba contenido en la obra de Montesquieu, lo que explica en los siguientes términos: “el poder ejecutivo tendrá las facultades de convocatoria y prorroga del cuerpo legislativo y el derecho de veto de la legislación, mientras que el poder legislativo tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar “en qué manera las leyes que él ha aprobado deben ser ejecutadas”. Así se evita la compartimentación rígida y el consiguiente bloqueo que pudiera derivarse de una separación que no previera los elementos de conexión entre los poderes” (pág. 100).

Evitando adentrarnos en discusiones bizantinas la pregunta que debe formularse gira entonces en torno a poder determinar si el contenido del Acuerdo Final se encuentra en consonancia con el principio constitucional de

“colaboración armónica” –el cual exige tanto eficiencia como el bienestar de los administrados– o si por el contrario se trató de una imposición que provino desde el Ejecutivo y en claro detrimento de la autonomía de las demás Ramas del Poder Público.

No sobra en este punto, recoger la autorizada opinión del tratadista Brito Ruiz (2013), cuando afirma que: “(...) el principio de colaboración armónica no puede provenir del ejecutivo” (pág. 87), a lo que se suma que por ningún lado de la Carta Política del 91 puede encontrarse norma alguna que indique que es al Presidente o a la Rama Ejecutiva a quien corresponde coordinar dicho principio.

4. Patologías de la separación de poderes

Malem Seña & Seleme (2013) hablan de “patologías” en la división de los poderes públicos. Siguiendo al DRAE tenemos que una “patología” debe ser entendida como el conjunto de los síntomas que caracterizan una determinada enfermedad. Tal como señalan estos autores que venimos siguiendo, para determinar cuáles son las enfermedades que afectan a la división de los poderes, se debe iniciar por señalar que se trata de un problema no exento de complejidades y ambigüedades (Cfr. Marshall, 1982).

Cuando se habla de la separación de poderes se debe tener en cuenta que se trata de un concepto que se desarrolló en dos etapas diferentes y claramente diferenciadas:

a) en un primer momento se dio una distinción paulatina entre las diferentes funciones desarrolladas por el Estado, la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

b) en un segundo momento se pasa a atribuir dichas funciones a órganos diferentes, siendo esta última etapa la que de manera habitual ha venido siendo llamada como “separación de poderes”.

Los motivos que en su momento permitieron la separación de poderes tenían que ver también con dos factores claramente diferenciados. Por un lado, estaba la idea de que al conocer cuáles eran las diferentes funciones que debía desarrollar el Estado se podría lograr una mayor eficiencia en la labor del mismo. Por otro lado, estaba la idea de la cual ya hablamos líneas atrás, y que cobro relevancia durante La Revolución Inglesa y La Revolución Francesa, esta idea no es otra que la de colocarle cortapisas a la tiranía.

Llegados a este punto se hace necesaria una precisión histórica en relación con la primera etapa de la separación de poderes, y que recordemos, consistió en la distinción paulatina de las funciones que se encontraban a cargo del Estado. Siguiendo a Malem Seña & Seleme (2013) podemos afirmar que hasta el siglo XVII la principal función que desarrollaba el Gobierno era casi que exclusivamente judicial: debe recordarse entonces que hasta el siglo XVII imperó dentro del Derecho la teoría iusnaturalista, motivo por el cual el gobierno lejos de dictar normas (función legislativa), se limitaba a la interpretación de un *corpus* de derecho natural ya existente y preestablecido que resultaba aplicable al caso concreto. El Gobierno se limitaba a interpretar y aplicar leyes preexistentes; quiere esto decir que la función legislativa fue desconocida por buena parte de los pueblos europeos durante toda la Edad Media y parte de la Edad Moderna, todo esto como consecuencia del iusnaturalismo.

Recordemos que en las diferentes tradiciones iusnaturalistas sustentadas desde los filósofos y pensadores políticos de la Antigüedad Clásica, se ha sustentado la creencia, según la cual: “tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que existía un derecho natural permanente y enteramente

valido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre” (Bodenheimer, 1983, pág. 125).

En consecuencia, para que algo así como un “aparato legislativo” fuera posible, se requirió que los sistemas iusnaturalistas se debilitaran y decayeran, trayendo como consecuencia que el Derecho pasara a ser entendido como una actividad humana. Esta transición, exige dejar de ver el Derecho como una creación de la naturaleza o de una divinidad, para pasar a entenderlo como una construcción humana.

Este tránsito del Estado intérprete y garante de la Ley al Estado creador de la Ley fue complejo en todas las áreas del Derecho, pero especialmente en lo que tiene que ver con la relación Administración/Derecho. Pues como bien lo señala Bodenheimer (1983), ningún tratado que verse sobre la Ciencia del Derecho estará completo si omite estudiar las relaciones existentes entre Administración y Derecho, ya que este es uno de los campos donde más se presentan confusiones. Al preguntarse sobre: ¿cuál es la relación existente entre la Administración pública y el Derecho?, a Bodenheimer (1983), no le queda otro camino que acudir a otro tratadista alemán Georg Jellinek:

“Según la teoría de Jellinek, la actividad estatal puramente administrativa no encaja dentro del concepto de Derecho. Sostenía que la creación de los órganos ejecutivos por el Estado, la administración de las propiedades públicas, la emisión de reglamentos, órdenes e instrucciones dirigidas a los funcionarios estatales para la rama ejecutiva del gobierno, estaban fuera del campo del Derecho. A su juicio no todo lo que se publica en forma de ley debe ser considerado como Derecho. Por ejemplo, una ley que ordena la construcción de un canal o un ferrocarril o la emisión de un empréstito, un donativo hecho en forma legal, con cargo a los fondos públicos, a los habitantes de una región inundada, una ley que autoriza a organizar una expedición al Polo Norte,

tienen carácter administrativo y no legislativo. No puede ser derecho ninguna regla que opera solamente dentro de la Administración y que no crea ninguna especie de obligaciones y derechos para nadie que este fuera de aquella” (Jellinek, G. *Gesetz und Verordnung*, 1877, págs. 240 y ss. Citado en: Bodenheimer, 1983, pág. 111).

Tendríamos entonces que, en la separación de poderes subyacen dos ideas bastante similares, pero claramente diferenciables: el principio de especialización y el principio de independencia. Mediante el primero se buscó garantizar la eficiencia al interior de un Estado que cada día se tornaba más complejo, y por tal motivo se hacía necesario distribuir las diferentes funciones colocándolas en cabeza de distintos órganos e instituciones (Cfr. De Padua, M., 2009). En cuanto al principio de independencia, tenemos que por medio de este se buscaba neutralizar la tiranía –a la cual ya hicimos referencia–, que representaba una amenaza siempre latente para los derechos y las garantías de los individuos, puesto que la concentración excesiva de poder es el caldo de cultivo propicio para que se tomen decisiones que van en contra de los derechos de los asociados.

La teoría propuesta por Garzón Valdez (1993) resulta bastante pertinente para intentar entender con mayor claridad esta situación. Este autor utiliza la expresión “coto vedado”, para hacer referencia a que en toda democracia representativa debe existir un catálogo de derechos y libertades que garantizan que los individuos puedan satisfacer sus necesidades básicas y tener acceso a los denominados bienes primarios (Cfr. Rawls, 2000). La protección de estos derechos y libertades se encuentra, exclusivamente, en cabeza de la Rama Judicial. En consecuencia, estos derechos y libertades son un verdadero “coto vedado”, un espacio en el cual ni el poder ejecutivo ni el legislativo pueden inmiscuirse, siendo labor de la Rama Judicial la de evitar cualquier injerencia que ponga en riesgo dichas libertades o derechos.

Retomando a Malem Seña & Seleme (2013) tenemos tres indicadores que estarían en capacidad de mostrar que se está generando una interferencia indebida y desproporcionada por parte de una Rama del Poder Público sobre otra. Estos tres indicadores pueden ser resumidos bajo los siguientes criterios:

- a) El primer indicador se relaciona con el hecho de que una de las Ramas del Poder Público **interfiera** en asuntos que son de competencia exclusiva de otra.
- b) El segundo indicador se vincula con la fuerza o eficacia de esta **interferencia**. En otros términos, se trata de saber si dicha influencia posee la fuerza necesaria para provocar un determinado resultado, o si por el contrario la Rama del poder que es interferida puede resistir a dicho influjo.
- c) El tercer indicador tiene que ver con la calidad de quien ejerce su influencia arbitraria sobre una determinada Rama del Poder Público, pues bien podría tratarse de una presión que provenga desde otro poder público o desde un grupo privado, tal como sucede actualmente con el “cabildeo” o “*lobby*”.

Teniendo en cuenta cada uno de estos indicadores (que dejan en evidencia cuando se presenta una presión indebida o arbitraria sobre alguna de las Ramas del Poder Público), se hace necesario pasar a revisar cada una de las situaciones en forma pormenorizada e individualizada, lo cual hacemos teniendo siempre como orientación los criterios ofrecidos por los tratadistas que venimos siguiendo Malem Seña & Seleme (2013).

4.1. Un poder estatal que interfiere sobre otro

Se debe partir de considerar que, si nos atenemos al modelo actual de la separación de poderes, que necesariamente exige cierto grado de colaboración armónica, no toda injerencia de una Rama del Poder Público en las actividades de otra debe considerarse como arbitraria; entendiendo en este caso lo “arbitrario”, tal como es entendido en el DRAE, algo que está sujeto al capricho o la libre voluntad mas no a la razón o la ley.

Si bien, hasta este momento hemos venido hablando de la “separación de poderes”, se debe reconocer que las conclusiones que de aquí se extraigan también resultan válidas dentro de un modelo de “pesos y contrapesos” (*checks and balances*) tal como el que fue propuesto en su momento (siglo XVIII), por James Madison, quien expone una teoría que partiendo de la tridivisión de poderes ideada por Montesquieu propone un sistema de “pesos y contrapesos” que puede ser clasificada como más realista o incluso pesimista:

“La idea de que mediante el establecimiento e incluso el fomento de la competición interinstitucional puede servir como garante de la libertad individual será mejor elaborado en *El Federalista*, y ésta será considerada como una de las más fundamentales contribuciones de Madison a la ciencia política. Esta visión sobre el papel paradójicamente benéfico que pueden jugar las instituciones encaja particularmente bien en la concepción abiertamente pesimista (más bien realista) que Madison tiene de la naturaleza humana. Por el mismo motivo por el que es necesario diseñar las instituciones políticas apropiadas para lograr un buen gobierno —porque, como recuerda en *El Federalista*, núm. 47, los seres humanos no somos ángeles—, hay que idear un método para que la competición interinstitucional actúe a favor del bien colectivo (porque las instituciones son también autointeresadas y buscan expandir sus poderes). Y el mecanismo por el cual

esto funciona en la construcción política madisoniana es a través de la creación de diferentes instituciones gubernamentales que compiten entre sí por poder. Mediante esta competición, los diversos departamentos gubernamentales se limitarán mutuamente estas capacidades, reduciendo así sus posibilidades de oprimir a la ciudadanía” (Fernández Albertos, 2005, pág. 297).

Tal como se puede observar, más que en la división funcional u orgánica de las instituciones estatales, el sistema de pesos y contrapesos propuesto por Madison se centra en la “competencia” por el poder que se da entre las instituciones estatales; para Madison la “competitividad” de las ramas del poder público por hacerse con el poder o con una mayor porción del mismo, no puede ser vista como una situación reprochable en sí misma. Por el contrario, es esta necesidad de hacerse con más poder, la que conduce a que los diferentes estamentos estatales ejerzan vigilancia unos sobre otros, además de poner cortapisas cuando uno de ellos desea hacerse con el poder en forma arbitraria o desproporcionada.

En el caso específico de nuestro país –Colombia–, resulta claro que, si bien opera la tridivisión de poderes, tanto en lo orgánico como en lo funcional, no se puede desconocer que el Ejecutivo concentra una mayor cantidad de poder en relación con las demás Ramas del Poder Público. La directora mundial de la Organización Transparencia Internacional, Huguette Labelle (2008), ha señalado en múltiples ocasiones refiriéndose al caso colombiano que: “El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial deben mantener un equilibrio. Siempre hay una tentación por parte del Ejecutivo de obtener más poder y esto podría traer problemas en el futuro”.

Según lo señala esta experta, al otorgar tanto poder a la Rama Ejecutiva se corre el riesgo de que el Estado termine “capturado” tanto por grupos como por individuos que propenden por la satisfacción de intereses privados que

inequívocamente conducen a la corrupción. A lo que se suma que cuando se carece del equilibrio de poderes, se hace más difícil que se pueda combatir la corrupción, conduciendo así a un verdadero círculo vicioso, tal como el que actualmente atraviesa nuestro país⁴.

Retomando la temática que nos corresponde abordar en este acápite, y que se relaciona con la interferencia arbitraria de un poder estatal en la esfera de otro, tenemos que esta se puede generar de diferentes maneras, así, por ejemplo, la *obstrucción*, la *inhibición* la *conducción* o el *congraciamiento* (Cfr. Malem Seña & Seleme, 2013).

4.2. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por *obstrucción*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) define la palabra “obstrucción” en los siguientes términos: En su primera acepción señala que se trata de la “Acción y efecto de obstruir u obstruirse”, mientras que en su segunda acepción se señala, “En asambleas políticas u otros cuerpos deliberantes, táctica encaminada a impedir o retardar los acuerdos”.

⁴ Tal como se ha indicado, en la Carta Política de 1991 se encuentran consagrados principios como la tridivisión de poderes y la colaboración armónica, sin embargo, su simple consagración no está en capacidad de garantizar que dichos principios se materialicen. En la realidad jurídica y política de nuestro país vemos que estos principios lejos de encontrarse materializados parecen, más bien, algo por construir: se debe lograr mediante la aplicación de la normatividad existente y un mejoramiento de la actividad política, que exige la lucha contra la corrupción y un mayor control por parte de la ciudadanía. En síntesis, estos principios, lejos de encontrarse materializados, exigen su pronta materialización mediante el adecuado juego de lo jurídico y lo político. Aquí se debe considerar que la naturaleza de la presente investigación es estrictamente jurídica y, en consecuencia, la normatividad existente se revisa como un llamado al “deber ser”. La normatividad siempre es perfectible de mejoramiento, y es justamente esto lo que caracteriza a la democracia, el hecho de ser un sistema político siempre perfectible.

Siguiendo a Malem Seña & Seleme (2013) tendríamos que la obstrucción política se caracteriza por:

a) Se requiere una actuación “efectiva” –no vale la tentativa– adelantada por un poder estatal y

b) Se busca que otra de las Ramas del Poder no lleve a cabo actos que se encuentran enmarcados dentro de su ámbito exclusivo de competencia.

Debemos entonces aquí, retomar una idea que nos ha acompañado a todo lo largo de la presente investigación: el hecho de que una Rama del Poder Público tomé medidas para evitar que otra Rama actué, no es en sí mismo una obstrucción, pues esto hace parte del sistema de pesos y contrapesos. Para que podamos hablar de obstrucción se exige que la interferencia sea arbitraria, entendiendo lo *arbitrario* como aquello que obedece al simple capricho y a la voluntad personal, mas no a la Ley o a la razón.

Malen Seña & Saleme (2013) citan, a manera de ejemplo de interferencia por obstrucción, el caso que se presentó en los estados Unidos de Norteamérica, conocido como *Lochner vs. New York* (1905), que es visto como un caso paradigmático en el cual el Poder Judicial (Corte Suprema) obstruyó por décadas las funciones del Poder Legislativo.

El caso en concreto trata sobre la sección 110 del Estatuto del Trabajo de la ciudad de New York. En esta norma se establecía para la época (1905), que ningún trabajador vinculado a labores de panadería podría trabajar más de 10 horas ni más de 60 horas semanales. Medida que fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que constituía una violación a la libertad de contratación que le asiste a cada uno de los ciudadanos. Para arribar a esta conclusión la Corte Suprema se apoya en la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en la cual puede leerse que, “**Sección 1.** Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y

sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que reside. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”.

Atendiendo al precepto consagrado en la decimocuarta enmienda, y según el cual el Estado no podrá “crear o implementar leyes que limiten los privilegios de los ciudadanos de los Estados Unidos...”, la Corte Suprema, durante décadas, impidió que el Poder Legislativo reformara las normas laborales en lo referente a la jornada máxima laboral:

“Un ejemplo paradigmático de obstrucción del poder legislativo por parte del poder judicial puede encontrarse en la actuación de la Corte Suprema estadounidense con relación a la legislación del New Deal. En el caso *Lochner vs. New York* (1905), la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la libertad de contratación estaba protegida constitucionalmente por la Decimocuarta Enmienda y que, por tanto, la limitación de la jornada laboral por medio de una ley era inconstitucional 25. Durante los años que siguieron la Corte Suprema utilizó el mismo argumento para declarar inconstitucional a toda aquella legislación que intentara regular las condiciones laborales” (Malen Seña & Saleme, 2013, pág. 287).

La otra cara de la moneda también es posible, se trataría de situaciones en las cuales sea el Poder Legislativo el que se entrometa de forma arbitraria en la función que de forma exclusiva debe desarrollar la Rama Judicial. Este tema ha sido tratado con especial detenimiento por Perfecto Andrés Ibáñez (2012), en el ensayo titulado: *La independencia judicial y los derechos del juez*, en el cual señala:

“... el legislador puede actuar invasivamente en esa esfera [se refiere a la judicial] emanando leyes singulares o leyes dirigidas a intervenir sobre controversias ya instauradas, o, incluso, ya decididas en sede jurisdiccional. Las primeras son leyes cuyo contenido no sería “normativo”, por defecto de generalidad, sino más bien un acto impropio del legislador; las segundas serán retroactivas y, en el último supuesto, irían contra la cosa juzgada” (Ibáñez, P. A., 2012, pág. 51).

Aplicando la teoría de Ibáñez (2012) al caso colombiano, y específicamente a lo que ha sucedido recientemente con la aprobación de los Acuerdos de Paz, tendríamos una situación en la cual una de las Ramas del Poder Público (La Ejecutiva) promueve leyes por medio de las cuales interviene sobre controversias ya instauradas e incluso decididas por la Rama Judicial. En este punto se podría entrar a considerar que el Gobierno (Rama Ejecutiva del Poder Público) está obstruyendo la función que de forma exclusiva le corresponde a la Rama Judicial. Sin embargo, no podemos estar completamente seguros de que tal interpretación sea la más acertada, puesto que se debe entrar a considerar que la intervención que la Rama Ejecutiva ha realizado en las funciones de competencia exclusiva de la Rama Judicial podrían, en este caso específico, no ser del todo arbitrarias, debido a que nos encontramos en pleno desarrollo de un proceso de justicia transicional. Ante esta compleja disyuntiva solo estaremos en capacidad de dar una respuesta más acertada en las últimas líneas de la presente investigación, donde abordaremos en forma detenida esta situación –aprobación de los Acuerdos– en el contexto de justicia transicional.

