

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN EL AÑO 2014: LA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES Y LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL

*Colombian Constitutional Jurisprudence in 2014: C-577 of 2014
Political Participation of Former Combatants and SU 617 of 2014
Homoparental Adoption*

PAULA ROBLEDO SILVA
GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I.—LA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES EN COLOMBIA (ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-577 DE 2014). 1.—Demanda de sustitución y cargos. 2.—Consideraciones de la Corte y juicio de sustitución. 3.—Opiniones sobre la Sentencia C-577 de 2014. II.—LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA (ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU 617 DE 2014). 1.—Consideraciones de la Corte y críticas al concepto de familia. 2.—La

* Paula Robledo Silva es 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.

Gonzalo Ramírez Cleves es 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.

utilización de un criterio de carácter sospechoso en la Sentencia SU-617 de 2014. III.— BIBLIOGRAFÍA. IV.— JURISPRUDENCIA

INTRODUCCIÓN

El objeto de este escrito es presentar una crónica de la jurisprudencia constitucional de mayor relevancia durante el año 2014 en Colombia. Tal y como lo hemos hecho en ediciones anteriores, hemos escogido dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana, una de constitucionalidad (Sentencia C-577); y otra de tutela (Sentencia SU-617), que son el reflejo de dos grandes debates y reflexiones que hoy en día ocupan a los poderes públicos, a la academia y a la sociedad colombiana en general y que, sin lugar a dudas, son muestras representativas de momentos históricos de enorme trascendencia para el derecho constitucional en Colombia.

I. LA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES EN COLOMBIA (ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-577 DE 2014)

En la Sentencia C-577 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) se declaró constitucional el artículo transitorio 67 de la Constitución que establece la posibilidad de participación en política de los excombatientes que no hubieran cometido crímenes de lesa humanidad, ni genocidio de manera sistemática. Esta norma constitucional fue demandada por sustitución de la Constitución, ya que se estableció por parte del demandante que con la posibilidad de participación en política de los excombatientes se estaba cambiando o derogando un principio consustancial de la Constitución referente al «Marco Jurídico democrático» que según el actor es eje axial o consustancial y que se encuentra desarrollado en varias normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

El demandante explicó que con la introducción de dicha norma se estaba sustituyendo la Constitución de 1991 porque «... la participación que permite la Constitución de 1991 (...) es un marco jurídico democrático en el cual se respeten los derechos humanos, se protejan los derechos y libertades, de lo cual se desprenden las restricciones del derecho al sufragio y las inhabilidades para ser elegido y ocupar cargos de elección popular, por la comisión de conductas que vulneren gravemente los derechos humanos»¹. Considera el demandante que el artículo transitorio sustituye dicho marco que se refiere a que los ciudadanos

¹ Sentencia C-577 de 2014, p. 8.

que puedan llegar a ser elegidos u ocupar cargos públicos, tengan unas ciertas condiciones de probidad, y que por esta razón se establece en varios artículos de la Constitución que personas que hayan cometido delitos que ameriten pena privativa de la libertad, no podrán ocupar dichos cargos.

Por otra parte, considera que el artículo 67 transitorio sustituye la Constitución porque no hay una prohibición de que delitos como el terrorismo, crímenes transnacionales o narcotráfico puedan llegar a ser considerados como conexos al delito político, dando la posibilidad que los que hayan cometido dichos delitos en el marco del conflicto armado puedan participar en incumpliendo de esta manera varios tratados internacionales. Estima el actor que debido a esto los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, delitos transnacionales y actos de terrorismo tienen derecho a ser candidatos a cargos de elección popular y pueden llegar a ser servidores públicos, dando lugar a que el ejercicio de la violencia habilite a los condenados por estas conductas punibles para disfrutar de estos derechos.

Aunque la demanda que dio lugar a la Sentencia C-577 de 2014 también iba en contra del artículo 66 transitorio del Acto Legislativo 1 de 2012 relacionado con la aplicación de la justicia transicional y de persecución penal a los máximos responsables que hayan cometido crímenes de manera sistemática, excluyendo a los que hayan cometido crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad, este cargo fue desechado por la Corte ya que se encontró que ya había sido resuelto en dicha sentencia y que por ende existía cosa juzgada constitucional.

Colombia se encuentra en la actualidad en desarrollo de un proceso de paz que tiene como objetivo superar el conflicto armado y llegar a una paz estable y duradera. Aunque la participación en política resulta ser un eje fundamental del proceso, según la Sentencia C-577 de 2014 esta solo se puede dar una vez que se haya reparado a las víctimas del conflicto armado y se haya cumplido con los condicionamientos del artículo 66 transitorio de la Constitución, es decir: «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».

Estos condicionamientos son una novedad del control de las reformas constitucionales por sustitución pero también evidencian que en el marco de los acuerdos de paz se tienen que respetar los tratados internacionales de derechos humanos sobre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición. Dicha reparación integral se convierte en requisito indispensable que se deriva de los compromisos internacionales y que daría lugar a una serie de condicionamientos y requisitos previos para que los excombatientes de la guerrilla puedan participar en política.

En el siguiente artículo se estudiará en primer lugar la demanda que dio lugar a la Sentencia C-577 de 2014 sobre participación en política de excombatientes, las consideraciones de la Corte en lo relacionado con el delito político y la posibilidad de participación en política en el marco de un proceso paz, y se realizarán opiniones críticas de la Sentencia referidos al tema de la sustitución y las posibles novedades que se dieron en dicho juicio especialmente lo referente a la ponderación de los derechos de las víctimas con el principio consustancial de conseguir la paz y la reconciliación.

1. Demanda de sustitución y cargos

El artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012 que incorpora el artículo 67 transitorio de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. 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.

Esta disposición que daría lugar a la participación en política de los excombatientes fue demandada por un ciudadano, mediante acción pública de constitucionalidad, aduciendo que dicho artículo sustituye el principio consustancial de la Constitución del «Marco jurídico democrático», el cual se basa «en la dignidad humana, la igualdad, la protección de los derechos humanos y orden justo, en el que el derecho a ser candidato a cargos de elección popular y a ejercer cargos públicos excluye a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, graves infracciones al DIH, actos de terrorismo y delitos transnacionales».

Indica el demandante que dicho pilar es esencial o consustancial a la Constitución de 1991 y se encuentra desarrollado en varias normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad como el Preámbulo, y los artículos 2, 5, 107, 122, 134, 150, 179.1, 232.3, 201 y 299, circunstancia que evidencia su fundamentalidad desde el punto de vista normativo.

Para sustentar que dicho pilar es axial de la Constitución indica que «las graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio no son expresiones de participación en política y sobre ellas recae la exclusión de ser cobijada por amnistías e indultos, con lo cual se genera un impedimento

para los responsables de ser candidatos a elección popular o ejercer cargos públicos, dentro del ejercicio del derecho de participación en política». Del mismo modo explica que «... la participación que permite la Constitución de 1991 (...) es un marco jurídico democrático en el cual se respeten los derechos humanos, se protejan los derechos y libertades, de lo cual se desprenden las restricciones del derecho al sufragio y las inhabilidades para ser elegido y ocupar cargos de elección popular, por la comisión de conductas que vulneren gravemente los derechos fundamentales».

Por otro lado indica que «No todo medio de participación en política es válido y aceptable en un marco jurídico democrático que no proscribe ideologías, pero sí prácticas que vulneran la Constitución y los derechos humanos. De allí que quienes sean condenados por delitos diferentes a los políticos y los culposos, no pueden ser candidatos a elección popular ni ocupar cargos públicos».

Indica además que el artículo 67 sustituye la Constitución porque podrán ser candidatos a cargos de elección popular y servidores públicos: a. Los condenados por la comisión de crímenes de guerra; b. Los menos responsables de delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad que sean cometidos sistemáticamente o no, respecto de los cuales se renuncia a la persecución judicial conforme al criterio de selección; c. Los responsables, máximos o menos responsables, de crímenes de lesa humanidad que no fueren cometidos de manera sistemática; d. Los máximos y menos responsables de graves violaciones a los derechos humanos respecto de los cuales se renuncia la persecución judicial penal en virtud del criterio de selección; e. Los máximos y menos responsables de infracciones al derecho internacional humanitario que no adquieran la connotación de crímenes de guerra y respecto de los cuales se renuncia a la persecución judicial penal en virtud del criterio de selección; f. Los máximos y menos responsables de infracciones al derecho internacional humanitario que no adquieran la connotación de crímenes de guerra y respecto de los cuales se renuncia a la persecución judicial penal en virtud del criterio de selección; g. Los máximos y menos responsables de terrorismo; h. Los responsables de delitos transnacionales; i. Los máximos y menos responsables del resto de los delitos en el Código Penal.

Concluye diciendo que «...el artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012 sustituye la Constitución en cuando reemplaza el pilar fundamental de la Constitución descrito como ‘marco democrático’, por una nueva regulación constitucional, según la cual, los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario, delitos transnacionales y actos de terrorismo tienen derecho a ser candidatos a cargos de elección popular y pueden llegar a ser servidores públicos».

