

# LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN EL AÑO 2013: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCIÓN Y EL AMPARO REFORZADO A LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

PAULA ROBLEDO SILVA\*  
GONZALO RAMÍREZ CLEVES\*\*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I.—EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCIÓN. ESTUDIO DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ (ACTO LEGISLATIVO NO. 1 DE 2012) EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013. 1. La Doctrina de la Sustitución de la Constitución en Colombia y metodología o juicio de sustitución. 2. Análisis de la Sentencia C- 579 de 2013 (Marco Jurídico para la Paz). II.—EL AMPARO REFORZADO A LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-956 DE 2013. 1. Los niños y las niñas y su derecho a tener una familia y no ser separados de ella. 2. Los migrantes y su derecho al debido proceso.

---

\* Docente e investigadora de los Departamentos de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Responsable de área de Derecho Territorial del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado de Colombia (octubre de 2010 - febrero de 2014). Abogada de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Contacto: paula.robledo@uexternado.edu.co.

\*\* Docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia (marzo 2010 – octubre 2012) Contacto: gonzalo.ramirez@uexternado.edu.co.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales realiza un importante esfuerzo por publicar el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional y, gracias a su amable invitación, desde el año 2009 participamos de esta obra a través de la elaboración de una crónica sobre la jurisprudencia constitucional colombiana.

Lo primero es dar las gracias al Centro, no sólo porque nuevamente nos ha convocado para hacer parte del Anuario; sino también, porque, debido a ello, logramos mantener vivos los vínculos con una institución de la que ambos tenemos la fortuna de ser ex alumnos. Sin lugar a dudas, el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional se ha convertido en un instrumento de gran utilidad para la comunidad académica iberoamericana; y además, su publicación contribuye de forma significativa a difundir y, con ello, a fortalecer, el derecho constitucional iberoamericano.

Como es apenas lógico, por su gran número resulta imposible reseñar todas las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional durante un año, o, incluso, la mayor parte de ellas<sup>1</sup>; por esta razón, tal y como lo hemos hecho en ediciones anteriores, hemos escogidos sólo algunas sentencias del Alto Tribunal. En primer lugar, vamos a analizar una sentencia de constitucionalidad (C-579 de 2013), lo que nos va a permitir estudiar la figura del control de constitucionalidad por sustitución en relación con un tema trascendental para Colombia, como es el Marco Jurídico para la Paz; y en segundo término, haremos un análisis de una decisión de tutela (T-956 de 2013) en que se amparan los derechos de sujetos de especial protección constitucional.

## I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCIÓN. ESTUDIO DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ (ACTO LEGISLATIVO NO. 1 DE 2012) EN LA SENTENCIA C – 579 DE 2013

Hemos decidido analizar para este Anuario la sentencia C-579 de 2013 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), pues a nuestro juicio fue una de las providencias más importantes proferidas por la Corte Constitucional durante ese año. En esta sentencia, el Alto Tribunal conoció de la inconstitucionalidad por sustitución de la reforma constitucional aprobada mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2012, llamado «Marco Jurídico para la Paz», me-

<sup>1</sup> En el año 2013 la Corte Constitucional de Colombia profirió 970 sentencias, de las cuales 752 corresponden a revisión de casos de protección de derechos fundamentales mediante la acción de tutela y 199 a acciones públicas de constitucionalidad, lo que significa que se profirieron 126 respecto del año 2012. Los datos pueden consultarse en versión digital en el siguiente enlace: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Informe%20de%20gestion%20de%20la%20Presidencia2013.pdf>

dante el cual se introdujeron los artículos 66 y 67 transitorios a la Constitución. El análisis de esta sentencia resulta relevante ya que a través de esta reforma constitucional se buscó crear, en la propia Constitución, un marco general que tuviera como finalidad «(...) facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos y garantizar en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación».

Teniendo como base la «doctrina de la sustitución de la Constitución», construida por la Corte Constitucional, según la cual las reformas a la Constitución pueden ser revisadas por este Alto Tribunal por vicios competenciales, aún sin que la Constitución colombiana tenga cláusulas pétreas, en el entendimiento en que una cosa es reformar o revisar la Constitución; y otra, bien distinta, es sustituir, cambiar o derogar la Constitución, labor, esta última, que solo puede realizar el poder constituyente primario u originario.

En primer lugar (1.1), se estudiará la doctrina de la sustitución de la Constitución teniendo en cuenta los test de razonabilidad que se han establecido por parte de la Corte Constitucional para limitar el subjetivismo judicial y los presupuestos jurídicos que han dado lugar a que en cinco ocasiones se haya declarado inconstitucionales reformas a la Constitución. Y en segundo término (1.2.), se analizará la Sentencia C- 579 de 2013 del Marco Jurídico para la Paz, con el fin de explicar cuáles fueron los principales argumentos de la Corte para declarar en «forma condicionada» dicha reforma y, además, identificar las principales novedades introducidas por el Alto Tribunal para tomar dicha decisión.

## 1. La Doctrina de la Sustitución de la Constitución en Colombia y metodología o juicio de sustitución

Como ya se había explicado en el Anuario de 2010 en el artículo titulado: «La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España»<sup>2</sup>, en la jurisprudencia colombiana se ha implementado desde la Sentencia hito C-551 de 2003 la «Doctrina de la sustitución de la Constitución». Con dicha doctrina se establece la posibilidad de que la Corte Constitucional declare inconstitucional una reforma a la Constitución a pesar de que en la Constitución

---

<sup>2</sup> ROBLEDO SILVA, Paula y ROA ROA, Jorge, «La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes en Colombia y España», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 15, Madrid, CEPC, 2011, pp. 643-676.

colombiana de 1991 no existen cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad expresas, es decir que no existe ninguna prohibición positivizada que impida que algún artículo o principio de la propia Constitución pueda ser reformado, revisado, cambiado o derogado.

Sin embargo, con la doctrina de la sustitución de la Constitución se establece que no se podría a través de la reforma ordinaria de la Constitución mediante el Congreso —Acto Legislativo del art. 375 de la C.P.— o por referendo constitucional —art. 378 C.P.— o incluso en algunas ocasiones por la reforma mediante el artículo 376 de la C.P. de reforma mediante Asamblea Nacional Constituyente cuando se trate de reformas parciales, que se termine sustituyendo o derogando la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente. La Corte sostiene que si mediante los procedimientos establecidos en la Constitución se cambia, deroga o sustituye una Constitución por otra integralmente diferente ya sea de manera total o parcial, se estaría confundiendo el poder de reforma con el poder constituyente primario u originario y daría lugar a que se subvirtiera la competencia del poder de reforma convirtiéndose éste en poder constituyente<sup>3</sup>.

Del mismo modo, en el fundamento jurídico 39 de la Sentencia C-551 de 2003 se estableció que «El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad»<sup>4</sup>, y se dijo que para determinar si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, «el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...)»<sup>5</sup>.

Como se advirtió también en dicha ocasión, para determinar cuándo la Constitución ha sido sustituida por otra, se debe realizar un juicio de razonabilidad en el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, que ha sido llamado por la Corte «el juicio o metodología de la sustitución de la Constitución». Con dicho juicio lo que se pretende es que

<sup>3</sup> Sobre este punto se dijo en el fundamento jurídico 37 de la Sentencia C- 551 de 2003 que, «El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia».

<sup>4</sup> Sentencia C- 551 de 2003, Fundamento Jurídico 39.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

la Corte emplee unos criterios de argumentación, de interpretación y de razonabilidad en las decisiones de constitucionalidad de este tipo, que de alguna forma logren delimitar la amplia facultad que tiene el juez constitucional para realizar el control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución y evitar de esta manera la discrecionalidad y el subjetivismo judicial. Aunque el juicio que se implementó en un principio ha venido variando y se ha pasado de una metodología reducida a una amplia, y posteriormente nuevamente de la metodología amplia a una reducida o concreta, los elementos de análisis del juicio o test de sustitución se han mantenido en su esencia.

La primera vez que se implementó el juicio<sup>6</sup> fue en la Sentencia C-970 de 2004<sup>7</sup> que hacía el control de constitucionalidad del artículo 4º transitorio del Acto Legislativo No. 3 de 2003 que le daba facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir, modificar o adicionar «los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía», para adecuarlas al nuevo sistema penal acusatorio.

En dicha Sentencia se estableció que para verificar si a través de una reforma de la Constitución se estaba sustituyendo, cambiando o derogando la Constitución, se tenía que realizar un «Juicio de Sustitución» en donde se analizaba en primer lugar y como Premisa Mayor (i) los aspectos que definen la identidad de la Constitución que se suponen han sido

<sup>6</sup> Aunque hay que tener en cuenta que en la Sentencia C-1200 de 2003 ya se habían implementado algunos parámetros de interpretación para el estudio de las reformas a la Constitución que fueran demandadas por sustitución. En dicha Sentencia se dijo que «...el juez constitucional puede acudir a los diversos métodos de interpretación para basarse en referentes objetivos, como por ejemplo los antecedentes de la reforma. También puede acudir al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, para delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como a los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original, sin que ello autorice a esta Corte para comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica del bloque de constitucionalidad».

