

CONTROL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA. LOS ROLES JUDICIALES EN PROCESOS DE PAZ NEGOCIADA

Michael Cruz Rodríguez, doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
Correo electrónico: mcruzro@unal.edu.co1

RESUMEN

[242] El artículo analiza los roles de la Corte Constitucional en el marco de la democratización promovida por el discurso de la justicia transicional en Colombia. Esto, con el fin de esbozar inferencias analíticas sobre los tribunales nacionales en procesos de paz negociada dentro del orden constitucional. A partir del estudio comparado de los roles de la Corte mediante el control constitucional en el proceso de Justicia y Paz de 2005 y el proceso de construcción e implementación del Acuerdo Final de 2016 se infiere que cuando hay una deferencia judicial con el poder ejecutivo como constante histórica: a) a mayor grado de anticipación de la jurisprudencia de las Cortes por los actores políticos habrá una intervención judicial más restringida y previsible; b) cuando existe una historia institucional de independencia judicial robusta, el rol legitimador de las Cortes hace más probable que aumente su nivel de influencia en el proceso de paz negociada o en su implementación; y c) a pesar de las restricciones del contexto político, las Cortes cuentan con cierta libertad para definir su posición institucional en las transiciones. Estas inferencias podrían ilustrar otros casos o estudios comparados con variables similares.

Palabras clave: Corte Constitucional de Colombia, control constitucional, democratización, justicia transicional, Jurisdicción Especial para la Paz, paz negociada

CONSTITUTIONAL CONTROL AND TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA. JUDICIAL ROLES IN NEGOTIATED PEACE PROCESSES

ABSTRACT

The article analyzes the roles of the Constitutional Court in the framework of democratization promoted by the discourse of transitional justice in Colombia, seeking to draw analytical inferences about national courts in peace processes negotiated within the constitutional order. Based on a comparative study of the

1 La presente investigación fue financiada por el Programa de Estancias Posdoctorales en Entidades del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología de Colombia, en el marco de la Convocatoria 848 de 2019 (tercer corte), de Colciencias (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología [MinCiencias]). Agradezco al profesor Camilo Borrero García por la confianza y la supervisión de este trabajo, y estoy agradecido por los comentarios de Edwin Cruz Rodríguez, Sabine Michalowski y Hobeth Martínez a los borradores de este texto. También agradezco al personal académico y administrativo de la Universidad Nacional de Colombia; especialmente, en la Vicerrectoría de Investigación de la Sede Bogotá y en la Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales “Gerardo Molina” (UNIJJUS), de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

roles of the Court through constitutional control in the Justice and Peace process in 2005 and the process of construction and implementation of the Final Peace Agreement in 2016, it is inferred that when there is judicial deference with the executive power as a historical constant: a) with a higher degree of anticipation of the jurisprudence of the courts by political actors, there will be a more restricted and predictable judicial intervention; b) when there is an institutional history of high judicial independence, the legitimizing role of the courts makes it more likely that they will increase their level of influence in the negotiated peace process or its implementation; and c) despite restrictions due to the political context, the courts have some freedom to define their institutional position in the transitions. These inferences could illustrate other cases or studies with similar variables.

Keywords: Constitutional Court of Colombia, constitutional control, democratization, transitional justice, Special Jurisdiction for Peace, negotiated peace

Fecha de recepción: 25/04/2022

Fecha de aprobación: 30/11/2022

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional de Colombia ha sido uno de los actores clave del proceso de paz negociada que planteó la democratización del país mediante el acuerdo final de paz (AFP). Los seis puntos del AFP —la reforma rural integral, la participación política, el fin del conflicto armado, la solución al problema de las drogas, las víctimas, y la implementación, la verificación y la refrendación del AFP (Gobierno nacional de Colombia-FARC-EP, 2016)— reflejan el intento por crear herramientas que permitan superar el conflicto armado interno y lograr la transición hacia un proceso democratizador. El discurso constitucional de la justicia transicional y la supervisión de la Corte estuvieron en el centro del debate antes, durante y después del proceso de paz negociada.

La participación del poder judicial o las altas cortes en procesos de paz negociada dentro del orden constitucional, en la configuración o la implementación de acuerdos de paz, no es la regla general. Este protagonismo obedece al papel asignado al judicial como garante de la democracia, a la creciente judicialización de la política y a las particularidades del desarrollo institucional de la Corte Constitucional. De ahí que el control constitucional haya extendido sus alcances incluso a eventos en los que no se esperan intervenciones judiciales para garantizar acuerdos mínimos, y también, que su ejercicio sea un factor para anticipar por los actores políticos.

En este contexto, el presente artículo analiza los roles de la Corte Constitucional en el marco de la democratización promovida por el discurso de la justicia transicional en Colombia. A partir del estudio del caso colombiano, se pretende esbozar inferencias analíticas para comprender el rol de los tribunales nacionales en los procesos de paz negociada dentro del orden constitucional. Se argumenta que los roles de la Corte fueron previstos por los actores políticos a partir de su jurisprudencia y su involucramiento en la refrendación del AFP. De esta manera, la Corte ratificó la histórica deferencia con el Ejecutivo para legitimar las bases jurídicas de un modelo *sui generis* de justicia transicional sin transformaciones socioeconómicas estructurales, cuya principal representación es la Jurisdicción Especial para

la Paz (JEP). Con esto, posicionó en la arena política los derechos de las víctimas y el fin del conflicto armado, así como los estándares del derecho internacional para formalizar una democratización restringida.

La metodología de investigación fue el estudio del caso colombiano a partir del análisis político de los roles de la Corte mediante el control constitucional de Justicia y Paz y del proceso de construcción e implementación del AFP en dos fuentes primordiales: la jurisprudencia y los discursos de los actores políticos en la Biblioteca del Acuerdo de Paz. Este análisis permitió esbozar las siguientes inferencias cuando hay una histórica deferencia judicial con el Ejecutivo y un contexto de negociación de paz: a) a mayor grado de anticipación de la jurisprudencia de las Cortes por los actores políticos habrá una intervención judicial más restringida y previsible; b) cuando existe una historia institucional de independencia judicial robusta, el rol legitimador de las Cortes hace más probable que aumente su nivel de influencia en el proceso, y c) a pesar de las restricciones del contexto político, las Cortes cuentan con cierta libertad para definir su posición institucional en las transiciones.

El presente artículo se divide en tres partes. La primera parte describe los elementos conceptuales con base en los que se analizan los roles judiciales. La segunda expone los roles de la Corte Constitucional de Colombia en las olas de justicia transicional, con énfasis en los mecanismos judiciales, y hace algunas reflexiones comparadas. Al final se sintetizan los hallazgos de la investigación, a modo de conclusión.

[244]

JUSTICIA TRANSICIONAL: DEMOCRATIZACIÓN ENFOCADA EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La justicia ha sido el ingrediente de la democratización en el siglo XXI. La definición de la democracia ha incorporado como uno de sus componentes mínimos la independencia judicial. Este es uno de los elementos que garantizan los procesos de transición política o de ampliación de los marcos de acción política, como la liberalización del debate público y la representación política. Contar con un poder judicial independiente permite garantizar también los derechos humanos (DD. HH.) y su ejercicio. Es eso, en parte, lo que explica la centralidad de los jueces a lo largo del siglo y su papel político.

Este papel político en los contextos global y local ha exacerbado dos fenómenos interconectados: la judicialización y la juridización de la política; dos fenómenos que justifican el análisis político de la jurisprudencia. Esto es, por un lado, la llegada de los conflictos sociales y políticos a los estrados judiciales por diferentes vías, para que los jueces adopten decisiones que vinculan colectivamente (Tate & Vallinder, 1995), tales como las relacionadas con superar el conflicto armado y alcanzar la paz, lo que implica una suerte de transferencia del poder de las instituciones representativas hacia el judicial y nuevos roles de distinto alcance político (Gargarella, 1996; Ansolabehere, 2007). Además, plantea la responsabilidad judicial de mantener o promover la democracia en distintos contextos institucionales (Epstein et al., 2001; Landau, 2010; Hirshl, 2007; Daly, 2017).

Por otro lado, se tiene el uso del discurso jurídico, de sus reglas en espacios de negociación y toma de decisiones por parte de los actores políticos para legitimar sus acciones (Hildebrand, 1982; Teubner, 1987; Comaille et al., 2010; Comaille, 2010; García, 2014a, 2014b; Neves, 1994). Este fenómeno revela una suerte de autonomía relativa del derecho (Bourdieu, 2000; Orrego, 2019), la cual constriñe los procesos de paz negociada y obliga a involucrar en ellos a quienes dicen qué es el derecho en la práctica (las cortes) y los marcos argumentativos que emplean (sus doctrinas). De esta manera, los marcos de argumentación que sustentan las decisiones políticas, como alcanzar la paz y avanzar hacia un proceso democratizador, son delimitados por el discurso jurídico y por los jueces como principales intérpretes (Stone, 2002).

La democratización centrada en el poder judicial y los fenómenos anejos se debate también en el plano jurídico e histórico institucional. En el plano jurídico, las teorías sobre la constitución y el alcance de los derechos han expandido el alcance del poder judicial para interpretar su propia función democrática. Por ejemplo, doctrinas jurídicas como la aplicación inmediata de los derechos constitucionales y corrientes de pensamiento englobadas como *neoconstitucionales* han reforzado la necesidad de intervención judicial en el ámbito político (Carbonell & Jaramillo, 2010). En el plano histórico-institucional, el origen y el diseño de las instituciones judiciales han facilitado los mecanismos o las herramientas para que se realicen estas intervenciones, atendiendo a los legados débiles o fuertes de independencia judicial en el pasado. Tal es el caso tanto del impacto del constitucionalismo global sobre el proceso democrático colombiano y el papel de la Corte para fundamentar las bases de su recepción (Thornhill & Calabria, 2020), como de las facultades de control sobre los poderes de los órganos ejecutivos mediante el control constitucional, por ejemplo, o las órdenes simples o complejas que buscan la protección inmediata de los derechos.

En este orden de ideas, durante el siglo XXI las reformas institucionales han promovido la creación o la consolidación de instituciones judiciales independientes, como parte de la democratización. El resultado es el impulso de las Cortes como actores políticos calificados para intervenir en el derecho y la política; especialmente, para delimitar el significado de la democratización misma en contextos locales o internacionales. Este es el caso del discurso de la justicia transicional, cuyo principal componente ha sido la rendición de cuentas a través de procedimientos judiciales de carácter penal, aunque sus mecanismos se hayan diversificado a favor del proceso democratizador.

