



Terceros civiles y garantía del juez natural en la Jurisdicción Especial para la Paz: análisis de la Sentencia C-674 de 2017 desde una perspectiva transicional

Third Parties and the Guarantee of a Natural Judge in the Special Jurisdiction for Peace: Analysis of Judgment C-674/2017 from a Transitional Perspective

Terceiros civis e a garantia do juiz natural na Jurisdição Especial para a Paz: análise do Sentença C-674 de 2017 sob uma perspectiva de transição

Fabio Estrada Valencia*

* <https://orcid.org/0000-0002-2065-5069>. Universidad Externado de Colombia, Colombia. fabio.estrada@uexternado.edu.co

Recibido: 15/03/2022. Envío a pares: 22/03/2022
Aprobado por pares: 09/05/2022. Aceptado: 08/06/2022

DOI: 10.5294/dika.2022.31.2.8

Resumen

El escrito tiene como objetivo formular una crítica a la Sentencia C-674 de 2017, en la cual la Corte Constitucional colombiana, con fundamento en la teoría de la sustitución de la Constitución, declaró inconstitucional el acto legislativo que preveía que los terceros civiles que participaron en crímenes durante el conflicto armado debían ser investigados por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con fundamento en que se reemplazaba integralmente la garantía del juez natural. En el texto se realiza un análisis de la doctrina y la jurisprudencia para concluir que, contrario a lo sostenido por la Corte Constitucional, el aludido acto legislativo sí superaba el juicio de sustitución de la Constitución, desde una perspectiva transicional.

Palabras clave

Terceros civiles en el conflicto armado; justicia transicional; teoría de la sustitución de la Constitución; reforma de la Constitución; principios constitucionales; juez natural; Jurisdicción Especial para la Paz.

Abstract

The document aims to analyze Judgment C-674/2017, where the Colombian Constitutional Court declared unconstitutional the legislative act that prescribed that third parties who participated in crimes during the armed conflict should be prosecuted by the Special Jurisdiction for Peace, based on the complete replacement of the guarantee of a natural judge. From a transitional perspective, the paper analyses doctrine and case law to conclude that the legislative act passed the constitutional replacement test.

Keywords

Third parties in the armed conflict; transitional justice; constitutional replacement doctrine; constitutional reform; constitutional principles; natural judge; Special Jurisdiction for Peace.

Resumo

O objetivo deste texto é formular uma crítica ao acórdão C-674 de 2017, no qual o Tribunal Constitucional colombiano, com base na teoria da substituição da Constituição, declarou inconstitucional o ato legislativo que previa que terceiros civis que participassem de crimes durante o conflito armado deveriam ser investigados pela Jurisdicção Especial para a Paz, sob o fundamento de que a garantia do juiz natural fosse integralmente substituída. No texto, é feita uma análise da doutrina e da jurisprudência para concluir que, ao contrário do defendido pela Corte Constitucional, a referida reforma constitucional ultrapassou o julgamento de substituição da Constituição, numa perspectiva de transição.

Palavras-chave

Terceiros civis no conflito armado; justiça de transição; teoria da substituição da Constituição; reforma da Constituição; princípios constitucionais; juiz natural; Jurisdicção Especial para a Paz.

Sumario: Introducción. 1. Síntesis de los argumentos de la Sentencia C-674 de 2017. 2. Crítica a la postura de la Corte Constitucional. 2.1. En un contexto transicional se pueden adoptar regímenes excepcionales, temporales y distintos a los ordinarios. 2.2. La teoría de la sustitución de la constitución en un escenario transicional se flexibiliza. 2.3. La creación de tribunales *ad hoc* que investiguen a terceros civiles que participaron en el conflicto armado no es ajena a los procesos transicionales. 2.4. La JEP ha sido creada democráticamente y preserva las garantías de imparcialidad e independencia. 2.4.1. Modelo de justicia regido por la imparcialidad e independencia. 2.4.2. El sistema de elección de magistrados de la JEP no desvirtúa su imparcialidad e independencia. 2.4.3. Conclusión. 2.5. El acto legislativo que otorga competencia a la JEP para investigar y juzgar a los terceros civiles que participaron en el conflicto armado supera el test de ponderación en favor de la paz. 2.5.1. Reforma orientada a lograr la paz y la reconciliación. 2.5.2. La reforma introduce un elemento que puede afectar, pero no sustituir, un principio consustancial de la Constitución. 2.5.3. Juicio de ponderación o armonización de los dos elementos. Conclusiones de la crítica. Bibliografía.

Introducción

Durante más de cincuenta años, Colombia ha vivido un conflicto armado interno entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) y las Fuerzas Armadas del Estado. El 24 de noviembre de 2016, el Gobierno nacional y las FARC-EP firmaron el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” (Acuerdo Final). Este acuerdo contempla seis compromisos para terminar el conflicto armado interno en Colombia. En el presente escrito interesa destacar el punto de las víctimas, en el cual las partes acordaron la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRGNR).

Dentro de este sistema integral se acordó la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), encargada de investigar y sancionar penalmente a los combatientes que se desmovilicen, pero también a aquellos terceros civiles que participaron como actores indirectos, como colaboradores y financiadores de las organizaciones armadas.

En el punto 5.1 del Acuerdo Final se reconoce que

... la terminación definitiva de las hostilidades brinda condiciones para que las víctimas se expresen sin miedo y reciban el reconocimiento que les corresponde; *una oportunidad para que todos a quienes les quepa responsabilidad por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el correspondiente reconocimiento; y en consecuencia, una oportunidad para aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición*”.¹ (Énfasis agregado)

1 Acuerdo Final, p. 127.

Como consecuencia de lo anterior, el Congreso de la República de Colombia, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017,² en su artículo transitorio 16 previó la competencia de la JEP para investigar y juzgar a aquellos terceros civiles que tuvieron una participación en el conflicto armado. El inciso primero de la norma en comento estableció que dichos terceros podían acogerse voluntariamente a la JEP. En los incisos segundo y tercero se instituyó la competencia que tiene dicha jurisdicción para investigar y juzgar obligatoriamente a los terceros civiles que tuvieron una participación activa y determinante en la comisión de crímenes internacionales durante el conflicto armado.

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-674 de 2017,³ al analizar la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, abordó, entre otros problemas jurídicos, el siguiente: ¿sustituye la Constitución Política de 1991 la reforma constitucional que le otorga competencias a la JEP para hacer comparecer obligatoriamente a los terceros civiles que cometieron delitos en el conflicto armado con el fin de investigarlos y juzgarlos?⁴

Esta pregunta fue respondida afirmativamente por la Corte dado que, a su juicio, la creación de un órgano judicial *ad hoc* y *ex post* a la comisión del delito, que no cuenta con las suficientes garantías de imparcialidad e independencia, sustituye de forma integral la garantía del juez natural, elemento consustancial del derecho al debido proceso, eje axial de la Constitución de 1991.⁵

En consecuencia, la Corte Constitucional declaró inexequibles los incisos segundo y tercero del explicado artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017.

El presente documento tiene como objetivo formular una crítica a esta sentencia, y, en consecuencia, defender la tesis contraria, es decir, que las competencias otorgadas a la JEP para investigar y juzgar obligatoriamente a los terceros civiles no sustituyen de forma integral la garantía del juez natural. Lo anterior, con fundamento en que en el marco de un escenario transicional es justificada la adopción de regímenes excepcionales, temporales y extraordinarios para poder hacer el tránsito de una situación de graves y masivas violaciones de los derechos humanos a un estado de paz. En este caso, se considera que la Corte aplica la garantía del juez natural de forma absoluta, como si se estuviera en un contexto ordinario. Por lo tanto, se propone retomar la idea de un test de sustitución flexible acompañado de un test de ponderación que permita que los principios constitucionales se adapten al escenario transicional, tal como lo explicó la Corte en las sentencias C-579 de 2013, C-699 de 2016 y C-332 de 2017.

2 A través de este acto legislativo se creó el SIVJGNR, se determinó la estructura de la JEP, las funciones de los órganos que la componen y se precisan aspectos sobre su naturaleza y competencia.

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

4 *Idem*.

5 *Idem*.

Desde este punto de vista, en el artículo se demuestra cómo, en el caso concreto, no hubo una sustitución integral del elemento juez natural, en tanto que las garantías procesales de independencia e imparcialidad se mantienen incólumes en la competencia de la JEP para investigar y juzgar obligatoriamente a los terceros civiles; a su vez, la competencia de la JEP sobre aquellos tiene como objetivo lograr la paz, elemento constitucional que adquiere gran peso en un escenario de transición.

Para desarrollar lo anterior, el escrito se divide en tres partes. En la primera se realiza una síntesis de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017.

En la segunda parte, se formula la crítica a la postura de la Corte Constitucional, para lo cual se exponen los siguientes argumentos: 2.1. En un contexto transicional se pueden adoptar regímenes excepcionales, temporales y distintos a los ordinarios. 2.2. La teoría de la sustitución de la constitución en un escenario transicional se flexibiliza. 2.3. No es ajeno a los procesos transicionales la creación de tribunales *ad hoc* que investiguen a terceros civiles que participaron en el conflicto armado. 2.4. La JEP ha sido creada democráticamente y preserva las garantías de imparcialidad e independencia. 2.4.1. La JEP tiene un modelo de justicia regido por la imparcialidad e independencia. 2.4.2. El sistema de elección de magistrados de la JEP no desvirtúa su imparcialidad e independencia. 2.4.3. Conclusión. 2.5. El acto legislativo que otorga competencia a la JEP para investigar y juzgar a los terceros civiles que participaron en el conflicto armado supera el test de ponderación en favor de la paz. 2.5.1. La reforma constitucional está orientada a lograr la paz y la reconciliación. 2.5.2. Hay una afectación, pero no una sustitución de un elemento consustancial de la Constitución. 2.5.3. Juicio de ponderación o armonización de los dos elementos. En la tercera parte se exponen unas conclusiones sobre la crítica a la sentencia de la Corte Constitucional.