<sup>7</sup> Como explica Carlos Bernal Pulido, «En la Sentencia C-970 de 2004, la Corte Constitucional expuso por primera vez el llamado 'test de sustitución', el cual se presenta como una guía para que la Corte determine si una reforma es una sustitución parcial de la Constitución. El test tiene la estructura de una subsunción en la que la premisa mayor consiste en la siguiente norma: una reforma constitucional sustituye la Constitución si reemplaza un elemento definitorio de la identidad de la Constitución. La afirmación de que la reforma constitucional demandada reemplaza un elemento de esta naturaleza es la premisa menor de esta subsunción. Al cumplirse esta condición deriva la conclusión de que la reforma es una sustitución de la Constitución» (BERNAL PULIDO, Carlos, «Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia», en: *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo: VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 410).

sustituídos por el acto reformativo. En esta primera fase se indica que no se trata de enunciar simplemente los elementos generales que tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino «... la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad». En segundo lugar (ii) la Corte debe analizar el acto acusado para establecer, «...cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control», y en tercer término (iii) la Corte debe realizar una labor comparativa y de síntesis y verificar «...si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente».

Con posterioridad a esta jurisprudencia se estableció un juicio de razonabilidad más amplio en la Sentencia C-1040 de 2005 que hacía el control del Acto Legislativo No. 2 de 2004 que modificaba los incisos 2° y 3° del artículo 127 de la Constitución y principalmente el artículo 197 de la Constitución dando la posibilidad de que se pudiera establecer la reelección del Presidente de la República. En este caso la Corte Constitucional emplea un test compuesto de siete pasos que se puede denominar como «Test amplio de sustitución de la Constitución». El test amplio fue expuesto en el punto 4.3. de dicha Sentencia en donde se dice que es necesario para realizar un juicio de sustitución:

«(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución —para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material—, y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro —no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado— y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior».

Como se había explicado en el Anuario del 2010 el primero de los siete pasos enunciados por la Corte es de la concreción porque allí la Corte establece cuál es el principio estructural o fundante que está en juego, le da una denominación y lo señala de manera expresa. El segundo paso que se refiere a que el presupuesto se encuentre en varias disposiciones constitucionales, se dijo que era el elemento de la caracterización, en donde la Corte describe que el principio consustancial se encuentra normativamente desarrollado en varios artículos de la Constitución. Sobre el tercer paso se estableció que era la primera carga de argumentación en donde el demandante en su acción y la Corte en su revisión debe demostrar que el principio consustancial referido efectivamente hace parte del núcleo esencial y definitorio de la Constitución para así evitar el subjetivismo judicial en este tipo de control de constitucionalidad.

Sobre estos tres primeros pasos, se dijo en dicha ocasión que con el cumplimiento de estos tres requisitos se establece la Premisa mayor del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución. Sin embargo, también se tiene que comprobar el cuarto elemento que se refiere «a la irreductibilidad del principio en una sola norma de la Constitución» y la «prohibición de que se asimilen las cláusulas pétreas con la sustitución de la Constitución». En este cuarto paso la Corte debe demostrar que la incorporación de un principio responde a una lectura transversal de las disposiciones constitucionales y no se restringe a un solo artículo de la Constitución que determina no una imposibilidad de la reforma de algún artículo sino su sustitución parcial o total de un elemento consustancial<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Carlos Bernal Pulido en Ponencia presentada en el VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional que celebraba los 20 años de la Corte Constitucional señaló que la Corte Constitucional se equivocaba al decir que el elemento consustancial no se podía desarrollar en un solo artículo de la Constitución y estableció lo siguiente: «En caso de que existan intuiciones incompatibles y alternativas acerca del concepto de elemento esencial, el test no suministra ningún criterio fiable que pueda ser utilizado para decidir qué intuición es la correcta. En este sentido, el test tiene una naturaleza intuicionista. La orientación que ofrece es de poca ayuda. A diferencia de lo que mantiene la Corte Constitucional, existen elementos esenciales contenidos en una sola disposición constitucional. Un ejemplo se encuentra en la libertad de expresión, protegida por el artículo 20 y esencial para el sistema de democracia deliberativa establecido por la Constitución colombiana. Del mismo modo, existen elementos que subyacen a varias disposiciones constitucionales que, a pesar de ello, no son esenciales; un ejemplo es el conjunto de elementos que fundamentaban el sistema penal inquisitivo que la Constitución había establecido originalmente y que el Congreso de la República reemplazó por uno acusatorio por medio de reformas constitucionales; la Corte, en mi opinión, de manera acertada, no consideró que este reemplazo representara una sustitución parcial de la Constitución...» (BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 42). Aunque parece relevante la crítica del profesor Bernal, pensamos que desde una interpretación diferente lo que se exige es que se realice una mayor carga de argumentación para establecer que el elemento esencial definitorio de la Constitución sea

Finalmente se dijo que los dos últimos pasos del juicio de sustitución se podrían denominar «el juicio de sustitución en sentido estricto» en donde la Corte debía probar nuevamente que el principio estructural y esencial ha sido cambiado totalmente y así mismo demostrar que ese cambio resulta incompatible con la Constitución anterior, de manera que no hay posibilidad de que la reforma sea compatible con la Constitución reformada. En este último paso del juicio también se debe establecer una «segunda carga de argumentación» de parte de la Corte para evitar el subjetivismo judicial en su revisión, que le permite determinar si ha existido un exceso de competencias de reforma constitucional y si se ha producido una sustitución a la Constitución, caso en el cual se debe declarar inconstitucional la reforma.

En las sentencias relacionadas con criterios de racionalidad en el juicio de sustitución también se tiene que destacar la Sentencia C-574 de 2011 que a pesar de que su fallo fue inhibitorio<sup>9</sup>, se realizó un recuento de la jurisprudencia más importante en el tema de la sustitución de la Constitución, y volvió a concretar el juicio de sustitución en los tres pasos iniciales, teniendo en cuenta tres premisas, la Premisa Mayor que se refiere a que la Corte en su análisis y el demandante en su acción debe determinar el elemento consustancial o axial de la Constitución de 1991 que la caracteriza; en segundo lugar, y como Premisa Menor, debe establecer el principio novedoso que se introduce en la Reforma a la Constitución; y por último, debe hacer una labor de comparación entre la Premisa Mayor y la Premisa Menor para verificar en la Premisa de Síntesis que el nuevo elemento que se introduce es incompatible con el elemento axial, es decir para comprobar «si son opuestos o integralmente diferentes» al punto de que se comprueba que no se está produciendo una reforma a la

---

irreductible a un artículo de la Constitución y que se haga una explicación mucho más amplia para explicar qué se entiende por elemento axial o estructural. Por esto pensamos que el concepto de «norma de la constitución» se ha extendido a las normas de derecho internacional que conforman en Colombia el «bloque de constitucionalidad», así como también la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha creado nuevos derechos constitucionales, por ejemplo en materia de DESC como el mínimo vital o el derecho fundamental al agua potable.

<sup>9</sup> Se hacía el control de constitucionalidad del Acto Legislativo No. 2 de 2009 que estableció la reforma del artículo 49 de la C.P. sobre el derecho fundamental a la salud. En el inciso sexto de dicha reforma se dispuso lo siguiente: «El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto». Se demandó el precepto subrayado y en negritas, pero la Corte estableció que no podía realizar el control de constitucionalidad porque en la demanda no se había expuesto la proposición jurídica completa.

Constitución, sino una sustitución de la misma, situación que daría lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma por vicios competenciales del poder de revisión<sup>10</sup>.

Además en dicha Sentencia se estableció para la comprobación de la Premisa Mayor y en aras de que la Corte Constitucional estableciera criterios interpretativos y argumentativos, «la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución...»<sup>11</sup>. De otra parte se estableció que para construir dicha premisa era necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: «(i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada»<sup>12</sup>.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que desde la Sentencia C-588 de 2009 se ha complementado el juicio de sustitución con el llamado «Test de la efectividad o de la eficacia» en donde se toman criterios adicionales de razonabilidad para verificar (i) si las normas a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que no se establezcan reformas *ad hoc* o particulares que favorezcan a un solo sujeto o un grupo determinados de sujetos y que no tenga en consideración el criterio de generalidad de las normas (iii) y que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución<sup>13</sup>. Es decir que a manera de síntesis

<sup>10</sup> La Corte dispuso lo siguiente, «5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra —parcial, total, transitoria o permanentemente— se debe realizar el llamado «juicio o metodología de la sustitución» que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (Fundamento Jurídico 4.44).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Elementos que se sintetizan en la Sentencia C- 574 de 2011.

el «test de la eficacia» tiene como finalidad proscribir las reformas (i) aparentes, (ii) tácitas y (iii) particulares o *ad hoc*.