Como se puede apreciar el demandante formula un cargo de sustitución basado en que el principio del «marco jurídico democrático» se ve reemplazado

por otro principio integralmente diferente en donde si pueden llegar a participar en política personas que hayan cometido crímenes atroces o aquellos delitos que según la ley estatutaria puedan llegar a ser conexos al delito político, dando lugar no solo a una afectación de dicho marco, sino también a principios como la dignidad de la persona humana, la igualdad y la protección de los derechos humanos, en especial los derechos de las víctimas de dichas conductas.

La demanda de inconstitucionalidad por sustitución fue también respaldada por el procurador general de la Nación que sostuvo de manera general que la posibilidad de que un delincuente participe en política por cuenta de una amnistía o un indulto no obedece a un mero capricho del constituyente sino que pretende que las personas que hayan cometido delitos con propósitos meramente individuales o egoístas, no pueda ocupar un cargo público ya que afectarían de manera desproporcionada el principio de la moralidad pública que es un pilar fundamental de la función pública.

En este sentido explica que el artículo 67 transitorio introducido en el artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012, sustituye la Constitución porque viola el derecho a la reparación de las víctimas porque a pesar de que estas puedan ser indemnizadas económicamente, se excluye la posibilidad de que exista una verdadera reparación simbólica, ya que al permitirse que una persona que ha cometido una grave infracción a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario pueda ser elegido democráticamente o ejercer un cargo público, daría lugar a que la dignidad de las víctimas se vea afectadas.

Explica la Procuraduría sobre este punto que las víctimas «... sentirán que a pesar de la grave afectación a sus derechos (...) las autoridades premian sin razón alguna a sus victimarios y les permite intervenir en la conformación de los órganos de poder»². Finalmente indica que dicha norma constitucional sustituye la Constitución ya que «Quebranta las garantías de no repetición toda vez que el mensaje de fondo consistiría en que el propósito de lograr una posición de poder político justifica la comisión de algunos de los delitos más graves contra los derechos de las personas que, no debe olvidarse, es la razón de ser del Estado constitucional»³.

2. Consideraciones de la Corte y juicio de sustitución

Aunque algunos de los intervinientes consideraron que la demanda de inconstitucionalidad no era apta para ser estudiada, ya que no cumplía con los requisitos

² Sentencia C-577 de 2014. Concepto del Procurador, p. 52.

³ *Ibíd.*

de las demandas de inconstitucionalidad por sustitución⁴, la Corte Constitucional decidió conocer de la demanda en contra del artículo 67 transitorio y desechó el cargo de inconstitucionalidad por sustitución relacionado con el artículo 66 transitorio, sobre persecución penal y aplicación de la justicia transicional⁵.

De esta manera la Corte estableció como problema jurídico por resolver si el artículo 67 transitorio de la Constitución sustituyó la Constitución teniendo en cuenta el cargo aducido por el demandante de que dicha reforma habilita al Congreso a que mediante una ley estatutaria establezca, como un instrumento de justicia transicional, la participación en política de personas responsables de delitos atroces y abominables o de alcance transnacional como el narcotráfico.

La Corte subraya que el demandante aduce que la prohibición de que puedan ser elegidos a cargos de elección popular o desempeñar cargos públicos, solo a los que no hayan sido condenados por crímenes de lesa humanidad y genocidio, cuando su realización sea sistemática y hayan sido seleccionados y sancionados penalmente puede dar lugar a una sustitución de la Constitución, porque los máximos y menos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra, delitos transnacionales e infracciones al derecho internacional humanitario que adquieran o no connotación de crímenes de guerra y respecto de quienes se haya renunciado a la persecución penal, podrán ser candidatos a cargos de elección popular u ocupar cargos públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, dice la Corte que existen dos problemas jurídicos dentro de la demanda. El primer problema jurídico consiste en determinar si la posibilidad de participación en política de los excombatientes sustituye lo que para el actor es un principio consustancial de la Constitución, que se

⁴ Por ejemplo para Dejusticia carece del requisito de certeza, ya que el actor supone que el artículo 67 transitorio está haciendo una regulación del delito político cuando en realidad lo que hace la norma es otorgar una facultad de regulación al Congreso y restringir esa facultad de regulación. *Ibíd.*, Intervención de Dejusticia, p. 22.

⁵ Sobre la configuración de la cosa juzgada en relación con el artículo 66 transitorio dispuso que en la Sentencia C-579 de 2013 la Corte Constitucional declaró que los mecanismos penales excepcionales de justicia transicional aplicables a miembros de grupos armados parte del conflicto interno, para facilitar la terminación del conflicto y lograr la paz, no sustituyen la Constitución en su pilar fundamental y definitorio de «el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas». Dice la Corte que hay identidad de las razones por las cuales se considera que se sustituirá el elemento definitorio de la identidad de la Constitución ya que «... la premisa mayor construida por el ciudadano del deber de investigar y sancionar a los responsables de delitos transnacionales, como el narcotráfico y el terrorismo, en nada altera su identidad con aquella que hizo parte del juicio de sustitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013 (...) Que el demandante haya señalado de manera puntual dos tipos penales, cuya investigación y sanción considera un elemento definitorio de la Constitución, no transforma al delito de terrorismo en una categoría especial y diferente de las graves infracciones a los derechos humanos» (*Ibíd.*, F.J. 2.1.1).

refiere al «marco jurídico democrático», cuyo contenido está determinado por el respeto de la dignidad humana y los derechos humanos, en tanto anula de forma absoluta la prohibición de que los responsables de graves infracciones contra los derechos humanos y de delitos atroces puedan ser elegidos o designados en cargos públicos⁶.

El segundo problema jurídico consiste en determinar si se sustituye el principio consustancial del «marco jurídico democrático», es decir, la posibilidad de que a través del artículo 67 transitorio se le dé atribuciones al legislador estatutario para que determine qué delitos deben ser considerados conexos al delito político, para los precisos efectos de permitir la participación en política de quienes fueron parte del conflicto armado interno, ya que en dicha delegación de facultades legislativas no se incluyen los crímenes de guerra y los delitos transnacionales como el narcotráfico y el terrorismo.

Teniendo en cuenta estas dos cuestiones la Corte organizó la parte motiva de su sentencia de la siguiente manera: en primer lugar (i) un breve resumen sobre la doctrina de la sustitución de la Constitución; en segundo término (ii) una breve referencia a la definición normativa y al concepto jurisprudencial de conflicto armado interno; en tercer lugar (iii) el rol de los mecanismos de justicia transicional para conseguir la paz; en cuarto lugar (iv) las finalidades del delito político y de los delitos conexos, resaltando el papel que juega en este concepto la participación en política y finalmente (v) el juicio de sustitución del artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012 que introduce el artículo 67 transitorio.

Como se puede apreciar, los temas que desarrolló la Corte en su parte motiva no solo tienen que ver con el problema jurídico a desarrollar, sino que aprovecha la demanda para resolver otros aspectos que también tienen alguna conexidad con la demanda, como por ejemplo lo relacionado con el conflicto armado, el delito político y el rol de la justicia transicional para conseguir la paz.

Sobre el primer punto relacionado con el juicio de sustitución, la Corte reitera que existen límites al poder de reforma que se refieren a elementos consustanciales o axiales a la Constitución o elementos del bloque de constitucionalidad que no se pueden sustituir por el poder de reforma, porque se daría un vicio de forma relacionado con la competencia del órgano de revisión. Sin embargo, reitera que no deben confundirse los límites del poder de reforma con elementos intangibles, ni inmanentes, ya que la Constitución de 1991 no contiene cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas.

De otra parte indica que en el juicio de sustitución se deben tener en cuenta las premisas establecidas por la Jurisprudencia en donde en la *Premisa Mayor*

⁶ *Ibíd.*, Segundo cargo, pp. 74 y 75.

se debe comprobar el elemento definitorio/axial/esencial de la Constitución, en la *Premisa Menor*, en donde se examina el contenido normativo introducido en el régimen constitucional a partir de la reforma, y finalmente la *Premisa de Síntesis*, 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.

Del mismo modo recordó que para establecer cuál es el elemento consustancial o axial de la Constitución se debe: (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. Finalmente la Corte recordó que también se ha introducido el test de la eficacia que busca determinar (i) si las normas constitucionales 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 el cambio no dio lugar a que se establecieran normas *ad hoc* o particulares; y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude la Constitución.

En líneas generales sobre este primer punto se puede decir que la Corte Constitucional no introdujo ningún punto novedoso sobre el llamado «juicio de sustitución» y «test de la eficacia». Sin embargo resulta importante resaltar que la Corte reitera en este caso la jurisprudencia sobre esta competencia⁷ que da lugar al control de sustitución de las reformas, y que tendría en cuenta para el análisis del caso concreto en el último punto de la decisión⁸.