1. Síntesis de los argumentos de la Sentencia C-674 de 2017

En la Sentencia C-674 de 2017⁶ la Corte Constitucional declaró inconstitucionales los incisos segundo y tercero del artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017, los cuales preveían las competencias de la JEP para investigar obligatoriamente a aquellos terceros civiles que tuvieron una participación activa y determinante en la comisión de crímenes internacionales.

En la sentencia que se analiza, la Corte Constitucional manifestó en esencia que, aunque hasta ese momento no ha calificado la garantía del juez natural

6 *Idem.*

como un eje axial de la Constitución de 1991, sí ha indicado que aquel constituye uno de los elementos constitutivos del debido proceso, el cual es un límite a la competencia del poder de reforma para modificar la Constitución.⁷

En su trabajo por delinear la mencionada garantía como un elemento connatural del derecho al debido proceso, la Corte analizó múltiples artículos constitucionales y de instrumentos internacionales que lo contemplan. Por ejemplo, puso de presente el artículo 29 constitucional, el cual preceptúa que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente”; el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prevé que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (Énfasis agregado).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte infirió que la garantía del juez natural comprende dos exigencias básicas: la predeterminación legal de la instancia jurisdiccional y la independencia e imparcialidad del órgano.⁸

En relación con la predeterminación legal del órgano judicial competente, explicó que es el órgano de representación democrática (Congreso) a quien le corresponde definir, mediante el procedimiento legislativo, la instancia jurisdiccional ante la cual se deben tramitar las controversias jurídicas, y que los correspondientes litigios sean resueltos con fundamento en las reglas de competencia establecidas previamente, es decir, antes de la ocurrencia de los hechos que constituyen la causa del proceso.⁹

Según la Corte, este primer componente tiene dos objetivos. Por un lado, al existir una predeterminación del órgano judicial competente, los destinatarios de la justicia tienen la posibilidad de conocer de antemano el tipo de juicio y el régimen procesal y sustantivo al que se encuentran sometidos, con lo cual se preserva la seguridad jurídica y la confianza legítima que los ciudadanos depositan en la administración de justicia. Por el otro, esta garantía contribuye a la estabilidad jurídica en la interpretación y aplicación del derecho positivo, como quiera que las variaciones competenciales que introducen un cambio en la especialidad del juez podrían alterar los criterios hermenéuticos dominantes en cada jurisdicción.¹⁰

En lo concerniente al segundo componente, la garantía de independencia e imparcialidad, la Corte explicó que las controversias jurídicas deben ser asignadas a órganos constituidos a partir de las reglas definidas de manera general

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 *Idem.*

para todo el poder judicial y que cuenten con todo el conjunto de garantías procesales. Por ende, no es posible establecer tribunales o jueces de excepción, dado que la configuración de los órganos judiciales obedece, entre otras cosas, a la necesidad de garantizar su independencia e imparcialidad, a través de reglas asociadas a su sistema de selección y vinculación al sistema de justicia, a las reglas sobre su permanencia y desvinculación, etc.¹¹

La Corte consideró que, en principio, en un escenario transicional, la creación de una nueva jurisdicción para el juzgamiento de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, por sí sola no anula la garantía del juez natural respecto de quienes quieran someterse voluntariamente a esa jurisdicción y respecto de los combatientes.¹² No obstante, en relación con quienes no tienen la calidad de combatientes y no manifestaron someterse voluntariamente a la JEP, el acceso forzoso a dicha jurisdicción sí suprime la garantía del juez natural, por los motivos que se señalan a continuación.¹³

En primer lugar, porque se creó un órgano judicial *ad hoc* y *ex post*, con una reasignación de competencias y un modelo de justicia también *ad hoc* y *ex post*. En cuanto al órgano judicial y la reasignación de competencias, la JEP no es una instancia perteneciente a la Rama Judicial creada por la Constitución de 1991. En cuanto al modelo de justicia, la JEP recogió los contenidos del Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, por lo que es una jurisdicción configurada en función de los requerimientos de algunos actores del conflicto para ser impuesta forzosamente a todos los demás.¹⁴

En segundo lugar, debido a que la JEP fue creada a partir de unos principios y una estructura diferente a la que orienta la Rama Judicial, por lo que las garantías de independencia e imparcialidad con las que se encuentra revestida son sustancialmente distintas de las que estructuraron el sistema judicial, lo cual ocasiona también un cambio integral en la naturaleza del operador de justicia.¹⁵

2. Crítica a la postura de la Corte Constitucional

Con el profundo respeto por las decisiones que adopta la honorable Corte Constitucional, en el presente escrito se discrepa de la postura plasmada en la Sentencia C-674 de 2017, en tanto que en el marco de un escenario transicional es justificada la adopción de regímenes excepcionales, temporales y extraordinarios para poder hacer el tránsito de una situación de graves y masivas violaciones de los derechos humanos a un estado de paz.

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 *Idem.*

15 *Idem.*

En este caso, se considera que la Corte utiliza argumentos de contextos ordinarios en un escenario transicional, el cual se mueve en una lógica distinta. Por lo tanto, se propone retomar la idea de un test flexible de sustitución de la constitución, acompañado de un test de ponderación que permita que los principios constitucionales se adapten al escenario transicional.

Para desarrollar la idea anterior, en esta parte se explicarán los siguientes argumentos: 1) En un contexto transicional se pueden adoptar regímenes excepcionales, temporales y distintos a los ordinarios. 2) La teoría de la sustitución de la constitución en un escenario transicional se flexibiliza. 3) No es ajeno a los procesos transicionales la creación de tribunales *ad hoc* que investiguen a terceros civiles que participaron en el conflicto armado. 4) La JEP ha sido creada democráticamente y preserva las garantías de imparcialidad e independencia. 5) El acto legislativo que otorga competencia a la JEP para investigar y juzgar a los terceros que participaron en el conflicto armado supera el test de ponderación en favor de la paz.

2.1. En un contexto transicional se pueden adoptar regímenes excepcionales, temporales y distintos a los ordinarios

De acuerdo con Jon Elster, la justicia transicional está conformada por una serie de procesos profundos de transformación social y política.¹⁶ En estos procesos, según informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es necesario utilizar toda una variedad de mecanismos para permitirle a una sociedad resolver los problemas de un pasado de graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, rendir cuentas por parte de los responsables, servir a la justicia y lograr la reconciliación.¹⁷

Ahora bien, entre los elementos que caracterizan los procesos de justicia transicional se destacan la excepcionalidad, la transitoriedad y el carácter extraordinario, pues se trata de una forma de justicia que aparece en contextos en los cuales se pretende hacer el tránsito de una situación de graves violaciones de los derechos humanos a una situación de paz, o de una dictadura a la democracia y, para lograrlo, es necesario adoptar normas e instituciones distintas o con ciertos matices frente a las que funcionan en contextos ordinarios de normalidad, poniendo en tensión o suspenso los principios tradicionales característicos del Estado constitucional.

16 Jon Elster, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 15.

17 Naciones Unidas, Informe SGNU (2004), *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 3 de agosto de 2004, S/2004/616, p. 4.

En relación con la excepcionalidad, la Corte Constitucional ha dicho que por medio de la justicia transicional se busca integrar diversos esfuerzos para enfrentar las consecuencias de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos durante un conflicto armado, *situaciones excepcionales frente a las cuales resulta insuficiente la aplicación de las instituciones penales ordinarias, en tanto estas funcionan en contextos de normalidad*.¹⁸

Así mismo, en la Sentencia C-027 de 2018,¹⁹ la Corte sostuvo que, en contextos de transición “las medidas a adoptar revisten una naturaleza excepcional ante la necesidad de afrontar etapas *históricas igualmente excepcionales en la vida de las naciones*”.²⁰

En lo concerniente al carácter transitorio y extraordinario, Diego López Medina plantea que, en situaciones de normalidad,

... los Estados tienen la obligación de investigar la perpetración de todos los delitos graves de conformidad con el derecho internacional. Sin embargo, en un escenario transicional, la verificación de problemas de delitos sistémicos y masivos que ya han alcanzado niveles muy altos de complejidad requieren de *la aprobación de normas transitorias y extraordinarias que establecen jurisdicciones penales especiales*, la cuales tienen como objetivo la desmovilización y la pacificación, pero a su vez, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.²¹

Así las cosas, al ser la justicia transicional una forma especial de justicia para permitir el tránsito de un estado de guerra a uno de paz, marcada por elementos de excepcionalidad, transitoriedad y carácter extraordinario en cuanto a condiciones políticas, sociales y jurídicas, los lentes a través de los cuales la Corte Constitucional examina la constitucionalidad de las reformas constitucionales que se surten en estos escenarios, necesariamente deben ser distintos a los de un contexto de normalidad. Para ello, en este escrito se explicará brevemente en qué consiste la teoría de la sustitución de la Constitución en un escenario transicional, la cual se caracteriza por operar de manera flexible y ponderada con el fin de permitir el tránsito hacia la paz.