Del mismo modo en la Sentencia C-288 de 2012 se establecieron las cargas que debe tener en cuenta la Corte para evitar el desbordamiento de sus competencias y el llamado subjetivismo judicial. Sobre este punto se introdujeron tres criterios que se deben tener en cuenta en el estudio de las demandas de inconstitucionalidad por sustitución: i) cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, ii) necesidad de conservar la precisión conceptual sobre la materia y iii) sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución.

El primer elemento (i) sobre la cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad esta relacionado con que el demandante debe satisfacer una carga argumentativa considerablemente superior a la usual para lograr la comprobación de la inconstitucionalidad de una reforma constitucional por sustitución que se refiere a que cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad por sustitución, «la carga argumentativa de la demanda debe ser mucho mayor, para demostrar si so pretexto de la reforma, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente, para lo cual el ciudadano debe concretar y especificar con claridad y no de manera genérica, la magnitud y trascendencia de dicha reforma»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Fundamento Jurídico 6.6. C- 574 de 2011. Dice la Corte: «6.6. Por otro lado, se debe subrayar que cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad por sustitución, la carga argumentativa de la demanda debe ser mucho mayor, para demostrar si so pretexto de la reforma, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente, para lo cual el ciudadano debe concretar y especificar con claridad y no de manera genérica, la magnitud y trascendencia de dicha reforma. 6.7. En este sentido en la Sentencia C-1200 de 2003 se estableció que, «Cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional». 6.8. Del mismo modo en la Sentencia C- 572 de 2004 se dijo que, «Los actos reformativos de la Constitución pueden demandarse sólo por vicios de procedimiento en su formación, lo cual incluye, tal y como esta Corte lo ha señalado, vicios de competencia, en particular cuando se ataque la reforma por implicar una eventual sustitución de la Constitución vigente. Así, el ciudadano puede intentar demostrar la sustitución del ordenamiento constitucional o alegar la existencia de un vicio en el trámite del acto. En ambos casos, debido a la existencia de un término de caducidad, que muestra la intención del Constituyente de no sólo dar firmeza a las reformas constitucionales sino también de sustraer esos actos de un control integral y automático por la Corte, el ciudadano debe entonces concretar y especificar con claridad, y no de manera genérica, el cargo constitucional...»

El segundo elemento (ii) relacionado con la precisión conceptual se refiere a que dicho control debe diferenciarse del control material de constitucionalidad, ya que no se trata de comprobar si un Acto Legislativo, una propuesta de referendo constitucional o de Asamblea Nacional Constituyente de carácter parcial, vulnera una o varias normas constitucionales. Es decir que se prohíbe que se realicen demandas de reformas a la Constitución con parámetros normativos constitucionales como si fuera un juicio de constitucionalidad, ya que lo que se trata es de verificar si un principio esencial, axial o consustancial de la Constitución fue sustituido por otro integralmente diferente<sup>15</sup>.

La tercera carga relacionada con la iii) sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución, es una restricción que se impone a la misma Corte Constitucional para evitar el desborde, la trivialización y la prevalencia del subjetivismo o discrecionalidad judicial excesiva de esta facultad de control. El presupuesto consiste en que se deben establecer elementos argumentativos, de interpretación y de razonabilidad para determinar que una reforma constitucional se ha convertido en una sustitución de la Constitución. La utilidad del método, test o juicio de sustitución y de eficacia determinará que el juez constitucional realice un esfuerzo argumentativo y hermenéutico que determine la inconstitucionalidad de la reforma.

Teniendo en cuenta la doctrina de la inconstitucionalidad por sustitución la Corte Constitucional ha declarado en cinco ocasiones inconstitucionales reformas a la Constitución, bien sea por el procedimiento ordinario de reforma por el Congreso establecido en el artículo 375 de la C.P.,<sup>16</sup> como el trámite de reforma mediante referendo constitucional del artículo 378 de la C.P.<sup>17</sup> De esta manera a través de las Sentencias C-1040 de

<sup>15</sup> Se dice en la Sentencia C-1056 de 2012 sobre este punto «Por su parte, la llamada precisión conceptual sobre el juicio de sustitución alude a la ya comentada circunstancia según la cual este análisis debe diferenciarse plenamente de un control material sobre el contenido del acto reformativo, pues como es evidente, la Corte no puede ejercer en estos casos un control de esta naturaleza, por al menos dos razones, una de orden práctico y otra de carácter jurídico. La primera de ellas tiene que ver con la real imposibilidad de adelantar ese tipo de control, pues contrario a lo que ocurre cuando a través de esta acción se cuestiona un texto de carácter legal, en el caso de las reformas constitucionales un control material supondría la confrontación de dos normas que en realidad tienen un mismo nivel jerárquico-normativo, lo que de suyo resulta imposible, además de que, como ya se mencionó, los contenidos del acto reformativo serían por definición distintos y en tal medida opuestos a los del precedente texto constitucional. La segunda razón, de carácter jurídico, es el hecho de que el artículo 241 expresamente excluye la posibilidad de control material por parte de esta corporación sobre las reformas constitucionales, al restringir ese análisis a los posibles vicios de procedimiento en su formación».

<sup>16</sup> En cuatro ocasiones: C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-249 y C-1056 de 2012.

<sup>17</sup> En una ocasión en la Sentencia C-141 de 2010.

2005<sup>18</sup>, C-588 de 2009<sup>19</sup>, C-141 de 2010<sup>20</sup>, C-249 de 2012<sup>21</sup> y C-1056 de 2012<sup>22</sup>, se han declarado inconstitucionales reformas a la Constitución por sustitución teniendo como fundamento que se habían sustituido parcial o totalmente de manera transitoria o definitiva elementos consustanciales a la Constitución como la división de poderes, el principio de supremacía de la Constitución, el principio de igualdad, el principio de mérito, de concurso público, de alternancia del poder, el principio democrático, de pesos y contrapesos, el principio de moralidad de las actuaciones públicas, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la prevalencia del interés general, el principio de legalidad en las actuaciones públicas y el

<sup>18</sup> Que hizo el control del Acto Legislativo No 2 de 2004 que modificaba los incisos 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución y principalmente el artículo 197 de la Constitución dando la posibilidad de que se pudiera establecer la reelección del Presidente de la República por una sola vez. La Corte estableció que la reelección por una sola vez no sustituía la Constitución, pero si la facultad que se la da al Consejo de Estado para que el Consejo de Estado pudiera expedir una ley que garantizará la igualdad electoral entre los candidatos (Ley de garantías electorales), si el Congreso no lo hacía en un plazo de dos (2) meses. La Corte Constitucional estableció que dicha reforma a la Constitución sustituía la Constitución en los principios de división de poderes y supremacía de la Constitución.

<sup>19</sup> Se realizó el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008 en donde se adicionaba el artículo 125 de la C.P. un párrafo transitorio que establecía un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del Acto Legislativo la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribirse en la carrera administrativa «de manera extraordinaria y sin necesidad del concurso». La Corte estableció que dicha reforma sustituía principios como el de mérito, carrera administrativa e igualdad al imposibilitar a cualquier persona interesada que tuviera los méritos a acceder al concurso público.

<sup>20</sup> Hacia el control de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo para reformar el artículo 197 de la C.P y permitir la reelección del Presidente de la República por una segunda vez, dando lugar a que el presidente pudiera ejercer el cargo por doce años si es reelegido. La Corte estimo que además de los vicios formales en sentido estricto en que se incurrió en la reforma, sustituía la Constitución al derogar principios como la división de poderes, el principio democrático, el principio de pesos y contrapesos, el principio de igualdad y el principio de alternancia del poder.

<sup>21</sup> Hacia el control de constitucionalidad del Acto Legislativo No 4 de 2011 que establecía ventajas para los empleados en provisionalidad otorgándole mayores puntajes en el concurso por el hecho de la permanencia. Al igual que en la Sentencia C-588 de 2009, la Corte estableció que sustituía los principios de mérito, igualdad y concurso público.

<sup>22</sup> Resolvió la demanda contra el Acto Legislativo No 1 de 2011 que establecía que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la pérdida de investidura, no tendrá lugar «...cuando los congresistas participen en el debate y la votación de proyectos de actos legislativos». Dice que se sustituyeron principios *amplios* y *específicos* como el principio democrático, la institución de la pérdida de investidura, la prevalencia del interés general, la separación de poderes, el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común, el principio de moralidad pública, la posibilidad de que los electores controlen la actuación de los elegidos por ellos y «la configuración particular que el constituyente asignó a los distintos mecanismos de reforma constitucional».

mismo presupuesto de la rigidez de la Constitución cuando se dice que el poder de reforma no podría modificar los artículos sobre la reforma<sup>23</sup>.