El discurso de la democratización y el de la justicia transicional tienen presupuestos y fines comunes. Ambos coinciden en procesos de reforma institucional y de fortalecimiento de la democracia, pese a que el discurso de la democratización sea más amplio y no se limite a superar un régimen político dictatorial o signado por las violaciones masivas a los DD. HH., como es el caso de la justicia transicional (ONU, 2004). Los dos discursos ponen en el centro del debate el derecho; incluso, es razonable considerar que hay una relación de género y especie entre la democratización y la justicia transicional.

La democratización ha sido entendida, desde el punto de vista normativo, como un proceso de transición —de cambio o fortalecimiento— de un régimen político a otro, democrático o más democrático (O'Donnell & Schmitter, 1986; Diamond & Plattner, 1996, 2001; Linz & Stepan, 1996). Desde el punto de vista procedimental o formal, ello ha significado estudiar el cambio hacia la existencia de elecciones libres y partidos políticos competentes, y a la garantía de ciertas libertades básicas de tradición liberal. Desde el punto de vista sustantivo, la democratización se plantea más allá de la tradición liberal, y vincula el respeto por todos los DD. HH. y su realización material para los ciudadanos, mediante la rendición de cuentas y enfrentando las inequidades horizontales y verticales. Entendida como un proceso, la democratización puede satisfacer los dos puntos de vista, en intensidades variables. De ahí que se hable de la calidad de la democracia como proceso, antes que de un punto de llegada y un punto de partida, a la hora de analizarla.

En este sentido, la justicia transicional promueve una serie de procesos y mecanismos para que las sociedades enfrenten un pasado de violaciones masivas a los DD. HH. y transiten hacia sociedades más democráticas (Roht-Arriaza & Mariezcurrena, 2006; De Greiff, 2012; Teitel, 2014). Según la definición de la ONU, la justicia transicional se refiere a

[246]

[...] toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (ONU, 2004)

No obstante, los vínculos causales entre las medidas de justicia transicional y la promoción de la democratización no son del todo claros, como tampoco lo es el marco temporal en el que deben operar. Más bien, resultan paradójicos, como indica Arenhövel (2008): “solo un Estado democrático puede garantizar la verdad y la justicia, solo la verdad y la justicia pueden sostener un Estado democrático” (p. 581. Traducción propia).

Mientras que para algunos académicos los efectos democratizadores pueden darse cuando se aplican conjuntamente, y no de manera aislada, varias medidas o mecanismos de justicia transicional (Olsen et al., 2010), para otros hace falta evidencia empírica que permita considerar que la justicia transicional tiene impactos democratizadores, así sea indirectos (Barahona de Brito et al., 2001; Wiebelhaus-Brahm, 2010), o que no sucede al revés; es decir, que, más bien, la democracia sea un requisito previo a la operación de la justicia transicional. Con todo, la promoción de un poder judicial independiente y de mecanismos judiciales de rendición de cuentas siguen estando en las recetas de la justicia transicional y la democratización.

Elementos de análisis de los tribunales nacionales en acuerdos de paz negociada dentro del orden constitucional

La presencia de los tribunales nacionales en los procesos de paz negociada no era una hipótesis común antes del discurso de la democratización centrada en el poder judicial. La instauración de tribunales internacionales e híbridos, para garantizar la rendición de cuentas en contextos de graves o masivas violaciones de los DD. HH., fue un indicio de esta creciente tendencia. Luego, el fortalecimiento de la independencia judicial de los tribunales nacionales, para realizar por sí mismos la rendición de cuentas y la regulación de la guerra constituyó otro indicador de este discurso de la democratización en el marco de los procesos de paz negociada (Daly, 2016).

A efectos del presente artículo, el énfasis está en los procesos de paz negociada entre actores beligerantes o en conflicto en el interior de un mismo Estado y dentro del orden constitucional. En tal escenario, el orden jurídico no ha dejado de regir, y lo que se pretende es su reforma, por lo que hay un grado considerable de institucionalidad que funciona y se respeta.² En el caso colombiano del AFP, el presidente Santos enfatizó desde el inicio que el resultado no sería una asamblea constituyente. Asimismo, enmarcó todo el proceso dentro del orden constitucional (Santos, 2016a, p. 401).

Pensar en este escenario sobre los roles de los tribunales nacionales plantea la necesidad de evaluar la nueva manera como estos son vistos por los actores políticos y el margen de acción que tienen antes, durante y después de los procesos de paz negociada. No se tendrán en cuenta otros contextos analíticos en los que los acuerdos de paz sean producto de la victoria de alguno de los contendores o de la imposición de medidas por parte de la comunidad internacional. En dichos casos, lo que se busca es un cambio total de régimen y la instauración de un nuevo orden constitucional. Tampoco se considerará la influencia que puedan tener los tribunales y la jurisprudencia internacional en los procesos de paz (Hillebrecht et al., 2018; Björkdahl & Warvsten, 2021).

En este sentido, la revisión judicial de los acuerdos de paz dentro del orden constitucional puede desarrollarlos o terminarlos, si no se enmarcan en las categorías legales, o convertirlos en oportunidades de cambio constitucional (Bell, 2006). En efecto, el cambio constitucional suele ser una herramienta de los procesos de paz que pone en el centro a los tribunales constitucionales (Nathan, 2019, Fiedler, 2019), bien sea para reformar o para crear una nueva Constitución —lo que ya ha sucedido en varios casos, como en Colombia y El Salvador (1991), Sudáfrica (1993), Sudán (2002), Nepal (2006) y la República Centroafricana (2015) (Berghof Foundation and the United Nations Department of Political and Peacebuilding Affairs, 2020).

2 Este es el marco al que la propia Corte circunscribe la naturaleza del AFP en Colombia y los conflictos que pretende conjurar (C630/17 Guerrero y Lizarazo, f. 2.2.1).

Como sostiene Datmaytan (2016), en la medida en que los acuerdos de paz desafían las convenciones y los arreglos institucionales, pocos sobreviven al escrutinio judicial que tiende a reforzar el *statu quo*. Ello, sin embargo, no depende del estricto análisis jurídico, sino de la manera como los actores políticos involucran o no a las Cortes en los procesos de paz y la posición institucional que estas adoptan. Pese a que la respuesta de los tribunales sea mediada por estrategias jurídicas, como apelar al derecho internacional, al carácter transicional o excepcional del momento y a normas supraconstitucionales o a dar carácter internacional a los acuerdos de paz para conservarlos; lo que Ozelik y Olcay (2020) denominan el desafío de inconstitucionalidad (*unconstitutionality challenge*).

No es abundante la literatura específica sobre cómo analizar el desempeño de los tribunales en los procesos de transición.³ Por ello, en el presente artículo se plantea que eso puede hacerse a partir de los elementos que se detallan seguidamente. En primer lugar, es preciso considerar *el grado en el que los actores políticos anticipan la jurisprudencia* de los tribunales nacionales y la validez que les otorgan para negociar un acuerdo de paz. En segundo lugar —lo cual depende de lo anterior—, *el nivel de influencia que se les permite a los tribunales por las partes negociadoras*; en particular, los mecanismos de control judicial que hacen posible la intervención de los tribunales nacionales en el contenido de los acuerdos. Por último, conviene evaluar *la posición que se otorga a los tribunales, o que estos construyen, después de la negociación entre los actores políticos*.

[248]

El legado histórico institucional del poder judicial puede ser un factor que restrinja la negociación de las partes en un proceso de paz. La continuidad de los tribunales nacionales, al menos, puede ser indicativa para los actores políticos de que es preciso contar con los jueces para tomar decisiones políticas como terminar un conflicto armado o emprender reformas institucionales que lleven a la paz. Pero la continuidad de los tribunales nacionales puede verse más claramente en la permanencia de su jurisprudencia, de sus doctrinas y de sus decisiones. Eso incluye, por supuesto, la jurisprudencia de los tribunales internacionales; en especial, tras la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), en 1998.

Lo importante de que exista o no un acumulado histórico institucional de los tribunales nacionales radica en que de ello dependerá el papel que los actores políticos pretendan otorgarles en el proceso de paz negociada. Cuando dicho legado o acumulado es discontinuo y no tiene solidez —incluso, en el plano simbólico—, los roles que los actores políticos otorgan a los tribunales tienden a ser marginales o nulos. Cuando ese legado o acumulado es robusto, los actores políticos deben anticipar las acciones de los tribunales nacionales y, hasta cierto punto, la validez que tendrían sus intereses en el marco de la negociación si tuvieran que ser revisados por los jueces.

³ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Weill (2021), en Israel; de Seong-Hak (2019), en Corea del Sur, o de Hilbink (2014), en Chile.

Asimismo, anticipar la jurisprudencia de los tribunales y sus acciones ante los acuerdos de paz, por parte de los actores políticos puede llevar a incluirlos dentro de la agenda de negociación o en etapas posteriores. Esto significa que los tribunales pueden desempeñar un papel como árbitros imparciales o mediadores que validan los acuerdos, o que, incluso, envían señales sobre lo que es posible y lo que no en el campo jurídico; incluso, a veces son *bridge-builders* entre el derecho nacional y el internacional, para dar validez a los acuerdos (González-Ocantos, 2020). Este tipo de influencia no es común, en la medida en que, en principio, los procesos de paz negociada están liderados por una parte que representa la estatalidad oficial, y otra que la desafía. En ese contexto no hay lugar para incluir desde el principio a un tribunal nacional.

La posibilidad de que los tribunales influyan en el proceso de negociación, si bien depende de la voluntad de los actores políticos, también puede judicializarse una vez finalizada la negociación. Cuando la anticipación de la jurisprudencia y de las reacciones de los tribunales es menor, subsiste la posibilidad de judicializar el conflicto apelando a los mecanismos ordinarios que vinculan a los jueces a los debates públicos mediante las decisiones judiciales. Estos mecanismos suelen ser, por lo general, el control abstracto de las normas en relación con la Constitución o la normatividad internacional y los recursos de amparo de derechos fundamentales en casos concretos; ambos, dos tipos de mecanismos que están contemplados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a escala global.

Por último, los roles de los tribunales en contextos de procesos de paz negociada pueden ser relevantes cuando su voz permite legitimar los acuerdos a los que llegan las partes, y esto, a su vez, permite a los jueces tener un margen de intervención restringido. Las coyunturas críticas o los contextos de crisis institucional ante los cuales emergen procesos de paz, acuerdos y mecanismos de justicia transicional suelen requerir un alto grado de legitimación para tener éxito; por eso, algunos son elevados a rango constitucional (Nathan, 2019). Cuando los tribunales gozan de cierta reputación ejercen un rol legitimador que permite validar los pactos desde arriba.