⁷ Al iniciar su intervención el procurador general de la Nación adujo que no estaba de acuerdo con el juicio de sustitución y que además teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sentencia C-579 de 2013 estableció que la Corte Constitucional (i) había hecho una integración normativa de los dos preceptos para realizar un pronunciamiento global; (ii) había realizado una ponderación de principios consustanciales en el caso del análisis de las reformas constitucionales, circunstancia que según el procurador está prohibida por la Sentencia C-740 de 2006 que prohibió la realización del test de proporcionalidad en estos casos; (iii) que las «modulaciones» o interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013 resultan una extralimitación de sus funciones por cuatro razones: (i) ¿Con fundamento en qué norma se realiza la modulación?, (ii) el parámetro con que se realiza los condicionamientos ¿qué jerarquía tendría?; (iii) ¿Esa norma —al parecer supraconstitucional— es creada por la Corte Constitucional?; y (iv) ¿Cuál es el fundamento para que esta Corporación lo haga? Teniendo en cuenta lo anterior adujo que la teoría de la sustitución es contradictoria y trae problemas doctrinales y normativos (Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014. Concepto del Procurador, pp. 38 y 39).

⁸ Sin embargo, hay que anotar que la Corte no desarrolló en el último punto el llamado «test de la eficacia» a pesar de que en la demanda y en algunas referencias de los intervinientes se decía

Sobre el segundo punto relacionado con el concepto jurisprudencial del «conflicto armado interno», la Corte aprovecha para establecer en la Sentencia que no fue sino hasta la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), que se admitió la existencia del conflicto armado en Colombia. La Corte cita la jurisprudencia que se ha dado sobre el punto desde cuando se dijo que la existencia o no del conflicto armado era irrelevante (C-225 de 2007), hasta que se admitió el conflicto armado interno de carácter amplio (C-291 de 2007 y C-253A de 2012) que se determina en cada caso en particular en donde se debe valorar especialmente (i) la intensidad del conflicto y (ii) el nivel de organización de las partes⁹. Finalmente cita la Sentencia C-781 de 2012 en donde indica que se ha sintetizado todo lo referente al conflicto armado interno, jurisprudencia que establece que:

De lo anterior surge que la noción de conflicto armado interno al que han hecho referencia tanto el Ejecutivo, como el Congreso y los jueces recoge un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recogen la complejidad de ese fenómeno, en sus distintas manifestaciones y aún frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada....

De otra parte, la Corte trae a colación el desarrollo legislativo sobre el tema citando la Ley 418 de 1997, la Ley 782 de 2002 y finalmente la Ley 1106 de 2006 que establece que «Para los efectos de esta ley se entiende por víctimas, aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno, tales como los atentados terroristas, combates, ataques y masacres entre otros»¹⁰.

Finalmente, la Corte cita la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas) en donde específicamente se da un reconocimiento legal sobre la existencia de un «con-

que favorecía a un grupo especial de personas. Es decir que podría pensarse que era una reforma daba lugar a que se establecieran normas *ad hoc* o particulares.

⁹ Dice la Sentencia C-291 de 2007 que «Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un periodo de tiempo, el aumento de las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas».

¹⁰ *Ibíd.*, p. 96.

flicto armado» en Colombia en donde se dice en el artículo 3.º que se consideran como víctimas «...aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1.º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno»¹¹.

La idea de que la Corte Constitucional en esta Sentencia especifique que Colombia se encuentra y reconozca la existencia de un «conflicto armado interno», va a ser importante en la posibilidad del reconocimiento de los derechos y también obligaciones que esto representa como por ejemplo la aplicación de las normas de DIH y la posibilidad de que se den los beneficios de los delitos políticos a los diferentes actores del conflicto, entre ellos a los excombatientes de la guerrilla, circunstancia que va a ser importante para la posible participación en política de estos.

El tercer punto que estudia la Corte en la parte motiva de la Sentencia es el referente a la «Participación en Política en el contexto de la justicia transicional»¹². Sobre este punto la Corte explica en la misma Sentencia C-579 de 2013 se dijo que:

... la justicia transicional es un sistema o tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional. La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos satisfacción de los de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)¹³.

Teniendo en cuenta este concepto subraya que los mecanismos de justicia transicional no sustituyen *per se* la Constitución y que tal como se dijo en la misma Sentencia C-579 de 2013 «...lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional es un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en los

¹¹ *Ibíd.*, F.J. 4.2., p. 96. Negrillas fuera del texto.

¹² *Ibíd.*, punto 5, pp. 98 a 106.

¹³ En esta definición de justicia transicional la Corte cita las sentencias C-771 de 2011; C-052 de 2012. Igualmente tiene en cuenta los trabajos doctrinales de OROZCO, IVÁN, «Justicia transicional en tiempos del deber de memoria», Bogotá, Temis — Universidad de los Andes, 2009; UPRIMNY YEPES, RODRIGO, SAFFON SANIN, MARÍA PAULA, BOTERO MARINO, CATALINA, RESTREPO SALDARRIAGA, ESTEBAN, «¿Justicia transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación para Colombia», Bogotá, Dejusticia, 2006; DE GAMBOA TAPIAS, CAMILA, «Justicia transicional. Teoría y praxis», Bogotá, Universidad del Rosario, 2006 (*Ibíd.*, citado pp. 99-100).

cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de esta»¹⁴.

De otra parte, la Corte establece que una finalidad esencial de la justicia transicional, es solucionar las fuertes tensiones que se producen entre la justicia y la paz, y la necesidad de conciliar la satisfacción de los derechos de las víctimas y la necesidad de lograr el cese de hostilidades, para lo cual es perentorio tener en cuenta distintos valores constitucionales como la reconciliación y el fortalecimiento del Estado social de Derecho y la Democracia. En este sentido explica la Corte que

El proceso de transición sirve al propósito de reconstrucción política pero también a la reparación de los lazos sociales que se han visto rotos por el conflicto y las consecuentes violaciones de derechos humanos. El reconstruir la sociedad lleva consigo que se reconozca que aunque los actos violentos del pasado no pueden ser olvidados y por lo tanto deben ser conocidos, sancionados y sus víctimas reparadas, también es cierto que, en el marco de un conflicto interno, las posiciones enfrentadas deben incorporarse a la sociedad que toma las decisiones políticas, para de este modo vincularla al proceso democrático de decisión y, en consecuencia, disminuir las posibilidades de que dichos actores, o miembros disidentes de ellos, continúen o posteriormente retomen la confrontación violenta como respuesta a la falta de canales democráticos de expresión de sus ideas¹⁵.

Teniendo en cuenta este mismo presupuesto de la búsqueda de la reconciliación establece como conclusión que:

...resulta primordial para un Estado que avance hacia la solución pacífica de un conflicto armado interno, desligar la violencia como forma de expresión de ideas en el seno de una sociedad, máxime cuando dichos mecanismos — los violentos— son manifestaciones de una cultura que se ha desarrollado en más de 50 años de conflicto y que, precisamente, es la que quiere superarse. Para esta tarea, y tal como se profundizará al analizar la premisa mayor, la participación en política surge como mecanismo idóneo que permite solventar las diferencias de una forma pacífica y civilizada¹⁶.

Como vemos desde aquí, la Corte empieza a fundamentar la tesis de que una buena salida al conflicto armado que vive Colombia, y con miras a la búsqueda

¹⁴ *Ibíd.*, citado p. 100.

¹⁵ La Corte toma para sustentar esta tesis el libro de MARTHA MINOW, DAVID CROCKER y RAMA MANI, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre — Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2011. *Ibíd.*, p. 105.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 106.

queda de la reconciliación y el fortalecimiento material de la democracia, un pilar básico de la justicia transicional debe ser el de dar la posibilidad de que los excombatientes puedan llegar a participar en política, para que de esta manera se garantice una paz estable y duradera que garantice solventar las diferencias de una manera pacífica y civilizada.

Posteriormente la Corte en el numeral sexto analiza lo referente al «Concepto y ámbito de aplicación del delito político en el marco de la participación en política»¹⁷. En este numeral la Corte hace un recuento histórico de cuál ha sido el tratamiento del delito político en Colombia desde el punto de vista legal y jurisprudencial. Sobre este tema establece que los delitos políticos que han sido definidos por la Corte desde la Sentencia C-052 de 1993 como aquellos «... que en la realización del tipo penal va envuelta una motivación supuestamente altruista, en la que el sujeto activo pretende modificar la sociedad para su mejoramiento»¹⁸ y que se diferencian del delito común, respecto al móvil o la motivación, ya que en los delitos comunes «...el actor siempre obra guiado por fines egoístas y muchas veces perversos»¹⁹.

De otra parte también se ha establecido que pueden llegar a existir conductas que pueden ser conexas al delito político, y que el legislador puede llegar a determinar cuáles son dichos delitos, teniendo en cuenta su libre configuración, pero que en todo caso se debe cumplir a su vez con las cargas de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido cita la Sentencia C-986 de 2010 que estableció que:

Puede existir la posibilidad que el legislador confiera el carácter conexo de delito político a otros tipos penales, siempre y cuando se cumplan las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, criterios a los cuales se ha adicionado la obligación de (...) deberes estatales de juzgamiento, sanción y satisfacción de los derechos de las víctimas de, entre otros, los denominados delitos atroces, al igual que de conductas constitutivas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, graves infracciones al derecho internacional humanitario o a los derechos humanos²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte explica que al menos han sido tres las finalidades que se han dado en el tratamiento de una conducta como delito político. En primer lugar (i) que se pueden conceder amnistías e indultos; en segundo término (ii) que se prohíbe la extradición y por último, y teniendo en cuenta el caso concreto, (iii) que se puede llegar a participar en política.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 106 a 129.