Se tiene que destacar dentro de esta serie de Sentencias la C- 141 de 2010 que hacía el control de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo para reformar el artículo 197 de la C.P. y permitir la reelección del Presidente de la República por una segunda vez, dando lugar a que el Presidente pudiera ejercer el cargo por doce años, en la eventualidad en que fuera reelegido por una segunda vez. En dicha Sentencia se estableció que además de los vicios formales en sentido estricto<sup>24</sup>, se estaba sustituyendo la Constitución, ya que de aprobarse el referendo reeleccionista se cambiarían aspectos axiales de la Constitución que identifican la Constitución de 1991 como el principio democrático, la división de poderes, el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), de alternación del poder y de igualdad que hacen parte del «marco jurídico democrático y participativo».

En el siguiente acápite se va a analizar la aplicación de la doctrina de la sustitución de la Constitución en la primera demanda que se resolvió al Acto Legislativo No. 1 de 2012 que dio lugar al establecimiento del denominado «Marco Jurídico para la paz» y la introducción de los artículos transitorios 66 y 67 de la Constitución. Esta reforma a la Constitución resulta importante por la eventualidad de que tengan éxito las conversaciones de paz que se están realizando desde octubre de 2011 con la guerrilla de las FARC<sup>25</sup> en la Habana (Cuba) y acercamientos con el ELN<sup>26</sup> desde el mes de junio de 2013.

<sup>23</sup> Sobre este punto la Corte implementó la tesis de la doctrina propuesta por ejemplo por Alf Ross y Adolf Merkl de que no se pueden cambiar las cláusulas sobre la reforma a través de las mismas normas sobre la reforma, ya que daría lugar a una paradoja o «puzzle» que no se correspondería con la lógica ya que serían oraciones que se refieren a sí misma. Sobre el particular ver RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites al poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 61 a 63. Del mismo modo desde el punto de vista de la filosofía del derecho el texto de SAUCA, José María, *Cuestiones Lógicas en la derogación de las normas*, México, Fontamara, 2001, GUARINONI, Ricardo, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, México, Fontamara, 2008 y MORESO, José Juan, «Disposiciones de reforma constitucional», en: *Doxa*, No 10, 1991, pp. 201-222.

<sup>24</sup> Los vicios formales que se encontraron sustituidos fueron el de haber superado en más de tres veces los topes de financiación, haber entregado los certificados electorales del número de firmas y de financiación extemporáneamente, haber cambiado la pregunta que se había dispuesto en la iniciativa popular, no haber publicado oportunamente el proyecto de ley en uno de los debates y violar los principios de consecutividad e identidad flexible.

<sup>25</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

<sup>26</sup> Ejército de Liberación Nacional.

## 2. Análisis de la Sentencia C- 579 de 2013 que estudió la constitucionalidad por sustitución del Acto Legislativo No. 1 de 2012 «Marco Jurídico para la Paz»

En la Sentencia C- 579 de 2013 se resolvió una de las demandas presentadas contra el Acto Legislativo No. 1 de 2012<sup>27</sup> que establecía el denominado «Marco Jurídico para la Paz», en donde se introducen los artículos transitorios 66 y 67 de la Constitución. En dichos artículos se establecieron una serie de presupuestos constitucionales generales o «Marco» para posibilitar la llamada justicia transicional que tienen como finalidad prevalente «... facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación»<sup>28</sup>.

Del mismo modo, se indica en el artículo 67 transitorio que «...una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política». En este mismo artículo se dice que «No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos».

La demanda se refiere únicamente a la posible inconstitucionalidad por sustitución del artículo 66 transitorio que establece los criterios para la investigación y sanción de los miembros de los distintos grupos armados al margen de la ley e incluso para «los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo» para que a través de una ley de contenido estatutario<sup>29</sup>, autorice que se dé un «tratamiento diferenciado».

En dicho artículo se indica que en los deberes de investigación y sanción se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclareci-

---

<sup>27</sup> La demanda de inconstitucionalidad se presentó el 18 de julio de 2012 por algunos ciudadanos miembros de la Comisión Colombiana de Juristas, una ONG que defiende los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en Colombia. Para julio de 2014 se espera que se resuelva otra demanda relacionada con el artículo 67 transitorio sobre participación en política de excombatientes presentada por otro el ciudadano.

<sup>28</sup> Artículo 66 transitorio.

<sup>29</sup> Según el artículo 153 de la C.P. para la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias se exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. También se establece la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. El artículo 152 de la C.P. establece las materias que se deben regular por medio de las leyes estatutarias, y dentro ellas están los «Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección».

miento de la verdad y la reparación de las víctimas y se establece la creación de una «Comisión de la Verdad» para la garantía de dicho derecho. Del mismo modo se dice que el Fiscal General de la Nación determinará para el ejercicio de la acción penal, «los criterios de priorización y selección» y que la ley estatutaria establecerá que los esfuerzos investigativos y criminales se centren en «los máximos responsables» de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra «cometidos de manera sistemática».

Por otra parte se indica que la ley regulará los casos en los que procede la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; «... y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial de todos los casos no seleccionados». Igualmente se establece que en los criterios de «selección y priorización» se tendrá en cuenta «la gravedad y representatividad» de los casos para determinar los criterios de selección.

Finalmente se señala en dicho artículo que, «En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley».

Hay que tener en cuenta que los criterios de justicia transicional del «Marco Jurídico para la paz» que establece los criterios de «selección y priorización», «penas alternativas» y condenas sólo a los «máximos responsables» que hayan cometido «crímenes de manera sistemática», se excluyen a los que hayan cometido los llamados «crímenes nucleares» del derecho internacional como los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra<sup>30</sup>.

Los demandantes establecían como Premisa Mayor que con el Acto Legislativo 01 de 2012 se estaba sustituyendo el pilar fundamental de la Constitución del «deber del Estado de garantizar los derechos humanos y el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas sus graves violaciones y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario come-

---

<sup>30</sup> La expresión «crímenes nucleares» es la traducción de «*Core crimes*» y la utilizan autores como Kai Ambos (AMBOS, Kai, «Crímenes nucleares de derecho internacional y principio de la jurisdicción universal en la legislación alemana», en: *Instituto de Altos Estudios Universitarios*, 2011). Por otro lado hay que tener en cuenta que también se ha incluido dentro del listado de los crímenes nucleares, el crimen de agresión que fue añadido en la Conferencia de Kampala (Uganda) que culminó el 11 de junio de 2010.

tidas en su Jurisdicción». Dicen los demandantes que dicho pilar fundamental de la Constitución se encuentra desarrollado en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229 de la Constitución; así como en los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 2.1 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los artículos 17 y 53 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en el artículo 14 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y; y en los artículos 2, 4, 6 y 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Teniendo en cuenta estos aspectos como Premisa Menor aducen que el Acto Legislativo No. 01 de 2012 («Marco Jurídico para la Paz —en adelante MJP) sustituye la Constitución en el «pilar fundamental del deber del Estado de garantizar los derechos de todas las personas residentes en Colombia y garantizar y juzgar adecuadamente todas las infracciones de derechos humanos y las infracciones graves del DIH», ya que el MJP (i) autoriza al Congreso para que determine los criterios con base en los cuales se seleccionarán las violaciones de derechos humanos que serán investigadas y juzgadas, con el propósito de que los esfuerzos investigativos puedan concentrarse en los «máximos responsables» de las violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, y en segundo lugar (ii) la reforma constitucional demandada sustituye el pilar fundamental referido ya que establece que el Estado colombiano «sólo debe investigar, juzgar y sancionar algunas graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH». Finalmente, y en tercer término (iii) establecen que la reforma constitucional sustituye la Constitución en el pilar del deber de investigar porque establece que solo se juzgarán a «algunos responsables» que hayan perpetrado «algunas violaciones graves a los DDHH y al DIH» que serán investigados, juzgados y sancionados, circunstancia que desconoce gravemente los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y circunstancias de no repetición.

Concluyen los demandantes en la Premisa de Síntesis que la introducción del artículo transitorio 66 del Acto Legislativo 01 de 2012 sustituye la Constitución especialmente en las expresiones «máximos», «cometidos de manera sistemática» y »todos los» , ya que se sustituiría el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, así como los derechos de las víctimas.

Como se puede apreciar, lo que se quiere establecer con el Acto Legislativo 01 de 2012 (MJP) es una forma de Justicia Transicional para llegar a una paz negociada y al fin definitivo del conflicto armado. La justicia transicional puede ser definida como «aquellos procesos a través de los

cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz<sup>31</sup>».