2.2. La teoría de la sustitución de la constitución en un escenario transicional se flexibiliza

En la Sentencia C-579 de 2013,²² la Corte Constitucional examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 01 de 2012, Marco jurídico para la paz, el cual contemplaba provisionalmente la facultad del le-

18 Corte Constitucional, sentencias C-771 de 2011 y C-052 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

19 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332 de 2017, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

21 Diego López Medina, “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 16, (2010), p. 45.

22 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

gislador para establecer criterios de selección y priorización que permitieran centrar los esfuerzos de investigación penal en los “máximos responsables” de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos “de manera sistemática”, y autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados.²³

En la demanda se sostenía la sustitución de un eje axial de la Constitución de 1991, expresado en los derechos de las víctimas a la justicia, especialmente al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de crímenes internacionales.²⁴

La Corte advirtió que la reforma constitucional se trataba de una medida de justicia transicional que, por enmarcarse en un proceso de transición hacia la paz, el elemento esencial invocado en la demanda se expresaba en los términos planteados por el Centro Internacional de Justicia Transicional (CIJT) como “una justicia *adaptada* a sociedades *que se transforman a sí mismas* después de un periodo de violación generalizada de los derechos humanos”.²⁵ Igualmente, señaló que para garantizar la paz era necesario permitir la celebración de un acuerdo de paz, “lo cual exige *cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial sin desconocer las obligaciones* internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, *sino permitiendo que se cumplan de manera especial*”.²⁶ (Énfasis agregado)

A partir de esta sentencia, la Corte empezó a utilizar el test de ponderación o armonización en el control de las reformas constitucionales que tienen como objetivo la búsqueda de la paz. Fijó como parámetros para examinar si una reforma sustituía o no los elementos esenciales de la Constitución, los siguientes: en primer lugar, evaluar si la reforma constitucional tiene como objetivo la búsqueda de la paz. En segundo lugar, comprobar si la reforma introduce un elemento que puede sustituir un principio esencial de la Constitución de 1991 o del bloque de constitucionalidad. En tercer lugar, ponderar o sopesar los dos elementos. En dicha ocasión, la Corte ponderó la paz frente al deber del Estado de investigar y juzgar a los responsables de crímenes internacionales.²⁷

La Corte utilizó la ley de la ponderación utilizada por el profesor Robert Alexy²⁸ y llegó a la conclusión de que el grado de detrimento del deber del Estado de proteger los derechos humanos y aplicar el derecho penal contra las violaciones de aquellos era de menor peso que satisfacer el fin de alcanzar una paz estable y duradera. Estimó que el procesamiento prioritario de los máximos

23 *Idem.*

24 *Idem.*

25 Centro Internacional de Justicia Transicional, *¿Qué es la justicia transicional?*, CIJT, 2004.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, cit.

27 *Idem.*

28 Robert Alexy, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 44.

responsables era un medio apropiado para alcanzar los fines de asegurar la no repetición y disolver las organizaciones criminales. Igualmente, indicó que esta estrategia de investigación y juzgamiento penal representa una interferencia menor respecto del deber del Estado de proteger los derechos humanos, dado que no implica abstenerse de investigar, sino de atribuir al Estado la competencia para imputar únicamente a aquellos agentes que jugaron un papel esencial en la comisión de esas violaciones.²⁹

Posteriormente, en la Sentencia C-699 de 2016,³⁰ la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, por medio de los cuales se estableció un procedimiento legislativo especial para la implementación del Acuerdo de Paz, específicamente se demandaron las normas que permitían que los actos legislativos podían ser tramitados en una vuelta y en cuatro debates y la facultad del Gobierno nacional para expedir decretos con rango de ley, con el fin de implementar el Acuerdo de Paz.

En dicha oportunidad, la Corte defendió la idea consistente en que hay diferentes grados de rigidez de las constituciones, y la colombiana “se caracteriza por darle a las normas una resistencia relativa, *diversa, funcionalmente diferenciada y susceptible de adaptarse al escenario transicional*”.³¹ En relación con el aspecto puntual del escenario transicional, la Corporación sostuvo lo siguiente:

La resistencia al cambio de las normas constitucionales es ciertamente superior a la de las leyes, pero el grado de superioridad es un aspecto *susceptible de adaptación transicional*. [...] *Es claro que ese principio de resistencia relativa cede en flexibilidad, sin desaparecer, cuando esos compromisos se encuentren en permanente riesgo de ineffectividad, por ejemplo, por estar erosionados a causa de una guerra. La parte orgánica de la Constitución, a la cual pertenecen en buena medida los fundamentos del principio de rigidez específica, encuentran sentido como instrumentos de garantía de la parte dogmática, en la cual están las aspiraciones constitucionales de superar los conflictos armados y alcanzar la paz. La Corte dijo desde muy temprano, por eso mismo, que “la parte orgánica de la Constitución sólo se explica como derivación del contenido axiológico de la parte dogmática, como instrumentalización de los principios, valores y derechos constitucionales”.*³² (Énfasis agregado)

En este contexto, la Corte Constitucional concluyó que la modificación de los mecanismos de reforma constitucional se enmarca en un contexto de transición, cuyo objetivo es “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.³³

29 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, cit.

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

31 *Idem*.

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-546 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

Por último, en la Sentencia C-332 de 2017³⁴ la Corte Constitucional, al examinar una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos del Acto Legislativo 01 de 2016 que regulan el procedimiento legislativo especial para la paz, las facultades presidenciales para la paz, el plan de inversiones para la paz y la calificación del Acuerdo de Paz como un acuerdo especial a la luz del DIH, expuso que “las reformas constitucionales que contienen instrumentos propios de la justicia transicional, no sustituyen por ese solo hecho elementos definitorios de la Carta Política, incluso si a través de ellos se establecen herramientas excepcionales y transitorias, las cuales no resultarían aplicables en períodos ordinarios de institucionalidad”.³⁵

En dicha oportunidad, la Corte incorporó un elemento importante para tener en cuenta en el examen de la teoría de la sustitución de la constitución en un escenario de transición, de acuerdo con el cual se debe evaluar si la reforma constitucional afecta el núcleo mínimo o esencial del principio constitucional que se pretende proteger.³⁶ En dicha ocasión, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas que contemplaban la votación en bloque de los proyectos de ley y de acto legislativo para implementar los acuerdos de paz, y la facultad del gobierno para autorizar las modificaciones a estos proyectos, con fundamento en que se afectaba el núcleo mínimo de la facultad legislativa, este es, la capacidad deliberativa, decisoria y la eficacia del voto de los congresistas, sustituyendo el principio de separación de poderes y de autonomía del Congreso.³⁷

En conclusión, los lentes a través de los cuales la Corte Constitucional examina la constitucionalidad de una reforma constitucional en un escenario de transición necesariamente deben ser diferentes a los lentes de un contexto de normalidad. Es indispensable permitir que los principios clásicos que caracterizan el Estado constitucional se flexibilicen y admitan su adaptación transicional para dar el paso hacia la búsqueda de la paz. Claro está, la flexibilización de los principios constitucionales no quiere decir su eliminación o extinción, por eso la teoría de la sustitución de la Constitución sigue vigente, aun en escenarios transicionales, solo que su aplicación debe ser morigerada y permitir cierta flexibilidad de los principios en aras de permitir las reformas necesarias para la implementación de un acuerdo de paz.

Igualmente, para lograr la ejecución de un acuerdo de paz, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, la teoría de la sustitución de la Constitución incorpora un test de ponderación en el cual se debe evaluar si la reforma constitucional tiene como fin la búsqueda de la paz, si introduce un elemento que

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332 de 2017, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo

35 *Idem.*

36 *Idem.*

37 *Idem.*

puede sustituir un principio consustancial y, por último, se deben ponderar o armonizar los dos elementos. Así mismo, es necesario examinar si el núcleo esencial del elemento fundamental que se pretende proteger se ve vulnerado.

2.3 La creación de tribunales *ad hoc* que investiguen a terceros civiles que participaron en el conflicto armado no es ajena a los procesos transicionales

La creación de una jurisdicción especializada que se encargue de investigar y juzgar a los responsables de crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado, incluidos los terceros civiles, no es ajena a los procesos transicionales.

Por ejemplo, en un estudio llevado a cabo por Dejusticia y Pax Holanda plasmado en el informe titulado: *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*,³⁸ se pone de presente el caso alemán. En esa ocasión, un poco después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, se instaló el conocido Tribunal *ad hoc* Militar Internacional de Núremberg. Algunos de los juicios que se llevaron a cabo implicaron a altos funcionarios de empresas que habían ayudado activamente al régimen nazi en delitos como suministrar gas venenoso para los campos de concentración, forzar a las personas a trabajar como esclavos en las fábricas y enriquecer sus empresas con el saqueo de propiedades.³⁹ Bruno Tesch fue juzgado, declarado culpable y ejecutado por la venta del gas Zyklon B usado en los campos de exterminio de la Alemania nazi. Igualmente, cuarenta empresarios fueron llevados a juicio en los “casos industriales” en Núremberg por utilización de mano de obra esclava, robo de bienes judíos, y producción y venta de armas de guerra y exterminio masivo. Muchos de estos empresarios fueron condenados y encarcelados.⁴⁰

En el estudio en comento, se indica que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg estableció una jurisprudencia sobre la responsabilidad de los empresarios que habían proporcionado bienes y servicios a la maquinaria estatal nazi. En su jurisprudencia, el Tribunal afirmó:

Los que ejecutan el plan no evitan la responsabilidad al expresar que actuaron bajo la dirección del hombre que lo concibió [...] Esa persona tenía que tener la coope-

38 Leigh A. Payne, “Complicidad corporativa y justicia transicional: preparando la escena”, en Joris van de Sandt y Marianne Moor (eds.), *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*, Utrecht, Dejusticia y Pax Holanda, 2017, p. 20.