4.3. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por *inhibición*

La “inhibición” es definida en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), en una de sus acepciones, como el acto de “Abstenerse, dejar de actuar”.

A diferencia de lo que sucede con la *obstrucción*, la *inhibición* es una forma de interferencia más sutil. Si en la *obstrucción* se requería que una de las Ramas del Poder Público efectivamente interfiriera de manera arbitraria en las funciones que le competían exclusiva y legítimamente a otra Rama, en la *inhibición* dicha interferencia no necesariamente ha de ser efectivamente materializada, puesto que se trata de una amenaza plausible –mas no real– de interferencia: una de las Ramas del Poder Público se abstiene de tomar una decisión debido a que existe una alta posibilidad de que otra Rama del Poder Público interfiera. Podría ser el caso, en nuestro medio, de que el Congreso de la República se abstenga de proferir una determinada Ley que sabe será declarada inexecutable –en su momento– por la Corte Constitucional. En este ejemplo se debe considerar que el hecho de que la Corte Constitucional declare la inexecutable de una norma hace parte del sistema de pesos y contrapesos, motivo por el cual se exige que tal declaratoria de inconstitucionalidad sea arbitraria.

Una de las formas más comunes que se dieron en la historia para lograr que los jueces se “inhibieran”, consistió en presionarlos con la remoción o destitución de sus cargos. Esta práctica ha quedado proscrita en los modernos Estados Democráticos y de Derecho, donde se han implementado sistemas de elección que permiten garantizar la estabilidad e imparcialidad de los integrantes de la Rama Judicial.

Podrían encajar dentro de la situación aquí estudiada hechos anómalos, como los que recientemente se presentaron en nuestro país, y que la opinión

pública conoció con el eufemístico nombre de “chuzadas”. Las “chuzadas” no fueron otra cosa que una injerencia arbitraria de una de las Ramas del Poder Público sobre otra. Si bien, tal injerencia no se dio precisamente sobre las funciones que realizaba la Corte Suprema de Justicia, no se debe desconocer que con las “chuzadas” se buscó conseguir información de los magistrados que posteriormente sería empleada para chantajearlos y así condicionar sus fallos.

Por el escándalo de las “chuzadas” han sido condenadas, hasta la fecha, más de 20 personas, entre las cuales encontramos a María del Pilar Hurtado, exdirectora del DAS, quien por muchos años permaneció huyendo de la justicia colombiana en condición de asilada en el vecino país de Panamá. Finalmente, esta (ex)funcionaria fue condenada a una pena de prisión de 14 años por los delitos de falsedad ideológica en documento público, concierto para delinquir agravado, peculado por apropiación y violación ilícita de comunicaciones. Otro de los funcionarios condenado fue Bernardo Moreno, exsecretario general de la Presidencia de la República, quien recibió una pena de prisión de 8 años.

4.4. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por *conducción*

En esta ocasión el DRAE no nos dice demasiado, puesto que define la “conducción” como la “Acción y efecto de conducir”, que no es más que el hecho de guiar a alguien o algo hacia un objetivo o una situación.

La “conducción” exige que una Rama del Poder Público provoque en forma deliberada que otra Rama del Poder Público efectúe una determinada actividad que se encontraba dentro de su ámbito de competencia. Si en la “obstrucción” se busca que una determinada actuación o decisión no se dieran, en el caso de la “conducción” se busca que las mismas se den, pero bajo un determinado sentido.

Tenemos entonces que, la “conducción” exige la concurrencia de dos elementos:

a) por un lado, la acción arbitrara e injustificada de uno de los poderes del Estado, necesariamente adscrito a una de las Ramas del Poder Público y,

b) por otro, la finalidad perseguida, que consiste en “determinar o dictar el contenido” de la decisión que le compete dictar a otra de las Ramas del Poder Público.

Sobre esta patología de la división de poderes señalan Malen Seña & Saleme, 2013, lo siguiente:

“Al igual que en el caso de la obstrucción, la mera acción de un poder para provocar que otro actúe no implica que el primero conduzca al segundo. Lo que caracteriza a la conducción es que el poder conductor fija el contenido de una decisión que corresponde adoptar a otro. Si, por el contrario, un poder provoca que otro adopte una decisión sobre un tema que le compete pero sin intentar incidir sobre el contenido de la misma, no estamos en presencia de un caso de conducción. Tal accionar, lejos de ser patológico, constituye un remedio para un peligro que quienes diseñaron el sistema de la división de poderes no alcanzaron a predecir: el de la inactividad indolente de una rama del poder estatal (...) La lógica de la división de poderes ha llevado a que en aquellos sistemas enfermos por la inactividad de uno de los poderes del Estado sean los otros poderes quienes estimulen su actuación. La estimulación de la actividad de un poder por parte de otro, no obstante, no es equivalente a un acto de conducción, ya que lo característico de la estimulación es la provocación de la actividad de otro poder pero sin intentar incidir sobre el contenido de la decisión. Un poder lleva adelante acciones tendentes a que otro poder cumpla con sus funciones, pero sin intentar establecer como debe hacerlo. De esta manera,

la división de poderes funciona como una herramienta para garantizar la eficacia estatal” (págs. 288-289).

Siguiendo a Malen Seña & Saleme (2013) tendríamos que el ejemplo clásico de “conducción” se presenta cuando el poder Ejecutivo se encarga de que se nombren jueces completamente adeptos a las políticas y lineamientos que se proponen desde el primero. Esta es una maniobra destinada a coartar la independencia de los jueces y lograr que los mismos sean los voceros del ejecutivo.

Cuando la Corte Constitucional ha instado o exhortado al Congreso de la República para que expida leyes en determinadas materias, tal como ha sucedido con la eutanasia, las corridas de toros o el nuevo régimen de policía, estas situaciones bajo ningún caso constituyen “conducción”, puesto que la Corte no está “dictando” el contenido de las normas que para cada una de estas materias habrá de expedir el Congreso de la república.

5. Interferencia arbitraria de un poder estatal sobre otro por *congraciamiento*

Al consultar el DRAE y lo que este dice sobre el “congraciamiento”, encontramos que se trata, tal como la propia palabra permite entrever, de una actuación que se hace para conseguir la gracia de un tercero. O, en otras palabras, para conseguir su benevolencia o afecto. Tendríamos así una situación en la cual una de las Ramas del Poder Público desarrolla sus actuaciones solo con el interés de agradar a otra.

Las similitudes entre la “conducción” y el “congraciamiento” hacen que sea casi imposible distinguirlos: “El congraciamiento, a diferencia de la conducción,

no requiere que un poder actúe de manera deliberada interfiriendo en el otro, sino que basta que tenga el poder de interferencia y que esto sea conocido. La mera posibilidad de interferencia es lo que determina que un poder intente congraciarse con otro alineando sus decisiones con las preferencias de este último” (Malen Seña & Saleme 2013, pág. 290).

Lo que hace especialmente peligroso al “congraciamiento” es su invisibilidad, que no solo surte efectos frente a la ciudadanía, sino que además puede extenderse incluso hasta quien detenta el poder: piénsese, a manera de ejemplo, en lo que Max Weber (1992) llama el “líder carismático”, entendido como aquel que goza de una amplia aceptación popular, lo que ha llevado a algunos autores contemporáneos a emparentar el carisma con el populismo (Cfr. Deusdad, 2003).

Pensemos, a guisa de ejemplo, en una democracia en la cual el Presidente de la República goce de un gran carisma y de una amplia –casi generalizada– aceptación al interior de la sociedad. En un caso como estos será muy difícil que las demás Ramas del Poder Público (Legislativa y Judicial) se atrevan a tomar medidas o decisiones que vayan en contravía de las políticas que se dictan y promueven desde el Poder Ejecutivo.

6. Interferencia arbitraria de poderes privados sobre el poder estatal

Resulta acertada la aseveración efectuada por la directora mundial de la Organización Transparencia Internacional, Huguette Labelle (2008), cuando señala que la falta de equilibrio entre las Ramas del Poder Público conduce a la corrupción y nos introduce en un círculo viciosos donde se hace imposible combatirla; lo que termina por propiciar que diversos grupos privados que

promueven intereses ajenos al del bienestar general se apoderen del Estado. Nuestro país es un claro ejemplo de esta situación que se ha convertido en un verdadero círculo vicioso de nunca acabar.

Tal como se ha indicado en los acápites anteriores, de acuerdo con la naturaleza y fines propuestos para la tridivisión de poderes, existen situaciones en la cuales la injerencia de una Rama del Poder Público en los asuntos de otra resulta legítima. No puede predicarse lo mismo de la injerencia de actores privados en asuntos que son de competencia de alguna de las Ramas del Poder Público, debido a que esta forma de injerencia siempre se presume ilegítima y patológica. A esta conclusión se llega tras considerar que el sistema de tridivisión de poderes fue ideado no para que los particulares interfirieran en los intereses del Estado, sino para que este último fuese más eficiente y menos proclive a la tiranía.

En este punto, y siguiendo de nuevo a Malen Seña & Saleme (2013), se debe establecer la diferencia entre dos situaciones claramente definidas y opuestas:

- a) Se debe empezar por reconocer que existe una interferencia legítima cuando los ciudadanos manifiestan sus opiniones o se pronuncian en las contiendas electorales o en consultas populares, etc. Esta es una garantía para que los ciudadanos controlen y/o cuestionen las decisiones del Estado, tal como sucedió el 2 de octubre de 2016 cuando se dijo NO en las urnas al Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno y las FARC en La Habana.
- b) Otra cosa totalmente distinta es la presión ejercida por grupos privados que permean al Estado gracias a su poder económico y al tráfico de influencias.

Es necesario distinguir entonces entre la participación legítima de la ciudadanía en los asuntos del gobierno y la injerencia de agentes privados que buscan favorecer intereses particulares.

Uno de los muchos mecanismos que se han implementado en nuestro medio para frenar la injerencia de los poderes privados en la esfera pública ha consistido en colocar unos topes al financiamiento de campañas políticas por parte de los particulares. Con esta medida se busca evitar que estos últimos puedan adquirir o tener influjo sobre quienes son electos en cargos de elección popular, sin embargo, esta medida ha mostrado ser poco o nada efectiva, pues desde el escándalo por el Caso 8.000 que se presentó en la década del 90 hasta el actual escándalo de Odebrecht se hace evidente que los intereses privados han logrado, con bastante éxito, permear los poderes públicos de nuestro país.

Es tan escasa la efectividad de la medida sobre los topes máximos aportados a las campañas por particulares, que incluso algunos países han optado por simplemente eliminarla, tal como sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica, país en el cual la Corte Suprema en el caso *Citizens United vs. Federal Election Commissions* (2010), decidió que el hecho de colocar un tope máximo a los aportes que realizan los particulares resultaba violatorio de la Primera Enmienda, en la cual se consagran, entre otros derechos, la libertad de expresión, y por tal motivo no puede ponerse un límite a los aportes que las empresas particulares deseen hacer a las campañas de los políticos.

No podríamos cerrar este acápite sin hacer mención a un tema que cada vez cobra más relevancia en nuestro medio, nos referimos al “lobismo”, actividad que es completamente legal en nuestro medio.

Tras estas digresiones continuamos con la clasificación presentada por Malen Seña & Saleme (2013), quienes señalan que la interferencia de poderes particulares sobre las Ramas del Poder Público su puede dar bajo cuatro modalidades:

- a) Entorpecimiento: se presenta cuando una empresa privada emplea su poder económico o social para impedir que una de las Ramas del Poder Público adelante una acción que se encuentra dentro de su competencia,

así por ejemplo, expedir una norma que regula determinada materia. O cuando el poder privado interfiere en la Rama Judicial para impedir que esta abra o continúe una investigación judicial.

- b) Abstención: en este caso no se requiere que la empresa privada despliegue una presión o una injerencia arbitraria sobre alguna de las Ramas del Poder Público, pues es esta última la que de manera voluntaria pero injustificada se abstiene de actuar, tal como podría suceder con el Congresista que ha recibido aportes para su campaña de una determinada empresa que saldría perjudicada con la expedición de una Ley. En este caso la empresa privada no ejerce ninguna presión indebida, sin embargo, el funcionario se abstiene de actuar como corresponde en razón a que existe la posibilidad de perder el apoyo futuro por parte de dicha empresa.
- c) Colonización: requiere acciones de presión adelantadas por parte del sector privado que busca que una de las Ramas del Poder Público adopte decisiones en un determinado sentido. El ejemplo que mejor describe esta situación es el de las denominadas “puertas giratorias” que en nuestro medio han recibido el nombre coloquial de “tú me eliges, yo te elijo”, maniobra con la cual se persigue “colonizar” una determinada entidad del Estado con el fin de controlar las decisiones que la misma deberá emitir. El peligro de esta patología radica en que logra materializar el despotismo del sector privado a través del Estado.
- d) Adaptación: no requiere que el sector privado ejerza una maniobra arbitraria de interferencia directa sobre el sector público, sino que es este último es el que se abstiene de actuar, o lo hace de una forma tal que favorezca a los intereses privados, lo que sucede debido a que el funcionario público siente que de tomar una decisión adversa a los intereses de sector privado podrá ser objeto de represalias, que incluyen la posibilidad de ser removido de su cargo e incluso recibir amenazas en contra de su vida y la de su familia.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA JEP

1. La JEP podrá revisar, anular y extinguir sanciones ya impuestas

Tal como se indicó líneas atrás, uno de las grandes preocupaciones que ha generado la JEP, radica en la posibilidad de que la misma termine por *relativizar la cosa juzgada*, tal como lo expreso en su momento el Consejo de Estado (2016), al indicar que:

“(…) la Sala [se refiere a la Sala de Revisión de Sentencias] podrá llamar a las personas involucradas en los hechos, para adelantar declaraciones, y determinar la admisibilidad de los mismos para la JEP. Esto implica que se volverá sobre cuestiones ya decididas por la Rama Judicial y demás autoridades competentes, donde se han fijado decisiones constitucionales, penales, disciplinarias y contencioso administrativas. Estas últimas han comprometido la responsabilidad estatal, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Consejo de Estado, y frente a ello no se han definido claramente los límites de la competencia de la JEP. En consecuencia, se abre la posibilidad a relativizar el principio de cosa juzgada” (Presidencia del Consejo de Estado, 2016, p. 8).

El temor que manifiesta el Consejo de Estado ante la posibilidad de que se termine por relativizar la cosa juzgada no es infundado, puesto que el Acuerdo Final claramente establece dicha posibilidad, la cual quedo consignada en el párrafo 2º de artículo 52, el cual, a su vez, remite al artículo 58 *ejusdem*:

“Acuerdo Final. Artículo 52, párrafo 2º: Tendrá otra Sección de revisión de sentencias, con la función de revisar las proferidas por la justicia, de conformidad con lo establecido en el numeral 58. A petición del sancionado, recibirá los casos ya juzgados por órganos jurisdiccionales o sancionados por la Procuraduría o la Contraloría, siempre que no vayan a ser objeto de amnistía o indulto. Ejercerá cualquier otra función establecida expresamente en este documento”.

El cual, como ya indicamos, remite al artículo 58 del Acuerdo Final, en el cual puede leerse:

“Acuerdo final. Artículo 58. La Sección de revisión del Tribunal para la paz tendrá las siguientes funciones: **a.** A solicitud de la Sala de definición de situaciones jurídicas, las condenas impuestas por la justicia serán remitidas a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz con el fin de que esta, si se reúnen las condiciones, decida la sanción correspondiente de conformidad con el listado de Sanciones y determine si ya hubo un cumplimiento efectivo de la misma, sin perjuicio de la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y la no repetición. Dicha sentencia nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta por la justicia. **b.** A petición del condenado, revisar las sentencias proferidas por la justicia por: variación de la calificación jurídica conforme a lo establecido en el numeral 19; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema. (...) La revisión por la Jurisdicción Especial para la Paz de las sentencias proferidas por la justicia no tendrá nunca como consecuencia la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a los jueces que las hubieran proferido como

consecuencia del contenido de las mismas. (...) La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta la definición de quienes son combatientes según el DIH, podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP”.

En este punto se hace necesario traer de nuevo a colación la crítica efectuada por el Centro Democrático al Acuerdo Final. Según el Centro Democrático, este Acuerdo se encuentra Redactado en forma ambigua y confusa. La confusión y la ambigüedad serian deliberadas, puesto que con ellas se busca ocultar los verdaderos intereses del gobierno y de las FARC en relación con el Acuerdo Final.

A pesar de esta ambigüedad queda en claro que la JEP se encuentra facultada para **revisar** sentencias proferidas por la Justicia y que ya se hayan ejecutado o hasta ahora se estén cumpliendo, y sin importar la autoridad que las haya emitido: la Corte Suprema, el Consejo de Estado, la Fiscalía, la Procuraduría, la Contraloría General y los tribunales, juzgados, etc. Lo que vendría a poner en entredicho tanto el papel de las autoridades ordinarias como el principio de cosa juzgada, el cual, tal como lo señala el Consejo de Estado (2016), termina por ser relativizado.

No hay entonces lugar a duda de que en este caso se presenta una injerencia arbitraria del Poder Ejecutivo con apoyo del Legislativo sobre funciones que son de competencia exclusiva de la Rana Judicial. Se presenta aquí, en la terminología de Malen Seña & Saleme (2013), una verdadera patología de la tridivisión de poderes que viene a poner en riesgo el normal funcionamiento del Estado Social de Derecho.

En cuanto a la posibilidad que le asiste a la JEP de anular o extinguir sanciones ya impuestas, se debe señalar que el Acuerdo Final es claro al indicar que dicha facultad se limita a sanciones de tipo disciplinario o administrativo, tal como se señala en el artículo 6º del Acuerdo Final, aclarando que dicha anulación es una consecuencia directa de la amnistía: “En lo que respecta a la sanción disciplinaria o administrativa, la amnistía tendrá también el efecto de anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado”.