Con todo, esta posición validadora también da un margen de intervención, aunque restringida. Las intervenciones judiciales posibles pueden estar delimitadas por el legado histórico institucional de deferencia con los actores políticos, las razones y los marcos argumentativos de las decisiones judiciales previas (Dixon, 2021). Este margen es previsible en los casos de los tribunales nacionales, en tanto no respetar los pactos o los acuerdos de los actores políticos puede minar la propia existencia del poder judicial o de sus características. De ese modo, las intervenciones judiciales se ven limitadas, pero pueden reinterpretar, de forma retrospectiva, el sentido de los procesos de paz y los acuerdos políticos a que lleguen.

LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS OLAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

La constante histórica en el caso colombiano es la deferencia judicial con el presidente. Esta constante no solo es producto de los intentos de democratización mediante la Constitución

de 1991 o de la creación de mecanismos de justicia transicional como en Justicia y Paz y en el AFP, sino que hace parte de una larga trayectoria de la Corte Suprema de Justicia, heredada a la Corte Constitucional (Cajas, 2015).

Al menos dos elementos evidencian esta constante histórica: la validación de las facultades extraordinarias del presidente y la preservación judicial de los pactos políticos alcanzados por este. El presidente se convirtió en un febril legislador tanto en 1991 como con ocasión del AFP, sin mayor oposición de las Cortes. Esto, a pesar del papel regulador que la Corte Constitucional asumió frente a la normalización de facultades legislativas excepcionales antes de 1991, y las cuales intentaron perpetuarse después de la Constitución.

Además, tanto en 1991 como en las dos olas de justicia transicional analizadas, las Cortes apostaron por preservar los pactos políticos alcanzados por el presidente. Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en la revisión judicial de la Ley de Amnistías e Indultos (Ley 1820 de 2016). Allí, la Corte usó como parámetro de control constitucional tres premisas que sintetizan el rol que asumió:

Primero, debe respetarse en la mayor medida posible el pacto alcanzado entre las partes, como garantía de estabilidad, reconciliación y seguridad jurídica; segundo, es necesario preservar una perspectiva amplia frente a las decisiones de configuración de los órganos políticos y, especialmente, del Legislador. Y tercero, la Corte debe velar porque todos los beneficios establecidos en la Ley sean compatibles con la satisfacción de los derechos de las víctimas, concebidos desde una perspectiva integral. (C007/18 Fajardo, f. 191)

[250]

Esta constante histórica es uno de los elementos más importantes por considerar a la hora de pensar en los roles judiciales, en tanto es el presidente el encargado de impulsar los acuerdos de paz dentro del orden constitucional. Su necesaria iniciativa, además, constantemente envía señales a las Cortes, que puede considerarlas o no parte del proceso de paz negociada. De este modo, el presidente puede llegar, incluso, a insuflar doctrinas jurídicas que respalden la transición, como sucedió en 1991 respecto al poder constituyente ilimitado, o proporcionando el texto de las reformas y haciendo *lobby* para que sobrevivan al control judicial, como ocurrió en el caso del AFP.

El origen de la Constitución de 1991 está ligado a una tradición pactista entre los partidos políticos tradicionales y la necesidad de la apertura democrática restringida para dar acceso a algunas minorías. En dicho escenario de negociación política las Cortes jugaron un importante papel para legitimar el acuerdo político y constitucionalizarlo. Por eso, en Colombia el papel de las Cortes no ha sido marginal, sino que ha estado en el centro de la política.

La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) estuvo legitimada por el legado de la Corte Suprema de Justicia en la construcción del Estado y un siglo de presencia institucional casi ininterrumpida (Cajas, 2015). La ausencia de conflicto entre la Corte Suprema con los actores políticos y los episodios en que esta fungió como árbitro de los

conflictos entre estos permitieron validar un procedimiento irregular para hacer frente a la crisis de legitimidad institucional.

En esta coyuntura crítica, la Corte Suprema (Sentencia 59 del 23 de mayo y sentencia 138 del 9 de octubre de 1990) ratificó el discurso gubernamental según el cual la crisis debía superarse mediante una nueva Constitución, creada a través de un poder constituyente ilimitado y comprendida como un pacto social en torno a la pacificación, a lo que no podría oponerse el poder judicial. Por ello, la Corte Suprema usó como parámetro de control constitucional del Decreto 1926 de 1990 que convocaba la constituyente “su virtualidad para alcanzar la paz”, pues, “aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevara necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esta posibilidad”.⁴ A pesar de que algunos magistrados discreparon del procedimiento, coincidieron con el objetivo final orientado hacia la paz y la legitimación de las instituciones (Buenahora, 1991, pp. 244-272).

El nuevo arreglo institucional establecido por vía de decretos presidenciales y acuerdos políticos (Decreto 1926/90), o *conversaciones entre caballeros* (Dugas, 1993, p. 37), erigió una nueva institución que continuó con el legado institucional y potenció las facultades judiciales para intervenir en asuntos de política ordinaria: la Corte Constitucional. Aunque algunos liberales criticaron el papel político desempeñado por la Corte Suprema, como es el caso del expresidente Alfonso López Michelsen (Alarcón, 2011, p. 187), el Ejecutivo impulsó la creación de la nueva Corte, incidió en la elección de sus primeros magistrados y diseñó sus facultades (Nunes, 2010). El resultado fue un proceso de democratización restringida que facilitó la apertura política a nuevas voces y constitucionalizó la retórica de los derechos, con la Corte Constitucional como su garante.

De esa manera, el origen de la Corte estuvo marcado por la intervención legitimadora de su antecesora, la Corte Suprema, así como del legado institucional que se le transfirió mediante la agencia del poder ejecutivo. En el contexto descrito, la misión de la Corte Constitucional no sería extraña ni implicaría construir *ex nunc* su propia legitimidad: más bien, la visión de la Carta Magna como un tratado de paz y la retórica de los derechos económicos sociales y culturales buscaron legitimar y fortalecer el poder del Estado (Bohórquez, 2001; Cepeda, 2007, p. 354; Botero Bernal, 2017). Tampoco sería extraño que desempeñara roles importantes en pactos o acuerdos con propósitos pacificadores, ni que dichos roles fueran previstos —y hasta cierto punto, contruidos de antemano— por el presidente.

En suma, en el proceso constituyente el rol de la Corte Suprema fue anticipado por el Gobierno nacional y su trayectoria deferente con el Ejecutivo, mediante el impulso de una teoría sobre el poder constituyente ilimitado, que no admitía controles judiciales, incluso, en su propia convocatoria. La participación de la Corte Suprema en el proceso constituyente validó su inicio y permitió consolidar una nueva institución, encargada del control judicial

4 Este mismo argumento sería recogido por la Corte Constitucional para incluir a la paz como un referente de control constitucional de los actos legislativos con ocasión del AFP (C080/18 Lizarazo, f. 4.1.1.1).

en medio de una apertura política restringida. Como veremos, algunos de estos elementos se repiten en las dos olas posteriores de justicia transicional, en las que la Corte Constitucional dio continuidad a la trayectoria deferente de la Corte Suprema en relación con los actores políticos; estos, además, anticiparon las acciones del poder judicial y respetaron su posicionamiento autorrestringido.

La primera ola: de la ley de Justicia y Paz al Marco Jurídico para la Paz

La primera ola de justicia transicional tras la Constitución de 1991 en Colombia se trató de una serie de mecanismos que pretendieron la rendición de cuentas por parte de los grupos paramilitares, y culminaron con la consolidación del discurso de la justicia transicional en la Constitución. A diferencia de 1991, tras la Ley de Justicia y Paz, en 2005, las intervenciones de la Corte Constitucional no fueron anticipadas por los actores políticos con la misma claridad. Por eso, la participación de la Corte se dio a partir de las demandas ciudadanas y después de suscritos los acuerdos políticos y convertidos en ley (Jiménez, 2018). El margen de maniobra de la Corte fue menos restringido. Las bancadas mayoritarias en el Congreso y la iniciativa del Gobierno nacional para llevar a cabo los acuerdos que se convertirían en Ley se consideraron más fuertes que el control judicial, y por eso le restaron importancia a la judicialización de la Ley 975 de 2005. La jurisprudencia que se produjo en esta primera ola sentó las bases de lo que sería el Marco Jurídico para la Paz: una reforma constitucional que incorporó explícitamente en la Constitución el discurso de la justicia transicional.

[252]

La judicialización de la Ley de Justicia y Paz

El reiterado ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad condujo a que la Corte se pronunciara en repetidas ocasiones sobre la Ley de Justicia y Paz, tanto en su integridad como en varios de sus preceptos considerados individualmente. Estas intervenciones implicaron cambios en la normatividad, que afectaron las condiciones previamente pactadas de los grupos paramilitares que presuntamente se desmovilizarían, mediante el reforzamiento de los derechos de las víctimas. Con tal fin, la Corte incorporó normatividad y jurisprudencia provenientes del derecho internacional para fundamentar los cambios.

La Corte debió definir si la Ley de Justicia y Paz se había tramitado como correspondía en razón de las materias que regulaba (C127/06 Tafur, con SV Araújo Beltrán y Sierra).⁵ La discusión sobre el carácter estatutario u ordinario de la Ley 975 de 2005 es relevante

5 Las decisiones de la Corte Constitucional se clasifican en C, cuando son revisión de constitucionalidad abstracta de una norma jurídica; en T, cuando se revisa una acción de tutela para casos concretos; en SU, las sentencias de unificación en materia de tutela, y en A, los autos interlocutorios que adoptan decisiones en el marco de un proceso de tutela. En adelante se identifican las decisiones con dichos descriptores, seguidos del número, el año y el primer apellido del magistrado o la magistrada ponente de la decisión. De ser el caso, se usará la letra (f) para significar el fundamento jurídico del que se extrae la cita textual o el argumento; además, se incluyen los salvamentos de voto (SV), los salvamentos parciales de voto (SPV) y las aclaraciones de voto (AV), e inmediatamente después, el apellido del magistrado o la magistrada que corresponda. Esto, con el fin de reducir la complejidad del universo de decisiones revisadas en términos de citación.

desde el punto de vista del rol de la Corte. En efecto, si la ley se tramitaba como una estatutaria debía tener un control previo de constitucionalidad (Art. 153 CP),⁶ lo cual, al haberse omitido, implicaba que el trámite de la ley estaba viciado y devenía inconstitucional; mientras, si se tramitaba de forma ordinaria, la ley era válida y el control judicial solo se haría con posterioridad ante una demanda ciudadana, tal y como ocurrió. Así, restarle el carácter estatutario a la Ley 975, según Sierra, uno de los magistrados disidentes, generaba “control parcial, casuístico, inconexo y descontextualizado de la ley, cuyos resultados distan mucho de convencer y que ha generado innecesarias controversias” (SV Sierra C319/06 Tafur).