39 International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability*, vol. 1. *Facing the Facts and Charting a Legal Path. Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes*, Ginebra, 2008.

40 Payne, “Complicidad corporativa y justicia transicional: preparando la escena”, *op. cit.*, p. 20.

ración de los estadistas, líderes militares, diplomáticos y *hombres de negocios*. Cuando ellos, con el conocimiento de sus objetivos, le dieron su cooperación, se hicieron partícipes del plan que él había iniciado. Ellos no deben ser considerados inocentes [...] sí sabían lo que estaban haciendo.⁴¹

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, condenó y encarceló a tres empresarios por instigar el genocidio en el “caso de medios”.⁴² Los tres condenados fueron: Jean-Bosco Barayagwiza (Radio Télévision Libre des Mille Collines), Ferdinand Nahimana (misma empresa), y Hassan Ngeze (revista Kangura).⁴³

Así las cosas, no resulta ajeno en escenarios transicionales la creación de jurisdicciones especializadas que se encarguen de investigar y juzgar no solamente a los combatientes, sino también a los terceros empresarios que tuvieron algún tipo de participación en el conflicto armado.

2.4. La JEP ha sido creada democráticamente y preserva las garantías de imparcialidad e independencia

En el caso analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017 (objeto de crítica), se considera que esta Corporación usa la garantía del juez natural como un principio absoluto, que no admite excepciones ni ponderación en una circunstancia particular, desconociendo que, al analizar la mentada garantía de manera flexible y a la luz del objetivo de lograr la paz, se advertiría que no hay una sustitución integral de dicho elemento.

En este punto se encuentra que a partir de una lectura exegética del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se advierte que este exija expresamente que la autoridad judicial debe estar constituida de manera previa a la comisión de los hechos delictivos. Esta norma preceptúa que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, *establecido con anterioridad por la ley*”. Es decir, que antes de iniciar el respectivo proceso judicial, se haya constituido legalmente la autoridad judicial competente para tramitarlo. En este mismo sentido, el artículo 29 de la Constitución Política tampoco menciona expresamente que la autoridad judicial deba constituirse antes del hecho, alude al derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto.

41 Horacio Verbitsky y Juan Pablo Bohoslavsky, “Tribunal at Nuremberg, 1946”, *The Economic Accomplices to the Argentine Dictatorship. Outstanding Debts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 2-3.

42 Gabriel Pereira, “Juicios y complicidad corporativa”, en van de Sandt y Moor, *La Paz, responsabilidad de todos*, op. cit., p. 60.

43 *Ibid.*, p. 21.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁴⁴ y la doctrina⁴⁵ sí han interpretado que uno de los componentes de la garantía del juez natural lo constituye la creación legal y constitucional del órgano judicial, de manera previa a la comisión del delito. Esto implica que, como regla general, le corresponde a la justicia ordinaria juzgar a las personas, y no a tribunales *ad hoc*.

Empero, es muy importante anotar que estas consideraciones de la Corte IDH han sido desarrolladas en contextos ordinarios, no en contextos de justicia transicional, los cuales se mueven en una lógica de flexibilidad de las instituciones penales ordinarias, para permitir la transición de un estado de guerra a uno de paz. Por esto es que, en el presente escrito, se propone examinar de manera flexible y ponderada la garantía del juez natural, preservando su fin último, consistente en la garantía de un juicio imparcial, adelantado por una autoridad judicial constituida legal y constitucionalmente por el órgano de representación democrática.

A este respecto, en la Sentencia C-200 de 2002,⁴⁶ la Corte Constitucional sostuvo que la garantía del juez natural *tiene más una finalidad sustancial que formal*, habida consideración que “no solamente protege el establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento, de manera previa a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías”⁴⁷ (énfasis agregado).

En el caso concreto, no se considera acertado sostener que se presenta una sustitución *integral* de la garantía del juez natural en tanto que, si bien la JEP no se encuentra constituida de manera previa a la comisión del delito, dicha jurisdicción sí fue creada por el órgano de representación democrática, el Congreso, y goza de las garantías de independencia e imparcialidad que cobijan a todos los funcionarios judiciales en Colombia. Es decir, siguen estando presentes los demás componentes de la garantía del juez natural.

En primer lugar, el órgano de representación democrática, esto es, el Congreso de la República, en el cual tienen voz y voto diversas corrientes políticas

44 Ver Corte IDH, casos Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008; Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009; Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997; Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Cesti Hurtado vs. Perú, sentencia de 29 de septiembre de 1999; Caso Durand y Ugarte vs. Perú, sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005; La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006; Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009; Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014; Quispialaya Vilcapoma vs. Perú, sentencia de 23 de noviembre de 2015; Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

45 Fernando Velásquez, *Derecho Penal Parte General*, 4 ed., Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2009, p. 167.

46 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-200 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

47 *Idem*.

elegidas por voto popular, tanto mayoritarias como minoritarias, aprobó mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (SIVJRGR), el cual incluye la JEP con su competencia para investigar y juzgar obligatoriamente a terceros civiles que han participado en el conflicto armado.

En segundo lugar, la JEP preserva la finalidad de la garantía del juez natural frente a los terceros civiles que tuvieron una participación activa y determinante en la comisión de crímenes en el conflicto armado, esta es, la seguridad de una investigación y un juicio imparcial e independiente, con plenas garantías para el procesado, como lo haría cualquier otro juez colombiano, tal y como se explica a continuación.

2.4.1. Modelo de justicia regido por la imparcialidad e independencia

Sobre este punto, en la sentencia objeto del presente análisis se parte del supuesto de que al ser la JEP un órgano *ad hoc* y *ex post* que no fue previsto en la institucionalidad ordinaria de la rama judicial creada en la Constitución de 1991, resultado de un proceso de negociación entre el gobierno y las FARC EP y con una estructura distinta a la de la rama judicial, no goza de las garantías de independencia e imparcialidad respecto de los terceros civiles que cometieron crímenes durante el conflicto armado.

Al respecto, se considera que no se puede presumir que un tribunal no goza de las garantías de independencia e imparcialidad por el hecho de haber sido creado de manera posterior a la Constitución de 1991 y obedecer al modelo de justicia que pactaron las FARC-EP y el Gobierno nacional en el Acuerdo de Paz. Lo anterior debido a que, si bien es un modelo de justicia que responde a las exigencias de la transición y que fue pactado por las partes en conflicto, sus jueces, como todos los demás jueces de la República de Colombia, deben impartir justicia de acuerdo con los principios que rigen la misma, entre los cuales se encuentran los de independencia e imparcialidad para el ejercicio de dicha función.

En efecto, el artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, norma que ya estaba vigente para el momento en que la Corte Constitucional profiere la sentencia objeto de crítica, preceptúa que las normas procesales que regirán la JEP deberán garantizar los principios que se aplican frente a todo proceso penal, *específicamente los de imparcialidad e independencia judicial*. Asimismo, se establece que los procesos de selección de los operadores de justicia deben atender a los “estándares internacionales de independencia judicial y las altas calidades morales de los candidatos”.

Adicionalmente, en los incisos 6 y 7, y en el párrafo del artículo 12 en comentario se reafirma la independencia e imparcialidad del funcionamiento y la

organización de la JEP, así: “los magistrados de la JEP adoptarán, en el ejercicio de su autonomía, *el reglamento de funcionamiento y organización de la JEP, respetando los principios de imparcialidad, independencia y las garantías del debido proceso*”⁴⁸ (énfasis agregado).

Como puede apreciarse en las normas transcritas, las garantías que se aplican para los procesos penales ordinarios también deben aplicarse en el funcionamiento de la JEP. En otras palabras, en ningún momento, por tratarse de un tribunal especial, dejan de aplicarse las garantías que rigen los procesos penales ordinarios, especialmente las de independencia e imparcialidad.

Aunado a lo anterior, el artículo primero de la Ley 1922 de 2018, “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”, establece que “además de los principios y reglas establecidas en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley estatutaria de administración de justicia de la JEP, *las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por los siguientes*”.