La posibilidad de anular o extinguir las sanciones disciplinarias o administrativas aparece de nuevo consagrada en el artículo 33 del Acuerdo Final, en los siguientes términos:

“Respecto a las sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, incluidas las pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. En todo caso la solicitud no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos. En caso de que se solicite la revisión de la sanción impuesta o la extinción de la sanción y responsabilidad, será competente la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Respecto a los investigados, será competente la Sala de definición de situaciones jurídicas”.

2. La JEP podrá cambiar la calificación jurídica de las conductas que investigue y que ya habían calificado otras “autoridades”

Efectivamente, la JEP podrá variar la calificación jurídica de las conductas que investigue y que ya hayan sido calificadas por otras autoridades. A esta conclusión se llega, sin mayores dificultades, tras consultar el artículo 19 del Acuerdo Final, en el cual puede leerse:

Acuerdo Final. Artículo 19: Para efectos del SIVJRN, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. (...) La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional.

El subrayado no es original, y solo pretende resaltar lo que aquí nos interesa; que la efectivamente JEP podrá variar la calificación jurídica que hayan hecho otras autoridades en relación con conductas administrativas, disciplinarias y penales. De nuevo aquí la “ambigüedad” en la redacción del Acuerdo Final se hace patente, puesto que menciona en forma genérica a las “autoridades judiciales”, evitando así hacer referencia a las autoridades en materia penal y, específicamente a la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia.

3. Las determinaciones que adopte la JEP no podrán ser revisadas ni reformadas

Una de las grandes debilidades de los Acuerdos de La Habana radicaba en el hecho de no contemplar una segunda instancia que revisara los fallos que se profirieran al interior de la JEP. Falencia que –aparentemente– fue subsanada en el Acuerdo Final, donde se consagra en el artículo 14 que las resoluciones y sentencias que sean proferidas al interior de la JEP podrán ser recurridas en reposición o apelación a solicitud del destinatario de las sanciones.

En el artículo 52 del Acuerdo Final se indica que: “Las resoluciones de las salas y secciones del componente de Justicia podrán ser recurridas en reposición ante la sala que las dictó y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal, únicamente a solicitud del destinatario de la resolución o sentencia”. Lo que se encuentra en total concordancia con el artículo 48 *ejusdem*, en el cual puede leerse: “Artículo 48. Recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas: Las resoluciones adoptadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrán ser recurridas en reposición ante la misma Sala, y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz únicamente a solicitud del destinatario de la resolución”.

Será justamente el precitado artículo 52 del Acuerdo Final el que despierte algunas críticas por parte del Consejo De Estado (2016). Críticas que a todas luces resultan justificadas, puesto que la extensión y ambigüedad en la redacción de artículo terminan por generar más dudas que certezas.

Se debe empezar por considerar que en el párrafo 5º del artículo 52 del Acuerdo Final se señala que: “En el evento en que las sentencias de las

secciones vulneren derechos fundamentales de una víctima con interés directo y legítimo, esta podrá solicitar protección mediante la presentación de recurso ante la Sección de Apelaciones, el cual deberá ser resuelto en 10 días”. La redacción del párrafo 5º del artículo 52 del Acuerdo Final es en apariencia bastante clara, sin embargo, tal claridad se desdibuja cuando se lo lee en forma contrastada con el **parágrafo** que contiene dicho artículo (52), y en el cual puede leerse:

“Parágrafo: La acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales. (...) La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procederá solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. En el caso de violaciones que se realicen por afectación al debido proceso, deberá interponerse tras haber agotado el recurso procedente ante los órganos de la JEP. (...) La petición de acción de tutela deberá ser presentada ante el Tribunal para La Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo de tutela podrá ser revisado por la Corte Constitucional de conformidad con las siguientes reglas: La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan en favor de la selección. (...) Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Si esta encuentra que el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en que consiste la violación, sin

anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz ni tampoco excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sentencia será remitida al Tribunal para la Paz para que adopte la decisión que corresponda respetando el derecho amparado. La providencia, resolución o acto del órgano de la JEP expedido en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional no podrá ser objeto de una nueva acción de tutela”.

Es al realizar la lectura integral del artículo 52 del Acuerdo Final que el Consejo de Estado (2016) expone su cuestionamiento frente a dicha norma, y que se expone de la siguiente manera:

“Con respecto a lo anterior, es necesario poner de presente que en el punto 52 del Acuerdo sobre Víctimas del Conflicto se establece que cuando las sentencias de la JEP vulneren derechos fundamentales de víctimas con interés directo y legítimo, procederá un recurso ante la Sección de Apelaciones que será resuelto en 10 días. La pregunta es si ese recurso puede ser una suerte de acción de tutela, como la consagrada constitucionalmente, ya que versa sobre vulneración de derechos fundamentales. (...) Teniendo en cuenta todo lo anterior es necesario definir si la implementación de la JEP debe acompañarse de una reforma constitucional para determinar con claridad la competencia de los jueces frente a las tutelas que versen sobre hechos del conflicto, las que se interpongan en contra de sentencias emitidas por los magistrados de dicha jurisdicción especial y aquellas que busquen la defensa del debido proceso por actuaciones de las Salas o Secciones de la JEP. También podría pensarse una sala o sección en el tribunal con competencia específica sobre tutelas en los sentidos mencionados” (Consejo de Estado, 2016, p. 6).

Tendríamos entonces que –según el Consejo de Estado– con la medida adoptada por medio del artículo 52 del Acuerdo Final se estarían desconociendo los fines que constitucionalmente le corresponden a la Acción de Tutela, desvirtuando así esta importante figura de nuestro Derecho Constitucional. Frente a esta problemática el Consejo de Estado se pregunta si acaso lo jurídicamente más acertado no hubiera sido una reforma constitucional que comprendiera los siguientes aspectos:

a) Determinar con claridad la competencia de los jueces de la JEP frente a tutelas relacionadas con hechos ocurridos en razón del conflicto,

b) Determinar con claridad la resolución de las tutelas que se interpongan en contra de las sentencias emitidas por los magistrados de la JEP, punto en el cual se debería entrar a considerar si se deben seguir todos los extensos y complejos lineamientos que ha elaborado la Corte Constitucional en torno a la posibilidad de recurrir a la Acción de Tutela para controvertir decisiones judiciales y

c) Determinar el trámite de las tutelas que se impetren contra el TEP para defender el debido proceso.

Tomando partido en este debate, consideramos que lo más acertado hubiese sido, tal como lo señala el Consejo de Estado, efectuar una reforma constitucional sobre los tres puntos ya indicados, con lo cual se hubiera evitado desnaturalizar la esencia de esta Acción Constitucional de Tutela. Sin embargo, en su afán por lograr que los Acuerdos fuesen aprobados a como diera lugar, el Gobierno optó por convertir la Acción de Tutela en una especie de recurso ordinario dentro de la JEP, con el agravante de que el funcionamiento de este recurso no se especifica en el Acuerdo Final. A lo que se suma la incertidumbre de no saber si se van a respetar los sólidos lineamientos que la Corte

Constitucional ha establecido en relación con la procedencia de la Acción de Tutela frente a sentencias judiciales.

Queda aún por verse la posibilidad de que las decisiones que en un momento dado adopte la JEP puedan ser demandadas ante Cortes u organismos internacionales, por ahora es demasiado pronto para poder ofrecer una respuesta a dicho interrogante; aun cuando se debe reconocer que tal posibilidad existe.

A lo que si estamos en capacidad de ofrecer una respuesta tentativa es al otro ángulo de esta problemática, el cual es más político que jurídico, y se vincula con el hecho de que el Gobierno del presidente Santos ha intentado, a toda costa, blindar los Acuerdos para que todas las decisiones que se tomen en razón de los mismos, incluyendo las decisiones adoptadas por la JEP, no sean desconocidas por gobiernos futuros que no se encuentren de acuerdo con lo estipulado entre el Gobierno Santos y las FARC en el Acuerdo Final. Esta problemática exige que se le aborde desde dos perspectivas:

a) se debe empezar por reconocer que en una negociación las partes han de ceder para poder llegar a un acuerdo, estas concesiones implican que cada una de las partes este en capacidad de garantizarle a la parte contraria el cumplimiento de aquello con lo cual se ha comprometido, por tal razón sería muy difícil que las FARC aceptaran desmovilizarse si el Gobierno no está en capacidad de garantizarles a futuro el cumplimiento de lo acordado. No debe olvidarse, que el Gobierno colombiano, incapaz de derrotar militarmente a las FARC, se sentó a negociar con estas en condiciones de igualdad, lo que hizo posible que las FARC formularan, desde el principio de las negociaciones, ciertas exigencias (inamovibles) que simplemente consideraron innegociables, y entre ellas el hecho de que se les garantice a futuro la estabilidad de los acuerdos,

b) si bien, se acepta que las partes involucradas en una negociación efectúen concesiones destinadas a alcanzar un acuerdo que las compromete – obliga– a futuro, lo que no se puede aceptar es que dichos compromisos se

conviertan en una camisa de fuerza para los gobiernos venideros, más si se considera que los mismos podrían no tener una orientación ideológica afín con el Gobierno Santos.

En este punto se deben recordar las palabras de José Obdulio Gaviria y preguntarnos, ¿Cómo es posible que la política de un gobierno se convierta en política de Estado?

4. La JEP asume funciones que eran propias del Gobierno en lo que tiene que ver con las amnistías e indultos

El día viernes 30 de diciembre de 2016 el Congreso de la República de Colombia en virtud del procedimiento Legislativo especial Para la Paz (conocido popularmente como *fast track*), aprobó la Ley 1820/2016, por medio de la cual se “Dictan disposiciones sobre amnistía, indultos y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

Al revisar la Constitución Política de 1991 encontramos que en el artículo 189 se enuncian las funciones que le corresponden al Presidente de la República como Jefe de estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, sin que figure en este listado una función específica relacionada con la concesión de indultos y amnistías por delitos políticos.

Tal referencia si aparece en el artículo 201 constitucional, en el cual puede leerse: “Artículo 201. Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial: 2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares” (Subrayado no original). Artículo cuyo sentido literal no admite lugar a dudas, pues deja en evidencia que le corresponde al Gobierno conceder

los indultos políticos con arreglo a lo que sobre el tema se encuentre establecido en la Ley.

Para tratar de explicar un poco la situación podemos traer a colación la Ley 77/ 1989, expedida durante el mandato presidencial de Virgilio Barco Vargas (1986-1990), y por medio de la cual se facultó “al Presidente de la República a conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación”, si bien es cierto se trata de una Ley anterior a la Carta Política de 1991, la misma permite ejemplificar el funcionamiento de los indultos, entendidos como una facultad que se encuentra en cabeza del Presidente de la República con arreglo a la Ley.

La situación que se presenta con la Ley 1820/2016 es totalmente diferente, puesto que con esta norma el Gobierno “traspasa” su competencia en relación con el indulto a la JEP, específicamente a la Sala de Indulto y Amnistía. Por lo tanto, si nos atenemos al tenor literal del artículo 201 superior, el contenido de la Ley 1820/2016 devendría inconstitucional.

Sin embargo, lejos de tratarse de un error del Gobierno Santos, lo consagrado en la Ley 1820/2016 constituye una hábil y elaborada argucia jurídico-política, por medio de la cual el Gobierno “traspasa” una de sus facultades a la JEP con el claro objetivo de evitar que futuros Jefes de Estado, que no compartan lo consignado en el Acuerdo Final, puedan frenar o entorpecer lo relacionado con la concesión de indultos y amnistías a los desmovilizados de las FARC.

5. La JEP usurpa funciones legislativas: dictará las normas de carácter sustantivo y procesal que requiera el trámite de los asuntos a su cargo

Esta ha sido una de las críticas más fuertes y recurrentes en relación con la JEP, que al gozar de la facultad de expedir las normas de carácter sustantivo y procesal que regulen su propio funcionamiento entrara a operar como una especie de “rueda suelta” al interior del Estado, sin poseer vinculación o nexo alguno con la ya existente Rama judicial.

En su momento y frente a esta situación, el Consejo de Estado (2016) expresó su preocupación y propuso, en forma bastante diplomática, que se debería propender por el trabajo armónico de todas las jurisdicciones existentes en el país:

“La Rama Judicial puede brindar apoyo a la JEP y participar en su reglamentación e implementación, porque tiene una larga tradición en la administración de justicia, específicamente en el conocimiento de hechos del conflicto, en investigación, juzgamiento y sanción de responsables, la reparación de víctimas y el tratamiento de la responsabilidad de personas jurídicas de derecho público. Este apoyo debe darse desde la reglamentación de la JEP y así procurar un trabajo armónico entre las jurisdicciones operantes en el país. Ello implica participar en su conformación, fijar procedimientos claros, establecer un sistema probatorio concordante con las necesidades de la nueva jurisdicción y con los procesos vigentes en Colombia, y recoger los aprendizajes de las experiencias del país para depurar el modelo de justicia transicional en Colombia” (pág. 7).

Sin embargo, el Gobierno se decantó siempre por una posibilidad completamente opuesta; permitir que la JEP funcione como una rueda suelta al interior del Estado y, especialmente dentro de la Rama Judicial. La idea de mantener esta desconexión entre la JEP y las demás Ramas del Poder Público podría deberse, tal como lo hemos venido indicando, al afán del Gobierno por blindar las decisiones que a futuro tome esta jurisdicción (JEP). Se salvaguarda

así el funcionamiento de la JEP, pero se sacrifican muchos de los principios y valores que deberían orientar el funcionamiento del Estado de acuerdo con la teoría de la tridivisión de poderes.

Para que no queden dudas sobre las facultades que le asisten a la JEP al momento de expedir las normas que habrán de regular su propio funcionamiento, a continuación se transcribe un aparte del artículo del Acuerdo Final que confirma este punto:

“Los magistrados de las salas y secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz adoptarán, en el ejercicio de su autonomía, el reglamento de funcionamiento y organización de la Jurisdicción Especial para la Paz, respetando los principios de imparcialidad, independencia y las garantías del debido proceso, evitando cualquier re victimización y prestando el debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes. Este reglamento también definirá las causales y procedimientos de recusación e impedimento de magistrados. Estos tendrán movilidad para ser asignados a las distintas salas y secciones en función de la acumulación de trabajo de unas y otras, y conforme a los criterios que en el Reglamento se determinen. (...) Los magistrados de las salas y secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz elaborarán las normas procesales que regirán los procedimientos, normas que deberán contemplar cuando menos los siguientes principios: el Sistema será adversarial y respetará el debido proceso y el principio de imparcialidad, contemplará la debida publicidad y garantizará el principio de contradicción en la valoración de la prueba y la defensa, así como la doble instancia, y dará cumplimiento a los principios contemplados en el numeral 14. Las anteriores normas procesales deberán incorporarse al derecho interno colombiano. (...) El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la jurisdicción especial para la paz que se crea en el SIVJNR”.

Lo que no deja de llamar la atención es que el aparte transcrito se encuentra en el artículo 46 del punto 5 (Víctimas) del Acuerdo Final, cuyo encabezado, es el siguiente: “Con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, el componente de justicia estará integrado por los siguientes órganos:”. Tenemos entonces que al enlistar los órganos que harán parte de la JEP, se aprovecha para señalar que esta última podrá: a) adoptar su propio reglamento y b) elaborar las normas procesales (normas de derecho público) que regirán los procedimientos que en ella se adelanten.

No puede quedar entonces duda de que además de funcionar como ruedas sueltas al interior del Estado, los órganos que integran la JEP están usurpando funciones que en “condiciones normales” corresponderían a la Rama Legislativa del Poder Público.

6. Elección de los magistrados de la JEP e imparcialidad

Uno de los puntos más polémicos en los Acuerdos de La Habana se relacionaba con la posibilidad de elegir como miembros del TEP a magistrados con una nacionalidad diferente a la colombiana. Este punto fue objeto de álgidos debates y fuertes críticas, pues no existía un criterio sólido que permitiera sustentar tal decisión, ya que si lo que se deseaba era contar con la opinión y las recomendaciones de expertos extranjeros, su participación se encontraba más que garantizada bajo la figura de los “asesores internacionales”, sin que fuera necesario que se les otorgara el cargo de magistrados.

Según lo informaron en su momento los medios de comunicación, este fue uno de los puntos que sufrió modificaciones en el Acuerdo Final, sin embargo, esta es una aseveración que compartimos con cierta reserva, ya que no resulta

del todo claro cómo se modificó la participación de los extranjeros en el TEP, punto sobre el cual puede leerse en el artículo 65, punto 5 (Victimas), del Acuerdo Final, el siguiente adefesio jurídico:

Acuerdo Final. Artículo 65, PUNTO 5 (Victimas). El Tribunal para la Paz estará conformado por magistrados colombianos en secciones de 5 integrantes. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sección que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio. Deberán elegirse 20 magistrados colombianos titulares, y además 4 juristas extranjeros. Estos últimos actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes al caso. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participaran en los debates de la Sección en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho de voto. (...) Todos ellos deberán estar altamente calificados y deberá incluirse expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del DIH, Derechos Humanos o resolución de conflictos. El Tribunal deberá ser conformado con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres y respeto a la diversidad étnica y cultural, y será elegido mediante un proceso de selección que de confianza a la sociedad colombiana y a los distintos sectores que la conforman. (...) Para ser elegido Magistrado del Tribunal para la Paz deberán reunirse los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado de Colombia. En ningún caso se aplicará un sistema de carrera”.

La participación de los extranjeros en el TEP continua, solo que ahora tendremos un Tribunal integrado por: a) 20 magistrados colombianos y b) 4

juristas extranjeros, que actuarán en calidad de “*amicus curiae*” y tendrán entre otras las facultades de aportar un concepto (*amicus curiae*) en el caso bajo examen. Igualmente, podrán participar en los debates en las mismas condiciones de los magistrados, con la excepción de que no tendrán derecho a voto.

La figura del *amicus curiae* es de larga data en la Ciencia del Derecho, puesto que su origen se remonta hasta el Derecho Romano, pero ha tenido bastantes transformaciones hasta la actualidad, así por ejemplo en ciertos ordenamientos actuales su funcionamiento es similar al de un perito, mientras que en otros como el argentino se exige que su participación se dé atendiendo al principio de gratuidad.

En los Estados Unidos de Norteamérica la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de fijar algunas reglas para su funcionamiento, entre las cuales se debe destacar la siguiente: “Un *amicus curiae brief* trae la atención de la Corte sobre una cuestión relevante que todavía no ha sido contemplada por las partes y que posiblemente sea de ayuda para la Corte. Un *amicus curiae brief* no sirve a este propósito es una carga para la Corte, y su presentación no es tomada en cuenta” (traducción libre de United States Supreme Court 2010, 48. Consultada en: Mena Vásquez, 2010).