¹⁸ Sentencia C-052 de 1993 (M.P. Jaime Sanín G).

¹⁹ P. 110.

²⁰ P. 111.

Con relación al delito político y la participación en política²¹, la Corte explica que la Constitución de 1991 ha previsto la flexibilización de inhabilidades para ser elegido a cargos públicos, cuando se trata de delitos políticos y cita como fundamento el artículo 179.1 que establece que «no podrán ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquiera época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos y culposos»; el artículo 197 que establece la misma salvedad con relación a la elección del presidente de la República, y el artículo 232 con relación a la elección de magistrados de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia.

Del mismo modo subraya que en el ámbito de la participación en política de excombatientes que hubieran cometido delitos políticos, o delitos conexos al delito político «...no existen estándares en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, que limiten la aplicación del delito político para permitir que un grupo al margen de la ley o sus miembros, una vez pagada la pena y realizada la respectiva desmovilización»²².

A nivel jurisprudencial cita la Sentencia C-194 de 1995 que hacía el control de constitucionalidad del numeral 1.º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 que permite la elección de alcaldes que hubiesen sido condenados por delitos políticos. En dicha ocasión sostuvo la Corte que:

El delito político, que difiere claramente del hecho punible común, no inhibe para el futuro desempeño de funciones públicas, ya que puede ser objeto de perdón y olvido, según las reglas constitucionales aplicables para instituciones como la amnistía. Los procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerían de sentido y estarían llamados al fracaso sino existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control del poder político de quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos democráticos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales²³.

Del mismo modo se explica en el numeral 6.3 de la Sentencia lo referente a «El delito político como un criterio para la participación en política». Sobre este punto establece de qué manera la Corte Suprema de Justicia ha cambiado su jurisprudencia con relación a aplicar el delito político para las llamadas autodefensas, en especial el delito de «sedición». Este cambio jurisprudencial se dio especialmente por la Sentencia C-370 de 2006 que se pronunció sobre la inconstitucionalidad

²¹ La Corte lo estudia en el fundamento jurídico 6.2.3.

²² *Ibíd.*, p. 123.

²³ *Ibíd.*, pp. 125 a 129.

alidad del artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) que establecía la posibilidad de aplicar el concepto de delito político para los paramilitares²⁴.

Dijo la Corte en dicha Sentencia que:

Aceptar que en lugar de concierto para delinquir el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada sedición, no solo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados por la impunidad absoluta...²⁵.

En esta misma Sentencia se estableció que la protección integral de los derechos de las víctimas es una obligación que se ha consagrado también en el ámbito internacional a través de los diferentes pronunciamientos de la Corte Interamericana, que han venido estableciendo que no se pueden dar leyes de amnistías, indultos o de punto final²⁶. Del mismo modo dispone que cuando el legislador estableció que el delito de concierto para delinquir ejecutado por los miembros de los paramilitares constituía una modalidad punible denominado sedición «...ignoró postulados constitucionales, los derechos de las víctimas y

²⁴ El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 establecía: «Sedición. Adiciónese al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: También incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensas cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión».

²⁵ *Ibíd.*, citado pp. 127-128.

²⁶ Especialmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), *Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006), *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010) y *Gelman vs. Uruguay* (24 de febrero de 2011), en donde se ha establecido que las leyes de amnistía o de punto final para los crímenes de estado y los crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad e infracciones graves a los derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana y por ende carecen de efectos jurídicos. Sin embargo desde el voto concurrente del juez García Sayán en el caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, se ha dicho que se tiene que diferenciar los procesos de transición en el marco de un conflicto armado, de los que se presentan después de haber ocurrido un régimen dictatorial. Se dice en dicho voto que «16. Un contexto como el aquí delineado —y que en la sentencia se describe con más detalle— es distinto del que precedió a las demás leyes de amnistía a las que se ha referido la jurisprudencia de la Corte. Por ello el análisis y razonamiento del Tribunal tiene, como se ha dicho, particularidades que lo llevaron a incorporar elementos del Derecho Internacional Humanitario produciendo una interpretación armónica con las obligaciones establecidas en la Convención Americana en orden a evaluar jurídicamente la amnistía en un contexto como ese (...)» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres del Mozotes y lugares aledaños*, vs. *El Salvador*, 25 de octubre de 2012, Voto concurrente del juez García Sayán).

la teoría del delito que se ha desarrollado para sistematizar y diferenciar el contenido de punibles comunes respecto de delitos políticos...»²⁷. Por esta razón subraya la Corte que desde esta decisión la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, ha reiterado en su Sala de Casación Penal que la figura del delito político no puede ser aplicada a los paramilitares²⁸.

Teniendo en cuenta este marco jurisprudencial y doctrinal entra finalmente la Corte en el numeral séptimo de la Sentencia a decidir los problemas jurídicos planteados de si la reforma introducida en el artículo 67 transitorio introducida el artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012, sobre la posibilidad de participación en política de excombatientes sustituye la Constitución en los principios consustanciales de «marco jurídico democrático» y si las facultades que se le dan al legislador estatutario para resolver cuáles son los delitos conexos al delito político sustituyen un mismo principio.

Sobre la demanda la Corte establece que la *Premisa mayor* del juicio de sustitución se refiere a que el «marco jurídico democrático» es un elemento esencial de la Constitución, que establece, según el actor, que la participación en política debe ser practicada en un contexto de respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos humanos y la procura de un orden justo. Este pilar se encuentra desarrollado en el Preámbulo, y en los artículos 2, 5, 107, 122, 134, 150, 179.1, 232.3, 201 y 299 de la Constitución.

Para la Corte tiene razón el demandante en que el «Marco Jurídico democrático» es un pilar axial o consustancial de la Constitución que se encuentra desarrollado desde el Preámbulo, y los artículos 1, 2, 40, Capítulo I del Título IV que consagra las formas de participación democrática y los artículos 155 y 375 sobre iniciativa popular legislativa y para reformar la Constitución. Sobre este punto dice la Corte que «La Constitución de 1991 es prolija en la consagración de contenidos dogmáticos que definen y concretan el principio de participación dentro del ordenamiento constitucional; principio que, como se observa a partir del análisis de las disposiciones constitucionales que lo enuncian y desarrollan, resulta esencial en la definición de Estado colombiano, especialmente en lo relativo a su carácter democrático...»²⁹.

²⁷ *Ibíd.* Citado p. 128.

²⁸ La Corte cita la siguiente jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 28629. 24 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Proceso 31421. 1 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Proceso 34958. 21 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 34482. 24 de noviembre de 2010. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. Proceso 36965. 27 de julio de 2011. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

²⁹ Dice la Corte sobre este principio que «... si la democracia garantiza que las decisiones más importantes dentro del Estado se tomen por parte del cuerpo de ciudadanos, la participación profundiza y desarrolla el principio democrático a través de la especificación de aquellas vías por

Explica la Corte que este pilar fundamental de la Constitución está respaldado también en el Bloque de Constitucionalidad como es el caso de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Yatama contra Nicaragua* de 23 de junio de 2005, en donde identificó la estrecha relación que existe entre la participación política, los derechos que la garantizan y la construcción de una sociedad democrática³⁰.

Del mismo modo cita la Corte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 25 establece que todos los ciudadanos gozará, sin ninguna limitación de la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o a través de representantes, votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas realizadas a través del sufragio universal y tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

Con la cita de estas disposiciones la Corte comprueba que la participación en política resulta ser un elemento estructural de la Constitución, ya que se verifica que tiene un contenido transversal en la Constitución y en las normas que conforma el bloque de constitucionalidad y que por ende adquiere el carácter de elemento definitorio de la Constitución.

Sin embargo, también citando normas constitucionales, indica que la Constitución establece excepciones a este principio, como por ejemplo los artículos 179.1, 197 inciso segundo, 232.3 y 299 inciso tercero y el artículo 122 de la Constitución que fue adicionado a través del Acto Legislativo 1 de 2009, que establece que no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo en la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado «... o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad por narcotráfico en el exterior» (inciso quinto del art. 122 C.P.).

En este sentido, subraya la Corte, que en ciertos casos la participación en política se encuentra limitada cuando se hayan cometido delitos comunes. Sin

las cuales los ciudadanos podrán hacerse partícipes del proceso decisorio se subraya que «...la participación desde esta perspectiva, será el elemento definitorio de la Constitución que permitirá la realización material/sustancial de la democracia —también principio fundante del ordenamiento constitucional del Estado colombiano, de acuerdo con el artículo 1.º de la Constitución».

³⁰ En dicha jurisprudencia se dijo que «...en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada; en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (...) Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político» (Citado en Corte Constitucional, C-577 de 2013, p. 138).

embargo, la cuestión jurídica es si estas inhabilidades pueden llegar a extenderse a los llamados delitos políticos. Sobre este punto indica la Corte que el delito político como excepción a la inhabilidad para participar en política, es una constante en el orden constitucional vigente y señala que el inciso quinto del artículo 122 debe ser interpretado de esta manera.