Hay que anotar que desde el punto de vista del derecho internacional en la justicia transicional se proscriben las llamadas amnistías, indultos generales o leyes de perdón, ya que se deben proteger los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y presupuestos de no repetición para evitar la impunidad especialmente de los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad. En este sentido, las leyes de amnistía o de punto final que se aprobaron en algunos países latinoamericanos que habían sufrido dictaduras como Argentina, Chile, Brasil, Uruguay y Perú para el caso de Fujimori, han dado lugar a la expedición de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que limitan y prohíben dicha práctica teniendo como presupuesto la protección de los derechos de las víctimas a su reparación integral. Así, en las sentencias *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006; *Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006; *Gomes Lund y otros vs. Brasil* de 24 de noviembre de 2010; y *Gelman vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011, se ha establecido por parte de la Corte que este tipo de leyes son incompatibles con la Convención Americana y por ende carecen de efectos jurídicos.

Sin embargo, debe tenerse cuenta que en una última sentencia sobre el tema en el caso de *Masacre de Mozote vs. Salvador* de 25 de octubre de 2012, la Corte Interamericana estableció que en la Justicia transicional se debe diferenciar entre las leyes de amnistía y de indulto que se pueden dar después de una dictadura en tránsito con una democracia y una ley de amnistía general a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> UPRIMNY, Rodrigo, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006, p.11. También en <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf>

<sup>32</sup> Indicó que cuando se trata de la terminación de un conflicto se justifica la emisión de leyes de amnistía para posibilitar el retorno de la paz citando el artículo 6.5 del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra que prevé que: «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado». Pero se dice puntualmente que esta regla no es absoluta porque las personas que sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra no están cubiertas por tales amnistías. Lo que se quiere nuevamente es evitar la impunidad y por esto se subraya que no se pueden dejar de verificar si se cumplieron con los procesamientos y juzgamientos de los perpetradores para garantizar los derechos de las víctimas a una reparación integral.

Teniendo en cuenta estos aspectos, la Corte Constitucional estableció que si bien la demanda se dirigía contra las expresiones «máximos», «cometidos de manera sistemática», y «todos los» que se establecen en el inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, estas expresiones se encuentran estrechamente vinculadas a un sistema general de justicia transicional y que por ende era necesario pronunciarse sobre la totalidad del inciso realizando la unidad normativa del precepto.

Así mismo, en el estudio de sustitución del precepto y en aplicación del juicio de sustitución y de eficacia, la Corte Constitucional estableció que si existe un pilar fundamental que se puede ver sustituido con la reforma constitucional, que no se refiere exactamente al «deber del Estado de garantizar los derechos humanos y el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas sus graves violaciones graves del Derecho Internacional y del DIH», sino al «compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas».

La Corte expresa que en virtud de dicho principio existen cuatro obligaciones de parte del Estado con relación a los derechos de las víctimas a su reparación integral. En primer lugar (i) la de prevenir su vulneración, en segundo término (ii) la de tutelarlos de manera efectiva; en (iii) lugar la de garantizar la reparación y la verdad y (iv) la de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

La Corte señala que el MJP tenía como finalidad encontrar una paz estable y duradera y que para ello era necesario adoptar medidas de justicia transicional. Sobre este punto el Acto Legislativo demandado dispuso al menos tres elementos: en primer lugar (i) la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades de cumplimiento.

Se indica además que para resolver el problema jurídico de si el pilar fundamental «que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, a través del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario» se vio sustituido por otro. En este sentido la Corte realiza un juicio de ponderación entre diferentes principios y valores como el «principio de la paz y la reconciliación» y «los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.» Teniendo en cuenta lo anterior

concluyó que, «...para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización». También se verificó que el presupuesto de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, no sustituye la Constitución en los elementos del bloque de constitucionalidad relacionados con los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Sin embargo, se señala expresamente que no se puede renunciar al deber de investigar y juzgar los delitos nucleares como los de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y dispuso varios parámetros de interpretación del Acto Legislativo 01 de 2012, así como de las Leyes estatutarias que lo desarrollarán. En primer lugar (i) consideró que la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión. En segundo término (ii) que esta forma de justicia transicional tiene como propósito contribuir a la desvertebración eficaz de las macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición; y tercero (iii), que en todo caso la investigación, juzgamiento y eventual condena no se proscriben para los máximos responsables de los delitos más atroces.

Por otra parte la Corte señala que el mismo Acto Legislativo establece una serie de condiciones para poder aplicar esta forma de justicia transicional de carácter restaurativo. Es decir que debe cumplirse como mínimo, (i) la dejación de las armas, (ii) el reconocimiento de responsabilidad, (iii) la contribución al esclarecimiento de la verdad, (iv) la reparación integral de las víctimas, (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de menores. Finalmente explica que la «renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera».

Por otro lado la Corte en una labor ya no de interpretación del propio Acto Legislativo 01 de 2012, sino más bien de condicionamiento de la reforma constitucional establece que es necesario fijar unos «Parámetros de interpretación del Acto Legislativo» para que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento no impliquen una sustitución de pilares esenciales de la Constitución y los elementos del bloque de constitucionalidad.

En este sentido la Corte estableció que el pilar esencial que impone al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, exige que todas ellas tengan como mínimo las siguientes garantías: «(i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral y; (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares»<sup>33</sup>. Del mismo modo, repite los condicionamientos generales del Acto Legislativo 01 de 2012 y se establece que, «Para que sea aplicable el Marco Jurídico para la Paz es necesario exigir la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y la no comisión de nuevos delitos en los casos de la desmovilización individual».

Por otro lado, indica dentro de los parámetros de interpretación del Acto Legislativo demandado que «Dada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática»<sup>34</sup>.

Igualmente la Corte dispuso unos condicionamientos para el articulado de la Ley Estatutaria. Sobre esta legislación de desarrolló del Acto legislativo dispuso en primer lugar (i) que la Ley Estatutaria debe ser respetuosa de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, «en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar la graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario»<sup>35</sup>; en segundo término (ii) que la Ley Estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización<sup>36</sup>. Se subraya nuevamente en este punto que para que procedan los criterios de selección y prioriza-

<sup>33</sup> Fundamento Jurídico 9.9.1.

<sup>34</sup> Fundamento Jurídico 9.9.4

<sup>35</sup> Fundamento Jurídico 9.9.5.

<sup>36</sup> Fundamento Jurídico 9.9.6

ción, «...el grupo armado deberá de manera real y efectiva contribuir al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad»<sup>37</sup>.

Finalmente se indicó que el mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, «...no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática»<sup>38</sup>, y que en todo caso se debe garantizar «...la verdad y la revelación de todos los hechos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a través de mecanismos judiciales o extrajudiciales como la Comisión de la Verdad»<sup>39</sup>.

En conclusión, la Sentencia C- 574 de 2013 establece que el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la paz) es exequible «en los términos señalados en la Sentencia». Es decir que aunque se declara constitucional dicha reforma a la Constitución, en el sentido que no sustituye los pilares esenciales o estructurales de la Constitución, se hace referencia en la parte motiva de la Sentencia a que deben tenerse en cuenta los «Parámetros interpretativos» del Acto Legislativo, así como las directrices para el legislador estatutario cuando desarrolle dichos preceptos. Del mismo modo, se tuvieron en cuenta no solamente los elementos de los test de racionalidad (juicio de sustitución y juicio de eficacia), sino también elementos que se han relacionado con el «juicio de ponderación» de dos elementos estructurales que más que sopesarse entre si para verificar cuál es el que tiene mayor relevancia constitucional en el caso concreto, lo que hacen es conciliarse a través de los criterios de interpretación.

A su vez, se tiene que resaltar que esta Sentencia de constitucionalidad de una reforma a la Constitución establece, por primera vez, una interpretación por vía jurisprudencial de una reforma a la Constitución. Las llamadas sentencias interpretativas como una forma de condicionamiento vía jurisprudencial, se habían utilizado hasta la fecha en la jurisprudencia colombiana para el control de constitucionalidad de las leyes, pero no para el control de constitucionalidad de reformas a la Constitución. Con el condicionamiento vía jurisprudencial realizado en la Sentencia C-579 de 2013, que establece parámetros de interpretación de la reforma, se comprueba que se utiliza dichos criterios para conciliar los principios estructurales de «derechos de las víctimas a su reparación integral» con el principio de «la búsqueda de una paz estable y duradera». Finalmente, con esta jurisprudencia se da vía libre a que se implementen los presupuestos de la justicia

<sup>37</sup> Fundamento Jurídico 9.9.7

<sup>38</sup> Fundamento Jurídico 9.9.8.

<sup>39</sup> Fundamento Jurídico 9.9.9

transicional para llegar a una paz negociada con los grupos armados en conflicto, pero utilizando unos criterios determinados establecidos por la Corte tanto en el marco jurídico propiamente dicho como en las leyes estatutarias que lo desarrollan.