Ante tal divergencia de opiniones, nada mejor que acudir a un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que ha hecho referencia a la figura del *amicus curiae* en múltiples ocasiones. En el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), en el artículo 2º, se define el “*amicus curiae*” en los siguientes términos: “la expresión “***amicus curiae***” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia;” (CIDH, 2009, pág. 4).

Se trata, en síntesis, de un tercero imparcial ajeno al litigio y al proceso, que por considerar que tiene algo que aportar al mismo en relación con un aspecto que se le ha escapado a la Corte, decide intervenir. Por lo general, dicha intervención se realiza por escrito: “El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos” (CIDH, 2009, p. 17).

El reproche que sobre este punto se le debe hacer al Acuerdo Final, resulta simplemente incontestable: el *amicus curiae* abre la posibilidad de que un tercero, cualquier tercero ajeno al proceso y al litigio, intervenga para dirigir la atención de la Corte sobre un punto determinado que al parecer del *amicus curiae* no ha sido considerado, o de haberlo sido no se le ha considerado en la forma adecuada. Esto es totalmente diferente a lo propuesto por el Gobierno santos en el Acuerdo Final, donde se señala que solo cuatro personas, necesariamente extranjeras, habrán de cumplir las funciones de *amicus curiae*, con lo cual no solo se contraria la naturaleza de esta figura, sino que además se excluye al resto de la población de participar en los procesos que adelante el TEP en tal calidad (*amicus curiae*).

Los motivos por los cuales el Gobierno se ha obstinado en la necesaria participación de extranjeros en la JEP no son, por ahora, del todo claros.

Pasando al otro subtema que nos corresponde abordar en este acápite se debe indicar que la selección de los magistrados y demás funcionarios de la JEP estará a cargo de un “Comité de Escogencia”, el cual aparece consignado en el artículo 5.1.1.1.5. del punto 5 (Victimas) del Acuerdo Final, en donde podemos leer:

“El “Mecanismo de selección de los Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz” acordado por las partes el 12 de agosto de 2016 para la selección de magistrados, fiscales y demás integrantes de la Jurisdicción Especial para la Paz, será el comité de escogencia encargado de seleccionar y nombrar a los 11 comisionados y comisionadas de la CEVCNR así como a su Presidente o Presidenta (...) Todos los integrantes del comité de escogencia deberán inspirar confianza en la ciudadanía. (...) La selección se basará exclusivamente en las postulaciones y la elección tendrá en cuenta criterios de selección individuales como la idoneidad ética, la imparcialidad, la independencia, el compromiso con los derechos humanos y la justicia, la ausencia de conflictos de interés, y el conocimiento del conflicto armado, del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, y la reconocida trayectoria en alguno de estos campos. La selección de los/as comisionados/as también deberá tener en cuenta criterios colectivos como la participación equitativa entre hombres y mujeres, el pluralismo, la interdisciplinariedad y la representación regional”.

Al remitirnos al “Comunicado Conjunto No 88, La Habana, Cuba, 12 de agosto de 2016”, tendríamos que indicar que el Comité de Escogencia deberá estar integrado por: a) Su Santidad el Papa Francisco, b) El Secretario General de las Naciones Unidas, c) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, d) La delegación en Colombia del Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ), e) La Comisión Permanente del Sistema Universitario del Estado.

La escogencia de estos magistrados habrá de obedecer a un amplio catálogo de exigencias o criterios, entre ellos: la idoneidad ética, la imparcialidad, la independencia, el compromiso con los derechos humanos y la justicia, la ausencia de conflictos de interés, y el conocimiento del conflicto armado, del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, y la reconocida trayectoria en alguno de estos campos. Así mismo, se deberán tener en cuenta

criterios colectivos como la participación equitativa entre hombres y mujeres, el pluralismo, la interdisciplinariedad y la representación regional.

Llegados a este punto debemos recordar que uno de los elementos que siempre se predicó como un “peligro” para la selección de jueces imparciales, radicaba en la posibilidad de que las FARC o el Gobierno pudieran participar o incidir en la elección de los magistrados de la JEP. Posibilidad que simplemente quedo abolida en el Acuerdo Final.

Sin embargo, aún es demasiado pronto para poder saber si la elección será transparente y obedecerá a todos los principios o criterios señalados en el Acuerdo Final.

7. La paz por medio del derecho; entre el mito y la utopía

La idea de alcanzar la paz por medio del derecho no es una idea nueva al interior de la teoría jurídica y política, uno de sus principales antecedentes lo encontramos en *Sobre la paz perpetua* (1795), obra del filósofo alemán Immanuel Kant. La idea de esta obra no es otra que la de ofrecer una serie de recomendaciones (Artículos preliminares) destinadas a evitar que se presenten guerras entre Estados. Recomendaciones que pueden sintetizarse en los siguientes términos: a) no pueden existir tratados de paz con contenidos “secretos” que permitan iniciar una guerra futura, b) la prohibición de ceder o vender Estados pequeños a otros como resultado de la guerra, podría citarse aquí, a manera de ejemplo, la división del pueblo alemán tras la terminación de las dos guerras mundiales, c) la necesidad de desaparecer los ejércitos permanentes, d) los Estados deberán abstenerse de interferir mediante fuerza o violencia en los asuntos de otros Estados, e) se deben evitar, aun durante la

guerra, actos de hostilidad que hagan imposible la recuperación de la confianza a futuro y f) evitar la injerencia económica de un Estado sobre otros.

Lo primero que se debe mencionar es que *Sobre la paz perpetua* es una obra que centra su interés en el derecho internacional; relaciones entre Estados. No es, por lo tanto, de su interés, el cumulo de problemáticas (jurídicas, políticas, sociológicas, etc.) que se presentan al interior de un determinado Estado, verbigracias las guerras o divisiones intestinas, en consecuencia, esta obra kantiana no incluye “el caso de un estado que se dividiera en dos partes a consecuencia de disensiones internas, representándose cada una de ellas como un Estado particular que pretende ser el todo; que un tercer estado prestara entonces ayuda a una de las partes no podría ser considerado como injerencia en la constitución de otro estado –pues esta solo está en pura anarquía–” (Kant, 1795,1980, pág. 76). Se puede mencionar, a manera de ejemplo, que un caso como el del proceso separatista que se adelanta en Cataluña escapa escaparía a la teoría expuesta en *Sobre la paz perpetua*, ya que no obedece a la colisión o enfrentamiento de dos Estados autónomos, sino a un proceso de anarquía que se ha generado al interior del Estado español y que deja en evidencia su incapacidad para construir una identidad nacional unificada.

Continuando la obra kantiana encontramos un texto de Hans Kelsen titulado *La paz por medio del derecho*, publicada en el año de 1944. Esta obra no pretende originalidad, puesto que parte de señalar la necesidad de revitalizar verdades que no deben caer en el olvido, y que no son otras que las verdades kantianas, las cuales cobran mayor vigencia tras las dos guerras mundiales que asolaron el siglo XX: “Hay verdades tan evidentes por si mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial

mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones” (Kelsen, 1944, 2008, pág. 16).

Tanto la obra de Kant, aparecida en el año de 1795, como la obra de Kelsen, aparecida en el año de 1944, se ocupan del ámbito del denominado derecho internacional, encargado de regular las relaciones existentes entre países libres y soberanos. En consecuencia, ninguna de estas obras está en capacidad, desde el plano teórico, de dar cuenta de un conflicto interno como el que se vive en nuestro país desde hace ya décadas.

Durante su estadía en los Estados Unidos de Norteamérica, donde reside en calidad casi que de “exiliado”, Kelsen le da un complejo giro a su teoría pura del derecho, al intentar el trasplante de la misma del plano del derecho interno al plano del derecho internacional. Con el correspondiente sacrificio del derecho interno ligado al concepto de soberanía en favor del derecho internacional. En este punto resulta necesario recordad que la teoría pura del derecho buscaba, tal como su nombre lo indica, evitar el contacto o la mezcla del derecho con otras disciplinas. El derecho como teoría y sistema de regulación social debe estar en capacidad de ser autopoiético; darse contenido a sí mismo. En consecuencia, el derecho debe desligarse de otros saberes como la política, la moral o la sociología. Propuesta que desde un punto de vista estrictamente epistemológico resulta harto discutible:

“El derecho es un medio de garantizar derechos, imponer deberes, resolver conflictos, alcanzar la justicia, ejercer control social y conservar o reformar el orden social. Sin embargo, lejos de ser una herramienta neutral, el derecho tiene muchos presupuestos filosóficos e ideológicos. Por ejemplo, el antiguo choque filosófico entre idealismo y materialismo aparece en la teoría legal y la jurisprudencia en la forma de conflicto entre convencionalismo –positivismo legal– y realismo legal, o jurisprudencia sociológica e histórica. (...) la jurisprudencia contemporánea es una

sociotecnología en ciernes, porque busca la justicia y el control social con la ayuda de parte del conocimiento acopiado por los estudios sociales, en particular la psicología social, la sociología, la economía, las ciencias políticas y la historia” (Bunge, 1999, pág. 383).

La teoría pura del derecho no podría resistir un análisis epistemológico riguroso, puesto que resulta indiscutible que el derecho mantiene una compleja relación de interdisciplinariedad y transdisciplinariedad con otras ciencias sociales. Lejos de ser una teoría, la teoría pura del derecho parece ser más una ideología, una apuesta por el convencionalismo y el positivismo jurídico.

La idea que subyace en la teoría pura del derecho no es otra que la de desligar las ciencias jurídicas de las demás disciplinas sociales. Al excluir las ciencias sociales del derecho Kelsen aspira a que este se fundamente en su sistematicidad, su actividad y su funcionalidad, esto es, en sus propios elementos internos y constitutivos. Lo que vale tanto para el derecho interno como para el internacional.

Los dos conflictos bélicos mundiales ocurridos durante el siglo XX hicieron nacer en Kelsen la idea de que la paz se dará como resultado “lento y constante perfeccionamiento del derecho internacional” (Kelsen, 2008, pág. 36). Kelsen considera que para alcanzar la paz en el plano internacional resulta necesaria la creación de un tribunal internacional de carácter permanente. Kelsen no contempla la posibilidad de que dicho tribunal sea *ad hoc*, debe ser, necesariamente, permanente.

Más allá de la propuesta kelseniana nos interesa entrever lo que en ella subyace. En primer lugar, la idea de que la política debe ser subsumida al interior del derecho. La política internacional debe desaparecer para dar paso al derecho internacional. En segundo lugar, la construcción de lo que Kelsen denomina la *civitas máxima*, un Estado mundial ubicado por encima de cada una de las soberanías nacionales. La soberanía estatal debe entonces desaparecer para

dar paso a un Estado global en el que un organismo permanente se encarga de garantizar la paz (Cfr. Kelsen, 2002, estudio introductorio de Carlos Cossio).

La idea de Kelsen, según la cual, la consecución de la paz mundial se consigue mediante un mecanismo estrictamente técnico-jurídico no pasó desapercibida, pues de inmediato fue objeto de interesantes críticas, incluida la del abogado y político Hans Morgenthau, quien rechaza de plano la posibilidad de que el derecho subsuma a la política, puesto que tal posibilidad parte de desconocer el juego real de poder que se desarrolla en el ámbito de la política internacional. Dicho juego de poder incluye los “intereses” de los distintos actores políticos en contienda. Es esto lo que se conoce como realismo político. Morgenthau reconoce que el derecho es una herramienta para prevenir el desbordamiento del poder en la arena internacional, sin embargo, resulta bastante ingenuo considerar que la paz mundial sobrevendrá como necesaria consecuencia de tecnicismos jurídicos. Para Morgenthau la paz no llega por el derecho; la paz llega por medio de la diplomacia.

Independientemente de a quine asista la razón en el debate entre Kelsen y Morgenthau, lo importante es que a partir de la obra del primero (*La paz por medio del derecho*) se empieza a alimentar la idea, por demás falaz, de que el derecho es instrumento necesario para alcanzar la paz, no solo en el plano internacional, sino, además, también, en el plano interno.

Surge aquí la pregunta que guía el presente acápite: ¿el derecho es una herramienta suficiente para construir la paz al interior del Estado colombiano? La respuesta es sencilla y no se hace esperar, se trata de un rotundo no. Lejos de ser parte de la solución, el derecho parece haberse convertido en parte del problema; basta con prestar algo de atención a los múltiples escándalos de corrupción que se han presentado en las Altas cortes para comprender la dificultad del derecho como herramienta llamada a colaborar en la construcción de la paz.

Frente a este tema se debe considerar lo que la doctrina nacional ha indicado al respecto. Aquí cobra gran relevancia la obra de López Medina *et. al.* (1999), este autor parte de rechazar la posibilidad de “despolitizar” el conflicto armado que se vive en Colombia. Dicha “despolitización”, criticada por López Medina (1999), se logra por medio del derecho y, especialmente, por medio del derecho constitucional. El argumento no es sencillo, sin embargo, se puede sintetizar en las siguientes líneas: en el momento en que se traduce el conflicto político en un lenguaje jurídico-constitucional se fortalece una opinión subjetiva, la opinión subjetiva de quiénes detentan el poder, y se encuentran interesados en fortalecer su opinión hasta el punto de convertirla en objetividad y ortodoxia jurídica.

Quiere decir lo anterior que, en Colombia se propende por la sobrevaloración del derecho constitucional en aras de ocultar la complejidad política y social del conflicto político y armado. Se presenta así al derecho constitucional como el límite, la *última ratio*, del conflicto y con ello se impide la posibilidad de alcanzar una solución política y social al mismo.

Bajo esta perspectiva se debe indicar entonces que la crítica de López Medina (1999) se alinearía con una postura ideológica próxima a la izquierda, y donde el derecho se concibe como parte de una superestructura ideológica destinada más a la opresión que a la liberación:

“La ideología es una creencia, no es la verdad, por eso no es una ciencia. Tampoco apunta hacia la validez. Su importancia radica en su posibilidad de controlar comportamientos humanos en un momento determinado. (...) La ideología se desliza subrepticamente en lo jurídico, oculta el papel dominante de lo económico y para ello necesita de juristas especializados. Marx decía que la ideología se identifica con la falsa conciencia” (Dueñas Ruiz, 2006, pág. 64).

Se sigue entonces de lo anterior que, lejos de ser parte de la solución, el derecho es parte del problema. Su papel específico consistiría en ocultar la realidad y complejidad del conflicto que trasciende de lo estrictamente jurídico y atraviesa por lo económico, lo social y lo político. En consecuencia, la reducción del conflicto a la terminología jurídica no es más que una forma de ocultamiento de su real magnitud.

En síntesis, tendríamos entonces que, la posición teórica de López Medina (1999) se asemeja más a la de Morgenthau que a la de Kelsen, en tanto se proscribía la posibilidad de que el derecho subsuma a la política. Por el contrario, el conflicto, bien sea en la dimensión internacional o interna, necesita un abordaje desde lo económico, lo social y lo político. El derecho por sí mismo no solo resulta insuficiente, sino que además impide que se haga frente a las causas del conflicto que atraviesa nuestro país. Creer que el derecho, por sí solo, podrá traer la paz a un país, es adoptar una postura “antirrealista” y permeada por la mala conciencia, entendida esta última como una visión distorsionada de la realidad.

La gran conclusión que se sigue del texto de López Medina (1999) consiste en dejar en evidencia que, además de librarse una guerra en los campos de batalla, la misma también se libra en el campo del lenguaje; la imperiosa necesidad del gobierno por despolitizar el conflicto esconde la necesidad de impedir que todas sus aristas salgan a la luz. Esta misma idea se encuentra en otro gran tratadista colombiano, Rodrigo Uprimny (s.f.), quien se pregunta por el empeño del Gobierno en negar la existencia del conflicto armado con argucias lingüísticas: “En todo caso, resulta contradictorio con el discurso gubernamental acerca de la inexistencia del conflicto armado que el gobierno hubiera insistido en que se calificara de delincuentes políticos a los grupos paramilitares, con el fin de dar mayor sustento jurídico a las negociaciones. En efecto, si lo que existe es una amenaza causada por grupos terroristas, ¿por qué calificar de delincuencia política el fenómeno paramilitar?” (Uprimny, s.f. pág. 4).

Al trasladar el conflicto del campo de lo real al campo de lo estrictamente semántico se busca no solo diluir y pasar por alto su complejidad, sino que además pareciera que se quiere evitar hacer frente al complejo multicausal que le ha dado origen. En este punto cabe preguntarse si existe un verdadero interés por parte del Gobierno en solucionar las problemáticas de fondo que han dado origen al problema.

En Uprimny y Saffon (2007) el problema de la relación entre el lenguaje y la realidad aparece planteado de una nueva forma, esta vez en relación con la justicia transicional:

“(…) todavía permanece abierta la pregunta de si los estándares jurídicos de la justicia transicional funcionan realmente como límites normativos efectivos a las opciones políticas que están disponibles para llevar a cabo una transición. Esto es así porque el uso de un discurso determinado – como el de la justicia transicional– no implica necesariamente una transformación en la práctica; dicho uso puede consistir simplemente en un giro retórico con efectos simbólicos o legitimadores. Por eso, es importante analizar cuidadosamente si el lenguaje de la justicia transicional puede servir intereses distintos, y en particular, si puede ser utilizado no solo para promover efectos transformadores, sino también para perpetuar el *statu quo*” (Uprimny Yepes y Saffon, 2007, pág. 166).

Tanto el planteamiento de López Medina (1999) como el de Uprimny Yepes *et. al.* (2007) la ambigüedad terminológica y el caos normativo que se ha creado en torno a la JEP no pueden verse como simples descuidos, en tanto cabe la plausible posibilidad de que dichas “falencias” obedezcan al interés de generar un cambio meramente retórico que permita salvaguardar el *statu quo*: hacer y decir que se hace, cuando en realidad no se hace nada.

8. La justicia transicional

Jon Elster (2006) indica que *la justicia transicional democrática es casi tan antigua como la democracia* (pág. 17). No sobra entonces recordar que la democracia se origina en Grecia antigua. En el 411 a.C., –indica Elster– se da un cambio de régimen, Grecia pasa de la democracia a la oligarquía. Situación que no habría de durar demasiado, pues al poco tiempo la democracia fue restablecida, y con el restablecimiento llegaron aparejadas ciertas medidas restaurativas, por medio de las cuales se impuso la obligación, sobre los antiguos oligarcas, de resarcir los daños causados durante la vigencia de su régimen: se obligó a los oligarcas a devolver los bienes que habían confiscado ilegalmente durante su régimen (pág. 17).