Como puede apreciarse, los principios que rigen en general el funcionamiento, los procesos y las actuaciones de la administración de justicia resultan extensibles a la JEP. Ahora, entre los principios que a reglón seguido establece el artículo citado se destacan las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el principio *pro homine*, y el principio dialógico, este último atado a la garantía de independencia e imparcialidad judicial, cuando se afirma en el literal b de la norma en comento que el procedimiento en casos de reconocimiento de la verdad tendrá un carácter dialógico o deliberativo, con participación de las víctimas y de los comparecientes a la JEP

... respetando y garantizando en todo caso los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger profesional del derecho con acreditación, que se encuentra legalmente autorizado por la legislación colombiana para apoderar a personas que deban acudir ante autoridad judicial o administrativa, participación de las víctimas y doble instancia. (Énfasis agregado)

Actualmente, la Ley 1957 de 2019, “estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, preceptúa en su artículo 21 lo siguiente:

Todas las actuaciones en la JEP, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, respetarán los derechos, *principios y garantías fundamentales del debido proceso*, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia, a presentar pruebas, a controvertir ante el tribunal para la paz las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la *independencia e imparcialidad* de los magistrados de

48 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, cit.

las Salas y Secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación. (Énfasis agregado)

Como puede advertirse, los mismos principios y garantías que rigen los juicios penales ordinarios deben estar presentes en las normas procesales que rigen la JEP, para este caso, los principios de imparcialidad e independencia judicial. Luego, no es acertado partir del supuesto de que al ser la JEP una forma de justicia especial, hay una mengua de tales garantías para el caso de los terceros civiles que obligatoriamente resulten investigados por ella.

Con lo anterior se pretende demostrar que, si bien hay una afectación de la garantía del juez natural, no se puede hablar de una sustitución integral de la misma, en tanto que uno de sus componentes, esto es, la garantía de imparcialidad e independencia, continúa presente.

2.4.2. El sistema de elección de magistrados de la JEP no desvirtúa su imparcialidad e independencia

Aunado a las garantías de independencia e imparcialidad, la Corte Constitucional, en la sentencia objeto de crítica, explicó que mientras que los magistrados de las altas cortes tienen un periodo fijo de ocho años y no son reelegibles, el Acto Legislativo 01 de 2017 no establece un periodo para los magistrados de la JEP, por lo cual ocuparían su cargo mientras la Jurisdicción se mantenga en funcionamiento. De igual modo, indicó que el modelo de autogobierno judicial es diferente, pues mientras la Rama Judicial cuenta con un órgano encargado de la administración del sistema judicial, la administración de la JEP se encuentra en cabeza de ella misma.⁴⁹

Sobre el punto, no se observa en qué medida el hecho de que los magistrados que integran la JEP tengan un esquema de gobierno judicial diferente y no cuenten con un periodo fijo, afecte las garantías de imparcialidad e independencia de los miembros que ocupan dicha jurisdicción. Por el contrario, en países como Estados Unidos los jueces de la Corte Suprema Federal son vitalicios y esta circunstancia tiene una justificación de independencia del poder, alejar a los jueces de coyunturas electorales o de posibles intercambios de favores con el gobierno de turno una vez acaben su mandato. A su vez, gozar de una forma de autogobierno es una garantía de mayor independencia, pues el manejo de su presupuesto no dependerá de órganos externos que fijen la manera como deben administrarlos.

Ahora bien, en la sentencia que se analiza se sostiene que la forma de elección de los magistrados que integran la JEP, al no estar sometidos al sistema de ca-

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 2017, cit.

rrera y a los procedimientos previstos en la Constitución de 1991, implica una reducción en las garantías de independencia e imparcialidad.⁵⁰

Sobre el particular, no se comparte esta postura, pues si bien es cierto los magistrados de la JEP no se eligen de la misma forma que los jueces de la Rama Judicial colombiana, el proceso que se diseñó para la elección de aquellos se orienta a garantizar el funcionamiento adecuado, independiente e imparcial por parte de los miembros que la integran.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 7 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, para ser elegido magistrado del Tribunal para la Paz se deben reunir los mismos requisitos que el artículo 232 de la Constitución Política establece para ser magistrado de una alta corte colombiana. Es importante destacar que para ser magistrado de alguna de las altas cortes colombianas tampoco se requiere pertenecer a la carrera judicial. Luego, no se observa cómo este hecho afectaría la independencia e imparcialidad de los magistrados pertenecientes a la JEP cuando es una exigencia que tampoco es predicable para los magistrados de las altas cortes. Ahora, para ser elegido magistrado de Sala, se requiere cumplir los mismos requisitos que para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial.

En segundo lugar, el órgano que elige a los magistrados de la JEP goza de todas las garantías de independencia e imparcialidad, dado que el parágrafo primero del referido artículo 7, vigente para el momento en que la Corte Constitucional adoptó la decisión que se estudia, prevé que los miembros de la JEP

... serán seleccionados por un Comité de Escogencia que gozará de autonomía e independencia y que será conformado por reglamento expedido por el Gobierno nacional. El secretario ejecutivo de la JEP será designado por el responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la Organización de Naciones Unidas y confirmado por el Comité de Escogencia. Los miembros del Comité de Escogencia no asumirán ninguna responsabilidad personal por la selección de los magistrados, comisionados y demás funcionarios que deben escoger en virtud de este artículo transitorio. (Énfasis agregado)

Como se observa, por mandato constitucional, el Comité de Escogencia debe gozar de las garantías de autonomía e independencia. Luego, todas las normas que reglamenten la conformación de dicho comité no pueden contradecir ese propósito constitucional. En consecuencia, el Comité no podría estar integrado de una manera que favorezca a una de las partes del conflicto, pues dicha circunstancia afectaría su independencia e imparcialidad. No se observa, entonces, cómo el hecho de que intervenga un órgano que está por fuera de la institucionalidad ordinaria en la designación de los miembros que integraran la JEP implique que ese órgano va a elegir a unos funcionarios que no ejercerán

50 *Idem.*

su labor de forma imparcial e independiente frente a los terceros civiles que tuvieron una participación determinante en el conflicto armado.

Ahora bien, en la sentencia que se cuestiona, la Corte Constitucional también estima que la mengua en las garantías de independencia e imparcialidad se da por el hecho de que los miembros que integran el Comité de escogencia no asuman ninguna responsabilidad por la selección de los magistrados de la JEP. Al respecto, se observa que esta exigencia se predica igual en la justicia ordinaria, por ejemplo, los congresistas que eligen a los magistrados de la Corte Constitucional tampoco son responsables por las actuaciones de los magistrados elegidos, lo cual es lógico y no se requiere de norma expresa que así lo diga, pues la responsabilidad penal o disciplinaria es de carácter individual. En un Estado de derecho no es posible que una persona resulte juzgada o investigada por un acto que no cometió, se juzga lo efectivamente cometido a título personal, no lo cometido por otros. Así lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia C-694 de 2015⁵¹ cuando explica que “la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga”.⁵²

Por lo tanto, la responsabilidad de los funcionarios que participaron en el proceso de designación de otros funcionarios llega hasta el punto de elegirlos de acuerdo con las exigencias legales, no hasta responder por lo que los elegidos hagan.

Ahora, separar la responsabilidad del elegido con la responsabilidad del elector es una manera de otorgar mayor autonomía e independencia al designado, pues sus decisiones no van a estar guiadas por los intereses de quien lo eligió, con el fin de cuidar su responsabilidad, sino por los deberes y las responsabilidades que le impone el ejercicio de su cargo.

Es importante destacar que, en la práctica, el Comité de Escogencia se conformó con integrantes ajenos a las partes dentro del conflicto armado, lo cual les otorga una verdadera independencia e imparcialidad. El Comité lo conformaron el magistrado José Fernando Acuña designado por la Corte Suprema de Justicia, el exjuez Diego García Sayán designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, la profesora de la Universidad Nacional Claudia Vaca designada por la Comisión Permanente del Sistema Universitario del Estado, el profesor español Álvaro Gil Robles designado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el abogado argentino Juan Méndez designado por el ICTJ.

En este contexto, no se observa forma alguna en la que la existencia de un comité de escogencia, distinto a los que preveía la Constitución de 1991 para elegir a miembros de una alta corte o al sistema de carrera, pueda menguar

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-694 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos.

52 Postura sostenida también en la Sentencia C-626 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

alguna forma las garantías de independencia e imparcialidad de los integrantes de la JEP frente a los terceros civiles en el conflicto armado, cuando aquel comité está conformado precisamente por miembros ajenos a las partes en el conflicto, sin presencia de las FARC y del Gobierno nacional.

2.4.3. Conclusión

En síntesis, no puede hablarse de una sustitución integral de la garantía del juez natural para el caso de terceros civiles que serían investigados obligatoriamente por la JEP cuando, si bien uno de los componentes de dicha garantía no está presente, esto es, la preconstitución del juez antes de la comisión del delito, dicha instancia judicial sí fue creada por el órgano de representación democrática y goza de las mismas garantías de un proceso penal ordinario, especialmente las de imparcialidad e independencia.

Cuando la Corte Constitucional en la sentencia objeto de crítica explica los alcances de la garantía del juez natural e indica que esta incluye la prohibición de tribunales paralelos o de jueces *ad hoc*,⁵³ a nuestro juicio, lo hace en la lógica de un contexto ordinario, en el cual dichas garantías constituyen el presupuesto para llevar a cabo un juicio independiente e imparcial, empero, la Corte no analizó esos elementos de cara a un escenario transicional, el cual, por su esencia, contiene un régimen normativo distinto, temporal y excepcional frente al que se aplica en condiciones de normalidad.

Al respecto, se reitera que la Corte Constitucional en la Sentencia C-200 de 2002⁵⁴ sostuvo que la garantía del juez natural tiene más una finalidad sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la *seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado*. Esto sería entonces, en los términos de la Sentencia C-332 de 2017, el núcleo mínimo del principio constitucional que se encuentra en colisión, el cual se mantenía a través del acto legislativo que otorgaba competencias a la JEP para investigar y juzgar obligatoriamente a terceros civiles.