Sobre este punto explica que en la Sentencia C-986 de 2010 que conocía de una demanda contra el aparte del artículo 122 de la C.P., la Corte estableció que la restricción prevista no se aplica a los casos en que estos delitos sean considerados delitos políticos o conexos a estos, y que la inhabilidad allí prevista solo opera para delitos comunes³¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, dice la Corte que ni la Constitución, ni cuerpos normativos del bloque de constitucionalidad han establecido límites o parámetros al concepto de delito político para efectos de permitir la participación en política en Colombia. Del mismo modo señala que «...la conexidad de determinados delitos con delitos políticos, para los precisos efectos de participación en política, es un concepto para el que tampoco existen referentes expresos de naturaleza constitucional que restrinjan la potestad de configuración del poder constituyente constituido»³².

Concluye la Corte sobre el análisis de la *Premisa Mayor* del juicio de sustitución diciendo que:

Con base en lo anteriormente expresado y de acuerdo con el problema jurídico planteado, encuentra la Sala que un elemento definitorio/esencial/axial a la Constitución colombiana es: la participación política como principio fundante y transversal al régimen constitucional colombiano resulta esencial en la conformación, ejercicio y control del poder en un Estado democrático como el establecido a partir de la Constitución de 1991. Los límites que a la misma se establezcan no podrán tener fundamento en condenas impuestas por la comisión de delitos políticos o aquellos que se consideren como delitos políticos³³.

³¹ En uno de los apartes de la Sentencia se dice: «... el análisis desde la tipificación penal, como a partir de criterios históricos y sistemáticos, lleva a la unívoca conclusión que la inhabilidad prevista en la norma acusada es predicable de las conductas antes señaladas, en cuanto delitos de carácter común. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la hipótesis en que tales comportamientos excepcionalmente se subsuman o se consideren como conexos a delitos políticos, pues en ese evento se aplicará el régimen de inhabilidades que la Constitución ha previsto para el delincuente político». *Ibíd.*, F.J. 7.1.2, p. 141.

³² *Ibíd.*, p. 142.

³³ Dice la Corte que este es el contenido que la Sala atribuye al principio de «marco democrático participativo», teniendo en cuenta los métodos de interpretación empleados. De otra parte indica que a través de las excepciones a este principio, es que se pueden desarrollar los instrumentos de justicia transicional «...que permitan alcanzar por canales especiales, soluciones específicas para el conflicto armado que vive el Estado colombiano...».

Una vez definida la *Premisa Mayor* y el contenido del «Marco democrático Participativo», pasa la Corte a explicar cuál sería la *Premisa Menor*. Sobre esta indica que se trata de analizar el contenido del artículo 67 transitorio del artículo 3.º del Acto Legislativo 1 de 2012 «por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones», sustituye la Constitución.

Dice que para interpretar dicho artículo se debe realizar una interpretación integral con el resto del Acto Legislativo 01 de 2012, «Marco Jurídico para la Paz». Sobre este marco, dice la Corte que se trata de medidas de carácter *excepcional* pensadas para facilitar la terminación del conflicto armado interno y alcanzar la paz, de una forma estable y duradera³⁴.

Es decir, que se debe tener en cuenta en el juicio de sustitución la excepcionalidad de estas medidas, ya que la modificación realizada, en nada cambia las reglas constitucionales existentes, respecto a las restricciones para participar en política. Igualmente subraya que dichas medidas solo se aplicarán cuando las reglas previstas para el evento en que se realicen acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley que hagan parte del conflicto armado interno, solo serán aplicables una vez que se haya cumplido con la pena impuesta y se hayan cumplido con las demás condiciones establecidas en el inciso quinto del artículo 66 transitorio. Es decir cuando se cumplan 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 ley³⁵.

Después de realizar esta interpretación sistemática del artículo 67 transitorio, pasa la Corte a interpretar cada uno de los contenidos normativos de la disposición demandada. Dice que un primer contenido normativo (i) alude a la posibilidad de que, en el marco de los instrumentos de justicia transicional que tienen como objetivo la terminación del conflicto armado y la búsqueda de la paz, se permita la participación en política de quienes tomaron parte del conflicto armado en Colombia. Es decir, que con este artículo se permite que quienes alguna vez pertenecieron a un grupo armado que tomó parte del conflicto armado, se inscriba como candidato a cargos de elección popular, sean electos o sean

³⁴ Sobre estas normas se dice (i) que las mismas no reemplazan el régimen constitucional existente, que continúa vigente, y que, en consecuencia, es aplicable como regla general; y (ii) que las reglas relativas a la posibilidad de participar en política aunque con consecuencias permanentes, únicamente tendrán efectos respecto de quienes se desmovilicen —ya sea de forma colectiva o individual— en el marco de un proceso de paz o siguiendo las condiciones prevista por el Gobierno.

³⁵ *Ibíd.*, p. 144.

nombrados en cargos públicos, es decir, que le sean reconocidas las garantías previstas en el artículo 40 de la Constitución.

En la segunda parte de la disposición (ii), se establece una limitación a la libertad de configuración del legislador estatutario, en donde se dice que aquellas conductas que sean consideradas conexas al delito político por parte de la ley estatutaria, para los exclusivos efectos de permitir la participación en política, no podrán tener la connotación de crímenes de lesa humanidad o constituir genocidio, cuando estos se hubieran cometido de manera sistemática. Es decir, que no podrán participar en política quienes hayan sido seleccionados y condenados por dichos delitos.

Por otra parte, en el numeral 7.2.2 de la Sentencia la Corte hace una aclaración adicional, en donde se explica que el artículo 67 transitorio, contenido en el Acto Legislativo 1 de 2012, sobre participación en política de excombatientes debe diferenciarse del artículo 66 transitorio del mismo estatuto, que establece el componente penal del marco jurídico para la paz. Dice la Corte sobre este punto que «El artículo 67 de la Constitución no prevé regulación alguna que se relacione con el deber del Estado de proteger los derechos humanos, ni con la obligación derivada consistente en la investigación, juzgamiento y sanción de las graves vulneraciones de que los mismos sean objeto...».

No obstante lo anterior, subraya que en nada obstaculizará la participación en política el aspecto penal que se establece en el artículo 66 del marco jurídico, porque la posibilidad de inscribirse como candidato a cargos de elección popular o ser nombrado en cargos públicos, solo podrán ejercerse cuando hayan cumplido la condena impuesta y de todas formas quedarán excluidos los que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y genocidio de manera sistemática.

El juicio de sustitución se concluye con la llamada *Premisa de Síntesis*, en donde se coteja la *Premisa Mayor* con la *Premisa Menor*, para determinar si la modificación introducida por el constituyente derivado adquiere o no la connotación de cambio o reemplazo transitorio o definitivo del pilar fundamental y definitorio de la Constitución.

Sobre este punto dice la Corte que la inclusión del artículo 67 que establece (i) la competencia para que el legislador estatutario determine qué delitos se consideran conexos al delito político, para efectos de regular las condiciones de participación en política de miembros de grupos armados en un escenario de postconflicto; que (ii) no se podrán establecer como delitos conexos, para los exclusivos efectos de participación en política, los crímenes de lesa humanidad, ni de genocidio cometidos de forma sistemática; y (iii) la prohibición consecuente de que, quienes hayan sido seleccionados y condenados por esos delitos no podrán participar en política, no sustituye la Constitución por las siguientes razones.

En primer lugar porque se debe hacer una lectura del principio democrático y participativo con la idea de establecer una democracia de tipo material, en donde se puedan llegar a incluir todos los sectores de pensamiento en la conformación de la comunidad política³⁶. Es en este punto en donde la Corte recuerda que el objetivo de la justicia transicional es *la reconciliación*, que supone medidas excepcionales justificadas en la búsqueda de la paz, y por ende la participación en política de miembros de actores del conflicto en el escenario del post-conflicto resulta una herramienta útil para la consolidación de la democracia³⁷.

Por esta razón indica que, en armonía con dicho principio, no será óbice para la posibilidad de participar en política que quienes se desmovilicen hayan sido condenados, siempre que las acciones por las cuales les fue impuesta la condena sean consideradas como delito político o conexas a este a excepción de los delitos de lesa humanidad y genocidio que se cometan de manera sistemática que quedan excluidas constitucionalmente de esta posibilidad³⁸.

Del mismo modo establece que el principio de «marco democrático participativo» no se sustituye por la introducción del artículo 67 transitorio ya que, «...no existe un contenido definitorio/axial/esencial del cual pueda deducirse una restricción de la libertad del constituyente derivado, al momento de determinar qué conductas tienen conexidad con el delito político, para los precisos efectos de facilitar la reincorporación a la comunidad política de quienes como resultado de un proceso de paz, sean seleccionados y condenados»³⁹.

Igualmente señala que «la ausencia de parámetros en la materia estudiada, lejos de ser contraproducente, se considera positiva, en tanto crea un margen de apreciación del Estado que le permite adaptar su regulación a las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que en pos de un objetivo como

³⁶ Dice la Corte sobre este punto que «...la participación política no puede separarse del contexto en que su consagración constitucional se definió y debe ser entendida como un contenido transversal a la idea de democracia en el orden constitucional colombiano. Los distintos aspectos que nos hacen una sociedad diversa, tales como origen regional, cultura, etnia, ideología, entre otros, son todos relevantes a efectos de construir conceptos de razón pública y reafirman la necesidad de que todos participen» (Ibíd. Fundamento Jurídico 8.1., p. 150).