Otra transformación ocurrida en esta etapa se vincula con la reforma legislativa introducida por Solón, la cual permitía que cualquier ciudadano pudiera iniciar un proceso judicial, bien fuera en interés del damnificado o del interés público, prescindiendo así de la figura del fiscal acusador, antiguo encargado de presentar las demandas en relación con los daños que hubiesen sufrido en razón de la oligarquía (Cfr. Elster, 2006).

La mayoría de autores conceden al señalar que el origen de la justicia transicional se encuentra en el siglo XX, siglo trágico y violento, que se abre con el atroz genocidio armenio, después conocerá dos guerras mundiales y los campos de concentración, tanto los de régimen soviético como del régimen nazi. Posteriormente, y tras la guerra fría y el proceso de descolonización, se conocerán cruentas guerras intestinas, especialmente en países del tercer mundo; Argentina, El salvador, Ruanda, etc.

El origen a la justicia transicional en el siglo XX se encuentra en los juicios posteriores a la Primera Guerra Mundial; los juicios de Núremberg, posteriores a la Segunda Guerra Mundial; el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia; el Tribunal

Penal Internacional para Ruanda y, en el plano latinoamericano, el caso de justicia transicional desarrollado en Argentina, el cual tiene ciertas características peculiares que ameritan un estudio detenido.

Ruti Teitel (2003), profesora de la Universidad de Nueva York, ofrece un excelente panorama de los acontecimientos históricos, políticos y jurídicos que rodearon la justicia transicional en el siglo XX. Finalizada la Primera Guerra Mundial la comunidad internacional se embarcó en la difícil tarea de delimitar cuando una guerra podía ser declarada injusta, además de determinar el castigo que debía imponerse al país promotor de dicha guerra.

Se discutía, en concreto, si debía imponerse alguna sanción a Alemania por iniciar la Primera Guerra mundial, y de ser así, que castigo se debería imponer, bajo qué criterios, y más importante aún, que autoridad sería la encargada de imponerlo, la justicia interna o la internacional. Aparece aquí el problema planteado con la expresión latina "*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*", cómo justificar la sanción que se planeaba imponer a Alemania y a los alemanes, si muchos de los hechos ocurridos durante la guerra no se encontraban tipificados.

La decisión adoptada consistió en permitir que la justicia alemana se encargara de adelantar los juicios correspondientes sobre quienes hubieran tenido responsabilidad por lo ocurrido. Decisión que se veía fundamentada en la concepción jurídico-política de la época, donde reinaba el concepto clásico de soberanía, heredado de la obra del jurista británico John Austin (Bodenheimer, 1983, pág. 79).

Los aspectos económicos y la reparación de los daños causados por la guerra se regularon mediante el Tratado de Versalles (1919), suscrito entre Los Aliados y Alemania. Se decidió dividir el territorio alemán en dos, se desmilitarizó a Alemania, se le confiscaron sus colonias y se le condenó a pagar grandes compensaciones económicas. Muchos autores coinciden en señalar que este

tratado fue el germen inicial de la segunda Guerra Mundial, al someter a Alemania y al pueblo alemán, a una difícil situación social y económica (Teitel, 2003, pág. 4). Puede decirse que las medidas adoptadas mediante el Tratado de Versalles no fueron las más acertadas, en tanto que las sanciones no discriminaron entre los verdaderos responsables y la comunidad civil, recayendo en forma indiscriminada sobre la totalidad del pueblo alemán, y sumiéndolo en una difícil situación económica, llenándolo de inconformismo y amargura:

“Como resultado de la guerra y el Tratado de Versalles, en Alemania impera el caos desde 1919 hasta 1923; la inflación alcanza dimensiones hasta entonces desconocidas en el mundo. Se registran en ese periodo cinco intentos de golpe de Estado, medra el movimiento antisemita. Hay bolchevismo, separatismo, nacionalismo, ocupación por las tropas francesas. Alemania es un inmenso *Bedlam*. El pueblo alemán pasa hambre, no solo porque las potencias victoriosas han prolongado el bloque después del armisticio, sino porque, además, se han llevado el ganado, los medios de transporte y cuanto han querido apropiarse en concepto de indemnización por los daños sufridos”. (Ramos-Oliveira, 1989, pág. 338).

La justicia transicional no inicia con pie derecho el siglo XX, puesto que a partir de las erradas decisiones que se toman contra Alemania tras la Primera Guerra Mundial, desembocaremos en una guerra más cruel y violenta. Son evidentes los puntos en los cuales se falló: desconocimiento de la máxima “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, falta de indagación y juzgamiento de los verdaderos culpables, imponer sanciones sobre la totalidad de pueblo alemán, incluida la sociedad civil, desmembración del territorio alemán. Y, por último, la codicia de los aliados, quienes no tuvieron reparo en arrasarlo con todo, hasta dejar a los alemanes al borde de la miseria y el hambre.

En términos de destrucción y crueldad la Segunda Guerra Mundial es un hecho histórico sin parangones, que dejó un trágico saldo que oscila entre los 55 y los 61 millones de vidas humanas. 35 millones de personas con secuelas graves, y pérdidas económicas incalculables. En ningún otro suceso histórico había sido tan evidente lo que Erich Fromm va a llamar el “Síndrome de saqueo y destrucción”, donde ya no basta acabar con la vida del otro, sino que se le debe causar el mayor daño posible, lo que solo puede explicarse en el deseo destruir por el simple gusto de hacerlo (Cfr. Fromm, 1985).

Prueba de lo anterior es el cumulo de atrocidades que se presentaron: la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión (Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, Preámbulo, párrafos 4, 5, y 6). Si bien, para la época estos conceptos aún no se encontraban claramente definidos, se interpretaron aproximadamente, en los siguientes términos: los crímenes de guerra comprendían los asesinatos, demás torturas y violaciones contrarias a los Leyes de la Guerra (*Ius ad Bellum*). Los crímenes contra la humanidad se referían al exterminio y la muerte en masa, especialmente en relación con la población civil, que no participaba activamente en el conflicto. El genocidio, que corresponde al hecho de dar muerte a un grupo étnico determinado, en el caso de la Segunda Guerra Mundial, el pueblo judío o el pueblo gitano. Y la Guerra de agresión, entendida como un ataque premeditado e injustificado con el cual se busca alterar la paz, mediante el ataque a otro Estado soberano.

El juzgamiento de estos crímenes inicia con la *Carta de Londres*, también conocida como *Acuerdo de Londres Para el Establecimiento del Tribunal Militar Internacional*, suscrita el 08 de agosto de 1945 por Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética. Documento que inicia por recordar *La Declaración de Moscú de 1943*, que trataba sobre las atrocidades cometidas por los alemanes: “(...) los miembros del partido Nazi que hayan sido responsables de crímenes y atrocidades o hayan participado en los mismos a través de su

consentimiento serán entregados a los países en los que cometieron sus abominables actos para que puedan ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se crearan en dichos países”. En el artículo 1º del Acuerdo de Londres puede leerse: “Artículo 1º. Después de consultar con el Consejo de Control para Alemania se creará un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos delitos carezcan de una ubicación geográfica determinada, ya sean acusados individualmente en calidad de miembros de su grupo u organizaciones o en ambos conceptos”.

En la práctica, este texto reguló las características procesales de los Juicios de Núremberg, los cuales se adelantaron mediante un procedimiento que gozo de las siguientes características; se estableció un juicio frente a un tribunal compuesto por jueces, con la posibilidad probatoria de generar contraevidencia, y el derecho de los acusados de acudir mediante recurso de apelación ante el Consejo Aliado de Control de Alemania Ocupada.

En relación con la temática de la “colaboración” por parte de quienes vayan a ser juzgados nada se dice en la Carta de Londres. Tampoco se evidencia ningún intento por parte del Tribunal para obtener colaboración por parte de los juzgados.

Los juicios terminaron con sentencia a muerte de doce de los acusados, otros tres fueron sentenciados a cadena perpetua, cuatro recibieron sentencias que oscilaban entre los diez y los veinte años, y tres acusados más fueron absueltos.

Entre las décadas del 70 y el 80, en el siglo XX, con la crisis y posterior caída de la Unión Soviética, se da una fuerte sucesión de cambios políticos, que según Teitel (2003), son *liberadores*. Estos cambios comienzan en el Cono sur de Sudamérica a finales de los 70, continua en Europa del Este y Centroamérica. Por cambios *liberadores* Teitel (2003) se refiere al paso de modelos

antidemocráticos a modelos democráticos. Así, por ejemplo, el paso de una junta militar (dictadura) a sistemas democráticos, tal como sucedió en la Argentina (Teitel, 2003, pág. 7), país donde la naciente democracia debía tomar una decisión respecto de cómo juzgar los crímenes cometidos durante la dictadura militar, lo que condujo al debate sobre qué sistema de justicia transicional aplicar.

Por este motivo, y tal como señala Teitel (2003), en esta fase aparecen múltiples conceptos sobre justicia transicional que atienden a las necesidades de cada país; cada país es tan único que requiere, igualmente, un modelo de solución único y exclusivo:

“Las reflexiones sobre la justicia en la transición se entienden mejor cuando se está situado en las verdaderas realidades políticas de la transición, las que incluyen las características del régimen predecesor, así como contingencias de tipo político, jurídico y social. La factibilidad de perseguir la aplicación de la justicia y la capacidad de esta para contribuir al estado de derecho transicional, dependía de la escala de los crímenes previos, así como también del grado en que estos se convirtieron en sistemáticos o fueron patrocinados por el aparato del estado” (Teitel, 2003, pág. 9).

Si la justicia transicional posterior a la Primera y Segunda Guerra Mundial se centró en ser una justicia exclusivamente sancionatoria y de retaliación, en este periodo posterior a la guerra fría, tal concepción cambiara radicalmente, pues por primera vez se apunta hacia un modelo de justicia de corte restaurativo.

Por lo cual, la temática ya no gira -exclusivamente- en torno a cómo debían ser sancionados los integrantes del régimen que cometió las agresiones, sino que se empezó a hablar de la necesidad de reconstruir el tejido social, seriamente afectado. Con esta situación se abre un nuevo debate, y es el que intenta mantener el equilibrio que debería existir entre justicia y verdad. No se puede renunciar a ninguno de estos dos elementos, pero tampoco se pueden tener

plenamente los dos, por lo cual se debe empezar a ceder, se debe empezar a hacer ciertas concesiones.

En este camino de aceptar ciertas concesiones, para hacerse con un poco de verdad y de justicia, es que se instaura un modelo como el de la *justicia restaurativa*, que tuvo entre sus primeras manifestaciones la reconstrucción histórica e los hechos, tal como sucedió en el caso argentino. El cual, por su carácter paradigmático pasaremos a revisar.

La *justicia transicional* en la Argentina se desarrolló al interior de una situación política compleja y controvertida, debido a que, en el paso de la dictadura a la democracia, muchos de los responsables de los hechos atroces ocurridos durante la dictadura, continuaron ejerciendo altos cargos de poder, bien fuera dentro del gobierno o dentro de las fuerzas armadas.

Frente a este tipo de personajes se elevó el clamor popular, casi generalizado, exigiendo que fueran juzgados y condenados por sus crímenes.

Al respecto, en un comentario que por su pertinencia transcribiremos, señalara Pablo de Greiff, lo siguiente;

“(…) a diferencia de lo ocurrido en Colombia, en el Cono Sur, el proceso se enmarcó claramente en un esquema de justicia transicional inherente al paso de la dictadura a la democracia. La pregunta central no era, cómo entre nosotros, qué hacer ante las violaciones múltiples y superpuestas de los derechos humanos, sino cómo encarar el hecho de que los agentes del régimen imperante eran culpables de violaciones masivas de los derechos humanos” (De Greiff, 2009, pág. 130).

El reto para las autoridades argentinas encargadas de investigar y sancionar tales crímenes fue bastante grande, puesto que se debía investigar y juzgar a quienes ostentaban aún el poder y no habían sido vencidos. Por este motivo, la justicia argentina se vio casi que obligada a *persuadir* a quienes se

presumía que habían cometido delitos en tiempos de la dictadura para que se sometieran a la justicia, y una vez sometidos, conservaron la capacidad de exigir bastantes beneficios y prerrogativas, imponiendo condiciones que dificultaron la consecución de finalidades propias de la justicia transicional, como son la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas.

Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

“Durante la década de 1970 la República Argentina atravesó un periodo de violencia política signada por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos desde el aparato estatal. A partir del regreso a la democracia, el Estado argentino ha tomado una serie de medidas tendientes a afrontar esos hechos. En cuanto a las medidas de carácter penal, se han atravesado diversas etapas que han oscilado entre la persecución y la impunidad. Actualmente los procesos penales están abiertos y no se observa una tensión entre Justicia y Paz. En momentos en que la persecución penal estaba impedida se llevaron a cabo procesos judiciales a fin de obtener información sobre las circunstancias de desaparición de las víctimas y sobre el funcionamiento del sistema represivo (*juicios por la verdad*). Respecto de las medidas no penales, se formó una comisión destinada a averiguar el destino de las personas desaparecidas por el régimen militar; se dictaron leyes y resoluciones con el objetivo de restituir, reparar a las víctimas, difundir el pasado represivo y fortalecer valores menospreciados por la dictadura; asimismo, se han creado archivos y espacios para la memoria y la defensa y promoción de los derechos humanos” (Ambos y Mallarino, 2010, pág. 133).

Transcurrido ya bastante tiempo del proceso de justicia transicional realizado en la Argentina, aún no se sabe si el mismo fue un éxito o un rotundo fracaso. Pues si bien, muchos de los investigados aceptaron su responsabilidad en hechos considerados como graves violaciones a los derechos humanos, así

como manifestaron su voluntad para reparar a las víctimas, no se lograron sanciones de pérdida de libertad para los perpetradores.

Por lo anterior, los organismos de derecho penal internacional debieron intervenir y realizar las condenas en otros países a los criminales argentinos respecto de los cuales se logró demostrar la comisión de crímenes atentatorios contra los derechos humanos en el periodo de la dictadura militar y que no pagaron penas en la Argentina (Sánchez, 2009, pág. 35).

9. Genealogía de la justicia transicional según Teitel

Teitel (2003) intenta trazar una genealogía histórica de la justicia transicional que se divide en tres momentos o etapas: la fase I, conocida como fase de posguerra y asociada a los juicios de Núremberg; la fase II, que se relaciona con lo que la autora denomina como un periodo de “acelerada democratización”, pues una vez caída la Unión Soviética muchos países, especialmente de Asia, África y Latinoamérica, dan el paso de regímenes políticos militares a regímenes democráticos, lo que exigía acudir a la justicia transicional para lograr la reconciliación de la sociedad; un tercer momento, de cierre de ciclo, en el cual la justicia transicional se estabiliza, deja de ser excepcional para convertirse en permanente, lo anterior debido a que en un mundo globalizado la violencia también deja de ser excepción.

Lo verdaderamente interesante de esta tercera fase es que Teitel (2003) vincula la justicia transicional con el Estado de derecho. La justicia transicional debe garantizar, al menos, un mínimo de Estado de derecho que permita la conservación de la paz. Se debe ser cuidadoso al leer este apartado del texto, pues la autora no habla sobre la posibilidad de alcanzar la paz por medio de la justicia transicional, puesto que la posibilidad que se abre es únicamente la de

conservar la paz por medio de la misma o, en otras palabras, impedir que los conflictos se reactiven.

Son muchos los factores que explican la necesidad de convertir la justicia transicional de excepción en regla, pero el que más se adapta al caso específico del Estado colombiano se relaciona con los denominados Estados débiles. La debilidad de un Estado amerita una implantación permanente de la justicia transicional. Amerita, igualmente, “cierto grado de concesiones en los estándares del estado de derecho” (Teitel, 2003, pág. 23).

Surge entonces la pregunta sobre la naturaleza de estas concesiones, puesto que las mismas no pueden ser de cualquier clase. Se trata de cierta forma de sustitución donde el derecho Internacional Humanitario pasa a convertirse en sustituto del Estado de derecho: “El establecimiento del Derecho Humanitario como el estado de derecho del presente restringe no sólo la forma en que se conduce la guerra, sino que también parece expandir el sistema humanitario para responder a aspectos más amplios del Derecho de la Guerra, incluyendo la justificación de su posible iniciación” (Teitel, 2003, pág. 24).

Lejos de ser un avance en la consecución de la paz, el discurso de la “autodefensa preventiva” por medio del cual se hace creer a la población que el peligro de una guerra es siempre inminente y permanente, pues este peligro siempre latente, deja vacías las distinciones entre guerra y paz o derecho y excepción. Esto ha conducido a que se adopten procedimientos a los que solo cabe calificar de irregulares o que se apartan ampliamente del derecho que predomina, pues hemos pasado así al imperio de la justicia de transición.

La conclusión que se impone es que el Estado de derecho no otorga una guía clara y suficiente para las situaciones de justicia transicional. Aquí el Estado de derecho sufre serias restricciones marcadas por el ámbito de lo político: “La capacidad del estado de derecho de sociedades en transición no se puede

esperar que opere al mismo nivel que los Estados que tienen un aparato jurídico liberal consolidado” (Teitel, 2003, pág. 26).

Igualmente, se debe indicar que Teitel (2003) describe mediante su método genealógico el surgimiento y posterior desarrollo de la justicia transicional a lo largo de todo el siglo XX, para concluir afirmando que, el modelo actual de justicia transicional (fase III) al apartarse del discurso universal que propugna el Estado de derecho lo único que logra es una crítica limitada (Cfr. Teitel, 2003, pág. 27), quiere decir lo anterior que, la justicia transicional lejos de obedecer una historia progresiva obedece a ciertos ciclos continuos que vienen a dejar en evidencia la influencia de lo político sobre lo jurídico.

Llegado el momento de indicar si el proceso de justicia transicional adelantado en nuestro país entre el gobierno Santos y las FARC se ubica en alguna de estas etapas o ciclos propuestas para la justicia transicional, se debe iniciar por indicar que la guerra de guerrillas que se libra en nuestro país fue la más prolongada del continente, ya que la misma debió haber tenido fin con la caída de la Unión Soviética y a la par del desarme de los grupos guerrilleros centroamericanos, tanto en el Salvador como en Guatemala. Sin embargo, las guerrillas colombianas encontraron en el negocio del narcotráfico los medios necesarios para continuar la guerra; que dejó de tener móviles ideológicos para pasar a tener móviles económicos.