2.5. El acto legislativo que otorga competencia a la JEP para investigar y juzgar a los terceros civiles que participaron en el conflicto armado supera el test de ponderación en favor de la paz

En la referida Sentencia C-579 de 2013,⁵⁵ la Corte Constitucional expuso la idea de un test de ponderación o armonización en el control de las reformas

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 2017, cit.

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-200 de 2002, cit.

55 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, cit.

constitucionales que tienen como fin la búsqueda de la paz, para lo cual hay que examinar los siguientes puntos: i) si la reforma constitucional tiene como objetivo la búsqueda de la paz; ii) comprobar si la reforma introduce un elemento que puede sustituir un principio consustancial de la Constitución o del bloque de constitucionalidad; y iii) ponderar o armonizar los dos elementos.

En el caso concreto, a nuestro juicio, la investigación obligatoria de terceros civiles por parte de la JEP supera dicho test de ponderación propuesto por la Corte Constitucional, como se expondrá a continuación.

2.5.1. Reforma orientada a lograr la paz y la reconciliación

La investigación obligatoria de terceros civiles por parte de la JEP es una medida que contribuye a la búsqueda de la paz, en tanto que por intermedio de esta se busca investigar y sancionar a todos los actores que participaron en el conflicto armado, no solamente a quienes negociaron el Acuerdo de Paz, sino a aquellos terceros civiles que apoyaron a las partes en contienda.

En este punto, es importante resaltar que las partes del Acuerdo de Paz reconocieron que, por la integralidad del SVJRGR, se debía esclarecer y responsabilizar no solo a los combatientes que se desmovilicen, como actores directos del conflicto armado, sino también a aquellos que participaron como actores indirectos, especialmente a colaboradores y financiadores de las organizaciones armadas.

En el punto 5.1 del Acuerdo Final se reconoce que

... la terminación definitiva de las hostilidades brinda condiciones para que las víctimas se expresen sin miedo y reciban el reconocimiento que les corresponde; una oportunidad para que todos a quienes les quepa responsabilidad por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el correspondiente reconocimiento; y en consecuencia, una oportunidad para aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.⁵⁶ (Énfasis agregado)

Así mismo, el inciso 5 del artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2017 prevé que

... los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz. (Énfasis agregado)

56 Acuerdo Final, cit., p. 127.

De lo anterior se desprende que cualquier aporte que hagan los terceros responsables tendrá un impacto en la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición para las víctimas, lo que contribuye a la satisfacción de sus derechos y al logro de una reconciliación.

En este escenario, dentro de una visión de integralidad del funcionamiento del sistema, incluir obligatoriamente a los terceros civiles en este implica que se contará con la participación y colaboración de aquellos que tuvieron responsabilidades en el conflicto armado y que también tienen información acerca de los hechos ocurridos, medida que resulta acorde con el objetivo de lograr la paz y la reconciliación, dado que un sector de los actores del conflicto armado respondería por sus actuaciones, aportaría verdad, satisfaría los derechos de las víctimas y se reconciliaría con ellas.

Sobre este punto, en la sentencia objeto de análisis en este escrito, la Corte Constitucional expuso que la exclusión de la participación obligatoria de los terceros civiles en la JEP no es sinónimo de impunidad, en tanto que la justicia ordinaria los investigaría, afirmación que es cuestionable, dado que los hechos han demostrado que la justicia penal ordinaria no ha sido eficiente en la investigación y el juzgamiento de empresas que han tenido una participación determinante en el conflicto armado.

Por ejemplo, en un estudio llevado a cabo por Dejusticia y Pax Holanda, en el informe titulado: *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*⁵⁷ se señala que

... doce años después del proceso de justicia y paz, tras las confesiones de los paramilitares en las versiones libres, y en sus comparecencias ante los tribunales –Salas de Justicia y Paz–, los fiscales y magistrados recogieron material sobre la participación de terceros civiles en el desarrollo del conflicto, y compulsaron 15.291 copias a la Fiscalía en las cuales se involucraban a terceros, en un gran número actores corporativos o empresariales.⁵⁸

En el informe se indica que, en estas peticiones de investigación, cuando se ha tratado de actores corporativos, en la mayoría de los casos no se iniciaron procedimientos que lleven a su judicialización efectiva.⁵⁹

En cierta forma esto se debió, según el informe en cita, a que la Ley de Justicia y Paz dispuso un modelo de judicialización que solo involucró a los excombatientes y dejó a un lado a los terceros civiles que colaboraron con sus acciones armadas. El procedimiento de Justicia y Paz, en su concepción, no tuvo en cuenta

57 Nelson Camilo Sánchez León y Daniel Marín López, “Responsabilidad corporativa en la justicia transicional en Colombia”, en van de Sandt y Moor, *La Paz, responsabilidad de todos, op. cit.*, p. 137.

58 *Idem.*

59 *Idem.*

las complejidades socioeconómicas que implicaba la violencia paramilitar, *no hubo un enfoque integral de persecución de responsables*.⁶⁰

Hasta la fecha de elaboración del informe (abril de 2017) se indica que ha habido un éxito parcial en algunos casos famosos de la justicia ordinaria, como son los casos contra empresarios que producen palma africana en el norte de Colombia (Urapalma S.A. y otras palmeras del Urabá), y contra ganaderos que hacían parte del Fondo Ganadero de Córdoba en la costa Caribe.⁶¹ También ha habido una creciente demanda de justicia en otras jurisdicciones, como los procesos del Alien Tort Claims Act en Estados Unidos, para reclamar responsabilidades civiles por la cooperación criminal de empresas de ese país con grupos paramilitares en Colombia. El caso más conocido fue contra Chiquita Brands Inc. en el Tribunal Federal de Nueva Jersey.⁶²

En el informe en cita se expuso que, como consecuencia del gran número de compulsas de copias, al interior de la Fiscalía General de la Nación se creó un grupo especializado en la investigación de la complicidad corporativa por hechos relacionados con el conflicto armado, el cual en el año 2015 inició labores para tener un inventario de las causas que posiblemente iba a procesar el sistema de justicia transicional.⁶³ No obstante, en el informe no se contaba con que la Corte Constitucional, en la analizada Sentencia C-674 de 2017, iba a declarar inconstitucional la participación obligatoria de los terceros civiles ante la JEP, lo que hizo que dicho trabajo fuera prácticamente perdido, por cuanto ya no sería remitido a la JEP, desaprovechando una visión estructural o sistémica del fenómeno de la criminalidad por parte de empresas en el conflicto armado.⁶⁴

En línea con lo anterior, en el informe titulado *Cuentas claras, el papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de las empresas en el conflicto armado colombiano*, investigadores de Dejusticia⁶⁵ pusieron de presente los patrones en las respuestas judiciales a las acciones de complicidad empresarial con grupos paramilitares. En el informe se da cuenta de que

60 *Idem*.

61 *Idem*.

62 Business & Human Rights Resource Center, Perfil de las demandas judiciales contra Chiquita por actividades en Colombia, <http://business-humanrights.org/es/perfil-de-las-demandas-judiciales-contrachiquita-por-actividades-en-colombia-0>; Sabine Michalowski, "Doing business with a bad actor: How to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability", en *Texas International Law Journal* 50 3, pp. 403-464; Verdadabierta.com, Chiquita Brands podrá ser juzgada en los Estados Unidos, 5 de diciembre de 2016, <http://www.verdadabierta.com/otros-negocios-criminales/6493-chiquita-brands-podra-ser-juzgada-en-estados-unidos>.

63 Ver Resolución 3139 de 2015 de la Fiscalía General de la Nación y Resolución 0429 del 2015 del director de la Dirección de Justicia Transicional.

64 Sánchez León y Marín López, Responsabilidad corporativa en la justicia transicional en Colombia, *op. cit.*, p. 137.

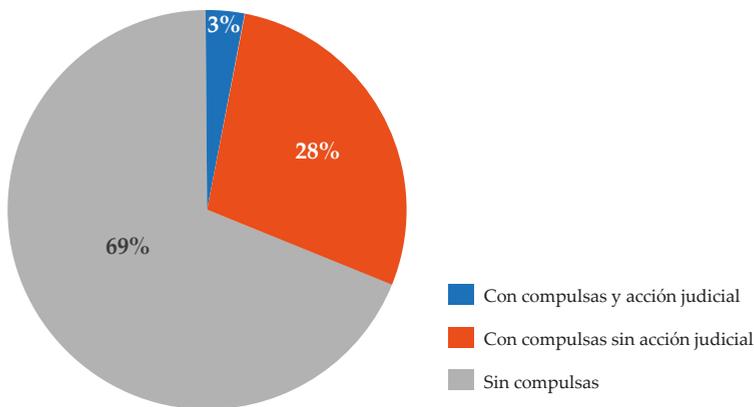
65 Laura Bernal Bermúdez y Daniel Marín López, "Los empresarios en la guerra: elementos de la verdad judicial sobre la complicidad empresarial en Colombia", en Nelson Camilo Sánchez León, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira, Laura Bernal Bermúdez, Daniel Marín López, Miguel Barbosa López (eds.), *Cuentas claras, el papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de las empresas en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Dejusticia, 18 de febrero de 2018, p. 65.