Este no fue un asunto menor, pues, según la concepción minoritaria de la Corte, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, regulados mediante la norma, fueron considerados derechos fundamentales. En consecuencia, deberían regularse mediante una ley estatutaria, la cual exige un procedimiento más complejo y una mayoría calificada. No obstante, este procedimiento solamente era necesario para la regulación de los derechos fundamentales que “de alguna manera toca su núcleo esencial”, pero para la Corte, la “Ley 975 de 2005 no tiene por objeto disponer del contenido esencial de tales derechos, ni regularlos de manera íntegra, estructural o completa” (C319/06 Tafur, f. 5, con SV Araújo Beltrán y Sierra).

Este argumento fue reiterado en la decisión que implicó mayores cambios a la normativa, y que generó el marco argumentativo a partir del cual esta operaría (C370/06 Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Vargas, con SV Araújo, Beltrán y Sierra). Por primera vez, la Corte se refirió a la *justicia de transición* y justificó, por la misma vía, medidas que no necesariamente deberían ajustarse a estándares constitucionales ordinarios, sino que deberían ponderarse en relación con la posibilidad de alcanzar la paz y la democracia. Según la Corte,

[...] la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. (C370/06 Cepeda et al., f. 4.2.5)

La Corte citó los tratados vinculantes para Colombia, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y algunos lineamientos de otros organismos internacionales sobre las obligaciones del Estado respecto a los derechos de las víctimas (C370/06 Cepeda et al., f. 4). Posteriormente, sostuvo que era necesario y novedoso realizar una ponderación de la paz en relación con los derechos de las víctimas, y advirtió que

[...] a pesar de su importancia dentro del orden constitucional, la paz no puede transformarse en una especie de razón de Estado que prevalezca automáticamente, y en el grado que sea necesario, frente a cualquier otro valor o derecho constitucional. En tal hipótesis, la paz —que no

6 La Corte definió tempranamente que sobre los proyectos de ley estatutaria el control es “jurisdiccional, automático, previo, integral, definitivo y participativo” (C011/94 Martínez, SPV Cifuentes, Gaviria y Caballero), y ha reiterado dichas características de forma unánime en su jurisprudencia (C238/06 Sierra, C072/10 Mendoza).

deja de ser un concepto de alta indeterminación— podría invocarse para justificar cualquier tipo de medida, inclusive algunas nugatorias de los derechos constitucionales, lo cual no es admisible a la luz del bloque de constitucionalidad. (C370/06 Cepeda et al., f. 5.9)

Tras la expedición de esta sentencia, la Corte se ratificó en su posición mayoritaria y se ciñó a lo resuelto en la decisión (C400/06 Beltrán; C426/06 Sierra; C455/06 Araújo; C476/06 Tafur; C650/06 Tafur; C080/07 Escobar; C719/06 Araújo). Los magistrados disidentes (Araújo, Beltrán y Sierra) continuaron salvando su voto y reiterando los mismos argumentos de forma y de fondo. En otras decisiones, la Corte se inhibió de pronunciarse, debido a la ineptitud de la demanda, y así dejó incólume su postura (C531/06 Monroy; C575/06 Tafur; C670/06 Escobar).

Las intervenciones (restringidas) de la Corte

Cuando existe una historia robusta de independencia judicial, el papel legitimador de las Cortes puede resultar más relevante, pero el alcance de las intervenciones puede variar. En 1991, el papel legitimador de la Corte Suprema estuvo restringido a validar la convocatoria de la ANC. En Justicia y Paz, la influencia de la Corte Constitucional fue más amplia, al no estar anticipada, en términos de fortalecer los derechos de las víctimas y vincular el derecho internacional como limitantes a las medidas de transición del mecanismo judicial de rendición de cuentas. En la medida en que su rol no estaba anticipado, los actores políticos permitieron una amplia intervención a la Corte incoada mediante las demandas ciudadanas.

[254]

Las intervenciones de la Corte respecto a esta primera ola de mecanismos de justicia transicional fueron significativas en términos cuantitativos y cualitativos, tal y como refiere Jiménez (2008). No obstante, dichas intervenciones fueron restringidas y estuvieron orientadas a hacer viable la iniciativa del Gobierno nacional y el amplio margen de configuración legislativa en relación con la paz en el escenario de la justicia de transición.

En efecto, en la ponderación propuesta por la Corte: “Cuando la regulación penal está dirigida a alcanzar la paz, la amplitud del margen de configuración del Legislador es aún mayor” (C370/06 Cepeda et al., f. 5.13). Además, orientó su juicio con base en la integralidad pretendida por la Ley 975 de 2005 como “conjunto integral y específico de normas encaminadas a lograr la paz en un contexto determinado, el juicio de ponderación no puede dejar de valorar que una medida determinada está concatenada con otra, plasmada en una norma diferente” (C370/06 Cepeda et al., f. 5.15).

Con estos derroteros, la Corte incorporó, por vía interpretativa, una serie de preceptos y estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas, para robustecer su rol en el proceso de Justicia y Paz. Igualmente, garantizó el acceso de las víctimas a los expedientes judiciales y amplió los canales de participación en el proceso judicial (C370/06 Cepeda et al., f. 6.2.3.2), lo que posteriormente se ampliaría y justificaría mejor en la jurisprudencia (C575/06 Tafur, f. 6.1.6 y 6.2.3). También estimó que las reparaciones ordenadas por los

jueces no podían estar supeditadas a la disponibilidad de recursos en el presupuesto general de la nación (C370/06 Cepeda et al., f. 6.2.4.3.).

Por otro lado, la Corte mantuvo los principales beneficios de los integrantes de los grupos paramilitares que quisieran desmovilizarse, aunque condicionando su concesión a respetar los derechos de las víctimas en algunos aspectos específicos. De este modo, constitucionalizó la posibilidad de ofrecer penas alternativas a los desmovilizados, sin que ello violara las obligaciones internacionales del Estado, pero limitó la compensación de la pena alternativa con la permanencia de los desmovilizados en las zonas de concentración de forma previa a la entrega de las armas (C370/06 Cepeda et al., f. 6.2.3.3.4.). Asimismo, estableció como requisito el deber de contar la verdad sobre la participación de los paramilitares en los crímenes como condición para acceder a los beneficios (C370/06 Cepeda et al., f. 6.2.4.).

La Corte también estableció para las víctimas una reparación más amplia que la que se contemplaba en la ley, mediante la obligación de que los desmovilizados repararan con sus propios bienes, y estableció la responsabilidad solidaria del grupo desmovilizado (C370/06 Cepeda et al., f. 6.2.4.4.). Esto fue precisado posteriormente para incluir el patrimonio lícito e ilícito de los desmovilizados (C575/06 Tafur). Incluso, declaró inexecutable la inclusión de servicios sociales ofrecidos por el Gobierno como parte de la reparación y la rehabilitación a las víctimas (C1199/08 Pinilla). Igualmente, estimó que el concepto de familia de la Ley 975 de 2005 incluía a parejas del mismo sexo (C029/09 Escobar).

La jurisprudencia construida gracias a las demandas ciudadanas no fue prevista por los actores políticos, lo cual permitió a la Corte posicionarse y sentar las bases del discurso constitucional sobre la justicia transicional. Esto, mediante una reforma constitucional (Acto Legislativo 01 de 2012), que nuevamente fue objeto de judicialización mediante demandas ciudadanas (Núm. 1 art. 241 CP), y de una amplia discusión entre expertos sobre los cimientos constitucionales de este tipo de justicia. Con todo, la Corte continuó la histórica deferencia con el Ejecutivo al permitir que, en el proceso de revisión, la iniciativa gubernamental continuara su curso.

La consolidación del discurso constitucional sobre la justicia transicional

La concreción del discurso constitucional de la justicia transicional en el marco jurídico para la paz se dio como resultado de las negociaciones entre las FARC-EP y el Gobierno nacional, que se iniciaron en 2010. El discurso de la justicia transicional se constitucionalizó por iniciativa del Gobierno nacional y con la oposición inicial de los negociadores de la guerrilla. Mientras que para el jefe de la delegación del Gobierno, la reforma no fue “un acto unilateral”, sino “un deseo de anticipar soluciones que pueden llegar a ser necesarias” (De la Calle, 2013, p. 269), la delegación de las FARC-EP sostuvo que “ninguna de las partes puede abrogarse derechos exclusivos para definir unilateralmente temas que no se han abordado en la Mesa de Conversaciones”, refiriéndose tanto a la reforma constitucional como a la decisión de la Corte (C579/13 Pretelt) (Delegación de la paz de las FARC-EP, 2014a, p. 256).

La reforma constitucional (Acto Legislativo 01 de 2012), conocida como el marco jurídico para la paz, adicionó algunos artículos transitorios a la Constitución Política, en los que se sintetizó el espíritu de los mecanismos de justicia transicional. Estos mecanismos restringieron la rendición de cuentas a los máximos responsables y la aplicación de tratamientos penales especiales a todos los responsables sometidos al cumplimiento de algunas condiciones. Además, la reforma constitucional anticipó la intervención de la Corte al establecer que los instrumentos de justicia transicional se harían mediante una ley estatutaria (AL 01 de 2012, art. 1 adiciona el art. transitorio 66 a la CP), e incorporó un término de cuatro años para que el Congreso expidiera todas las leyes correspondientes (Art. 2).

Como producto de la judicialización del marco jurídico para la paz, las demandas apelaron a la *sustitución de la Constitución*, en la medida en que la reforma relevaba al Estado de su obligación de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables. La Corte reevaluó la constitucionalidad de la justicia transicional de forma similar a como lo hizo en relación con la Ley de Justicia y Paz. Para esto conceptualizó la justicia transicional en el marco del Estado Social de Derecho y su rol en el fortalecimiento de la democracia, citó extensamente la normativa internacional y algunas experiencias comparadas en perspectiva histórica, e incluyó dentro de ese recuento las medidas excepcionales que históricamente se habían adoptado para alcanzar la paz en Colombia (C579/13 Pretelt, f. 6). Cabe resaltar que, dentro de esta justificación, la Corte resumió su propia jurisprudencia y enfatizó en el carácter teleológico de la justicia transicional orientado por “el restablecimiento de la confianza en el Estado Social de Derecho y en la democracia” (C579/13 Pretelt, f. 6.4.3). Según la Corte, es una finalidad de la Justicia Transicional

[256]

[...] el fortalecimiento de la democracia mediante la promoción de la participación de todos, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal. (C579/13 Pretelt, f. 6.4.3)

En esta argumentación la Corte apeló también a la tutela de los derechos de las víctimas como una suerte de consenso internacional. En ese sentido, recogió los antecedentes del derecho internacional y de la CIDH, y sintetizó su propia jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (C579/13 Pretelt, f. 7). Estas bases conceptuales sentadas por la Corte le permitieron sostener que centrar los esfuerzos en la investigación, el juzgamiento y la sanción de los máximos responsables de las graves violaciones a los DD. HH. no sustituía la Constitución, como tampoco lo hacía otorgar beneficios condicionados en los demás casos (C579/13 Pretelt, f. 8). Esto, siempre y cuando se garantizara una serie de derechos a las víctimas (C579/13 Pretelt, f. 8.4.2).