Por lo tanto, podría pensarse que la justicia transicional en Colombia a atravesado por dos fases (I y II), sin embargo, la ubicación precisa de los acuerdos de paz entre el gobierno Santos y la cúpula de las FARC se encuentra en la tercera fase, en la cual aparecen nuevos actores, y entre ellos los Estados débiles en conflicto permanente (Teitel, 2003, pág. 22). Tal como indicamos atrás, el Estado colombiano es una especie de Leviatán derrotado que por décadas se ha disputado la soberanía del territorio con diferentes grupos

armados al margen de la ley, motivo por el cual la negociación se presentaba como la única salida.

9.1. El Tribunal Penal Internacional Para ex Yugoslavia – ICTY

Organismo creado por la Organización de las Naciones Unidas ONU, al considerar que en el territorio de la antigua Yugoslavia se venían cometiendo violaciones graves en contra de los derechos humanos. Su nombre oficial es el de *Tribunal Internacional Para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, desde 1991*. Su creación, se dio por intermedio de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, la cual fuera expedida el día 25 de mayo de 1993.

Al inicio de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU, puede leerse; “Expresando una vez más su profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tiene lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en le republica de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y retención del territorio”.

Frente a estas graves violaciones de los derechos humanos, el Consejo de Seguridad de la ONU, recomendó la creación de un tribunal internacional, al cual se le asigna competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que comprende los siguientes actos: a). Homicidio internacional, b). Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, c). Actos

deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud, d). Destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y llevados a cabo en gran escala en forma ilícita y arbitraria, e). Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, f). Privación de liberada aun prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías, g). Deportación, traslado o reclusión ilícita de un civil y h). Toma de civiles como rehenes.

Además de los anteriores, el Tribunal Internacional posee competencia para juzgar las violaciones de las leyes o usos de la guerra, como son; a). El empleo de armas toxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios, b). La destrucción arbitrara de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares, c). Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos, d). La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, e). El pillaje de bienes públicos y privados.

Igualmente, y dentro de la competencia del Tribunal Internacional recaen todos los hechos relacionados con el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, y entre estos últimos: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, y cualquier otro acto inhumano.

En cuanto a los aspectos temporales, la Competencia del tribunal Penal Internacional Para la ex Yugoslavia comprende los crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia con posterioridad al año de 1991. Y es en este sentido que el Tribunal se encuentra plenamente obligado a respetar la máxima de "*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*", consagrada en el artículo 15º del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Por lo cual el Tribunal se encuentra obligado a aplicar el derecho internacional humanitario convencional,

así lo expresa el ex embajador de Costa Rica ante las Naciones Unidas Jorge Rhenán Segura;

“(…) En ese sentido debe aplicar el Derecho Internacional Humanitario Convencional, así como el derecho internacional aplicado en los conflictos armados que está contenido en los siguientes instrumentos internacionales. Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra. La Convención de la Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra de tierras y sus respectivos anexos de 18 de octubre de 1907; la Convención Sobre la Prevención y la Represión el crimen de Genocidio de 09 de diciembre de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del 08 de agosto de 1945 que se toma para explicar el fundamento legal de la categoría de ‘crímenes contra la humanidad’” (Rhenán Segura, 2014, s.p.).

En la Resolución 827 de 1993, en relación con la cosa juzgada, se establece que, ninguna persona podrá ser sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario respecto de los cuales ya haya sido juzgado por el Tribunal Internacional. Sin embargo, las personas que hayan sido juzgadas por un tribunal nacional en razón de actos que constituyan graves violaciones al derecho internacional humanitario, podrán de nuevo, ser juzgadas, por el Tribunal Internacional, en los siguientes casos: a). El acto por el cual se sometió a juicio fue considerado delito ordinario y b). La vista de la causa por el tribunal nacional no fue imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

9.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Se creó por medio de la resolución Número 955 del 08 de noviembre de 1994 expedida por el Consejo de Seguridad de la ONU. Los orígenes de este tribunal se hayan en hechos ocurrido el 06 de abril de 1994, cuando el avión que transportaba al general Juvenal Habyarimana, entonces presidente de Ruanda, y a Cyprien Ntary Yamira quien se desempeñaba como presidente de Burundi, fuera derribado por un misil mientras despegaba del aeropuerto de Kigali, dejando como resultado la muerte de la totalidad de los ocupantes de la aeronave, incluidos los altos dignatarios.

Este hecho fue el detonante para que se iniciara uno de los conflictos armados más sanguinarios no solo del continente africano, sino de mundo entero en el siglo xx. Tropas de las Fuerzas Armadas Ruandesas, integrantes de la guardia presidencial y la policía, así como paramilitares, se alzaron en armas para acabar con los Tutsi, a quienes e acusaba del atentado que había acabado con la vida de su presidente, dando así origen a un genocidio que en aproximadamente seis meses acabo con la vida de un millón de personas, y desplazo a otros tantos.

Ante este desastroso panorama de casi un millón de muertos en seis meses, y millares de desplazados, el Consejo de Seguridad de la ONU, emitió la Resolución No. 955 del 08 de noviembre de 1994, en la cual se establece;

“El Consejo de Seguridad (...) Reafirmando todas sus resoluciones anteriores sobre la situación en Ruanda (...) Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario, (...) Habiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una

amenaza a la paz y la seguridad internacionales (...) Decidido a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables (...) Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitiría alcanzar este objetivo y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz (...) Estimando que la creación de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y demás violaciones antes mencionadas del derecho internacional humanitario contribuirá a que se ponga fin a esas violaciones y a que sean reparadas efectivamente”.

La competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se encuentra establecida en su artículo 1º, el cual a la letra reza; *“El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 según las disposiciones del presente Estatuto”.*

En los demás aspectos propios de la competencia puede tomarse como válido para este apartado lo que ya se dijo sobre la competencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Esto, con la intención de no repetirnos en forma innecesaria.

Sin embargo, fuertes críticas han llovido en relación con el contenido del artículo 1º, en el cual se establece la competencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Así por ejemplo, encontramos la opinión, bastante crítica por demás, de Olivier Dubois, profesor de la Universidad Católica de

Lovaina, y quien señala que Ruanda no podía aceptar la competencia *ratione temporis*, que limita la competencia del Tribunal Internacional a los hechos ocurridos en el año de 1994, pues la hacerlo de esta forma, se está aceptando que estos ochos surgieron de la nada, sin una causa y sin unos antecedentes históricos y políticos claros y definidos. Y por lo tanto se estaría renunciando a la persecución y juzgamiento de los verdaderos responsables.

Pues señala Olivier Dubois que los hechos ocurridos en el año de 1994 habían sido pre/ordenados con anterioridad, señala como prueba de ello, las masacres a pequeña escala que ya se habían cometido, hechos de los cuales el Comité de Seguridad de la ONU ya había tenido conocimientos desde el año de 1993, y quien en un comportamiento abiertamente negligente, no tomo medidas a tiempo, que hubieran podido evitara e fatídico desenlace posterior.

Surge así uno de los argumentos críticos que más han acompañado la creación de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc, según el cual, con los mismos, la ONU ha busca castigar a los responsables de situaciones que perfectamente se hubiera podido evitar por medio de una intervención oportuna.

Retomando a Olivier Dubois, quien hace una larga serie de críticas que nos desviarían de la temática central de ese trabajo, basta señalar solo otro aspecto negativo, según el cual, Ruanda manifestó su inquietud al considerar que los países que apoyaron el régimen genocida fueron los mismo que participaron en el proceso de elección de los miembros del Tribunal Internacional (Dubois, 1993, pág. 763).

10. Dos experiencias de justicia transicional en Colombia

Mediante la Ley 975 de 2005, conocida popularmente como Ley de Justicia y Paz, se buscaba facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de los grupos armados al margen de la Ley que se

hubieren desmovilizado en forma individual o colectiva y, especialmente, de quienes habían pertenecido a las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Esta norma representa uno de los pilares fundamentales de la justicia transicional en nuestro país y, en consecuencia, debiera estar llamada a marcar el derrotero de los posteriores procesos de paz, sin embargo, esto no ha sido así, puesto que entre el proceso de desmovilización y reinserción a la vida social promovido por la Ley 975 de 2005 y el proceso de justicia transicional adelantado entre el gobierno Santos y las FARC se presentan grandes diferencias. Si bien, la historia de la justicia transicional en nuestro medio es reciente, no puede afirmarse que la misma haya obedecido a un desarrollo progresivo y homogéneo, por el contrario, el proceso de paz con las FARC implicó un empezar desde ceros, ya que se hizo necesaria la construcción de un nuevo modelo de justicia transicional que atendiera a las específicas situaciones del acuerdo y a las exigencias impuestas por las FARC, en este punto resulta vital considerar que el proceso de paz con las AUC obedeció a un sometimiento de grupos armados ilegales, mientras que en el proceso de paz con las FARC nunca se habló de sometimiento, sino de negociaciones, lo anterior debido a que este grupo insurgente nunca fue derrotado por el Gobierno nacional, en consecuencia, las FARC pudieron sentarse a la mesa a plantear exigencias que simplemente resultaban impensables para las AUC.

Muchas de las exigencias formuladas por las FARC son justamente las que vienen a poner en tela de juicio la figura del Estado de derecho, incluyendo, por supuesto, la tridivisión de poderes y la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales.

El objetivo de este acápite consiste en identificar dichas diferencias entre las negociaciones celebradas con las AUC y el proceso de paz llevado a cabo

con las FARC, señalando como en esta última negociación se vulneran más principios e instituciones que son propias del Estado de derecho.

La primera gran diferencia entre el proceso adelantado bajo la Ley 975 y el proceso adelantado con las FARC radica en que a este último grupo armado al margen de la ley se le reconoció cierto estatus político, lo que no ocurrió con los miembros de las AUC bajo la Ley 975 de 2005. En consecuencia, con las AUC se presentó un proceso de sometimiento a la justicia, mientras que con las FARC se presentó un proceso de paz en el cual las dos partes (Estado y guerrilla) se reconocían como interlocutores políticos válidos. Lo que explica por qué las FARC lograron conseguir mayores márgenes de negociación y, así mismo, mayores beneficios. El tema no deja de ser espinoso, ya que, si bien se debe reconocer que en sus inicios las FARC fueron un grupo con claros ideales políticos y revolucionarios destinados a subvertir y reemplazar el orden político existente, dichos ideales no permanecieron en el tiempo y, por el contrario, degeneraron en una serie de conductas que ponen en entredicho el estatus político que se le ha asignado al grupo subversivo. Entre las conductas que desdibujan el estatus político de las FARC, solo por mencionar algunas, se deben indicar las siguientes: el complejo nexo entre las FARC y el narcotráfico; el reclutamiento forzado de menores, los ataques contra la población civil, la instauración del aborto como práctica obligada, etc. Por lo tanto, resultado necesario implementar una ley que estableciera la conexidad entre los delitos políticos y otros delitos que no poseen la naturaleza de tales, tal como sucede con el narcotráfico. Queda aún por ver qué sucede con los “delitos atroces” que sean denunciados ante cortes internacionales.

Otra de las grandes diferencias que se debe señalar entre el sometimiento de las AUC y el proceso de paz llevado a cabo con las FARC radica en que estas últimas lograron que se les concediera su solicitud de ser juzgadas por una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), integrada por salas de justicia y un tribunal que fue creado *ex post facto* y en forma exclusiva para juzgarlas.

Mientras que en el caso de las AUC sus miembros fueron juzgados por tribunales superiores organizados para tal fin por la Corte Suprema de justicia, mientras que las investigaciones fueron adelantadas por la Fiscalía.

La anterior concesión se logró gracias al discurso de las FARC por medio del cual se promovió la idea de que las autoridades judiciales existentes, incluidas las Altas Cortes y la propia Fiscalía General de la Nación, no garantizaban condiciones de idoneidad e imparcialidad para llevar adelante su juzgamiento tras una eventual desmovilización. Si bien, en los procesos de justicia transicional es una práctica bastante común la creación o implementación de tribunales *ex post facto*, lo verdaderamente importante aquí es el descrédito en que se ha sumido a las instituciones encargadas de administrar justicia en nuestro país.

A las FARC se les concedió una amnistía bastante amplia. Se debe aquí considerar que, además de la participación política, a las FARC se les aplicaran penas efectivas que oscilan entre los cinco (5) y ocho (8) años de restricción efectiva de la libertad bajo vigilancia y control; quiere esto decir que dicha pena no se cumplirá en un establecimiento carcelario. En el caso de las AUC se fijó una pena de prisión intramuros que osciló entre los 5 y 8 años, y que fue aplicada por igual para comandantes y combatientes rasos, y sin importar el tipo de crimen cometido.

Aquí es donde surge o se hace evidente otra diferencia que presenta gran importancia y que se relaciona con los denominados crímenes de “lesa humanidad”. La pena que oscilaba entre 5 y 8 años y que fue impuesta a los exintegrantes de las AUC cobijaba los crímenes de *lesa humanidad* que estos hubiesen cometido, bajo la condición de que estos fueran confesados y reconocidos, buscando con ello garantizar el derecho a la verdad que les asistía a las víctimas. Para el caso de las FARC tenemos que, la JEP no contempla frente a los crímenes de *lesa humanidad* ninguna modalidad de amnistía o indulto, sin embargo, cuando el responsable acepte su responsabilidad en los

mismos será cobijado con la pena efectiva ya indicada, que no es pena de prisión, y que oscila entre los 5 y 8 años. A pesar de la gran similitud de las dos situaciones, una diferencia radical salta a la vista: el componente de verdad exigido a las AUC fue mucho más severo que el exigido a las FARC.

En relación directa con lo anterior se debe considerar que, la consecución de la verdad quedo supeditada en el proceso con las AUC a la confesión que hicieran los propios desmovilizados. Mientras que, en el proceso con las FARC, se ha optado por crear una Comisión de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, que tiene como principal finalidad establecer las causas históricas del conflicto.

Si bien, la creación de dicha Comisión... puede considerarse en parte como necesaria, también es cierto que la misma exime a los exintegrantes de las FARC de reconocer la totalidad de la verdad en muchos crímenes, los cuales se dieron en ocasión del conflicto. Esto puede verse como parte de la estrategia de las FARC por limpiar su imagen e intentar ingresar en franca lid en la contienda política, pues desde los inicios del proceso de paz las FARC se han mostrado reacias a aceptar su participación en muchos de los crímenes que se les han endilgado.

Por último, se debe indicar que, en el acuerdo con las FARC quedo plasmada en forma taxativa la prohibición de acudir a una figura como la extradición. En el caso de las AUC muchos de sus cabecillas fueron extraditados a los Estados Unidos de Norteamérica.

En síntesis, existen grandes diferencias entre el sometimiento de las AUC a la justicia y el acuerdo de paz celebrado con las FARC, puesto que este último grupo armado conto con una mayor capacidad de negociación, lo que en últimas se vio reflejado en los beneficios que logro obtener, algunos de ellos bastante

lesivos para la institucionalidad y, especialmente, para la Rama judicial y su credibilidad.

11. Discusión final

Tras cincuenta años de conflicto armado ininterrumpido el Estado colombiano se encuentra por fin, ad portas, de lograr la paz con la que es considerada la guerrilla más antigua del continente, la guerrilla de las FARC. En este propósito el gobierno Santos empeño todo su capital político y en esto centro la casi totalidad de su gobierno. La búsqueda de la paz condujo al gobierno Santos a adelantar una compleja negociación con la cúpula de las FARC, en esta negociación las partes se sentaron a dialogar de igual a igual: por un lado, un Estado débil, que a pesar de una considerable inversión armamentística y de dedicar una considerable parte de su presupuesto a la guerra no ha logrado derrotar a las FARC; al otro extremo de la mesa, la cúpula de las FARC, que es quizás, a estas alturas, la guerrilla más viejas del continente, un verdadero anacronismo, especialmente cuando se considera la lucha de guerrillas como una cosa ya superada.

La longevidad de las FARC solo puede ser explicada en razón a la compleja amalgama con el secuestro, la extorsión y el narcotráfico. Una vez ocurridos los diversos cambios geopolíticos que condujeron al fin de la Guerra fría y a la caída del muro de Berlín, la mayor parte de guerrillas que aún quedaban en Centroamérica, África o Asia decayeron, sin embargo, las FARC lograron continuidad en el tiempo debido a que el lucrativo negocio del narcotráfico les ha permitido financiar sus diversas actividades.

Tenemos entonces que, si bien, en un principio la lucha armada de las FARC estuvo motivada por un claro componente ideológico político de marcada

tendencia izquierdista, con posterioridad dichos ideales caen en el olvido y se da paso a actividades de secuestro, extorsión y narcotráfico como medios para sufragar los elevados costos de la lucha armada.

El hecho de que las FARC hayan logrado perdurar por tan largo tiempo deja en evidencia la incapacidad de lograr una salida al conflicto por la vía armada y, en consecuencia, el dialogo y la negociación se presentan como la única salida viable. No creemos, por lo tanto, que existiera otra salida distinta que el dialogo para dejar atrás décadas y décadas de conflicto armado.

El problema radica en las condiciones en que dicho dialogo se ha dado, pues tal como se indica en las conclusiones, muchos de los acuerdos pactados vienen a desconocer principios esenciales del Estado de derecho y, entre ellos, especialmente, la tridivisión de poderes, pues si algo se ha constatado en el desarrollo de la presente investigación es que en nuestro medio el ejecutivo concentra una gran cantidad de poder, capaz de dar al traste con el equilibrio de poderes que debiera existir entre las diferentes ramas del Poder Público. A tal punto que, como lo hemos señalado ya en muchas ocasiones, se hace de una política de un gobierno determinado una política de Estado, yendo aún en contravía del interés y de la expresión popular.

Resulta claro que cuando el pueblo colombiano voto en las urnas por el “NO” ante los acuerdos de paz, no le estaba cerrando las puertas a la solución pacífica del conflicto, tan solo se oponía a un acuerdo que promete impunidad, ausencia de reparación y el descrédito de algunas de las más importantes instituciones del Estado colombiano, verbigracia, la Rama judicial.

En consecuencia, si bien, hemos considerado desde las primeras líneas de este trabajo que la paz debía ser alcanzada aun a costa de efectuar ciertos sacrificios institucionales, la pregunta que surge se relaciona con el costo a largo plazo de dichos sacrificios a mediano y largo plazo, sus efectos colaterales.