... hay una distancia importante entre la identificación de los empresarios como actores en el conflicto armado y su efectiva judicialización, toda vez que en el 31% (136) de los casos el tribunal de Justicia y Paz que emitió la sentencia ordenó a la Fiscalía iniciar una investigación oficial –compulsa de copias–, pero solo en el 10% (14) de dichos casos se inició la acción judicial.⁶⁶

En el informe se explica que esta brecha entre investigación y efectiva judicialización de los actores económicos tiene varios obstáculos, entre ellos, la ineficiencia e incapacidad de la Rama Judicial ordinaria para investigar todos estos casos.⁶⁷

Igualmente, en el documento se pone de presente un gráfico que da cuenta de un estudio sobre la totalidad de los procesos donde se ha ventilado la presunta participación de terceros civiles en el conflicto armado, la cantidad en la cual se realizaron compulsas de copias y el porcentaje de estas que desencadenaron en una efectiva acción judicial, así:

Compulsa de copias y acciones judiciales



Fuente: elaboración propia con base en el gráfico de Laura Bernal Bermúdez y Daniel Marín López, según la base de datos de Corporate Accountability and Transitional Justice – Colombia (CATJ-Colombia), 2016.

Como puede apreciarse, las cifras no dan cuenta de que la justicia ordinaria penal haya sido eficiente en la investigación y el juzgamiento de los crímenes cometidos por terceros civiles en el conflicto armado. Según Nandor Knust,⁶⁸ la ineficacia de la justicia ordinaria para la investigación y el juzgamiento de delitos cometidos en el marco del conflicto armado se explica porque, en general, “la investigación y juzgamiento de todos los delitos cometidos por la totalidad de quienes tomaron parte en un conflicto armado de casi 50 años

66 *Idem.*

67 *Idem.*

68 Nandor Knust, “Pena atenuada e impunidad. El papel del derecho penal en sociedades de posconflicto”, en Yesid Reyes Alvarado (ed.), *¿Es injusta la justicia transicional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 135.

tomaría décadas, y el derecho penal en su estructuración normal alcanza límites funcionales al enfrentarse al tratamiento de la violencia masiva”.⁶⁹ La segunda razón, según el citado autor, radica en que

... el derecho penal ordinario no está concebido para examinar y pronunciarse sobre esas conductas delictivas como parte de un único fenómeno (conflicto armado), su función es la de decidir individualmente sobre los delitos que llegan a su conocimiento, prescindiendo del contexto en el que los mismos tienen lugar dentro de ese conflicto.⁷⁰

Así las cosas, se concluye que al analizar con detenimiento las implicaciones de la participación obligatoria de terceros civiles ante la JEP, se hubiese podido advertir que se trataba de una medida que estaba orientada a lograr la paz y la recolección, no solamente porque las partes en conflicto así lo pactaron, sino porque la justicia ordinaria penal no ha sido eficiente en la investigación de los crímenes de sistema en los cuales han participado actores económicos como terceros civiles. A su vez, es una medida que aportaría al logro de la reconciliación entre las víctimas y todos los actores que participaron en el conflicto armado.

2.5.2. La reforma introduce un elemento que puede afectar, pero no sustituir, un principio consustancial de la Constitución

El segundo aspecto que se debe valorar en el test de sustitución en un escenario de transición consiste en evidenciar una posible afectación de un elemento característico de la Constitución con la reforma que se pretende incorporar. En este caso, al comparar la reforma constitucional que se estudia y los elementos esenciales de la Constitución, se observa que evidentemente hay una afectación de la garantía del juez natural, en tanto que los terceros civiles serían investigados por una autoridad judicial constituida de manera posterior a la ocurrencia de los hechos, la cual no forma parte de la Rama Judicial y está configurada en un régimen jurídico distinto. No obstante, esto no significa una sustitución integral de los componentes del juez natural ni mucho menos una supresión de las garantías mínimas del debido proceso, dado que, como se explicó, el elemento fundamental de esta garantía del juez natural lo constituye la existencia de un juez imparcial e independiente que pueda juzgar a esos terceros con las mismas garantías procesales que se aplican en cualquier proceso penal, característica que reúne la JEP.

2.5.3. Juicio de ponderación o armonización de los dos elementos

El tercer elemento planteado en la comentada Sentencia C-579 de 2013 para aplicar el juicio de sustitución en un escenario de transición consiste en rea-

69 *Idem.*

70 *Idem.*

lizar una ponderación o armonización entre el elemento original adoptado por el constituyente originario y el elemento que se pretende introducir con la reforma constitucional.

En el caso concreto, al realizar un ejercicio de ponderación entre la garantía del juez natural como elemento medular del derecho al debido proceso y el derecho, deber, principio y valor constitucional a la paz, se advertiría que la balanza debía inclinarse en favor de la paz,⁷¹ debido a todos los beneficios que ella conlleva para el desarrollo económico del país y para evitar futuras violaciones de los derechos humanos, sin renunciar o eliminar por completo a la garantía del juez natural.

En relación con el desarrollo del país, es preciso advertir que los conflictos armados son complejos; involucran varias causas, como la violencia estatal, la pobreza, la desigualdad y la crisis económica, entre otras. Un país que finaliza un conflicto armado con un grupo guerrillero genera un ambiente de confianza y seguridad para los empresarios e inversionistas, quienes no se encontrarían expuestos a la amenaza constante de la pérdida de sus productos o inversiones como consecuencia de un atentado terrorista o ataque proveniente de un grupo alzado en armas.

Por ejemplo, de acuerdo con la investigación realizada por Rafael Grasa sobre las percepciones del sector empresarial en torno a la firma del Acuerdo de Paz en Colombia, con el patrocinio de la Fundación Ideas para la Paz, el Instituto Catalán Internacional para la Paz y la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyos resultados fueron plasmados en el informe titulado “Perspectivas y aportes empresariales para la construcción de paz”, se encontró que hay una percepción en torno a que

... las empresas que cotizan en bolsa muy seguramente se verán beneficiadas con una posible salida negociada del conflicto, *ya que esto les garantizaría unas condiciones de seguridad y estabilidad en los mercados*. En el caso del turismo, sector que ha tenido claro impacto negativo de la fase armada, la firma de un acuerdo de *paz impactaría sensiblemente la economía del país, ya que Colombia dejaría de ser percibido como país de riesgo*.⁷² (Énfasis agregado)

En el informe también se puso de presente los costos económicos del conflicto armado en materia de infraestructura, torres de energía, oleoductos, bombas, afectaciones psicológicas en la población, extorsiones, vacunas que deben pa-

71 La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 tuvo como uno de sus propósitos que la paz fuese un objetivo principal dentro de la organización política. En las discusiones se mencionó, por ejemplo, que la nueva Constitución Política “*debe ser un acuerdo de paz* que desactive los factores de crisis originada en la violencia política, social e institucional” (Asamblea Nacional Constituyente de 1991, constituyentes Germán Rojas Niño y Angelino Garzón, 21 de marzo de 1991, *Gaceta* 25, 57).

72 Rafael Grasa, “Percepciones en el sector empresarial”, en *Perspectivas y aportes empresariales para la construcción de paz*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, Instituto Catalán Internacional para la Paz y Cámara de Comercio de Bogotá, 2015, p. 17.

gar personas naturales y empresas,⁷³ entre otros, para concluir que la percepción del sector empresarial en general es que la firma de un acuerdo de paz impacta positivamente en la economía del país. Criterio que es compartido en este escrito, no solo por la eliminación de los grandes costos que acarrea una guerra, sino también por las nuevas oportunidades de generación de empleo y trabajo en condiciones de tranquilidad y de confianza.

En lo atinente a las violaciones de los derechos humanos, es importante tener en cuenta que la guerra es la negación de los derechos. En un contexto de guerra, las víctimas no pueden acceder a sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación, y la sociedad en su conjunto no puede gozar de los beneficios de paz. En un escenario de guerra se generan círculos viciosos de venganza entre las partes en conflicto, pues cada vez que hay un ataque de alguna de las dos partes se buscará la manera de reaccionar frente a aquel. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha determinado que

... el conflicto armado limita en grado sumo las posibilidades materiales de goce de los derechos, en especial los de las víctimas del mismo, por lo que no puede llegarse a un estándar aceptable de ejercicio democrático de dichos derechos y, de una manera más general, de la vigencia misma del Estado constitucional, sin que se supere la confrontación que afecta el mencionado núcleo mínimo del derecho a la paz.⁷⁴

La paz es un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, en una sociedad en guerra los derechos a la vida, a la libertad personal, a la seguridad, a la integridad física, a la libertad de locomoción, entre otros, se ven amenazados e incluso vulnerados debido a las dinámicas propias de un conflicto armado, donde los atentados terroristas, las extorsiones, las desapariciones forzadas y las torturas son muy comunes. Luego, es indispensable el fin del conflicto para evitar futuras violaciones de los derechos humanos.

Este juicio de ponderación en favor de la paz ya fue reconocido por la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-630 de 2017,⁷⁵ cuando examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017. Al respecto, sostuvo que el juicio de sustitución sobre reformas constitucionales en contextos de transición hacia la paz “toma en consideración que la realización de la paz maximiza los valores, principios y derechos fundamentales de manera que posibilita una efectiva vigencia de la Constitución Política”.⁷⁶ Igualmente, puso de presente cómo en un escenario de transición, la paz adquiere un peso mayor frente a los demás ejes o principios axiales de la Constitución Política, debido a que

73 *Ibid.*, p. 16.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-379 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630 de 2017, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez.