El magistrado González salvó su voto, debido a que, en su sentir: “la única comprensión posible de la obligación de investigar, juzgar y sancionar delitos graves conforme al derecho internacional, es que es ineludible y no admite transacciones ni excepciones” (SV González, f. 3, C579/13 Pretelt). Mientras, la Delegación de las FARC-EP (2014) criticó como un “remiendo constitucional” la reforma, en tanto incluía un tratamiento diferenciado para

distintos grupos armados. Por eso, rechazaron el Acto Legislativo 01 de 2012, “por no obedecer este a los compromisos surgidos del Acuerdo General para las partes” (Delegación de las FARC-EP, 2014a, pp. 158).

Posteriormente, se demandó la posibilidad, abierta por la reforma constitucional, de que los desmovilizados participaran en política. La Corte usó estratégicamente dicha demanda para reiterar sus argumentos conceptuales a favor de la constitucionalidad de la justicia transicional. Además de reiterar el recuento normativo y jurisprudencial expuesto en la C579/13 Pretelt, la Corte delimitó el significado del conflicto armado interno como una realidad consolidada que ya había sido reconocida en su propia jurisprudencia (C577/14 SÁCHICA, f. 4). Igualmente, reiteró el concepto de justicia transicional, a partir del significado atribuido por Naciones Unidas y presente en la jurisprudencia de la Corte, a la par que citó en su respaldo numerosas fuentes académicas (C577/14 SÁCHICA, f. 5). Todo esto, con el fin de posicionar la participación en política como un mecanismo de justicia transicional válido cuando se trata de delitos políticos, pues no sería constitucional “una condena política perpetua que excluya a los ex combatientes del ámbito democrático” (C577/14 SÁCHICA, f. 8).

Así, el concepto y las finalidades de la justicia transicional esbozados en la reforma constitucional fueron desarrollados y justificados en la jurisprudencia constitucional como elementos necesarios para alcanzar la paz. La deferencia con el Ejecutivo fue más clara, y la intención de este de anticipar el rol de la Corte se hizo palpable. La posibilidad de perseguir a los máximos responsables de las graves violaciones a los DD. HH. sin faltar a los deberes del Estado, el otorgamiento de tratamientos penales especiales y las garantías que debían darse a las víctimas quedaron delimitadas como elementos que integran la Constitución, y que no la sustituyen. Además, el desarrollo de estas medidas debía llevarse a cabo mediante una ley estatutaria, la cual incluía, necesariamente, el control previo de constitucionalidad por la Corte. De esa manera, no solo se incluyó a la Corte en el proceso posterior, sino que, en cierta medida, se anticipó su jurisprudencia. Pero también, la fundamentación del discurso de la justicia transicional en la jurisprudencia de la Corte le permitiría posicionarse respecto al proceso con mayor vigor frente a los actores políticos.

La segunda ola: el acuerdo final de paz

A diferencia de Justicia y Paz, en las negociaciones del AFP ya estaba contemplada la participación de la Corte Constitucional, y su margen de intervención estaba restringido al propósito de *blindar los acuerdos* ante cambios abruptos o demandas ciudadanas por inconstitucionalidad. Los actores políticos definieron el momento y la forma como se realizaría el control constitucional sobre la implementación de los acuerdos. De esta manera, anticiparon las acciones de la Corte y la circunscribieron, por ejemplo, a controles previos o posteriores y únicos, orientados por la preservación de los acuerdos de paz.

Debe considerarse que las Cortes son actores políticos calificados por su dominio del campo jurídico. En este sentido, también gozan de cierta libertad (restringida) para actuar

frente a las coyunturas, sin que sus roles estén completamente definidos por el contexto o sean anticipados por los actores políticos. Mientras que en 1991 la Corte Suprema abdicó de participar en el proceso y preservó su propia existencia, la Corte Constitucional actuó con mayor vigor condicionando la Ley de Justicia y Paz, pero dejando un amplio margen de actuación a los actores políticos. Esto también ocurrió ante el AFP, pese a que la Corte rescató la supremacía judicial respecto a los nuevos actores judiciales, como la JEP, y preservó su función de guardiana de la Constitución.

Como lo indicó la propia Corte cuando fijó su posición institucional interpretando el contexto en el marco de la transición,

Los elementos del contexto muestran también una característica del proceso de transición colombiano, muy relevante. Existe, en el país, una decisión política y jurídica de propiciar la transición, sin establecer un nuevo régimen constitucional. Así, el paso se da del conflicto a la paz, pero no de un sistema normativo a otro distinto, razón por la cual esta Corte preserva su papel de guardiana de la Constitución Política de 1991, sin perjuicio de que en su labor actúe bajo la conciencia de que las medidas de transición requieren una comprensión adecuada de los valores en juego en un momento histórico como el actual. La conciencia de que son necesarios equilibrios de principios en cierto modo distintos a los que caracterizan los momentos de política cotidiana. (C007/18 Fajardo, f. 186)

[258]

Así, aunque la Corte no participó directamente en los acuerdos, sí tuvo roles esenciales en validar y legitimar el AFP. La Corte se posicionó frente al pueblo soberano como intérprete de la refrendación popular, frente al Poder Legislativo para validar los cambios en el proceso legislativo y respecto al presidente, y mostró deferencia con las facultades extraordinarias que le fueron concedidas para la implementación del AFP.

La refrendación judicial

El Gobierno nacional se adelantó a promover una ley estatutaria que permitiera hacer reformas constitucionales mediante referendo, sin que esto hubiera sido acordado en la mesa de negociaciones con las FARC-EP. En la decisión de la Corte que controló la constitucionalidad de dicha norma, la Secretaría Jurídica de la Presidencia indicó que “Aunque el referendo no se ha acordado como instrumento para desarrollar ese punto [un acuerdo en torno a la implementación, verificación y refrendación], el Gobierno Nacional lo considera el más apropiado para el efecto” (C784/14 Calle f. 5.1). Este mecanismo no fue utilizado, por falta de acuerdo en la mesa de negociaciones.

Posteriormente, el Gobierno nacional convocó un plebiscito para consultar la opinión de la ciudadanía sobre el acuerdo de paz. La Corte estuvo contemplada en este panorama desde el principio: “Si la Corte Constitucional le da la bendición a la ley, voy a convocar un plebiscito” (Santos, 2016b, pp. 420-421). Esto, a pesar de la oposición de la Delegación de las FARC-EP, quienes rechazaron las iniciativas presidenciales de refrendación por ser “ajenas a los diálogos de paz” y “por tratarse de una fórmula inconsulta” (Delegación de

Paz de las FARC-EP, 2015, p. 434). El Gobierno, sin embargo, sostuvo que ese mecanismo se sustentaba en la propia jurisprudencia de la Alta Corte (Santos, 2016c).

La Corte estudió el proyecto de ley estatutaria que convocaba a plebiscito como una manera de refrendar el AFP, lo cual sí había sido acordado en la mesa de negociaciones (C379/16 Vargas). El plebiscito fue concebido como un mecanismo especial de participación diferente de los que ya existían de ordinario. Esto permitió a la Corte delimitar su alcance: circunscribiéndolo a los fines de la justicia transicional, “que van mucho más allá que la finalización del conflicto armado, sino que tienen como objetivos últimos la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado de Derecho” (C379/16 Vargas, f. 26).

De esa manera, el plebiscito no tendría el objetivo de modificar el orden jurídico ni de incluir en él el AFP. La Corte mantendría su posición en relación con el valor jurídico del AFP, en tanto no hacía parte del ordenamiento en sí mismo, sino que serviría como parámetro interpretativo (C171/17 Escrucería). Su valor normativo sería precisado después como “parámetros de interpretación y referentes de desarrollo y validez de las normas de implementación de lo pactado, con sujeción al ordenamiento constitucional” (C630/17 Guerrero y Lizarazo).

Asimismo, la Corte le otorgó al resultado del plebiscito un valor político cuyo carácter vinculante estaba restringido al presidente (C379/16 Vargas, análisis del artículo 1). Según el jefe negociador del Gobierno, “la Mesa de La Habana no tiene el poder de reformar por sí misma la Constitución”; por eso, los cambios debían hacerse dentro de “los balances propios de la democracia”, todo lo cual incluía un pronóstico sobre el propio papel de la Corte:

No le conviene a Colombia alterar ese orden. Provocar una decisión ahora, de carácter judicial, sobre la naturaleza hipotética de un acuerdo humanitario en relación con el ya suscrito Acuerdo General y buscar una solución de esa naturaleza en la Corte Constitucional puede terminar predeterminando decisiones sobre el Acuerdo Final, el cual aún no existe. Aún no tenemos un Acuerdo Final. Anticipar judicialmente esta discusión es un error. La secuencia que indica la democracia colombiana es la correcta. El Jefe del Estado discute con las FARC-EP y, una vez logre un Acuerdo, lo repito, entran los balances de la democracia: el cuerpo ciudadano, el Congreso y la Corte Constitucional. (De la Calle, 2016, p. 294)

Por lo tanto, si el resultado del plebiscito era desfavorable, el presidente no podía “adelantar la implementación de ese acuerdo en específico” (C379/16 Vargas, f. 115). Los demás órganos del Estado tendrían roles importantes, como “la creación de procedimientos excepcionales y temporales para la superación del conflicto armado” (C379/16 Vargas, f. 32) en el caso del Legislativo, pero no estaban obligados por el resultado del plebiscito.

Ante esta limitación hubo argumentos disidentes que remarcaron las contradicciones de la argumentación de la Corte, como los del propio magistrado ponente, quien sostuvo que “la legitimidad política que otorga la soberanía popular no puede ser fraccionada”, y

que, por tanto, el pronunciamiento popular era obligatorio para todo el poder público, y no solo para el presidente (C379/16 Vargas, SPV Vargas, f. 3).

El concepto de refrendación popular usado por la Corte serviría, con posterioridad, para legitimar judicialmente el cumplimiento de este requisito de refrendación, a pesar de los resultados negativos del plebiscito (C160/17 Ortiz). Esto es, acoger la estrategia y la retórica del presidente para incluir en los acuerdos de paz parte de las inconformidades de los promotores del NO y dar continuidad a la implementación de estos mediante las facultades extraordinarias para la paz concedidas al presidente. Así, en un comunicado conjunto de la mesa de negociaciones las partes mencionaron “los caminos señalados en la sentencia de la Corte Constitucional C379 de 2013”, ante la posibilidad de una respuesta negativa al plebiscito (Mesa de conversaciones, comunicado conjunto, 2016).