El breve tiempo transcurrido desde la firma del Acuerdo Final genera una serie de cuestionamientos sobre esos efectos colaterales: cómo interpretar el fracaso de las FARC en las urnas en las pasadas elecciones parlamentarias de 2018; no se puede hablar de paz cuando vemos que muchos de los desmovilizados de las FARC, ante los incumplimientos por parte del gobierno, están abandonando las zonas de concentración para integrar nuevas estructuras delictivas; no se puede hablar de paz cuando continuamos siendo uno de los países más inequitativos del orbe; no se puede hablar de paz cuando día a día vemos como se asesina a los líderes sociales en los diferentes rincones del país.

El gran fracaso de nuestros procesos de paz, de todos nuestros procesos de paz, radica en eso que Uprimny llama en forma acertada una justicia transicional sin transición; aquí se ha querido lograr la paz mediante normas que no tienen ningún impacto en la realidad y en la sociedad. Cuando el camino correcto sería el de generar cambios sociales, económicos y políticos, una verdadera transición, capaz de conducirnos en forma definitiva e indefectible a una paz estable y duradera.

CONCLUSIONES

Se debe iniciar por señalar que el Acuerdo Final (firmado en la ciudad de Cartagena el 24 de noviembre de 2016) introduce ciertos cambios a los Acuerdos de La Habana, sin embargo, estos cambios no necesariamente pueden considerarse sustanciales, puesto que, en últimas, los dos documentos guardan una excesiva similitud. Esta precisión se efectúa debido a que, en su momento, los medios de comunicación informaron que los cambios habían sido sustanciales, afirmación con la cual faltaron a la verdad.

La gran conclusión que se impone tras realizar la presente investigación, radica en el hecho de demostrar que mediante los Acuerdos se entregaron a la JEP facultades que pueden ser consideradas como desproporcionadas y que vienen a chocar con la estructura y el funcionamiento del Estado de Derecho. La JEP no se integra naturalmente a la estructura del Estado colombiano, específicamente a la Rama Judicial; se trata de una institución totalmente desconectada, una verdadera “isla” o “rueda suelta” cuyo poder ilimitado termina por poner en riesgo la Democracia y contravenir la naturaleza del Estado.

Las conclusiones particulares que pueden extraerse de la presente investigación son las siguientes:

Primera conclusión. Se eleva una política de gobierno a rango constitucional: Si bien, se acepta que las partes involucradas en una negociación efectúen concesiones destinadas a alcanzar un acuerdo, no se puede aceptar que dichos compromisos se conviertan en una camisa de fuerza para los gobiernos venideros, más si se considera que los mismos podrían no tener una orientación ideológica afín con el gobierno Santos. Cuando la política

de un gobierno particular se eleva a rango constitucional, se está deslegitimizando la Carta Política, la cual pierde en credibilidad y legitimidad.

Sobre esta conclusión se deberá considerar que, desde el momento mismo en que los Acuerdos de La Habana estuvieron finalizados, el Gobierno se esforzó por otorgarles un blindaje jurídico, por medio del cual ha perseguido garantizar su estabilidad jurídica y política a futuro; pues siempre estará latente el riesgo de que un gobierno venidero opte por desconocer dichos Acuerdos. En síntesis, el gobierno Santos convirtió los Acuerdos en una política de Estado obligatoria para futuros gobiernos, con el agravante de que los Acuerdos habían sido rechazados por el pueblo en las urnas.

Segunda conclusión. Ambigüedad y poca claridad de los Acuerdos: El Gobierno no indica en el Acuerdo final cuál es su “espíritu” ni cuáles de sus contenidos son “compromisos” o “principios rectores”. En ninguna parte de las 310 páginas que conforman el denominado *Acuerdo Final* se explica si las prerrogativas que se conceden a la guerrilla gozan de la calidad de derechos fundamentales o si corresponden al Derecho Internacional Humanitario. Así mismo, no se explica cuáles son los derechos conexos con los anteriores.

Esta omisión sobre el espíritu y los principios que orientan y rigen los Acuerdos corresponde a lo que aquí hemos denominado como una “omisión intencionada”, puesto que, al pretermitir el señalamiento sobre estos elementos, se posibilita que cualquier interpretación resulte posible, lo que le permitirá, a futuro, efectuar la implementación de los Acuerdos en la forma en que mejor se ajuste a los intereses del Gobierno.

Tercera conclusión. Desconocimiento de la división de poderes: Aplicando la teoría de Ibáñez (2012) al caso colombiano, y específicamente a lo que sucedió con la aprobación de los Acuerdos de Paz, tendríamos una situación en la cual una de las Ramas del Poder Público (La Ejecutiva) promovió leyes por medio de las cuales interviene sobre controversias ya instauradas e incluso

decididas por la Rama Judicial. En este punto se podría entrar a considerar que el Gobierno (Rama Ejecutiva del Poder Público) está obstruyendo la función que de forma exclusiva le corresponde a la Rama Judicial. Sin embargo, no podemos estar completamente seguros de que tal interpretación sea la más acertada, puesto que se debe entrar a considerar que la intervención que la Rama Ejecutiva ha realizado en las funciones de competencia exclusiva de la Rama Judicial podrían, en este caso específico, no ser del todo arbitrarias, debido a que nos encontramos en pleno desarrollo de un proceso de justicia transicional. Ante esta compleja disyuntiva, solo estamos en capacidad de indicar que, si bien, la paz es un valor superior, no resulta admisible pretender su materialización a través del desconocimiento de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, y entre ellos el de separación de poderes.

Lo anterior se explica, así sea parcialmente, cuando se considera que en el caso específico de nuestro país –Colombia–, resulta claro que si bien opera la tridivisión de poderes, tanto en lo orgánico como en lo funcional, no se puede desconocer que el Ejecutivo concentra una mayor cantidad de poder en relación con las demás Ramas del Poder Público. Al otorgar tanto poder a la Rama Ejecutiva se corre el riesgo de que el Estado termine “capturado”, tanto por grupos como por individuos que propenden por la satisfacción de intereses privados que inequívocamente conducen a la corrupción. A lo que se suma que cuando se carece del equilibrio de poderes, se hace más difícil que se pueda combatir la corrupción, conduciendo así a un verdadero círculo vicioso, tal como el que actualmente atraviesa nuestro país.

Cuarta conclusión. El cuestionable papel del Consejo Superior de la Judicatura en la JEP: No tiene ningún sentido –fundamento– normativo el hecho de que se le atribuya al Consejo Superior de la Judicatura la facultad de resolver los conflictos de competencia que se presenten entre la JEP y la justicia ordinaria o militar. Puesto que se debe considerar que el Consejo Superior de la Judicatura no posee ninguna experiencia en esta materia.

Quinta conclusión. Se desconoce al Consejo de Estado y su jurisprudencia: El papel que se le dio al Consejo de Estado dentro de la JEP puede ser calificado como bastante “pobre”, puesto que se desconoció que desde 1998 el Consejo de Estado viene aplicando la reparación integral de conformidad con lo señalado por la CIDH, e incluyendo en sus sentencias la reparación integral, que comprende, además de lo económico, la reparación simbólica y las garantías de no repetición. En consecuencia, cuando el Gobierno señala que la JEP podrá tomar decisiones para lograr la reparación integral en casos ya decididos por el Consejo de Estado, está demostrando un total desconocimiento de lo que desde hace ya algún tiempo viene haciendo esta alta corporación.

Sexta conclusión. Sobre la sustitución de la Constitución: La propuesta contenida en el Acto Legislativo 01 de 2016 sustituye la Constitución Política. Punto en el cual se debe acoger la argumentación de la magistrada María Victoria Calle Correa cuando habla de la susceptibilidad de **adaptación transicional**, concepto a partir del cual logra concluir que una Constitución debe tener procedimientos de enmienda, incluso debe consagrar los procedimientos para su sustitución, pero lo que no puede hacer es convertirse en un pacto tan rígido que propicie su propia destrucción. El discurso implícito en la argumentación de la magistrada ponente apunta a señalar que, de no alcanzarse la paz con las FARC, serán la propia Constitución de 1991 y el orden constitucional que la misma sostiene lo que estará en riesgo de desaparecer.

El argumento expuesto por la magistrada María Victoria Calle Correa resulta lógicamente coherente, sin embargo, desconoce los elementos facticos que han rodeado la firma de los Acuerdos, y que han llevado a desconocer y poner en riesgo el orden constitucional que la Carta Política de 1991 enarbola. Retomamos así una de las ideas que acompañó el desarrollo de la presente investigación, y según la cual, si bien tras más de 50 años de conflicto urge alcanzar la paz, la misma no puede ser obtenida al precio de socavar los pilares que sustentan el Estado Social de Derecho. Bajo esta perspectiva, los fallos de

la Corte Constitucional resultaron permeados por la influencia arbitraria del Gobierno y se prestaron para blindar jurídicamente unos Acuerdos que habían sido rechazados por el pueblo en las urnas, y que además convierten en política de Estado los compromisos adquiridos entre un Gobierno específico y la cúpula de las FARC.

Séptima conclusión. Se relativizó el principio de cosa juzgada: El temor que manifiesta el Consejo de Estado ante la posibilidad de que se termine por relativizar la cosa juzgada no es infundado, puesto que el Acuerdo Final claramente establece dicha posibilidad, la cual quedo consignada en el párrafo 2º de artículo 52, el cual, a su vez, remite al artículo 58 *ejusdem*: “**Acuerdo Final. Artículo 52, párrafo 2º:** Tendrá otra Sección de revisión de sentencias, con la función de revisar las proferidas por la justicia, de conformidad con lo establecido en el numeral 58. A petición del sancionado, recibirá los casos ya juzgados por órganos jurisdiccionales o sancionados por la Procuraduría o la Contraloría, siempre que no vayan a ser objeto de amnistía o indulto. Ejercerá cualquier otra función establecida expresamente en este documento”.

Adicionalmente, la JEP podrá variar la calificación jurídica de las conductas que investigue y que ya hayan sido calificadas por otras autoridades. A esta conclusión se llega, sin mayores dificultades, tras consultar el artículo 19 del Acuerdo Final, donde se señala que la JEP podrá variar la calificación jurídica que hayan hecho otras autoridades en relación con conductas administrativas, disciplinarias y penales. De nuevo aquí la “ambigüedad” en la redacción del Acuerdo Final se hace patente, puesto que menciona en forma genérica a las “autoridades judiciales”, evitando así hacer referencia a las autoridades en materia penal y, específicamente a la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia.

Octava conclusión. Se desnaturalizó la acción de tutela al convertirla en un recurso ordinario dentro de la JEP: Con la medida adoptada por medio

del artículo 52 del Acuerdo Final se convierte la Acción de Tutela en un recurso ordinario, desnaturalizando así la esencia de esta Acción Constitucional.

Lo más acertado hubiese sido, tal como lo señala el Consejo de Estado, efectuar una reforma constitucional, con lo cual se hubiera evitado desnaturalizar la Tutela. Sin embargo, en su afán por lograr que los Acuerdos fuesen aprobados a como diera lugar, el Gobierno optó por convertir la Acción de Tutela en una especie de recurso ordinario dentro de la JEP, con el agravante de que el funcionamiento de este recurso no se especifica en el Acuerdo Final. A lo que se suma la incertidumbre de no saber si se van a respetar los sólidos lineamientos que la Corte Constitucional ha establecido en relación con la procedencia de la Acción de Tutela frente a sentencias judiciales.

Por tal motivo, el Gobierno debió, en su momento, acoger la propuesta del Consejo de Estado, al considerar que lo más acertado hubiera sido una reforma constitucional que comprendiera los siguientes aspectos: a) Determinar con claridad la competencia de los jueces de la JEP frente a tutelas relacionadas con hechos ocurridos en razón del conflicto, b) Determinar con claridad la resolución de las tutelas que se interpongan en contra de las sentencias emitidas por los magistrados de la JEP, punto en el cual se debería entrar a considerar si se deben seguir todos los extensos y complejos lineamientos que ha elaborado la Corte Constitucional en torno a la posibilidad de recurrir a la Acción de Tutela para controvertir decisiones judiciales y c) Determinar el trámite de las tutelas que se impetren contra el TEP para defender el debido proceso.

Novena conclusión. La JEP asume funciones que eran propias del Gobierno: Mediante la Ley 1820/2016 el Gobierno “traspasa” su competencia en relación con el indulto a la JEP, específicamente a la Sala de Indulto y Amnistía. Por lo tanto, si nos atenemos al tenor literal del artículo 201 superior, el contenido de la Ley 1820/2016 devendría inconstitucional. Lejos de tratarse de un error del Gobierno Santos, lo consagrado en la Ley 1820/2016 constituye una hábil y

elaborada argucia jurídico-política, por medio de la cual el Gobierno “traspasa” una de sus facultades a la JEP con el claro objetivo de evitar que futuros Jefes de Estado, que no compartan lo consignado en el Acuerdo Final, puedan frenar o entorpecer lo relacionado con la concesión de indultos y amnistías a los desmovilizados de las FARC.

Novena conclusión. La JEP usurpa funciones legislativas: La JEP gozara de la facultad para expedir las normas de carácter sustantivo y procesal que regulen su propio funcionamiento, tal como lo indica el artículo 46 del punto 5 sobre víctimas del Acuerdo Final, a partir del cual se puede afirmar que entrara a operar como una especie de “rueda suelta” al interior del Estado, sin poseer vinculación o nexo alguno con la ya existente Rama judicial.

En su momento y frente a esta situación, el Consejo de Estado (2016) expresó su preocupación y propuso, en forma bastante diplomática, que se debería propender por el trabajo armónico de todas las jurisdicciones existentes en el país: “La Rama Judicial puede brindar apoyo a la JEP y participar en su reglamentación e implementación, porque tiene una larga tradición en la administración de justicia, específicamente en el conocimiento de hechos del conflicto, en investigación, juzgamiento y sanción de responsables, la reparación de víctimas y el tratamiento de la responsabilidad de personas jurídicas de derecho público. Este apoyo debe darse desde la reglamentación de la JEP y así procurar un trabajo armónico entre las jurisdicciones operantes en el país. Ello implica participar en su conformación, fijar procedimientos claros, establecer un sistema probatorio concordante con las necesidades de la nueva jurisdicción y con los procesos vigentes en Colombia, y recoger los aprendizajes de las experiencias del país para depurar el modelo de justicia transicional en Colombia” (pág. 7).

Sin embargo, el Gobierno se decantó siempre por una posibilidad completamente opuesta; permitir que la JEP funcione como una rueda suelta al

interior del Estado y, especialmente dentro de la Rama Judicial. La idea de mantener esta desconexión entre la JEP y las demás Ramas del Poder Público podría deberse, tal como lo hemos venido indicando, al afán del Gobierno por blindar las decisiones que a futuro tome esta jurisdicción (JEP). Se salvaguarda así el funcionamiento de la JEP, pero se sacrifican muchos de los principios y valores que deberían orientar el funcionamiento del Estado de acuerdo con la teoría de la tridivisión de poderes.

No puede quedar entonces duda de que además de funcionar como ruedas sueltas al interior del Estado, los órganos que integran la JEP, están usurpando funciones que en “condiciones normales” corresponderían a la Rama Legislativa del Poder Público.

Decima Conclusión. Elección de los magistrados de la JEP e imparcialidad: Uno de los puntos más polémicos en los Acuerdos de La Habana se relacionaba con la posibilidad de elegir como miembros del TEP a magistrados extranjeros. Este punto fue objeto de álgidos debates y fuertes críticas, pues no existía un criterio sólido que permitiera sustentar tal decisión, ya que si lo que se deseaba era contar con la opinión y las recomendaciones de expertos internacionales, su participación se encontraba más que garantizada bajo la figura de los “asesores internacionales”, sin que fuera necesario que se les otorgara el cargo de magistrados.

Según lo informaron en su momento los medios de comunicación, este fue uno de los puntos que sufrió modificaciones en el Acuerdo Final, sin embargo, esta es una aseveración que compartimos con cierta reserva, ya que no resulta del todo claro cómo se modificó la participación de los extranjeros en el TEP, punto sobre el cual puede leerse en el artículo 65, punto 5 (Victimas), del Acuerdo Final, el siguiente adefesio jurídico: “Acuerdo Final. Artículo 65, punto 5 (Victimas). El Tribunal para la Paz estará conformado por magistrados colombianos en secciones de 5 integrantes. Excepcionalmente, a solicitud de las

personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sección que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio. Deberán elegirse 20 magistrados colombianos titulares, y además 4 juristas extranjeros. Estos últimos actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes al caso. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participaran en los debates de la Sección en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto. (...) Todos ellos deberán estar altamente calificados y deberá incluirse expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del DIH, Derechos Humanos o resolución de conflictos. El Tribunal deberá ser conformado con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres y respeto a la diversidad étnica y cultural, y será elegido mediante un proceso de selección que de confianza a la sociedad colombiana y a los distintos sectores que la conforman. (...) Para ser elegido Magistrado del Tribunal para la Paz deberán reunirse los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado de Colombia. En ningún caso se aplicará un sistema de carrera”.

La participación de los extranjeros en el TEP continua, solo que ahora tendremos un Tribunal integrado por: a) 20 magistrados colombianos y b) 4 juristas extranjeros, estos últimos actuarán en calidad de “*amicus curiae*” y tendrán entre otras las facultades de aportar un concepto (*amicus curiae*) en el caso bajo examen. Igualmente, podrán participar en los debates en las mismas condiciones de los magistrados, con la excepción de que no tendrán derecho a voto.

La selección de los magistrados y demás funcionarios de la JEP estará a cargo de un “Comité de Escogencia”, el cual aparece consignado el en artículo 5.1.1.1.5. del punto 5 (Victimas) del Acuerdo Final, en donde podemos leer: “El

“Mecanismo de selección de los Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz” acordado por las partes el 12 de agosto de 2016 para la selección de magistrados, fiscales y demás integrantes de la Jurisdicción Especial para la Paz, será el comité de escogencia encargado de seleccionar y nombrar a los 11 comisionados y comisionadas de la CEVCNR así como a su Presidente o Presidenta (...) Todos los integrantes del comité de escogencia deberán inspirar confianza en la ciudadanía. (...) La selección se basará exclusivamente en las postulaciones y la elección tendrá en cuenta criterios de selección individuales como la idoneidad ética, la imparcialidad, la independencia, el compromiso con los derechos humanos y la justicia, la ausencia de conflictos de interés, y el conocimiento del conflicto armado, del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, y la reconocida trayectoria en alguno de estos campos. La selección de los/as comisionados/as también deberá tener en cuenta criterios colectivos como la participación equitativa entre hombres y mujeres, el pluralismo, la interdisciplinariedad y la representación regional”.

