PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION
Procurador General

Bogotá, D.C.,

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del Acto Legislativo 01 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"*.
Actor: Gustavo Gallón Giraldo, y otros
Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Expediente D-9499
Concepto

Según lo dispuesto en los artículos 242 y 278 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6 y 242, numeral 1º de la Carta, instauraron los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Mary de la Libertad Díaz Márquez y Juan Camilo Rivera Rugeles contra algunas expresiones contenidas en el párrafo 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 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"*, cuyo texto se transcribe a continuación subrayando lo demandado:

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012
(Julio 31)
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.
EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

Artículo 1°. *La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así:*
Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo

de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria 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; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

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

***Parágrafo 1°.** En los casos de la aplicación de instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que hayan participado en las hostilidades, esta se limitará a quienes se desmovilicen colectivamente en el marco de un acuerdo de paz o a quienes se desmovilicen de manera individual de conformidad con los procedimientos establecidos y con la autorización del Gobierno Nacional.*

***Parágrafo 2°.** En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiendo.*

1. Planteamiento de la demanda

Los accionantes consideran que el pilar de la Constitución respecto del que ha ocurrido una sustitución parcial de la Constitución con motivo del Acto Legislativo 01 de 2012 es "*el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, y por consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción*"; obligación que consideran que se desprende de lo dispuesto en el Preámbulo y en los artículos 1°, 2°, 12°, 29, 93, 228 y 229 de la Constitución; así como en los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 2.1 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los artículos 17 y 53 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en el artículo 14 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas; y en los artículos 2, 4°, 6° y 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En este sentido, los accionantes afirman que existen normas constitucionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos de acuerdo con los cuales, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *"*[*e*]*l deber del Estado de investigar y sancionar las conductas punibles, y la garantía de los derechos constitucionales de las víctimas se encuentran en íntima relación con el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo y el artículo 2º de la Carta*" (cita para esto la Sentencia C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

De otra parte, consideran que el deber de investigar y juzgar violaciones de derechos humanos también tiene fundamento en otras normas de la Constitución como los artículos 228 y 229, los cuales establecen el derecho de acceso a la administración de justicia, el cual advierten que sólo puede

garantizarse a las víctimas de violaciones de derechos humanos si el Estado inicia investigaciones relacionadas con tales violaciones. En el mismo sentido, aducen que la Corte Constitucional ha reconocido que existe un vínculo directo entre el deber de investigar y juzgar y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales están reconocidos en los artículos 12, 29 y 229 de la Constitución Política (referencian para esto la Sentencia C-370 de 2006, M.P.s. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rorigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández).

Expresan, de igual forma, que otra disposición que fundamenta la mencionada obligación es la establecida en el artículo 93 Superior, en donde se reconoce la obligatoriedad de los tratados internacionales ratificados por Colombia, particularmente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece el deber de investigar y juzgar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos, como la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y las violaciones al derecho internacional humanitario[1].

Los actores consideran, por tanto, que el Acto Legislativo introdujo tres elementos que modifican el pilar del Estado Social del Derecho, al emplear dos expresiones que deben ser analizadas en conjunto: *"*[*l*]*a primera de ellas es la que autoriza al Congreso a determinar los criterios con base en los cuales se seleccionarán las violaciones de los derechos humanos que serán investigadas y juzgadas, con el propósito de que los esfuerzos investigativos*

[1] Los accionantes mencionan, además, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994, aprobada mediante la Ley 707 de 2001 y declarada exequible mediante la Sentencia C-580 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997 y declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz); la Convención contra la tortura o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984 y aprobada mediante la Ley 70 de 1986; y la Convención para la sanción y prevención del delito de genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948 y aprobada por Colombia mediante la Ley 28 de 1959.

puedan concentrarse en los máximos responsables de las violaciones de derechos humanos [... lo que] *conduciría a que no todos los responsables de violaciones de DDHH serán investigados y sancionados".* (Subrayado fuera del texto). Así, consideran que con la norma demandada se instaura una nueva regla en lo concerniente a la investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos, a saber: que *"es deber del Estado colombiano garantizar los derechos de algunas de las personas residentes en Colombia e investigar algunas de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometida en su jurisdicción y juzgar sólo a algunos de sus responsables".*

Señalan que el Acto Legislativo no define qué se entiende por *"máximos responsables"*, pero consideran que la expresión demarca una categoría mayor cual es la de los responsables de violaciones de DDHH e infracciones al DIH. En consecuencia de lo anterior, manifiestan que:

> *"*[*A*]*l afirmar que hay algunos que son 'máximos responsables'* [de] *la comisión de violaciones de DDHH e infracciones al DIH, también se da a entender que existen otros responsables de las mismas conductas que no son 'máximos'* [responsables. Y *como*] *la selección de casos procedería respecto de los 'máximos responsables', la renuncia a la investigación penal sucedería respecto de todos aquellos que, teniendo responsabilidad en tales conductas, no entren en la categoría de máximos responsables.*
>
> *Podría argumentarse que no es posible llegar a la anterior conclusión por cuanto la expresión 'máximos responsables' no ha recibido aún una definición legal, por lo cual no cabe hacer suposiciones. No obstante, no es una suposición* [...] *concluir que, cuando se califica determinada categoría, se está haciendo una distinción dentro de dicha categoría. En otras palabras, al decir que hay algunas personas que son máximos responsables, puede concluirse que hay otras que no lo son* [...En este sentido, cuando la Ley Estatutaria] *sea expedida, solo ayudaría para saber qué tan amplio es este universo y cuántos serían aquellos respecto de los cuales puede renunciarse a la persecución penal*".