[260] Frente a uno de los decretos legislativos expedidos por el presidente, la Corte aplicó su concepto de refrendación y legitimó judicialmente el AFP, función que fue prevista por los actores políticos, al permitirle su intervención para ejercer control de las normas que desarrollaban el AFP. Para esto, la Corte sostuvo que sí se había cumplido con el requisito de refrendación, pese a que el resultado del plebiscito del 2 de octubre de 2016 fue la prevalencia del NO (50,21 % de votantes) frente al SÍ (49,78 %), ya que el presidente emprendió un diálogo nacional que garantizó la participación ciudadana con posterioridad al plebiscito. Según esto, cerca del 90% de las sugerencias y las ideas fueron incluidas en el texto del acuerdo, aunque este no se modificó estructuralmente. Además, también con posterioridad al plebiscito, el AFP fue objeto de proposiciones aprobatorias en las Cámaras Legislativas (29 y 30 de noviembre de 2016) (*Gaceta del Congreso*, XXVI-53, 7 de febrero de 2017) y en la exposición de motivos de la ley de amnistías e indultos que desarrollaba el AFP (C160/17 Ortiz).

El procedimiento legislativo especial, o fast track

El presidente impulsó una reforma constitucional (Acto Legislativo 01 de 2016) a fin de establecer un procedimiento legislativo especial para la paz, y mediante el cual se reducían los tiempos para legislar, y así desarrollar, el contenido del AFP. Este procedimiento, conocido como *fast track*, incluía tres etapas: una *refrendación popular*, una *etapa parlamentaria* y una *instancia de control constitucional automático*. Además, le confirió al presidente facultades extraordinarias para legislar con miras a que pudiera desarrollar el contenido del AFP mediante decretos con fuerza de ley. Con esto, se pretendió anticipar el control constitucional para garantizar el éxito de su iniciativa y reducir la contingencia que se presentó con respecto a las demandas ciudadanas de la ley de Justicia y Paz.

Para el presidente Santos, la aprobación de la Corte Constitucional siempre estuvo presente durante todo el proceso de refrendación, como parte del *blindaje jurídico de la paz* (Santos, 2015, 2016d, p. 328). Mientras, para la Delegación de las FARC-EP (2014b), iniciativas

presidenciales como el procedimiento legislativo especial no obedecían a compromisos fijados en la mesa de negociaciones. Esto incluyó el procedimiento legislativo especial.

En el control constitucional la Corte definió lo que se debía entender como refrendación popular:

[...] un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores. (C699/16 Calle, f. 20)

Además, la Corte amplió las alternativas para la consecución de la paz en caso de que la refrendación popular requiriera nuevos acuerdos ante un resultado negativo en el plebiscito, sin que estas nuevas modificaciones tuvieran que ser sometidas otra vez al mecanismo de consulta directa. “Si son fruto de un proceso en el cual se respeten, interpreten y desarrollen de buena fe los resultados de la consulta previa a la ciudadanía, en un escenario de búsqueda de mayores consensos”, ya que esto sería en sí mismo un “*efecto* de la participación ciudadana” (C699/16 Calle).

En términos del control constitucional automático, la reforma constitucional previó el rol de la Corte al otorgarle competencia para ejercer control automático y único de constitucionalidad a los proyectos de ley y acto legislativo tramitados mediante *fast track* y reducir los términos para su ejercicio (Acto Legislativo 01 de 2016, Art. 1 Lit. k). Para justificar estos cambios, la Corte creó una *teoría de la resistencia de las normas al cambio constitucional*; según esta última, la rigidez constitucional es flexible (Cruz, 2018a). Para la Corte, las normas superiores deben ser susceptibles de adaptación transicional. De esa manera, el contexto de transición hacia la terminación del conflicto “implica examinar el principio de resistencia constitucional con una dosis de adaptabilidad que asegure la conservación de sus compromisos” (C699/16 Calle, f. 35.4).

El Acto Legislativo 01 de 2016 fue demandado por los promotores del NO en el plebiscito. Esta fue la oportunidad para que la Corte aclarara que la justicia transicional no sustituye la Constitución en sí misma (C332/17 Lizarazo, f. 7). Adicionalmente, la Corte encontró que lo que sí constituía una sustitución de la Carta Magna era la concentración del poder en el presidente para impulsar la implementación del AFP en desmedro de la autonomía del Legislativo. Por eso, consideró que, siendo la separación y el equilibrio entre los poderes públicos un eje definitorio de la Constitución, obligar a que los cambios a los proyectos de ley o los actos legislativos tramitados mediante el *fast track* sean votados en bloque y cuenten con el aval del presidente “comporta una supresión de la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso en materias que de manera originaria le han sido atribuidas por la Constitución” (C332/17 Lizarazo, f. 9).

A través del *fast track* se reformó la Constitución “con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” (Acto Legislativo 01 de 2017). Además de ratificar la naturaleza del control constitucional (jurisdiccional, automático, parcial, único, participativo, abreviado y posterior), la Corte reelaboró su doctrina de la sustitución de la Carta Política en el sentido de aclarar que, si bien su función era ejercer control solo por vicios de procedimiento, vigilar si el Congreso tenía competencia era parte de este control, y el parámetro sería la conexidad entre lo regulado y el AFP (C630/17 Guerrero y Lizarazo).

La paz entraría a jugar un rol importante en el denominado *juicio de sustitución* que debería establecer si la reforma sustituye o no la Constitución. La Corte decidió que “otorgará una importancia preponderante al derecho a la Paz cuando se presenten tensiones entre este derecho fundamental y otros pilares esenciales de la Carta”, lo cual hace de la paz un parámetro de control, “teniendo en cuenta que la garantía de la Paz maximiza *per se* su vigencia [de la Constitución]”. (C630/17 Guerrero y Lizarazo). De ese modo, el juicio de sustitución debería estar mediado por la paz y por el propósito de “dar estabilidad a los acuerdos realizados para finalizar el conflicto armado y asegurar una paz estable y duradera” (C630/17 Guerrero y Lizarazo).

La segunda reforma constitucional que se llevó a cabo mediante el *fast track* (Acto Legislativo 01 de 2017) creó una nueva institucionalidad de mecanismos de justicia transicional. Se constituyó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado, y la JEP. Esas nuevas instituciones estarían encargadas de asegurar el tránsito hacia la paz.

El control constitucional de la reforma nuevamente ejerció una vigilancia sobre los *vicios competenciales*; sobre todo, evaluando la conexidad (material y teleológica) de la medida con el AFP (C674/17 Guerrero). Lo particular de dicho ejercicio es que los cuadros comparativos de la norma objeto de control con el AFP sugieren una reproducción casi textual de este último; o sea, fueron *calcadas* de la iniciativa gubernamental, con cambios menores y, más bien, formales (C674/17 Guerrero, anexo 2). Ello, pese a que la Corte enfatizó en el carácter especial de sus parámetros de control, dado su carácter automático, la flexibilización del juicio de sustitución (doblemente ponderado para incluir la paz) en razón del “amplio margen de apreciación con el que cuentan los actores políticos” en la transición y la evaluación integral de “la nueva lógica de concesiones y ganancias recíprocas entre los bienes y derechos constitucionales” (C674/17 Guerrero, f. 5.1.3.)

Según la Corte, la reforma no sustituyó totalmente la Constitución, pero algunos de sus contenidos fueron declarados inexecutable, por intentar sustituirla parcialmente. De estos contenidos se resaltan: a) aquellos relacionados con socavar la supremacía judicial de la propia Corte Constitucional, en la medida en que la normativa limitaba la acción de tutela contra las decisiones de la JEP, así como su revisión por parte de la Corte; b) aspectos que

[262]

consideró injustificadamente endogámicos en la JEP: el control disciplinario, el esquema de gobierno y administración, la intervención de expertos extranjeros y el esquema de resolución de conflictos de competencias, y c) la limitación de la participación de la Procuraduría en los procesos judiciales a una solicitud de la JEP (C674/17 Guerrero, f. 5.1.4.).

En suma, el procedimiento legislativo especial fue validado por la Corte Constitucional, y en él se anticipó su participación por parte de los actores políticos. La Corte se posicionó así, aunque de forma restringida, como un actor clave del proceso de paz, que, a la postre, podría efectuar algunas modificaciones.

Las facultades legislativas extraordinarias del presidente

La Corte también justificó las facultades extraordinarias para la paz del presidente, en el marco de las medidas de justicia transicional sometidas al control judicial. Según su argumentación, “no se trata de una situación que ponga en riesgo la existencia o estabilidad del Estado”, sino de una oportunidad para el “logro de mayores niveles de democratización” (C160/17 Ortiz, f. 73). Y circunscribió las facultades legislativas extraordinarias para la paz concedidas al presidente a ciertos límites que orientarían su control judicial (C253/17 Ortiz, C331/17 Ortiz). Estos límites fueron de carácter formal y material, pues solo podían activarse por una sola vez respecto al mismo tema y hasta el 29 de mayo de 2017 y, adicionalmente, debían tener conexidad (objetiva, estricta y suficiente) con el AFP. Esto evidenció la histórica deferencia con el Ejecutivo que ha caracterizado la historia institucional del poder judicial en Colombia.

El presidente expidió 36 decretos legislativos, la mayoría de los cuales fueron declarados ajustados a la Constitución completamente o con condicionamientos parciales (C309/17 Correa, C433/17 Lizarazo, C438/17 Ortiz, C469/17 Pardo, C470/17 Pardo, C492/17 Rojas, C493/17 Rojas, C518/17 Lizarazo, C541/17 Escrucería, C554/17 Bernal, C555/17 Escrucería, C565/17 Fajardo, C569/17 Guerrero, C607/17 Bernal, C608/17 Bernal, C730/17 Lizarazo, C013/18 Rojas, C019/18 Reyes, C025/18 Reyes, C038/18 Linares, C067/18 Guerrero, C070/18 Rojas, C071/18 Linares). Otros fueron condicionados por completo (C224/17 Rojas, C516/17 Guerrero, C644/17 Fajardo, C017/18 Fajardo). Y solo tres fueron declarados totalmente inexequibles por la Corte (C160/17 Ortiz, C289/17 Arrieta, C331/17 Ortiz). A pesar de que en algunas ocasiones la Corte declaró parcialmente inexequibles algunas normas (C174/17 Calle, C253/17 Ortiz), o lo hizo en el marco de sus condicionamientos (en alrededor de ocho ocasiones), el sentido de la mayoría de las iniciativas gubernamentales recibió validación judicial.