Al revisar el “Comunicado Conjunto No 88, La Habana, Cuba, 12 de agosto de 2016”, tendríamos que indicar que el Comité de Escogencia deberá estar integrado por: a) Su Santidad el Papa Francisco, b) El Secretario General de las Naciones Unidas, c) La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, d) La delegación en Colombia del Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ), e) La Comisión Permanente del Sistema Universitario del Estado.

La escogencia de estos magistrados habrá de obedecer a un amplio catálogo de exigencias o criterios, entre ellos: la idoneidad ética, la imparcialidad, la independencia, el compromiso con los derechos humanos y la justicia, la ausencia de conflictos de interés, y el conocimiento del conflicto armado, del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, y la reconocida trayectoria en alguno de estos campos. Así mismo, se deberán tener en cuenta criterios colectivos como la participación equitativa entre hombres y mujeres, el pluralismo, la interdisciplinariedad y la representación regional.

Llegados a este punto debemos recordar que uno de los elementos que siempre se predicó como un “peligro” para la selección de jueces imparciales, radicaba en la posibilidad de que las FARC o el Gobierno pudieran participar o incidir en la elección de los magistrados de la JEP. Posibilidad que simplemente quedo abolida en el Acuerdo Final. Sin embargo, aún es demasiado pronto para poder saber si la elección será transparente y obedecerá a todos los principios o criterios señalados en el Acuerdo Final.

Undécima conclusión. Desconocimiento de la figura del *amicus curiae*: La figura del *amicus curiae* es de larga data en la Ciencia del Derecho, su origen se remonta hasta el Derecho Romano. Se trata, de un tercero imparcial ajeno al litigio y al proceso, que por considerar que tiene algo que aportar al mismo en relación con un aspecto que se le ha escapado a la Corte, decide intervenir. Por lo general, dicha intervención se realiza por escrito: “El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos” (CIDH, 2009, p. 17).

El reproche que sobre este punto se le debe hacer al Acuerdo Final, resulta simplemente incontestable: el *amicus curiae* abre la posibilidad de que un tercero, cualquier tercero ajeno al proceso y al litigio, intervenga para dirigir la atención de la Corte sobre un punto determinado que al parecer del *amicus curiae* no ha sido considerado, o de haberlo sido no se le ha considerado en la forma adecuada. Esto es totalmente diferente a lo propuesto en el Acuerdo Final, donde se señala que solo cuatro personas, necesariamente extranjeras, habrán de cumplir las funciones de *amicus curiae*, con lo cual no solo se contraría la naturaleza de esta figura, sino que además se excluye al resto de la población de participar en los procesos que adelante el TEP en tal calidad (*amicus curiae*).

APENDICE METODOLÒGICO

1. Problema jurídico (problema de investigación)

La Jurisdicción Especial para la Paz y, específicamente, el Tribunal para la Paz, tal como han sido planteados en los Acuerdos de La Habana y en el Acuerdo Final, parecen ir en contra de la estructura y funcionamiento del Estado, especialmente del Estado de Derecho, puesto que parecen atentar contra elementales principios administrativos y constitucionales que deben regir su funcionamiento, y entre ellos, la separación de poderes y la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales. En consecuencia, surge la pregunta sobre si ¿el acuerdo de paz adelantado entre el gobierno Santos y la cúpula de las FARC respeta los principios administrativos y constitucionales que deben regir el funcionamiento del Estado colombiano, y entre ellos la separación de poderes y la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales?

2. Hipótesis

La consecución de la paz al interior de un país que lleva ya más de 50 años estancado en un conflicto armado interno, exige la realización de ciertos “sacrificios” y concesiones, sin embargo, lo ideal es que la paz se alcance sin sacrificar los principios rectores que deben guiar el funcionamiento del Estado, y tal como se encuentran actualmente planteados en el Acuerdo Final, se pasan por alto dichos principios, y por lo tanto conduce a la construcción de una paz que se asienta sobre el desconocimiento de la institucionalidad estatal, y nada

nos garantiza que una paz construida en tales condiciones sea, en verdad, estable y duradera.

3. Planteamiento y desarrollo de la línea de investigación

Esta investigación pertenece al área de Derecho Administrativo, específicamente a la línea de investigación denominada “Hombre, sociedad y Estado”, cuyo desarrollo estará guiado por los parámetros de revisión de la normatividad internacional, la normatividad interna, la jurisprudencia y la doctrina, incluyendo necesariamente los Acuerdos de Paz que el Gobierno Santos ha suscrito con las FARC.

Tipo de Investigación

Esta es una investigación netamente jurídica, cuyo problema se circunscribe estrictamente al análisis de las tensiones normativas y político-jurídicas desatadas tras conocerse el contenido de los Acuerdos.

Se trata de una investigación estrictamente *exploratoria*, que pretende estudiar la coyuntura jurídico-política que actualmente atraviesa el país al celebrarse los Acuerdos de Paz con las FARC. La investigación es exploratoria por un doble motivo:

a) se trata de un tema respecto del cual aún no existen estudios serios y rigurosos en nuestro país, a la fecha se cuenta con algunos artículos de opinión o reflexión que no son propiamente hablando trabajos que posean “rigurosidad” y “objetividad” académica y,

b) se trata de un tema en construcción, quiere esto decir que aún se desconoce cómo el Gobierno materializará el contenido de los Acuerdos. En

otras palabras, se desconoce cómo se hará la transición de lo político a la concreción jurídica, pues es en este paso donde pueden resultar vulnerados los pilares básicos del Estado de Derecho.

Método de Investigación

La metodología de esta investigación es de carácter teórico-práctico, puesto que dentro de sus objetivos se plantea no solo la profundización en el tema de estudio, sino además ofrecer un aporte concreto al problema ocasionado por las tensiones generadas entre los principios que deben regir el funcionamiento del Estado de Derecho y lo acordado en La Habana.

Fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de la información:

Las fuentes del presente proyecto se han organizado a partir de la relevancia jurídica y teórica que guardan en relación con el tema investigado. En lo que tiene que ver con el aspecto teórico, se han consultado los pocos textos que actualmente existen sobre el tema, y que se referencia en la bibliografía final. Igualmente, se han privilegiado los textos de los Acuerdos de La Habana y los diferentes comunicados conjuntos emitidos por el Gobierno y las FARC. Esto con el fin de acudir, en cuanto sea posible, únicamente a fuentes primarias.

4. Objetivos

Principal

Establecer si lo consignado en el Acuerdo Final, suscrito entre el Gobierno Santos y la cúpula de las FARC, atenta contra los principios de separación de poderes y de independencia e imparcialidad de la Rama Judicial.

Secundarios

- a) Determinar si realmente existía la necesidad de crear una Jurisdicción Especial para la Paz, o si, por el contrario, las funciones que se le atribuyen podían ser desarrolladas por la “justicia ordinaria”.
- b) Establecer si lo contemplado en el Acuerdo Final respeta los principios administrativos y constitucionales de separación de poderes y autonomía e independencia de la función judicial.
- c) Confirmar si efectivamente se dieron cambios sustanciales entre los Acuerdos de La Habana y el Acuerdo Final, o si, por el contrario, dichos cambios fueron simples retoques cosméticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abril, Ernesto. (2004). *Las limitaciones del Soberano*. México, D. F.: Ediciones Fontamara.
- Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel. (2010). *Justicia de Transición con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Bodenheimer, Edgar. (1983). *Teoría del derecho*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Editorial FCE, México D.F., 1983.
- Brito Ruiz, Fernando. (2013). *Estructura del estado colombiano y de la Administración pública nacional*. Bogotá: Legis y Universidad Libre.
- Buhler, Johanes. (1996). *Vida y cultura en la Edad Media*. México, D. F.: Editado por el Fondo de Cultura Económica.
- Bunge, Mario. (1999). *Las ciencias sociales en discusión – una perspectiva filosófica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Castro, Jaime. *Estas son las implicaciones de la Jurisdicción especial para la paz*. En: Diario El tiempo de 25 de febrero de 2016. Versión electrónica: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/analisis-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-y-los-cambios-institucionales/16520748> [12 de noviembre de 2016].
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-246/2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699/2016. M. P. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Presidencia del Consejo de estado. (2016). Programa JCA y posconflicto. Insumos para el debate – El actual procese de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Documento 3 La Jurisdicción Contencioso Administrativa y los avances del Proceso de Paz con las FARC-EP Agosto de 2016. Versión electrónica:

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2011). *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. Versión electrónica: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm> [23 de noviembre de 2016].

Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. (2009). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Versión electrónica: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/reglamento_corte_interamericana.html [8 de diciembre de 2016].

Criollo, Olga Lucia. (2016). *Los cuestionamientos que hay sobre el Tribunal de Paz*. En: Diario El País del domingo 06 de marzo de 2016. Versión electrónica: <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/los-cuestionamientos-que-hay-sobre-el-tribunal-de-paz.html> [15 de enero de 2017].

De Greiff, Pablo, *et. al.* (2009). *Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Editorial Intermedios.

De Padua, Marsilio. (2009) *El defensor de la paz* (2ª. edición). Madrid: Tecnos.

Deusdad, Blanca. (2003). El concepto de liderazgo político carismático: populismo e identidades. *Revista opción*, Vol., 19, núm. 41, agosto de 2003, pp. 9-35. Versión

electrónica: <http://www.redalyc.org/pdf/310/31004101.pdf> [3 de diciembre de 2016].

Dubois, Olivier. Las Jurisdicciones Penales Nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional. Texto publicado en la Revista Internacional de la Cruz Roja No 144, México D.F. 01 de noviembre, 1997, pp. 763 a 778.

Dueñas Ruiz, Oscar José. (2006). *Lecciones de hermenéutica*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Elster, Jon. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Traducción de Ezequiel Zaidenweg. Buenos Aires: Editorial Katz.

Estados Unidos de Norteamérica. Corte Suprema de los Estados Unidos. (2010). Citizen United vs. Federal Election Commission.

Fernández-Albertos, José. (2005). Dividir lo indivisible. Separación de poderes y soberanía popular en James Madison. En: *Revista de estudios Políticos Nueva Época*, ISSN: 0048-7694, Núm. 128, Madrid, abril-junio (2005), págs. 293-316. Versión electrónica: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/20727/1/REP128.011.pdf> [12 de febrero de 2017].

Fromm, Erich. (1985). *El Miedo a la Libertad*. Bogotá: Editorial Planeta Agostini.

Fundación para el Debido Proceso DPLF. (2012). *Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial*. En: Revista de la Fundación para el Debido Proceso DPLF, Washington, Núm. 17, año 5, diciembre de 2012.

Fundación para el Debido Proceso DPLF. (2016). *La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia: Recomendaciones para la selección de los magistrados de las Salas y Secciones del Tribunal para la Paz*. Versión electrónica: <http://www.dplf.org/es/news/nuevo-informe-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-recomendaciones-para-la> [2 de octubre de 2017].

- García Ricci, Diego. (2011). *Estado de derecho y principio de legalidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México.
- García Lozano, Luisa Fernanda. (2011). *La incidencia del concepto de Estado de Derecho y Estado Social de Derecho en la independencia judicial*. En: *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores – UMNG*. Bogotá, D.C. Colombia - Volumen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011.
- García-Herrero, S. O. (1997). *Lecciones de Derecho Administrativo*: Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Garzón Valdez, E. (1989). Algo más acerca del “coto vedado”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 1989. Versión electrónica: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/algo-mas-acerca-del-coto-vedado/> [1 de noviembre de 2016].
- Gaviria, José Obdulio. (2016). Acto legislativo ¿Acaba con el principio de separación de poderes, no sustituye la Constitución? – Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo 01 2016 Senado. Versión electrónica: <http://www.centrodemocratico.com/?q=articulo/acto-legislativo-acaba-con-el-principio-de-separacion-de-poderes-no-sustituye-la> [3 de diciembre de 2017].
- Ibáñez, P. A. La independencia judicial y los derechos del juez. En: Saiz Arnaiz, Alejandro (Dir.). (2012). *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- International Crisis Group. (2013). *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*. Informe sobre América Latina No. 49, 29 de agosto de 2013, traducido del inglés. Bruselas. Versión electrónica: [http://www.crisisgroup.org/~media/Files/latin-america/colombia/049-transitional-justice-and-colombias-peace-talks-spanish](http://www.crisisgroup.org/~/media/Files/latin-america/colombia/049-transitional-justice-and-colombias-peace-talks-spanish) [3 de octubre de 2016].
- Kant, Immanuel. (1980). *Sobre la paz perpetua*. Buenos Aires: Ediciones Longseller.

- Kelsen, Hans. (2002). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen, Hans. (2008). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Labell, Huguette. (2008). *Desequilibrio de poderes propicia a corrupción, afirma presidenta de Transparencia Internacional* (Entrevista). Periódico el Tiempo, 12 de septiembre de 2008. Versión electrónica: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4526976> [9 de septiembre de 2016].
- León, Juanita. (2016). Las preguntas de Baltazar Garzón. En: La Silla Vacía, 11 de febrero de 2016. Versión electrónica: <http://lasillavacia.com/historia/las-preguntas-de-baltazar-garzon-53018> [15 de mayo de 2016].
- López Medina, Diego Eduardo y otros. (1999). *La otra guerra: el derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Sociales y Culturales – Pensar, Plaza y Janes Editores.
- Malem Seña, J. F. & Seleme, H. O. (2013). *Patología de la división de poderes*. En: Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36 (2013) ISSN: 0214-8676 pp. 275-295.
- Marshall, G. *Teoría constitucional*. (1982). Versión castellana de R. García Cotarelo. Madrid: EspasaCalpe.
- Mena Vásquez, Jorge. (2010). *El amicus curiae como herramienta de la democracia deliberativa*. En: *Revista Justicia Electoral*, ISSN-e 0188-7998, Vol. 1, N°. 6, 2010, págs. 173-196 Versión electrónica: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/DialnetElAmicusCuriaeComoHerramientaDeLaDemocraciaDeliber-4062627%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/DialnetElAmicusCuriaeComoHerramientaDeLaDemocraciaDeliber-4062627%20(1).pdf) [23 de noviembre de 2016].
- Moreno Rivera, L. G. (2016). *Paz sostenible*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

- Montesquieu, Charles-Louis. (2010). *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estevanez, 18a. ed., Libro XI, Capítulo III. México, Porrúa,
- Noguera Laborde, Rodrigo. (1992). *Derecho natural (Apuntes de clase)*. Bogotá: Editado por la Universidad Sergio Arboleda.
- Núñez Rivero, Cayetano; Goig Martínez, Juan Manuel & Núñez Martínez, María. (2002). *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*. Madrid: Editorial Universitas.
- Peces Barba, Gregorio. (1982). *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Mezquita Editorial.
- Quintero Levy, Cesar Enrique & Ramírez Castaño, José Ramón. (2003). *La viabilidad y eficacia del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Editado por la Universidad Javeriana.
- Ramírez, J. O. (2017). Consejo de Estado rechaza la creación de una Corte Electoral para La Paz (entrevista). *Revista Semana*, 22 de enero de 2017. Versión electrónica: <http://www.semana.com/nacion/articulo/presidente-del-consejo-de-estado-se-opone-a-creacion-de-corte-electoral/516425> [27 de enero de 2017].
- Ramos-Oliveira, Antonio. *Historia Social y Política de Alemania*, Tomo I. Editorial FCE, México D.F., 1989.
- Rawls, John. (2000). *Teoría de la justicia*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia de la Lengua española. (s. f.) *Diccionario de la Real Academia Española*. Versión electrónica: www.rae.es.
- Revista Semana. (2016). Los peros de la Corte Suprema frente a la Jurisdicción especial para la Paz. (24/10/2016). Versión electrónica:

<http://www.semana.com/nacion/articulo/propuestas-de-la-corte-suprema-de-justicia-frente-al-proceso-de-paz-con-las-farc/500090> [13 de enero de 2017].

Rey Cantor, Ernesto. (1996). *Las teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. (3ª ed). Bogotá: Editorial Temis.

Rhenan Segura, Jorge. El Tribunal (Penal) internacional para la Ex Yugoslavia. En; <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/rhenan12.htm> Revisado por última vez el 01 de febrero de 2014.

Rodríguez, Libardo. (2015). *Derecho Administrativo general y colombiano* (19ª ed.). Bogotá: Temis.

Rojas Arbeláez, Gabriel. (1985). *El espíritu del derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.

Rozo Acuña, Orlando. (1996). *Evolución de las ideas política*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Sabine, George H. (1998). *Historia de la teoría política*. México: Editorial FCE, México D.F.

Saiz Arnaiz, Alejandro (Dir.). (2012). *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.

Sánchez Ferris, Remedios. (1993). *Introducción al Estado Constitucional* (1ª. ed.). Madrid: Ariel Derecho.

Sánchez, Joan. (2009). *Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica*. Barcelona.

Schmitt, Carl. (2004). *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio de "nullum crimen nulla poena sine lege"*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.

- Teitel, Ruti G. *Transitional Justice Genealogy*. Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69 a 94. Traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
- Tocqueville, Alexis. (1969). *The Ancien Régime and the French Revolution*. (1ª ed.). Manchester: The Fontana Library.
- Torregrosa Jiménez, Rodolfo. (2011). *Algunas reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia desde el derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*. Publicado en la revista Dialogo de Saberes, No. 35 Julio a Diciembre de 2011, Bogotá, pp. 45 a 55.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffon, María Paula. (2007). *Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. (s.f.). *¿Existe o no conflicto armado en Colombia?* Versión electrónica en: <https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/EXISTE+O+NO+CONFLICTO+ARMADO+EN+COLOMBOA+--+Rodrigo+Uprimny.pdf> [consultado el 15 de octubre de 2017].
- Vélez García, Jorge. (1996). *Los dos sistemas de derecho administrativo*. Bogotá: Editado por la Universidad Sergio Arboleda.
- Weber, M. (1992). *La ciencia como profesión; La política como profesión*. Madrid: Ed. Espasa-Calpe (España).
- Zagrebelsky, Gustavo. (2013). *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. Versión electrónica en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2013/03/19/del-estado-de-derecho-al-estado-constitucional-articulo-gustavo-zagrebelsky-italia/> [consultado el 1 de marzo de 2018].