76 *Idem.*

esta, aparte de tener el carácter de valor, principio, derecho y deber constitucional, tiene un carácter instrumental y es que permite la maximización y puesta en vigencia de muchos de los demás derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución.⁷⁷

En consonancia con lo anterior, en la citada Sentencia C-630, cuando la Corte explicó la integración de la premisa mayor en el juicio de sustitución constitucional sostuvo lo siguiente:

Sobre esas bases, entiende la Corte que la valoración de la configuración de la premisa mayor debe llevarse a cabo a partir de la ponderación del objetivo fundamental de la búsqueda de la paz, por un lado, con los elementos axiales que se estima pueden haber sido sustituidos.

Como se explicará en detalle a continuación de este apartado, el diseño institucional promovido por la Carta Política de 1991 otorga el carácter de pilar fundamental a la Paz. Dicha posición privilegiada encuentra sustento (a) en los *motivos que impulsaron la adopción de la Constitución de 1991*, (b) en su condición de *presupuesto para el ejercicio de los derechos*, (c) en el reconocimiento que de ella se hace en el *Preámbulo de la Carta* y (d) en su consagración *como valor*, condición ética del ser humano conforme a la cual una sociedad sólo puede subsistir si sus miembros se obligan, entre sí, a respetar los Derechos Humanos. También se vio que el conflicto armado ha generado innumerables y masivas violaciones a los derechos humanos. *Por eso, el juicio de sustitución debe tener en cuenta que la Constitución, desde su origen, tiene una apertura a las reformas que conduzcan a la realización al derecho-deber de la paz como eje de la Carta.* Al mismo tiempo, esto no implica que la búsqueda de la Paz se pueda convertir en una razón absoluta que pueda permitir la derogación de otros pilares esenciales de la Constitución. *Ante la colisión de pilares esenciales de la Constitución con el pilar de la Paz, la Corte deberá usar el método de ponderación, dará preferencia a una interpretación sistemática que, basada en el principio de la unidad de la Constitución, tienda a maximizar la vigencia de todos los pilares. Sólo en última instancia, cuando no existan alternativas interpretativas que permitan la integración hermenéutica de la Constitución, se podrá declarar la inexistencia por exceso de competencia del Congreso en su facultad de reforma constitucional.*⁷⁸ (Énfasis agregado)

En conclusión, en el juicio de ponderación de reformas constitucionales que tengan como objetivo la implementación de un acuerdo de paz, esta última adquiere un papel protagónico, en razón a su carácter de principio, valor, deber y derecho constitucional que es fundamento esencial para la garantía de los demás derechos constitucionales. En el caso concreto, la afectación a la garantía del juez natural no es de tal magnitud que suponga la supresión integral de dicho elemento, en tanto que al armonizarse con el elemento paz, la afectación de dicha garantía es mínima en relación con los beneficios que conlleva contribuir al logro de la paz.

77 *Idem.*

78 *Idem.*

La afectación de la garantía del juez natural es mínima en tanto que se mantiene incólume el fin para el cual esta fue constituida, y es que el órgano de representación democrática instituya un órgano judicial con las garantías de independencia e imparcialidad que permitan llevar a cabo un juicio justo. En cambio, contribuir a la satisfacción del elemento paz, trasciende las garantías penales individuales y conlleva el mejoramiento de la sociedad y del país en conjunto, teniendo en cuenta que la paz, como elemento característico de la Constitución de 1991, permite una mayor protección y satisfacción de los demás derechos constitucionales y el desarrollo del país.

Conclusiones de la crítica

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-674 de 2017, con fundamento en la teoría de la sustitución de la Constitución, no ha debido declarar inconstitucional el acto legislativo que otorgaba competencia a la JEP para investigar obligatoriamente a los terceros civiles que participaron en el conflicto armado, en consideración a los siguientes argumentos.

En un escenario transicional, la aplicación de la teoría de la sustitución de la Constitución permite que los ejes axiales que caracterizan la norma suprema se adapten a la transición, en atención al carácter excepcional, transitorio y temporal de estos contextos frente a condiciones jurídicas, políticas y sociales de normalidad.

No ha sido ajeno a los procesos de justicia transicional la creación de tribunales *ad hoc* o *ex post* con el fin de investigar y juzgar a todos los actores del conflicto armado, incluidos los terceros empresarios. Por ejemplo, en el caso del Tribunal *ad hoc* Militar Internacional de Núremberg y el TPIR se trataron varios casos sobre responsabilidad de terceros empresarios que financiaron, apoyaron o contribuyeron en el conflicto armado.

La reforma constitucional por medio de la cual se pretendía hacer comparecer obligatoriamente ante la JEP a los terceros civiles que tuvieron una participación activa y determinante en la comisión de crímenes durante el conflicto armado es una medida que, si bien afecta la garantía del juez natural, en tanto que se trata de un tribunal *ad hoc* y *ex post* a la comisión de los delitos, no sustituye de forma íntegra tal garantía, dado que el elemento fundamental de esta lo constituye la creación democrática de un juez imparcial e independiente que pueda juzgar a los terceros con las mismas garantías procesales que se aplican en cualquier proceso penal, característica que reúne la JEP.

La reforma estaba orientada a contribuir al logro de la paz, en tanto que por intermedio de ella se buscaba investigar y sancionar a todos los que participaron en el conflicto armado en un escenario en el cual la justicia ordinaria no ha sido eficiente y donde los terceros civiles en pocas ocasiones han sido

llamados a responder efectivamente. También respondía a una lógica de integralidad del sistema, donde se pretendía dar una respuesta en conjunto a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, teniendo en cuenta que los crímenes fueron cometidos en el contexto y con ocasión de un conflicto armado.

Al efectuar un juicio de ponderación entre la garantía del juez natural y el derecho, deber, principio y valor de la paz, la balanza se debía inclinar a favor de esta última, en atención a que la afectación a la mentada garantía es mínima en comparación con los grandes beneficios que conlleva contribuir al logro de la paz, la reconciliación de los colombianos con buena parte de los actores del conflicto, el desarrollo del país, y la protección y garantía de los derechos previstos en la Constitución Política.

Bibliografía

Alexy, Robert, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Bernal Bermúdez, Laura y Daniel Marín López, “Los empresarios en la guerra: elementos de la verdad judicial sobre la complicidad empresarial en Colombia”, en Nelson Camilo Sánchez León, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira, Laura Bernal Bermúdez, Daniel Marín López y Miguel Barbosa López (eds.), *Cuentas claras. El papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de las empresas en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Dejusticia, 2018.

Centro Internacional de Justicia Transicional, *¿Qué es la Justicia Transicional?*, CIJT, 2004.

Elster, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvm7bdsq>

Gobierno de Colombia, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), 24 de noviembre de 2016.

Grasa, Rafael, “Percepciones en el sector empresarial”, en *Perspectivas y aportes empresariales para la construcción de paz*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, Instituto Catalán Internacional para la Paz y Cámara de Comercio de Bogotá, 2015.

International Commission of Jurists, Corporate Complicity & Legal Accountability, vol. 1, *Facing the Facts and Charting a Legal Path. Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes*, ICJ, Geneva, 2008.

- Knust, Nandor, "Pena atenuada e impunidad. El papel del derecho penal en sociedades de posconflicto", en Yesid Reyes Alvarado (ed.), *¿Es injusta la justicia transicional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ddct0m.8>
- López Medina, Diego, "Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 16 (2010).
- Michalowski, Sabine, "Doing business with a bad actor: How to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability", *Texas International Law Journal*, 50, 3.
- Naciones Unidas, Informe SGNU (2004), *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 3 de agosto de 2004, S/2004/616.
- Payne, Leigh A., "Complicidad corporativa y justicia transicional: preparando la escena", en Joris van de Sandt y Marianne Moor (eds.), *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*, Utrecht, Dejusticia y Pax Holanda, 2017.
- Pereira, Gabriel, "Juicios y complicidad corporativa", en Joris van de Sandt y Marianne Moor (eds.), *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*, Utrecht, Dejusticia y Pax Holanda, 2017.
- Sánchez León, Nelson Camilo y Daniel Marín López, "Responsabilidad corporativa en la justicia transicional en Colombia", en Joris van de Sandt y Marianne Moor (eds.), *La Paz, responsabilidad de todos. La responsabilidad corporativa en la justicia transicional: lecciones para Colombia*, Utrecht, Dejusticia y Pax Holanda, 2017.
- The Nuremberg Trial (United States v. Goering), 6 F.R.D. 69, 112 (International Military
- Velásquez Fernando, Derecho Penal Parte General, Cuarta edición, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2009.
- Verbitsky, Horacio y Juan Pablo Bohoslavsky, "Tribunal at Nuremberg, 1946", *The Economic Accomplices to the Argentine Dictatorship. Outstanding Debts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Normas y jurisprudencia

- 34 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, "Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la

Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1922 de 18 de julio de 2018, “Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1957 de 6 de junio de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-546 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-626 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-200 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-771 de 2011, M. P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-052 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-694 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-379 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332 de 2017, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Fiscalía General de la Nación, Resolución 3139 de 2015.

Fiscalía General de la Nación - Dirección de Justicia Transicional, Resolución 0429 de 2015.