## II. EL AMPARO REFORZADO A LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Tal y como se señaló en otro número de esta publicación<sup>40</sup>, según lo dispuesto en el artículo 241.9 de la C.P, la Corte Constitucional es la encargada de revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela. Se trata de una atribución libre y discrecional para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales<sup>41</sup>, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia objeto de la sentencia revisada y, de esta forma, crear un precedente obligatorio para quienes administran justicia. Dicho procedimiento se llevará a cabo previo un proceso de selección de las sentencias a revisar que estará a cargo de una Sala integrada por dos Magistrados<sup>42</sup>, mientras que las Salas de decisión de los fallos de tutela estarán conformadas por tres Magistrados<sup>43</sup>.

Ahora bien, las sentencias en las que se revise una acción de tutela, no sólo se dictarán con el fin de unificar la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales; sino que, como se verá más adelante en el estudio de la sentencia objeto de esta crónica, estas decisiones tendrán efectos sobre los casos concretos, pues podrán modificar o revocar los fallos de instancia; razón por la que, una vez la Corte Constitucional se pronuncie deberá comunicar su decisión al juez o tribunal de primera instancia, para que éste tome las medidas necesarias para adecuar su fallo a lo que haya dispuesto la Corte. Cabe resaltar que pese a que la decisión tomada por la Corte Constitucional de revisar una sentencia de tutela se conceda en el efecto devolutivo<sup>44</sup>, lo cierto es que este Alto Tribunal podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes para la protección de los derechos<sup>45</sup>.

Bajo este panorama, hemos escogido una de las decisiones de tutela proferidas por la Corte Constitucional durante el año 2013, pues, a nuestro juicio, resulta de interés por las siguientes razones: i) por una parte,

<sup>40</sup> ROBLEDO SILVA, Paula. «Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana tras dieciocho años de existencia», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 13, 2009, pp. 599-634.

<sup>41</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 33.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 34.

<sup>44</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 35.

<sup>45</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 7.

en ella se tutelan los derechos de los que la Corte ha llamado sujetos de especial protección constitucional y aunque esto no resulta novedoso en la jurisprudencia de la Corte, es la forma en que se llega a amparar su protección y las órdenes impartidas por el Alto Tribunal lo que llama más nuestra atención; ii) en segundo término, porque la protección especial a estos sujetos no sólo encuentra fundamento en la Constitución de 1991, sino también en el derecho internacional; y iii) por último, porque el caso analizado es una muestra de lo que podría llamarse, una fuerte tendencia a la flexibilización del derecho procesal constitucional.

Al analizar la Sentencia T-956 de 2013 nos encontramos con una Corte acude a la categoría de sujetos de especial protección constitucional, los cuales han sido definidos por el Alto Tribunal como aquellos individuos que por sus condiciones especiales, ya sea de precariedad económica, de pobreza, de marginalidad, o de ciertas condiciones físicas o psicológicas determinadas son objeto de discriminación, o se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o de inferioridad lo que los convierte en titulares del derecho a obtener una mayor protección por parte del Estado y la sociedad en aras de que se logre garantizar la igualdad material.

Así, la Corte Constitucional ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional a quienes no gozan de un mínimo vital; a aquellas personas que se encuentran asentadas en zonas de alto riesgo de desastre natural; o que no tienen sus necesidades básicas satisfechas, pues carecen de servicios básicos como el agua; a quienes tienen trabajos precarios. También se han incluido en esta categoría a los nasciturus; a los niños y las niñas; a las personas adolescentes; a los adultos mayores; a las mujeres, y dentro de este grupo a aquellas que se encuentran en estado de embarazo, o que son madres cabezas de familias; igualmente son sujetos de especial protección, las personas con discapacidad física o mental y las que se encuentren gravemente enfermas.

Por otra parte, también son reconocidos como sujetos de especial protección constitucional las víctimas del conflicto armado colombiano, en sus distintas manifestaciones, personas desplazadas, desaparecidas forzosamente, perseguidas políticas, entre otras.

Finalmente, son considerados sujetos de especial protección constitucional aquellas personas discriminadas por su raza, origen, género, por su condición sexual o laboral, por sus creencias políticas o religiosas, por su profesión u oficio. Se trata entonces, por ejemplo, de quienes pertenecen a agremiaciones minoritarias, o las comunidades afrodescendientes o indígenas, los miembros de la comunidad LGTBI, y las personas con oficios estigmatizados socialmente como el reciclaje o la prostitución, entre otros.

En definitiva, se observa entonces que la categoría de sujetos de especial protección constitucional creada por la Corte Constitucional es bastan-

te amplia, pues abarca a personas en condiciones de precariedad económica, de pobreza extrema y de marginalidad; sujetos que por sus condiciones psicológicas o físicas se encuentren en situaciones de debilidad y vulnerabilidad; y finalmente, todas aquellas personas que de una u otra forma sean socialmente discriminadas. De todos modos, a juicio de la Corte, se trata de una categoría abierta, una categoría en construcción, que se podrá ampliar o restringir en atención a las circunstancias de cada caso concreto y a los avances que se logren en ese proceso que se lleva a cabo para alcanzar la igualdad real.

En este sentido, la Corte ha considerado que el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que diferentes grupos se han visto sometidos históricamente, reconocimiento que quedó plasmado, en varias disposiciones constitucionales y con base en las cuales el Estado debe proteger de una manera especial a quienes se encuentren en una posición desigual frente al resto de la población, a través de diferentes acciones afirmativas que garanticen una vida acorde con el principio de dignidad humana.

El núcleo esencial de dicha protección reforzada se puede ver principalmente en el modelo de Estado Social y de Derecho (artículo 1 de la C.P) y en el artículo 13 de la C.P que, además de contener el principio de igualdad formal ante la ley, obliga al Estado a promover acciones para alcanzar la igualdad real y efectiva y dispone que «el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

Es posible afirmar entonces que la categoría jurisprudencial de sujetos de especial protección constitucional se sostiene, entre otros pilares, en un modelo de justicia que busca proteger a quienes por una u otra razón pertenecen a grupos de la población tradicionalmente oprimidos. Es decir, se trata de una idea de justicia que busca proteger a los sujetos que resultan ser los más débiles a partir de un análisis de las estructuras sociales económicas y culturales<sup>46</sup>.

Todo esto se refleja en la Sentencia T-956 de 2013, pues en ella la Corte protege el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separados de ella y el derecho al debido proceso de los migrantes, ambos pertenecientes a grupos que por diversas razones se encuentran en situación de debilidad e indefensión y de marginalidad y discriminación, respectivamente.

---

<sup>46</sup> YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Lavel S.A., 2000, pp.71-113.

El segundo elemento para destacar de esta providencia es la clara tendencia a la internacionalización del derecho constitucional, que en ella se advierte. Así pues, la Corte Constitucional para tutelar los derechos invocados como vulnerados o amenazados, en este caso se trata de derechos cuyos titulares son sujetos de especial protección constitucional, no sólo acude al texto constitucional; sino también, a diversos instrumentos de derecho internacional, tanto a aquellos vinculantes para Colombia, como a aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del llamado *soft law* y que, por tanto, no forman parte del bloque de constitucionalidad y no son de obligatorio cumplimiento, pero a los que la Corte Constitucional les ha otorgado una utilidad interpretativa y a los que acude constantemente para establecer el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos<sup>47</sup>.

Así las cosas, la interacción cada vez más mayor entre Derecho Constitucional y Derecho Internacional es evidente y en lo relacionado con la protección de los derechos humanos es aún más patente. Producto de la internacionalización del Derecho Constitucional, las fuentes del Derecho se han ido reacomodando de tal suerte que ambos ordenamientos se complementan. Pues bien, dichas relaciones de complementariedad llevan a que todos los poderes públicos y órganos nacionales (legislativo, ejecutivo, judicial, órganos de control), al momento de ejercer sus competencias, también deban aplicar las fuentes del Derecho Internacional y no sólo los tratados internacionales; sino también, las declaraciones, los principios generales del derecho internacional, la costumbre internacional, las decisiones y recomendaciones de órganos internacionales, los fallos judiciales, etc.

Si bien la influencia del Derecho Internacional en el Derecho Interno de los Estados y, especialmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es un hecho novedoso o reciente, lo cierto es que sí es una tendencia que cada día se consolida más en nuestro territorio, pese a que los representantes de algunos altos cargos del Estado colombiano se opongan a ella, la Corte Constitucional ha sido una defensora de ese nuevo modelo en el sistema de fuentes.

Específicamente en materia de derechos humanos, y en el contexto del Sistema Interamericano, la Corte IDH, en atención a lo previsto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>48</sup>, ha sosteni-

---

<sup>47</sup> En este sentido véase, Corte Constitucional, Sentencia C-257 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>48</sup> Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

do que el deber general de adecuación implica que las medidas y prácticas que se adopten en el derecho interno deberán ser efectivas, no podrán entrañar ninguna violación a las garantías previstas en la Convención; y que además, se trata de un deber (obligación) que se predica de todos los poderes y órganos del Estado.