Adicionalmente, la Corte defendió el desarrollo legislativo del AFP en relación con la JEP. Una vez terminadas las facultades extraordinarias otorgadas al entonces expresidente Juan Manuel Santos (2010-2018), el presidente entrante Iván Duque (2018-2022), como férreo opositor a los acuerdos de paz cuando fue senador, se opuso a la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019). Las objeciones que presentó, sin embargo, fueron desestimadas por la Corte Constitucional, dado que estas ya habían sido rechazadas por las cámaras legislativas, sin que hubiera discrepancias entre ellas que justificaran el archivo del proyecto de ley

(A282/19 Lizarazo). Algunos magistrados sostuvieron, en aclaraciones de voto individuales, que las objeciones no eran válidas porque no están contempladas dentro del trámite del procedimiento legislativo especial para la paz (A282/19 Lizarazo, AV Lizarazo y Fajardo).

La JEP: el statu quo dentro del orden constitucional

Los cambios constitucionales producidos por el AFP no desafiaron el orden constitucional, sino que se mantuvieron dentro de este. Los actores políticos lograron anticipar los movimientos de la Corte al incluirla como una parte esencial de la validación de los acuerdos creándole competencias restringidas en contenidos y tiempos determinados, pero también, valiéndose de la Corte en momentos en los que era preciso legitimar ciertos desequilibrios que se querían mantener constantes. El escrutinio judicial reforzó el *statu quo* limitando las competencias del mecanismo judicial de justicia transicional: la JEP. Lo anterior, pese a la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas que ya se había perfilado desde la revisión judicial de Justicia y Paz.

[264] La obligación de reparar materialmente a las víctimas no le compete a la JEP, según el AFP. La JEP tiene competencia para investigar, juzgar y sancionar por los crímenes más graves y representativos cometidos con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado por los exintegrantes de las FARC-EP firmantes del acuerdo y por integrantes de la Fuerza Pública (C080/18 Lizarazo, f. 4.1.3). No obstante, carece de competencia para ordenar reparaciones materiales de los daños o definir la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de estos crímenes (Acto Legislativo 01 de 2017 Art. 18). Todo ello está en cabeza de otros mecanismos administrativos y extrajudiciales del SIVJRNR, salvo la restitución de tierras, que se realiza por parte de los jueces de dicha jurisdicción.

Las competencias de la JEP en relación con la reparación de las víctimas se limitaron a que esta promueva una justicia restaurativa que propenda por la satisfacción de los derechos de las víctimas ofreciéndoles verdad sobre lo sucedido (C080/18 Lizarazo, f. 4.1.2). Esto, con la posibilidad de ofrecer tratamientos penales especiales a quienes no sean los máximos responsables de los crímenes, siempre y cuando se comprometan a ciertas obligaciones de reparación —una restricción que la Corte Constitucional encontró legítima en relación con los derechos de las víctimas si se juzgaba a los máximos responsables (C080/18 Lizarazo, f. 4.1.7-4.1.8)—, las cuales se mantienen en la indeterminación. Además, la Corte reforzó esta limitación estableciendo que la JEP tampoco puede ordenar reparaciones simbólicas al Estado, por considerar que no le corresponde juzgar al Estado (C080/18 Lizarazo, análisis del artículo 93 lit. d).

Adicionalmente, la competencia para investigar, juzgar y sancionar a los no combatientes (Art. 16 Acto Legislativo 01 de 2017) fue limitada por la Corte a su comparecencia voluntaria (C674/17 Guerrero). Según la Corte, la garantía del juez natural es un elemento de la estructura básica o esencial de la Constitución que no puede ser sustituido. Por eso, juzgar a los terceros civiles y a los agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública sin que

mediara su voluntad violaba dicha garantía y sustituía la Constitución (C674/17 Guerrero, f. 5.5.2.11). Además, esa inconstitucionalidad se extendió a la investigación que podría hacer la JEP del presidente, ya que este se encontraba amparado por el fuero, y por eso únicamente el Congreso podría investigarlo, juzgarlo y sancionarlo (C674/17 Guerrero, 5.5.2.14). De tal manera, la Corte declaró inexecutable esta facultad de la JEP, y limitó con ello la posibilidad de ofrecer verdad judicial a las víctimas.

Asimismo, la Corte reivindicó su propia supremacía respecto a la JEP posicionándose como superior funcional, tal y como lo ha venido haciendo en relación con las demás altas cortes a propósito de doctrinas como las de la obligatoriedad de su precedente o la del derecho viviente (Cruz, 2018b). En efecto, el principio de *prevalencia* de la JEP sobre las demás jurisdicciones fue condicionado a que este no impedía la revisión discrecional de las tutelas por la Corte Constitucional, y los conflictos de competencia serían resueltos conforme a los procedimientos previstos, lo cual resta autonomía a la JEP para esto (C674/17 Guerrero; C007/18 Fajardo).

CONCLUSIONES

El estudio de caso colombiano sobre los roles de la Corte Constitucional en el marco de la democratización promovida en varios momentos históricos muestra que su participación ha sido central en procesos de paz negociada dentro del orden constitucional. La revisión judicial por los tribunales nacionales de los acuerdos de paz producto de procesos de negociación no es una constante a escala global. De ahí que el análisis del caso colombiano haya servido para enfocarse en tres aspectos que merecen atención a la hora de caracterizar los roles de las Cortes, cuando existe una trayectoria constante de deferencia con el poder ejecutivo: la anticipación de la jurisprudencia por los actores políticos, la influencia permitida a estas en el proceso de negociación e implementación, y el posicionamiento institucional que las Cortes asumen en relación con los actores políticos.

En Colombia, la larga historia institucional de la Corte Suprema de Justicia es uno de los legados más sólidos de independencia judicial que ayudan a entender el protagonismo posterior de la Corte Constitucional. La Corte Suprema abdicó del control constitucional sobre el proceso constituyente de 1991, debido a que el Ejecutivo había previsto un cambio constitucional basado en la teoría del poder constituyente ilimitado. Por eso, su función se redujo a validar la convocatoria de una ANC soberana.

Durante la primera ola de justicia transicional, la Corte Constitucional, heredera del legado histórico institucional de la Corte Suprema, tampoco fue incluida en el proceso. El control constitucional no fue previsto por los actores políticos, y se libró a la creación de oportunidades políticas de intervención por vía de demandas ciudadanas. Esto permitió a la Corte posicionar el discurso de los derechos de las víctimas para avalar la iniciativa presidencial de desmovilización de los grupos paramilitares.

Los precedentes construidos en la primera ola fueron anticipados durante la segunda ola de justicia transicional, que condujo al AFP y su implementación. En este escenario, los actores políticos incluyeron a la Corte en el proceso de legitimación e implementación del AFP. De hecho, la Corte tuvo control sobre todo el proceso y el contenido del AFP mediante la revisión constitucional del valor jurídico del acuerdo y de las normas que lo desarrollaron. A pesar de esto, y al igual que en 1991, la Corte fue deferente con el primer mandatario, y las iniciativas presidenciales pasaron el control sin cambios relevantes, salvo la consolidación de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas (ya anticipada por los actores políticos) y el reforzamiento del *statu quo* mediante la limitación de las facultades de la JEP.

Tabla 1. Los roles judiciales de la Corte Suprema y la Corte Constitucional

Coyuntura	Anticipación de la jurisprudencia	Influencia permitida (mecanismos de control judicial)	Posicionamiento de las Cortes
Proceso constituyente de 1991	A través de la teoría del poder constituyente ilimitado	Solo validación de la convocatoria a la ANC	La Corte Suprema se apartó del proceso y reconoció soberanía a la ANC
Primera ola de justicia transicional: Justicia y Paz	La Corte Constitucional no fue incluida en el proceso	Los actores políticos libraron la intervención imprevista de la Corte Constitucional a las demandas ciudadanas	La Corte Constitucional incorporó los derechos de las víctimas y armonizó la Ley de Justicia y Paz y el derecho internacional mediante el control constitucional, pero fue deferente con la iniciativa presidencial
Segunda ola de justicia transicional: AFP	Los actores políticos incorporaron la jurisprudencia constitucional de la primera ola, e incluyeron a la Corte Constitucional como parte del proceso de refrendación e implementación	Control constitucional sobre todo el proceso y el contenido del AFP; en algunos casos, previo y automático	La Corte Constitucional consolidó su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, ratificó su deferencia con el presidente y reforzó el <i>statu quo</i>

Fuente: elaboración propia.

A pesar de que el caso colombiano no resulta concluyente para predecir la existencia de constantes políticas e institucionales en otros contextos de democratización y justicia transicional, permite extraer algunas inferencias analíticas que podrían enriquecer los estudios políticos y constitucionales comparados cuando existen trayectorias histórico-institucionales similares. Primero, que a mayor anticipación de la jurisprudencia por los actores políticos es más probable que haya más control sobre la participación de las Cortes nacionales antes, durante y después de la paz negociada. Segundo, una historia robusta de independencia judicial es un factor que hace más factible el que los actores políticos deban permitir cierto grado de influencia a las Cortes nacionales en el proceso de negociación de los acuerdos de paz y su implementación. Por último, las Cortes también pueden posicionarse a partir de su propia jurisprudencia en relación con los actores políticos, pese a que su margen de acción esté restringido por estos.