³⁷ Sobre este punto estableció que en la Sentencia C-052 de 2012 la Corte manifestó que, «[p]uede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes» (Subrayado fuera del texto).

³⁸ Sobre este punto dice que la posibilidad de participación en política se armoniza con los artículos 179.1, 197 inc. 2.º, 232 numeral 3.º y 299 inciso 3.º de la C.P, que prevé que las condenas por delitos políticos no generarán inhabilidad para ser elegido o nombrado en un cargo público.

³⁹ Ibíd., p. 153.

la paz, requiera la adopción de marcos de justicia transicional, en los que siempre jugará un papel protagónico la reconciliación»⁴⁰.

Por esta razón concluye la Corte que la participación en política, resulta ser un pilar *sine qua non* en un proceso que busque la paz con garantías de estabilidad y durabilidad ya que garantizará condiciones de reincorporación a la comunidad política de los actores que forman parte del conflicto armado interno.

Finalmente señala sobre este punto que el legislador estatutario debe establecer cuáles son los delitos conexos con el delito político para efectos de permitir la participación política, teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque hacer lo contrario, «...implicaría establecer criterios que excederían el margen de configuración que el principio de participación en política, tal y como fue definido en la premisa mayor de este juicio, abre al legislador»⁴¹.

Por otra parte, la Corte en el punto 8.3 de la Sentencia establece el apartado titulado «Inexistencia de un derecho absoluto de las víctimas a la NO participación de quienes sean considerados delincuentes políticos en el marco de un proceso de justicia transicional, por medio del cual se busque alcanzar el fin del conflicto armado y una paz positiva que sea estable y duradera»⁴². En este apartado la Corte indica que contrario a lo que señalan el demandante y el Ministerio Público en su intervención, el artículo 67 transitorio demandado no afecta el derecho de reparación de las víctimas y la garantía de no repetición, porque, «... el deber de brindar protección a las víctimas del conflicto armado no obliga al constituyente derivado a excluir de los espacios de participación política a los responsables por crímenes de guerra, delitos transnacionales, actos de terrorismo o narcotráfico»⁴³.

Sin embargo, especifica que en el marco del desarrollo del legislador estatutario se debe tomar las precauciones, para que la interacción entre los desmovilizados y las víctimas no «reproduzca las condiciones de afirmación humillante del poder», que estas últimas sufrieron en el pasado. Es decir que este marco de participación en política garantice las condiciones de no repetición «...lo que aumenta las posibilidades de consolidar estructuras políticas que conduzcan a la paz, que es, precisamente, la esencia del componente de la reconciliación en materia de justicia transicional»⁴⁴.

Concluye la Corte sobre este punto diciendo que «...para la Sala Plena la participación en política de quienes sean seleccionados y condenados con fun-

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*, p. 154.

⁴² *Ibíd.*, pp. 154-156.

⁴³ *Ibíd.*, p. 155

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 156. Negrilla fuera del texto, original en itálicas.

damento en el artículo 66 transitorio no afecta per se ninguno de los derechos que deben ser garantizados a las víctimas del conflicto armado. Por consiguiente, el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves vulneraciones a los derechos fundamentales no imponen al constituyente constituido la obligación de restringir la participación de quienes sean los autores de dichas violaciones»⁴⁵.

Finalmente, la Corte en el punto 8.4 establece un apartado titulado «En el caso de los desmovilizados que sean seleccionados y condenados, su participación en política estará supeditada al cumplimiento de la condena impuesta en el marco del proceso transicional y de las demás obligaciones que se impongan a quienes aspiren a esa participación»⁴⁶.

En dicho numeral explica que en aras de la claridad de la decisión, resulta necesario resaltar que la participación en política de quienes han sido seleccionados y condenados por la comisión de delitos políticos o delitos conexos a los mismo debe supeditarse a dos condiciones. Por una parte (1) al cumplimiento de la pena impuesta en los términos del artículo transitorio 66 de la Constitución y la regulación estatutaria que para el efecto expida el legislador en donde pueden existir casos en los que proceda la suspensión de la ejecución de la pena, la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y en segundo término (2) para alcanzar dicho objetivo y, en armonía con el artículo 66, resulta indispensable que quienes aspiren a participar en política hayan cumplido con todas las obligaciones consideradas axiales a la efectiva reincorporación de los grupos armados que hacen parte del conflicto armado, a saber: (i) no tener condenas penales pendientes; (ii) la dejación de las armas; (iii) el reconocimiento de responsabilidad; (iv) la contribución al esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas; (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza.

Las condiciones de la participación en política de excombatientes dice que se sustenta en dos puntos: en primer lugar (i) que la obligación de cumplir previamente con las condenas penales —o si es del caso con las penas alternativas, extrajudiciales, modalidades especiales de ejecución de la pena y penas sustitutivas— y el cumplimiento de las obligaciones del artículo 66 es una forma de garantizar de que sancionen previamente las conductas y se cumpla con el componente de *justicia* que garantiza los derechos de las víctimas. En segundo término (ii) que dichas obligaciones tienen como fin garantizar una verdadera *reconciliación*, que garantice una paz positiva, ya que esta significa que las víctimas no se sientan burladas en sus derechos por parte de los mecanismos de

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 156.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 156 a 158.

protección del Estado, ya que estas tienen derecho a que los mecanismos de participación que se establezcan «no se conviertan en obstáculo para el cumplimiento de la justicia transicional»⁴⁷.

Indica la Corte sobre este punto que «...las condiciones señaladas resultan razonables y proporcionadas, pero sobre todo coherentes y conducentes con los objetivos de un proceso de justicia transicional, a efectos de beneficiarse de los instrumentos previstos por un marco jurídico constitucional que propugna por la reconciliación de una sociedad, en la que se busca alcanzar la paz positiva a través de cauces plurales de participación democrática»⁴⁸.

Concluye la Sentencia estableciendo que el artículo 67 transitorio: a) Resulta acorde con el principio definitorio de participación política inherentes al marco jurídico democrático y participativo, tal y como el mismo fue consagrado por el régimen constitucional vigente; y b) En tanto, en el caso de los desmovilizados que sean seleccionados y condenados en el marco del proceso de justicia transicional, el artículo 67 transitorio tiene como presupuesto el cumplimiento de una serie de condiciones establecidas por el propio Acto Legislativo 1 de 2012, que garantizan que no se eluda el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves vulneraciones a los derechos humanos.

3. Opiniones sobre la Sentencia C-577 de 2014

La Sentencia C-577 de 2014 se convierte en una segunda decisión en contra del Acto Legislativo 1 de 2012, conocido como «Marco Jurídico para la paz», después de la Sentencia C-579 de 2013 que analizó lo referente al componente penal. En el artículo 66 transitorio se había establecido que en la aplicación de la justicia transicional se deberían tener en cuenta criterios de priorización para perseguir penalmente solamente a los «máximos responsables» que hubieran cometido delitos y que dichos beneficios no se otorgarían a los que hubieran cometido crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra de manera sistemática.

Muchas de las materias del componente penal de la justicia transicional se dejaron en manos del legislador estatutario⁴⁹, como por ejemplo los requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en que proceda la aplicación de las sanciones extrajudiciales,

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 157-158.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, F.J. 8.4, p. 158.

⁴⁹ El artículo 153 de la C.P. establece que las leyes tienen que aprobar por mayoría cualificada, es decir la mitad más uno de cada una de las Cámaras, y en una sola legislatura, también que el control de constitucionalidad se realizará de manera automática.

de penas alternativas, o de las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, así como la renuncia condicionada a las persecución penal de todos los casos no seleccionados, teniendo en cuenta la gravedad y representatividad de los casos.

Del mismo modo en la Sentencia C-579 de 2013 se implementó por primera vez en un juicio de sustitución la ponderación entre los principios de la consecución a la paz con los derechos de las víctimas y es la primera sentencia que condiciona una reforma a la Constitución por la vía del juicio de sustitución⁵⁰.

Sobre la ponderación de principios consustanciales y elementos del bloque de constitucionalidad se dijo que era necesario utilizar una serie de parámetros de interpretación del Acto Legislativo 1 de 2012 para garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. Por esta razón, en la parte motiva de la Sentencia⁵¹ se estableció que para poder otorgar los beneficios de la justicia transicional se exigen las siguientes garantías en pro de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición: (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 de 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.

⁵⁰ En el numeral 8.3.1. de la Sentencia C-579 de 2013 se introdujo la ponderación en el juicio de sustitución. El numeral se titula: «La ponderación en la justicia transicional como mecanismo para desarrollar las obligaciones derivadas de la garantía de los derechos en especial de la paz». En dicho numeral indicó que la Corte que «... a partir de lo anterior, es posible concluir que los componentes del deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación, cuando ellas resulten en ganancias mayores en términos de otros principios constitucionales como la obtención de la paz y la construcción de la verdad en un contexto de conflicto». Sobre la utilización de la ponderación en el juicio de sustitución en esta Sentencia ver: VILLA ROSAS, GONZALO, «La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución», en: *Justicia de transición y Constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, ed. TEMIS, CEDPAL y KONRAD ADENAUER STIFUNG, 2014 pp. 22-107 y ROBLEDO SILVA, PAULA y RAMÍREZ CLEVES, GONZALO, «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», en: *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n.º 18, enero-diciembre de 2014, pp. 587-620.