Sin lugar a dudas, la universalidad de los derechos humanos es una de las fuentes de la internacionalización del Derecho Constitucional, lo que ha llevado a autores como Zagrebelsky a calificar la posición de los Tribunales Constitucionales que utilizan frecuentemente en sus fallos no sólo los tratados internacionales de derechos humanos; sino también, materiales normativos y jurisprudenciales externos, como partidarios de una posición o una tendencia universalista<sup>49</sup>.

En nuestra opinión, lo que se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional es que el principio de supremacía constitucional se ha sometido a una relectura y que la labor del juez constitucional parte, en primer lugar, de otra idea de supremacía, la supremacía de los derechos humanos, con independencia de la naturaleza del instrumento jurídico en el que se encuentren garantizados; y además, también parte de la idea de dignidad humana como principio-guía para una interpretación adecuada de los derechos fundamentales<sup>50</sup>.

Por último, el fallo que vamos a comentar tiene otra particularidad a la que vamos a hacer referencia, que es lo que hemos denominado la flexibilización del derecho procesal constitucional.

La C.P. estableció (artículo 86) la acción de tutela como una acción pública, lo que significa que podrá ser incoada por cualquier persona; pero adicionalmente, no la definió como una acción principal, es decir, su procedencia estaría condicionada a la inexistencia de otro medio de defensa judicial, o a que existiendo dicho medio éste resulte ineficiente, o cuando con la tutela se busque prevenir de manera transitoria un perjuicio irremediable<sup>51</sup>.

En otras palabras, por regla general, la acción de tutela tiene una naturaleza eminentemente subsidiaria, pues con ella no se puede pretender

<sup>49</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. «¿Qué es ser juez constitucional?», en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, traducción de Miguel Carbonel, Año 20, núm. 15, 2006, pp. 155-171.

<sup>50</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. «Dignidad de la persona», en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 115.

<sup>51</sup> En desarrollo de este precepto constitucional se expidió el Decreto 2591 de 1991, en el que se dispone lo siguiente: Artículo 6. «Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante».

desplazar los mecanismos de defensa judicial ordinarios y, mucho menos, amparar el descuido o la inactividad de los ciudadanos que han dejado vencer los términos legales para acudir a la jurisdicción o a la administración a reclamar la protección de sus derechos.

Sin embargo, la regla general que se acaba de señalar tiene excepciones. Y una de ellas es de origen jurisprudencial, pues la Corte Constitucional ha reconocido que la acción de tutela resulta procedente pese a la existencia de un medio ordinario de defensa, cuando el accionante sea un sujeto de especial de protección constitucional; pues en estos casos, dichos sujetos, en atención a su particular situación, necesitan una consideración especial por parte del juez de tutela. En consecuencia, el juez de tutela deberá valorar la idoneidad y eficacia del medio ordinario de defensa judicial a partir de las circunstancias particulares del caso concreto y, especialmente, en atención a las condiciones de vulnerabilidad, marginalidad y debilidad del accionante.

En el caso objeto de estudio, un ciudadano y una ciudadana de la República Popular China, quienes forman una pareja de hecho, son padres de una menor de edad nacida en Colombia hace casi cinco años. Adicionalmente, son propietarios de un restaurante de comida china ubicado en un municipio de Colombia donde residen, y de dicha actividad económica obtienen todos sus ingresos. Ahora bien, debido a que el padre de la menor no había legalizado su estatus migratorio en el país, la Administración (el antiguo Departamento Administrativo de Seguridad, hoy Migración Colombia) le notificó un acto administrativo que ordenaba su deportación.

La ciudadana china, en calidad de madre de la menor, y cuya situación migratoria sí se encontraba debidamente legalizada, interpuso una acción de tutela en contra de la decisión tomada por la Administración en relación con la deportación de su compañero permanente y padre de la niña. Según ella, la Administración vulneró los derechos fundamentales de su hija menor a la vida en condiciones dignas, al libre desarrollo de la personalidad y a tener y conservar su familia, así como al cuidado y al amor de su padre. Además, en el escrito de tutela se señaló que el mantenimiento económico del hogar dependía del trabajo conjunto de ella y su compañero permanente, ingresos que se verían radicalmente menguados por la ausencia de éste.

Con base en lo anterior, la madre de la menor solicitó el amparo de los derechos de su hija y, para ello, pidió que se le otorgue al padre de la niña un visado con el que pueda permanecer legalmente en el país.

La entidad demandada que profirió la orden de deportación se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y argumentó que el padre de la niña había ingresado al país de forma irregular; razón por la cual, a su juicio, la orden de deportación y la prohibición de entrada al país por cinco años

impuestas al padre de la menor eran legales. Adicionalmente, señaló que el padre de la niña en ningún momento interpuso recurso alguna contra las decisiones de la Administración, lo que haría improcedente al acción de tutela.

Por su parte, los jueces de instancia negaron las pretensiones de la demanda, al considerar que los derechos alegados como vulnerados no eran los derechos de la niña, sino los derechos del padre, caso en el cual la acción de tutela no cumpliría los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. En primer lugar, porque pese a que la acción de tutela carece de caducidad, ésta habría sido incoada varios años después de haberse expedido la resolución administrativa de deportación y, también, varios años después del nacimiento de la niña (tres años). Y por otra parte, el requisito de la subsidiariedad no se verificaría, pues el padre de la menor nunca utilizó los mecanismos ordinarios (administrativos y judiciales) de los que disponía para impugnar las decisiones de la autoridad migratoria.

El expediente fue enviado a la Corte Constitucional para su eventual revisión. El Alto Tribunal lo seleccionó y al revisarlo decidió revocar las sentencias de primera y segunda instancia y, en su lugar, conceder la tutela del derecho fundamental de la menor, hija de la demandante, a tener una familia y no ser separada de ella. Pero, adicionalmente, también decidió dejar sin efecto la actuación administrativa adelantada en contra del padre de la menor accionante y ordenar que esta se reinicie con sujeción estricta al debido proceso, teniendo en cuenta el arraigo en el país del padre de la niña y los derechos de ésta; para ello, ordenó que la autoridad de migración colombiana realice todos los trámites necesarios para regularizar la situación migratoria del padre de la niña.

Por último, la Corte también ordena que en el término de un año contado a partir de la sentencia se adelante y ejecute un plan para la provisión de intérpretes para la asistencia de los migrantes respecto de los cuales la autoridad colombiana de migración adelante actuaciones administrativas, reservándose el Alto Tribunal la competencia para determinar el cumplimiento de la referida orden por parte de la Administración.

Al analizar el caso concreto, la Corte Constitucional se plantea el siguiente problema jurídico «¿se viola el derecho de una niña a tener una familia y a no ser separada de ella, cuando la autoridad migratoria ordena la deportación de su padre, a pesar que convive con ella y con su progenitora?».

Son varios los puntos abordados por la Corte para resolver el caso concreto, los cuales expondremos a continuación.

## 1. Los niños y las niñas y su derecho a tener una familia y no ser separados de ella

En primer lugar la Corte reitera su jurisprudencia en cuanto a los derechos de las niñas y los niños como sujetos de especial protección constitucional<sup>52</sup>, y hace énfasis en los derechos de éstos a tener una familia y no ser separados de ella<sup>53</sup>.

A juicio de la Corte, las niñas y los niños son considerados sujetos de especial protección en atención al grado de vulnerabilidad al que están sometidos en su condición de menores y debido al tratamiento especial que requieren para alcanzar un proceso de crecimiento y formación integrales.

Así mismo, la Corte considera que la familia es un entorno necesario para el adecuado desarrollo de los menores, así como para la eficacia de sus derechos fundamentales. En consecuencia, la Corte sostiene que al carecer de una familia las niñas o los niños no tendrían ninguna oportunidad de satisfacer sus necesidades físicas, materiales y afectivas, lo que resultaría contrario a los postulados constitucionales.

En este orden de ideas, para el caso objeto de estudio, la Corte encuentra que el derecho constitucional de las niñas y los niños a tener una familia y no ser separados de ella debe ser interpretado de forma tal que: «(i) garantice en todo momento que el menor mantenga el contacto y unión familiar con sus progenitores; (ii) para la validez constitucional de la separación de su grupo familiar, deba acreditarse que esa es la única medida posible para garantizar el interés superior del menor afectado; y (iii) cuando la separación sea consecuencia de una actuación legal contra alguno de los padres, como sucede en los casos de la privación de la libertad o la deportación, la misma tiene que ser estrictamente necesaria, someterse a las reglas y procedimientos aplicables, así como contar con la posibilidad de un control judicial en donde los interesados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba adoptarse».