[266]

REFERENCIAS

- Alarcón Núñez, O. (2011). *La cara oculta de la Constitución de 1991*. Planeta.
- Ansolahehere, K. (2007). *La política desde la justicia. Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México*. Fontamara-FLACSO.
- Arenhövel, M. (2008). Democratization and transitional justice, *Democratisation*. 15(3), 570-587. 10.1080/13510340801991114
- Barahona de Brito, A. (2001). Truth, justice, memory, and democratization in the Southern. En A. Barahona de Brito, C. González-Enríquez & P. Aguilar (Eds.). *The politics of memory. Transitional justice in democratizing societies* (pp. 119-160). Oxford University Press.
- Bell, C. (2006). Peace agreements: Their nature and legal status. *The American Journal of International Law*, 100(2), 373-412.
- Berghof Foundation and the United Nations Department of Political and Peacebuilding Affairs. (2020). *Constitutions and peace processes: A Primer*. Berghof Foundation.
- Bohórquez Montoya, J. P. (2001). *Concepciones políticas en la constituyente de 1991*. Coimpresos.
- Björkdahl, A., & Warvsten, L. (2021). Friction in transitional justice processes: The Colombian Judicial System and the ICC. *International Journal of Transitional Justice*, 15, 636-657.
- Botero Bernal, A. (2017). Balance de los 25 años de la Constitución de 1991: la Constitución de dioses y la de hombres. *Vniversitas*, 134, 59-92.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu & G. Teubner, *La fuerza del Derecho* (pp. 153-220). Uniandes, Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Buenahora Febres-Cordero, J. (1991). *El proceso constituyente de la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Cámara de Representantes y Pontificia Universidad Javeriana.
- Cajas, M. A. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*. Universidad de los Andes y Universidad Icesi.
- Carbonell, M., & Jaramillo, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Trotta.
- Cepeda Espinosa, M. J. (2007) ¿Cómo se hizo la asamblea constituyente? En M. J. Cepeda Espinosa, *Polémicas Constitucionales* (pp. 335-357). Legis.
- Commaille, J., Dumoulin, L., & Robert, C. (2010). *La juridicisation du politique*. L.G.D.J.
- Comaille, J. (2010). ¿Es la justicia la nueva “razón” política universal? *Pensamiento jurídico*, 27, 68-84.
- Cruz, M. (2018a). ¿Rigidez constitucional flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). *Pielagus* 17(2), 21-43.
- Cruz, M. (2018b). Supremacía judicial: el control constitucional del derecho viviente en Colombia. *Prolegómenos*, 21(42), 111-133.

- Daly, T. G. (2017). *The Alchemists: questioning our faith in courts as democracy-builders*. Cambridge University Press.
- Daly, T. G. (2016). *The judiciary and constitutional transitions. Workshop Report*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Datmaytan, D. (2016). Judicial review of peace initiatives. *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 34(1), 47-68.
- De Greiff, P. (2012). Theorizing transitional justice, *Nomos*, 51, 31-77.
- Delegación de Paz de las FARC-EP. (2014a). No más trampas jurídicas contra la paz. Objeciones frente a las recientes iniciativas jurídicas que el Gobierno ha adelantado a propósito del Proceso. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte Uno* (pp. 156-159). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Delegación de Paz de las FARC-EP. (2014b). No estamos en la recta final. Respuesta a los anuncios prematuros del Gobierno y petición de una reunión de emergencia. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte Uno* (pp. 220-220). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Delegación de Paz de las FARC-EP. (2015). Un referendo disfrazado de Plebiscito. Objeciones frente a la idea de aplicar el plebiscito como mecanismo de refrendación del Acuerdo Final. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte Dos*. (pp. 434-435). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- De la Calle, H. (2013). El estado del proceso, el camino adelantado hacia la construcción de la paz y la voluntad del Gobierno de avanzar en las discusiones. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo III*, (p. 266-269). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- De la Calle, H. (2016). Declaración Mecanismos que han sido propuestos para darle seguridad jurídica a lo que se acuerde en La Habana. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VI* (pp. 293- 295). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Diamond, L., & Plattner, M. (1996). *The global resurgence of democracy*. Johns Hopkins University Press.
- Diamond, L., & Plattner, M. (2001). *The global divergence of democracies*. Johns Hopkins University Press.
- Dixon, R. (2021). Strong courts: Judicial statecraft in aid of constitutional change. *Columbia Journal of Transnational Law*, 59, 298-363.
- Dugas, J. (1993). La Constitución política de 1991: ¿un pacto político viable? En J. Dugas (Comp.), *La Constitución política de 1991: ¿un pacto político viable?* (pp. 15-44). CEREC.
- Epstein, L., Knight, J., & Shvetsova, O. (2001) The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic system of government. *Law & Society Review*, 35(1), 117-164.
- Fiedler, C. (2019). *Why writing a new constitution after conflict can contribute to peace*. Development Institute.
- Gaceta del Congreso*, XXVI-53, 7 de febrero de 2017. Proposición de congresistas para la refrendación del Acuerdo Final por el Congreso de la República Congreso de la República.

[268]

- García Villegas, M. (2014a). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. IEPRI-Debate-Universidad Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. (2014b). Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. *Análisis político* 82, 167-195.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel.
- Gobierno Nacional de Colombia-FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf
- González-Ocantos, E. (2020). *The politics of transitional justice in Latin America. Power, norms and capacity building*. Cambridge University Press.
- Hilbink, L. (2014). *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*. Flacso.
- Hildebrand, Y. (1982). *Free markets, more court rulings?* [Tesis doctoral]. Utrecht University.
- Hillebrecht, C., Huneus, A., & Borda, S. (2018). The judicialization of peace. *Harvard International Law Journal*, 59(2), 279-330.
- Hirschl, R. (2007). *Towards juristocracy: the Origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- Jiménez, A. (2008). *El control de constitucionalidad sobre el diseño de medidas y mecanismos de justicia transicional en Colombia: un estudio sobre el papel de la Corte Constitucional en el diseño e implementación de la Ley de Justicia y Paz* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia.
- Jiménez Ospina, A. (2018). Limitaciones al control de constitucionalidad en el marco de procesos transicionales en Colombia. El procedimiento legislativo especial para la paz y la competencia de la Corte Constitucional. En A. Rodríguez Villabona (Ed.), *Veinticinco años de la Constitución (1991-2016) Debates constitucionales y perspectivas constituyentes* (pp. 255-280). Universidad Nacional de Colombia.
- Landau, D. (2010) Political institutions and judicial role in comparative constitutional law. *Harvard International Law Journal*, 51(2), 319-377.
- Linz, J., & Stepan, A. (1996). *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, Latin America, and Post-Communist Europe*. Johns Hopkins University Press.
- Mesa de Conversaciones. Comunicado conjunto. El Acuerdo Final, el resultado del plebiscito y el compromiso de las partes de mantener el cese al fuego y continuar implementando medidas de construcción de confianza. En. Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VIII*. (pp. 112-113). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Nathan, L. (2019). *The imperative of constitutionalizing peace agreements*. Berghof Foundation.
- Neves, M. (1994). *A constitucionalização simbólica*. Editora Académica.
- Nunes, R. M. (2010). *Ideal justice in Latin America: Interests, ideas, and the political origins of judicial activism in Brazil and Colombia* [Tesis doctoral]. The University of Texas.

- O'Donnell, G., & Schmitter, P. (1986). *Transitions from authoritarian rule: Tentative conclusions about uncertain democracies*. Johns Hopkins University Press.
- Olsen, T., Payne, L., & Reiter, A. (2010). The justice balance: When transitional justice improves human rights and democracy. *Human Rights Quarterly*, 32(4), 980-1007.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (2004). Consejo de Seguridad, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", Informe del Secretario General, S/2004/616 del 03 de agosto de 2004.
- Orrego, D. (2019). Sobre el concepto de autonomía relativa en las investigaciones jurídicas nacionales. *Estudios Sociojurídicos*, 21(1), 269-291.
- Ozcelik, A., & Olcay, T. (2020). (Un)constitutional challenge rooted in peace agreements. *International Journal of Constitutional Law*, 18(4), 1373-1404.
- Roht-Arriaza, N., & Mariezcurrena, J. (Eds.). (2006). *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University Press.
- Santos, J. M. (2015). Intervención en el Encuentro Nacional de Jóvenes por la Paz: Una mirada hacia el posconflicto. Recuento de los aspectos más importantes del Proceso de Paz. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte Dos*. (pp. 442-451). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- [270] Santos, J. M. (2016a). Intervención durante el saludo a las Fuerzas Militares tras la firma del Acuerdo para el Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo, y la Dejación de las Armas. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VI*. (pp. 398-407). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Santos, J. M. (2016b). Intervención durante el evento de pedagogía de paz. Potencial del agro y el turismo en el Guaviare, beneficios del Proceso, recuento de lo pactado en los acuerdos e implicaciones del plebiscito. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VI*. (pp. 414-421). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Santos, J. M. (2016c). Intervención en la audiencia citada por la Corte Constitucional sobre la ley estatutaria que regula el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final de Paz. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VI*. (pp. 348-351). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Santos, J. M. (2016d). Alocución sobre blindaje jurídico de la paz. Validación de los acuerdos según el Congreso, Corte Constitucional y el pueblo, recuento de los cinco puntos ya pactados y lo que falta a propósito del Punto 6. En Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, (2018) *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP. Tomo VI*. (pp. 327-329). Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Seong-Hak, M. (2019). *Constitutional transitions and the travail of judges*. Cambridge University Press.
- Stone Sweet, A. (2002). *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford University Press.
- Tate, N., & Vallinder, T. (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press.
- Teitel, R. (2014). *Globalizing transitional justice: Contemporary essays*. Oxford University Press.

Teubner, G. (1987). Juridification, concepts, aspects, limits, solutions. En Teubner, G. (ed.) *Juridification of Social Spheres*. Walter de Gruyter.

Thornhill, C., & Calabria, C. (2020). Global constitutionalism and democracy: the case of Colombia. *Jus Cogens*, 2, 155-183.

Weill, R. (2021). Judicial review of constitutional transitions: war and peace and other Sundry matters. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45(5), 1381-1446.

Wiebelhaus-Brahm, E. (2010). *Truth commissions and transitional societies: The impact on human rights and democracy*. Routledge.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 59 del 23 de mayo y sentencia 138 del 9 de octubre de 1990.

Corte Constitucional de Colombia: C011/94 Martínez; C127/06 Tafur; C238/06 Sierra; C319/06 Tafur; C370/06 Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur y Vargas; C400/06 Beltrán; C426/06 Sierra; C455/06 Araújo; C476/06 Tafur; C650/06 Tafur; C080/07 Escobar; C719/06 Araújo; C531/06 Monroy; C575/06 Tafur; C670/06 Escobar; C1199/08 Pinilla; C029/09 Escobar; C072/10 Mendoza; C577/14 SÁCHICA; C784/14 Calle; C699/16 Calle; C160/17 Ortiz; C171/17 Escrucería; C174/17 Calle; C224/17 Rojas; C253/17 Ortiz; C289/17 Arrieta; C331/17 Ortiz; C332/17 Lizarazo; C309/17 Correa; C433/17 Lizarazo; C438/17 Ortiz; C469/17 Pardo; C470/17 Pardo; C492/17 Rojas; C493/17 Rojas; C516/17 Guerrero; C644/17 Fajardo; C017/18 Fajardo; C518/17 Lizarazo; C541/17 Escrucería; C554/17 Bernal; C555/17 Escrucería; C565/17 Fajardo; C569/17 Guerrero; C607/17 Bernal; C608/17 Bernal; C674/17 Guerrero; C730/17 Lizarazo; C007/18 Fajardo; C013/18 Rojas; C019/18 Reyes; C025/18 Reyes; C038/18 Linares; C067/18 Guerrero; C070/18 Rojas; C071/18 Linares; C080/18 Lizarazo; A282/19 Lizarazo.