⁵¹ El condicionamiento de la reforma constitucional se hace en esta parte y no en la parte resolutive.

De otra parte, que para que sean aplicables los beneficios del «Marco Jurídico para la Paz», era perentorio exigir los siguientes requisitos que también operan como condicionamientos del artículo 66 transitorio de la Constitución:

1) Exigir la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de armas y la no comisión de nuevos delitos en el caso de desmovilización individual.

2) Sin perjuicio del deber de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la ley estatutaria podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de 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, objetivo dentro del cual, para la selección de los casos, se tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos.

3) 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.

4) El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso 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 las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

5) Dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, 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.

6) Para que procedan los criterios de selección y priorización, el grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad.

7) 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.

8) 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 Verdad⁵².

⁵² Dichos requisitos se establecen en el numeral 9.9 de la Sentencia C-579 de 2013.

Como se ha venido explicando aunque en la Sentencia C-577 de 2014, se trataba de analizar si el artículo 67 transitorio del mismo Acto Legislativo vulneraba el «marco jurídico democrático» y los derechos de las víctimas a la reparación integral, la Corte quiso diferenciar el componente penal con el componente de la participación en política. Sin embargo, la diferenciación entre uno y otro componente, no se constata en la decisión final de la Sentencia en donde se establecieron una serie de condicionamientos para poder otorgar el derecho a la participación en política de excombatientes que claramente tienen relación con el componente penal del artículo 66 transitorio.

Estos condicionamientos se refieren a que los excombatientes que quieran participar en política o ejercer cargos públicos deben cumplir: (i) con la pena o la pena alternativa, (ii) con las obligaciones dispuestas en el artículo 66 transitorio referentes a la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, 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.

Por otra parte, al establecer que sería el legislador estatutario el que determine cuáles podrían ser los delitos conexos al delito político para garantizar la participación en política de los excombatientes, se condicionó la reforma a que de ninguna manera se podrán utilizar dichos derechos si previamente no se ha cumplido con las penas y con los condicionamientos del artículo 66 para evitar que con la participación en política se incumpla con la reparación integral a las víctimas. Es decir, que en estas materias el legislador estatutario debe tener en cuenta en la regulación los dos condicionamientos establecidos en la Sentencia para la participación en política y que en dicha regulación se tengan en cuenta los presupuestos de razonabilidad y ponderación⁵³.

Como vemos, lo que realiza la Corte en esta Sentencia es adecuar la posibilidad de la participación en política de los excombatientes, sin sustituir el pilar fundamental de los derechos de las víctimas y con base en el fin último de conseguir la paz. Es decir que en este nuevo juicio de sustitución la Corte nuevamente ponderó, como lo hizo en la Sentencia C-579 de 2013, entre el derecho a la participación en política, los derechos de las víctimas y el objetivo último de conseguir una paz positiva para llegar a la reconciliación.

En este juicio de ponderación la Corte no estableció que un pilar fundamental de la Constitución tuviera mayor peso o relevancia sobre el otro. Tampoco se utilizó un juicio de proporcionalidad en donde se tuvieran en cuenta los sub-

⁵³ Sobre este punto hay que decir que la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana han dispuesto que las limitaciones al derecho a la participación en política se tiene que fundamentar en el principio de proporcionalidad y razonabilidad, pero también que tengan un fin loable y que permitan el desarrollo de una sociedad democrática.

principios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto⁵⁴. Lo que se hizo en este caso más que ponderar dos principios consustanciales, fue adecuar los elementos axiales de la democracia participativa, los derechos de las víctimas a su reparación integral y la reconciliación.

La armonización de esta tríada de principios consustanciales lo que intenta realizar es una especie de cuadratura del círculo de la participación en política de los excombatientes en donde se tengan en cuenta los derechos de las víctimas y el fin último de garantizar una paz estable y duradera.

II. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA (ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU-617 DE 2014)

En la sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) se resolvió que en el caso de la adopción por consentimiento, esto es cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero/a permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo, so pena de constituir una vulneración a los derechos fundamentales a tener una familia y a la autonomía y unidad familiar de las dos personas que conforman la pareja y del menor en proceso de ser adoptado.

La acción de tutela fue instaurada por la menor Lakmé y las señoras Turandot y Fedora quienes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo así como a la igualdad, el interés superior del niño, al libre desarrollo de la personalidad, y los principios de dignidad humana y pluralismo; los cuales, presumen vulnerados como consecuencia de la decisión de la Defensoría de Familia N.º 2 de Rionegro (Antioquía) de negar la solicitud de adopción consentida de la menor Lakmé con fundamento en el carácter homosexual de la pareja solicitante conformada por la señora Turandot en condición de madre biológica de la menor y su compañera permanente, la señora Fedora.

La autoridad administrativa declaró la improcedencia de la solicitud de adopción presentada en febrero de 2009 en razón a que, en primer lugar, la pareja requirente no habría acreditado una convivencia de al menos dos años ininterrumpidos y, en segundo lugar, la legislación vigente contenida en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 42 de la Carta Política y las sentencias C-029 de 2009 y C-814 de 2001 de la Corte Constitucional, no contempla la adopción por parejas del mismo sexo.

⁵⁴ Principios explicados con más detalle por ejemplo por ALEXY, ROBERT, *La Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

La Sala Plena delimitó el problema jurídico a la llamada «adopción consentida» por parte de parejas del mismo sexo entendida como la solicitud de adopción que hace la madre o padre biológico del menor a favor de su compañero/a permanente a fin de que cree un vínculo filial legalmente reconocido con el niño/a. La decisión de la Corte de tutelar los derechos fundamentales de las demandantes constituye un precedente jurisprudencial más que favorece la lucha contra los prejuicios y la discriminación en razón a la orientación sexual de las parejas adoptantes, el cual, se suma al caso del estadounidense Chandler Burr y sus dos hijos adoptivos a quienes la Corte Constitucional de Colombia también les amparó sus derechos fundamentales mediante la sentencia de tutela T-276 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaluj) que sentó un precedente a favor de la llamada «adopción individual» por parte de una persona soltera homosexual⁵⁵.

El fundamento jurídico utilizado por la Corte para permitir la adopción de la menor Lakmé por parte de la pareja de carácter homosexual conformada por las señoras Turandot y Fedora fue el amparo del derecho constitucional a la autonomía familiar y a tener una familia en el marco de la autonomía individual y el interés superior de la menor, toda vez que, a su entender, la madre biológica tiene la libertad y el derecho a decidir que la menor comparta la vida con su compañera del mismo sexo de tal forma que a partir del vínculo sólido y estable entre ellas, el adulto asuma obligaciones y deberes asociados al vínculo filial.

Esta sentencia es un avance muy significativo en la reivindicación de los derechos de la población LGTBI en Colombia y en contra de la discriminación en razón a la orientación sexual, pues hace una interpretación garantista e incluyente del ordenamiento jurídico colombiano, específicamente el Código de Infancia y Adolescencia, amparando los derechos de las niñas y los niños, pues la menor Lakmé tendrá no solo el cariño y cuidado de su madre adoptante; sino también, la seguridad jurídica que se deriva de la filiación civil, ya que no caería en estado de abandono en caso de que su madre biológica llegara a fallecer.

Aunque en la sentencia de unificación objeto del presente análisis se examina el cumplimiento del requisito relativo a la acreditación de la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, el cual, es determinante para declarar

⁵⁵ El Código de Infancia y Adolescencia contempla tres modalidades de adopción:

1. Adopción individual es la opción que se le da a una persona de adoptar.
2. Adopción conjunta es la facultad que se le otorga a las personas solteras, los cónyuges conjuntamente, los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.
3. Adopción consentida es el permiso que se otorga al cónyuge o compañero permanente del padre o madre biológico de un niño, siempre y cuando la pareja demuestre la convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años.

El Código no establece el sexo de los «compañeros permanentes» por lo tanto la norma es neutral y debe interpretarse de forma igualitaria.

la procedencia de la solicitud de «adopción consentida», requisito que a diferencia de lo señalado por la autoridad administrativa la Corte Constitucional sí encontró probado, nuestro análisis se centrará en las consideraciones del Alto Tribunal sobre el segundo argumento esgrimido por la Defensoría de Familia N.º 2 de Rionegro, según el cual el ordenamiento jurídico colombiano no permite la adopción por parejas del mismo sexo. Para, posteriormente, formular una crítica relativa a la utilización de criterios considerados categorías sospechosas.

1. Consideraciones de la Corte y críticas al concepto de familia

La Sala Plena empieza por reconocer que la autoridad accionada negó la adopción de la menor Lakmé en razón a la orientación sexual de la pareja requiriente, pero, a pesar de ello, considera que no se puede desprender cosa distinta pues una interpretación razonable del ordenamiento jurídico enseña que, en primer lugar, solo las parejas heterosexuales están habilitadas para adoptar a menores de edad y que, en segundo lugar, la adopción se orienta a establecer la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, esto es, a suplir la falta de un padre, o de una madre, o de ambos.