Ahora bien, el Alto Tribunal no sólo trae como fundamento para el amparo especial de los derechos de la menor lo que establece la Constitución de 1991 (artículo 44) en relación con los derechos de las niñas y los niños<sup>54</sup>; sino que, en

<sup>52</sup> En este sentido véase, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Constitucional T-514 de 1998, T-979 de 2001, T-397 de 2004 y T-808 de 2006.

<sup>53</sup> *Cfr.* Corte Constitucional sentencias T-587 de 1998, C-840 de 2010 y T-671 de 2010.

<sup>54</sup> «Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

una clara internacionalización del derecho constitucional, la Corte también apoya su decisión en lo dispuesto en instrumentos internacionales, vinculantes como no vinculantes. Como son: la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3, numerales 1 y 2 y artículo 9), el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo 24.1), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10.3), la Declaración de Naciones Unidas de Derechos del Niño (Principio No. 2) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 25.1)<sup>55</sup>.

A partir del estudio de estas previsiones de derecho internacional, la Corte encuentra que para que la decisión de las autoridades públicas o privadas resulte acorde con la protección del interés superior de los derechos de las niñas y los niños, éstas deben satisfacer cinco criterios, a saber: «(i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño o la niña involucrados. De igual manera, la evaluación del cumplimiento de esos criterios debe fundarse, a su vez, en dos premisas hermenéuticas a tener en cuenta por dichas autoridades, como son (i) atender a los criterios jurídicos relevantes, y (ii) basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado».

Otro punto que estudia la Corte es el relacionado con la procedencia de la acción de tutela pese a existir otros medios de defensa ordinarios a los que no se acudió, en atención a la inminencia de un perjuicio irremediable. A su juicio, existen unas reglas jurisprudenciales para que el juez de tutela pueda evaluar el carácter inminente de un perjuicio irremediable, particularmente cuando el sujeto que se encuentra amenazado pertenece a la categoría de los sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de las niñas y los niños<sup>56</sup>.

En primer lugar, se debe examinar la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario, evaluación que debe hacerse de cara a las particularidades de cada caso concreto y, además, dicha idoneidad se verificará en la medida en que el medio de defensa judicial ordinario genere certeza de

---

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

<sup>55</sup> En este sentido véase Corte Constitucional, Sentencia T-671 de 2010.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2012.

otorgar una decisión definitiva sobre la exigibilidad de las garantías constitucionales concernidas<sup>57</sup>.

En segundo término, para evaluar la magnitud o entidad de un perjuicio irremediable la Corte ha señalado que este perjuicio de ser: (i) debe ser inminente, es decir, que amenaza o está por suceder prontamente, por lo que se diferencia de una simple expectativa de un posible daño o menoscabo; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado, se trata entonces de medidas que urgen, que se requieren de forma pronta y que deben ser precisas; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona, la gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha considerado que la evaluación de los factores antes mencionados no debe hacerse en abstracto, sino a la luz de las condiciones particulares de cada caso concreto y tratándose de sujetos de especial protección constitucional, el concepto de perjuicio irremediable, según la Corte, debe ser interpretado de forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva: i) por una parte, tomar en consideración las características globales del grupo; ii) y en segundo lugar, atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, el caso concreto<sup>58</sup>.

Como se observa, la Corte flexibiliza las reglas de procedencia de la acción de tutela en el caso de los sujetos de especial protección constitucional y crea una serie de subreglas que deben ser tenidas en cuenta por el juez de tutela; aunque en todo caso, el Alto Tribunal señala que tratándose de estos grupos de personas, dichas subreglas tendrán que ser analizadas en cada caso concreto en atención a las particularidades y características personales de los sujetos cuyos derechos se pretende amparar.

Ahora bien, tal y como se dijo páginas atrás, no es novedoso que la Corte reconozca a los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional y que dentro de los derechos amparados se encuentre el derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Sin embargo, lo

<sup>57</sup> *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-007 de 2008.

<sup>58</sup> *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2011.

que sí queremos resaltar es que en aras de garantizar la protección reforzada de la menor, la Corte Constitucional dejó sin efectos una decisión de la Administración, cuya legalidad no fue atacada, ni mediante los mecanismos ordinarios procedentes para ello, ni como pretensión dentro del presente caso, produciéndose así una mayor flexibilización del derecho procesal constitucional y, como consecuencia de ello, un refuerzo mayor al amparo de los derechos de que son titulares los sujetos de especial protección constitucional.

## 2. Los migrantes y su derecho al debido proceso

Tal y como se estudió en otro número de este Anuario<sup>59</sup>, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales y de actos administrativos de contenido particular, cuando con estos se ha violado un derecho fundamental, como por ejemplo, el debido proceso. Situación que la Corte encontró probada en esta oportunidad, pues en el proceso de tutela quedó plenamente establecido que el padre de la menor, pese a no tener por lengua oficial el castellano y no comprender la mayoría de expresiones de nuestra lengua, no contó con la asistencia de un intérprete durante el proceso de responsabilidad migratoria, lo que generó que este ciudadano chino, sufriera la vulneración de su derecho al debido proceso por parte de la Administración.

La Corte reconoce a los migrantes como sujetos de especial protección constitucional y lo hace con apoyo en el Derecho Internacional de los derechos humanos (Resolución sobre protección a los migrantes, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 24 de febrero de 2000). Así, la Corte afirma que este reconocimiento obedece a las «(...) las condiciones de indefensión en que usualmente se encuentran, derivadas, entre otros factores, de su desconocimiento de las prácticas jurídicas locales y del idioma en que se realizan esas prácticas, así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país al que arriban. Sobre este particular, a nivel internacional se ha reconocido que los migrantes indocumentados o en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en sus estados de origen y deben afrontar barreras de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas, sociales y los obstáculos para regresar a su país de origen».

Es entonces con fundamento en esta realidad que la Corte trae a colación el derecho internacional, pues desde allí se ha reconocido que si bien

---

<sup>59</sup> ROBLEDO SILVA, Paula. «Aportes fundamentales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana tras dieciocho años de existencia», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 13, Madrid, CEPC, 2009, pp. 599-634.

los Estados tienen la facultad para fijar políticas migratorias, dichas políticas deben ser acordes con las normas de protección de los derechos humanos<sup>60</sup>. Así mismo, el derecho internacional ha aceptado el derecho de los Estados a efectuar tratos distintos entre migrantes documentados y migrantes indocumentados, siempre y cuando dichos tratos sean razonables, objetivos, proporcionados y no lesionen los derechos humanos. En consecuencia, las políticas públicas de los Estados en materia de migración deben sujetarse estrictamente a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, con independencia de la condición jurídica del migrante<sup>61</sup>.

En este sentido al Corte IDH ha reconocido que los Estados deben garantizar la eliminación que cualquier obstáculo que reduzca la defensa eficaz de los migrantes, siendo el idioma uno de ellos, por los que se debe proveer de un traductor a quien desconoce el idioma en el que se lleva a cabo el respectivo procedimiento, dicho derecho además debe ser gratuito y lleva consigo el deber para el migrante de indicar a la autoridades competentes el idioma que puede comprender. Ahora bien, la Corte Constitucional también encuentra fundamento para su decisión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), en la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos.

En conclusión, la Corte ampara las facetas activas y pasivas del derecho de contradicción de los migrantes y aunque en un fallo anterior ya había reconocido la obligación del Estado colombiano de respetar los derechos fundamentales del migrante, con independencia de la situación irregular en la que se encuentre y la prohibición de cualquier trato discriminatorio (sentencia C-288 de 2009), lo cierto es que por primera vez en la jurisprudencia del Alto Tribunal, se les otorga la condición de sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, en cuanto solución del caso concreto, la Corte considera que a pesar de que su decisión tenga efectos particulares y concretos sobre la situación migratoria del padre de la menor, quien se considera accionante en el entendido que su madre estaba actuando en su nombre, dicho fallo está únicamente dirigido a proteger los derechos de la niña. Así, la Corte justifica su intromisión respecto de las competencias de la Administración, pues a su juicio, la validez de las intervenciones estatales en la unidad familiar está supeditada a que el procedimiento judicial o administrativo del cual deriva la decisión que afecte dicha unidad haya sido adop-

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 97.

<sup>61</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No.18, párr. 118.

tada con sujeción a la Constitución y a la Ley, situación que no se presentó en el caso objeto de estudio.

En definitiva, la Corte Constitucional, amparada en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, en la supremacía de los Derechos Humanos, en la internacionalización del derecho constitucional, en la flexibilización del derecho procesal constitucional y en la tutela reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, no sólo garantiza derechos subjetivos; sino que también, deja sin efectos decisiones de la Administración, diseña y ordena la ejecución de una política pública, lo que sin lugar a dudas nos hace fijar la mirada sobre el papel actual del juez constitucional.