Esta interpretación solo es admisible en el marco de la Sentencia C-814 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) que analizó la constitucionalidad de la limitación contemplada en el Código del Menor, según la cual, la facultad de adoptar a un menor solo corresponde a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, pues, a la luz del artículo 42 de la Constitución Política solo es familia la de carácter monógamo y heterosexual.

Ahora bien, aunque para algunos, en atención a los precedentes judiciales de la Corte Constitucional, aparentemente pueda ser razonable afirmar que solo las parejas heterosexuales pueden adoptar, tal como lo dedujo la Corte; lo cierto es que la expedición del Código para la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que derogó el Código del Menor, sin lugar a dudas, impuso un nuevo paradigma de interpretación, pues, como quiera que no estableció el sexo de los «compañeros permanentes» habilitados para adoptar sino que creó una norma neutral, se impuso el deber de determinar su alcance en términos que deberían ser más garantistas y armónicos con el principio de igualdad y los demás principios que inspiran la Constitución Política.

La Sentencia C-814 de 2001 hace una interpretación equívoca del concepto de familia, pues al restringirlo mediante un criterio histórico subjetivo de interpretación a aquellas conformadas por un hombre y una mujer unidos por el matrimonio o la decisión responsable de conformar una familia, tal como fue determinado por la Asamblea Nacional Constituyente, está desconociendo otras formas de constituir un núcleo familiar que han sido protegidas por la misma Corte

y el Derecho internacional de los derechos humanos. Es así como las madres o los padres cabeza de familia y la «familia de crianza» integrada por miembros sin vínculo biológico⁵⁶ son constitucionalmente reconocidas como tal y, por ende, gozan de las mismas garantías y protección de la familia tradicional⁵⁷.

En este orden de ideas, una interpretación garantista y razonable del artículo 42 constitucional supone el reconocimiento y protección de todos los tipos de familia que la realidad social y cultural del país ha venido formando, entre los cuales se encuentran las uniones por parte de parejas del mismo sexo, que, a partir de la convivencia y el afecto, forman una familia igualmente digna de la protección jurídica del Estado colombiano. La Corte tuvo entonces la oportunidad de hacer una interpretación amplia del artículo 42 acorde a los principios y derechos constitucionales tales como el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, la cual, reconociera la existencia del núcleo familiar formado por parejas homosexuales en pie de igualdad al formado por las parejas heterosexuales en aras de desmontar la discriminación en razón a la orientación sexual, lo cual, en ningún caso, requiere ser legitimado por las mayorías representadas en el Congreso de la República.

Y esta interpretación que podía haber hecho la Corte, y que esperábamos que hubiese hecho, encuentra fundamento en la Sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), pues a partir de este pronunciamiento la Corte sentó un precedente jurisprudencial nuevo relativo a la analogía en materia de requerimientos de protección que presentan las parejas homosexuales y heterosexuales. No obstante admitir que existen diferencias entre ellas, ambos tipos de pareja tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y que, por tanto, no es constitucionalmente válido que los derechos de las parejas del mismo sexo se vean cercenadas por el hecho de ejercer la libertad de opción sexual de llevar un proyecto de vida común.

Ahora bien, pese a que la Corte no formula ningún tipo de repoche o censura contra la Defensoría de Familia N.º 2 de Rionegro por discriminar a la pareja conformada por las señoras Turandot y Fedora en razón al carácter homosexual de su relación; el Alto Tribunal concluye que excluir la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre

⁵⁶ Ver, entre otras, las Sentencias T-495 de 1997, T-592 de 1997, T-292 de 2004 y C-1026 de 2004.

⁵⁷ UPRIMNY, R., GUZMAN, D., SÁNCHEZ, N., y SÁNCHEZ, L. (2010) «Concepto jurídico en el proceso T-2597191». Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad Dejusticia y Colombia Diversa.

biológicos, conforma un vínculo sólido y estable con el compañero o compañera del mismo sexo de aquel, a partir del cual el adulto asume las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial.

Un análisis similar es realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* al declarar la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia en la vida familiar de la señora Karen Atala Riffo a quien las autoridades judiciales le retiraron el cuidado y custodia de sus tres hijas en razón a su orientación sexual. En este caso la justicia interamericana señala que el Estado está obligado a garantizar no solo los derechos de los niños, sino también a favorecer el núcleo familiar en el cual están creciendo, que, en todo caso, se entiende constituido cuando concurre el factor convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre los menores y la pareja homosexual.

Así las cosas, la Corte Constitucional concedió el amparo solicitado al revocar la decisión de declarar la improcedencia de la adopción y ordenar que se prosiguiera con el respectivo trámite, sin que el carácter homosexual de la pareja conformada por Turandot y Fedora pueda ser invocado para excluir la adopción de Lakmé. Adicionalmente, y en atención a la necesidad de proteger los derechos fundamentales afectados, que lo son de manera especial, precisamente, en razón de la indefinición jurídica que ha rodeado a este núcleo familiar, se dispuso que las autoridades actúen con estricta sujeción a los perentorios términos fijados en la ley, y se ordenó también preservar todas las actuaciones de impulso del trámite que se hubiesen cumplido con anterioridad a esta sentencia.

2. La utilización de un criterio de carácter sospechoso en la Sentencia SU-617 de 2014⁵⁸

La Sala Plena no equipara la protección especial que el ordenamiento jurídico colombiano otorga a la familia heterosexual y monógama, a las familias homosexuales, toda vez que, para estas últimas tan solo se procura que sus miembros no experimenten un déficit de protección que vaya en contra del reconocimiento y la protección a la diversidad de estructuras familiares o formas alternativas de familia.

En consecuencia, es posible extraer que la falta de reconocimiento de la existencia de análogos requerimientos de protección entre las parejas heterosexuales y las homosexuales puede llegar a configurar un trato discriminatorio a la luz de la aplicación de un juicio estricto de igualdad. Si bien la Sentencia

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 31 de octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

SU-617 de 2014 resuelve amparar el derecho constitucional a la autonomía familiar de las demandantes, es preciso señalar que el análisis de la Corte estuvo marcado por la utilización de criterios sospechosos como elemento de diferenciación pues cualquier distinción basada en la orientación sexual de una persona se presume discriminatoria.

Los factores presentes en la denegatoria de la solicitud de adopción consentida formulada por la pareja homosexual, e incluso en el discurso de la Corte, que hacen necesaria la aplicación de un juicio estricto de igualdad son los siguientes: en primer lugar, a la pareja homosexual conformada por las señoras Turandot y Fedora se les está limitando el goce de derechos constitucionales como la autonomía familiar, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad; en segundo lugar, el elemento de la diferenciación es el criterio prohibido o sospechoso de la orientación sexual de la pareja; en tercer lugar, la Constitución reconoce la pluralidad y la igualdad como principios fundamentales del Estado colombiano; y finalmente, las demandantes hacen parte de una población que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, como es la LGTBI.

Las parejas homosexuales deberían tener la misma protección constitucional que ostentan las parejas heterosexuales en cuanto a la posibilidad de constituir una familia así como de adoptar sin que se utilicen criterios basados en su orientación sexual para limitar el goce de sus derechos fundamentales como personas. El uso de un criterio constitucional de este carácter por parte de las autoridades se denomina «sospechoso» dado que es potencialmente discriminatorio y, por ende, en principio, se encuentra prohibido.

Y es que el hecho de haber negado la solicitud de adopción de la menor Lakmé con fundamento en el carácter homosexual de la relación de las señoras Turandot y Fedora así como la equivocada apreciación de la Corte según la cual del ordenamiento jurídico colombiano no se desprende interpretación racional distinta, constituye una diferenciación sospechosa y prohibida toda vez que, en primer lugar, la homosexualidad es un rasgo permanente de la pareja requirente que hace parte de su identidad personal; en segundo lugar, la homosexualidad ha sido históricamente menospreciada por los patrones de valoración de una cultura homofóbica y finalmente, la orientación sexual no constituye un criterio, per se, con base en el cual sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de derechos o cargas sociales.

Aunque la Sentencia SU-617 de 2014 representa un gran avance en la lucha contra la discriminación en razón a la orientación sexual de las parejas requirentes en los procesos de «adopción consentida», a nuestro juicio, la interpretación restrictiva del concepto de familia que aún persiste en la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe ser objeto de críticas, pues este Alto Tribunal fundamenta su decisión en un criterio sospechoso, como es el de la orientación sexual.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ROBLEDO SIVLA, P. y RAMÍREZ CLEVES, G. (2014). «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». *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (18), 587-620.
- VILLA ROSAS, G. (2014). «La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución». En *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Temis, CEDPAL y Konrad Adenauer Stiftung.

IV. JURISPRUDENCIA

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-617 del 28 de agosto de 2014.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-892 del 31 de octubre de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-276 del 11 de abril de 2012.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-075 del 7 de febrero de 2007.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-814 del 2 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Masacres del Mozotes y lugares aleñados vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012.