Así mismo, los actores aducen que prevista la selección de casos en el Acto Legislativo, de un lado se conduciría a que no todos los responsables de violaciones de derechos humanos fueran investigados y juzgados y, de otra parte, se les excluiría de responder y se impediría que las autoridades

pertinentes adelantaran investigaciones penales en su contra. En este sentido, dicen, se modificarían los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales y, especialmente, los derechos de las víctimas, incluso propiciando de esta manera la repetición de graves violaciones de DDHH y de graves infracciones al DIH.

De conformidad con lo anterior, concluyen, "*si no se investiga también a quienes no son 'máximos responsables' se tendrá menor certeza sobre lo ocurrido, ya que solo se podrán dilucidar efectivamente los hechos cometidos por ellos (los 'máximos responsables'), y la investigación será menos exhaustiva respecto de quienes no son máximos responsables. De esta manera se afectará el derecho de las víctimas de violaciones graves a los DDHH e infracciones graves al DIH de conocer la verdad acerca de lo sucedido*".

En segundo lugar, consideran que cuando el Acto Legislativo 01 de 2012, se utiliza la expresión "*crímenes de guerra cometidos de manera sistemática*" (subrayas fuera del texto), se restringe el universo de conductas que dan lugar al deber de respeto y garantía de los derechos de todas las personas residentes en Colombia y a la consiguiente obligación de parte del Estado de investigar y juzgar todas los crímenes de esta naturaleza, creando la siguiente regla: "*el Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar todas las conductas que constituyan crímenes de guerra,* [sino] *tan solo aquellas conductas que constituyan crímenes de guerra cometidas de manera sistemática*".

Cuando por el contrario, aducen, los crímenes de guerra hacen referencia a las conductas descritas en el Estatuto de Roma y allí no se exige que éstas hayan sido cometidas de manera sistemática, en tanto que, lo que les da a estas conductas el carácter de crímenes de guerra no es su sistematicidad sino su gravedad.

En conclusión, los actores advierten que hay una contradicción entre las expresiones demandadas y el deber de Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los Derechos Humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, por cuanto a partir de la vigencia del Acto Legislativo demandado la obligación de garantizar los derechos humanos se relativiza y se autoriza que algunas graves violaciones de los DDHH y algunas graves infracciones al DIH, así como algunos de sus responsables, no sean investigados y juzgados y, por consiguiente, que las autoridades de la República garanticen solamente los derechos de algunas de las personas residentes en el país. Por razón de lo anterior, solicitan a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las expresiones demandadas.

2. Problema jurídico

Como ya se indicaba, los accionantes solicitan que se declare la inexequibilidad de algunas de las expresiones contenidas en el Acto Legislativo demandado por cuanto consideran que, al proferirlas, el Legislador incurrió en un *vicio de competencia* y que, por lo mismo, éstas constituyen una *sustitución o cambio* de la Constitución y no una simple *reforma* de la Norma Superior. En razón de lo anterior, los accionantes hacen uso metodológico del denominado *test de sustitución*, el cual ha venido siendo articulado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo tanto, el problema que debe examinar la Corte Constitucional es si se configuró o no un cambio o sustitución de la Constitución al disponerse, mediante Acto Legislativo, que la persecución penal tan sólo acontecerá respecto de casos seleccionados contra (i) los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, que (ii) hayan sido cometidos de manera sistemática; y que, al mismo tiempo (ii) procederá la renuncia a la persecución penal en todos los casos no seleccionados.

3. Análisis constitucional

En primer lugar debe advertirse que la demanda *sub examine* se presentó dentro del término previsto en el artículo 379 Superior, por lo cual no se ha configurado el fenómeno de la caducidad respecto de la misma. En efecto, el Acto Legislativo 01 de 2012 se promulgó el 31 de julio de 2012 y la demanda se presentó ante la Corte el 18 de diciembre de 2012, es decir, antes de cumplirse el año exigido para las demandas de inconstitucionalidad que se formulan contra Actos Legislativos.

En atención a lo anterior, con relación a la presente demanda la Procuraduría General de la Nación procederá a analizar el fondo de la demanda *sub examine* y al hacerlo presentará una solicitud principal y otra subsidiaria. Como solicitud principal se solicitará a la Sala Plena de la Corte Constitucional declararse INHIBIDA para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2012 por falta de competencia. Y en caso de que la Sala Plena, en razón de la teoría de la sustitución de la Constitución, adopte la decisión de entrar a conocer sobre el objeto de la demanda, y considerando, además, que el contenido de las expresiones demandadas podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado, en tanto que contradice algunas normas del bloque de constitucionalidad (Artículo 93 Superior), esta Vista Fiscal solicitará a la Corte declarar INEXEQUIBLES las expresiones demandadas.

3.1. La falta de competencia de la Corte Constitucional para hacer examen de fondo de los actos legislativos aprobados por el Congreso como constituyente secundario

Según se aprecia en la demanda, los reproches de los accionantes se fundamentan principalmente en la denominada "*teoría de la sustitución de la Constitución*", que ha sido desarrollada por la jurisprudencia

constitucional en los últimos años. Sin embargo, esta Vista Fiscal insiste en que, de conformidad con las normas constitucionales pertinentes, el control de constitucionalidad de los Actos Legislativos expedidos por el Congreso de la República sólo procede por vicios de procedimiento, lo que significa que es improcedente todo control judicial constitucional sobre un supuesto vicio de competencia del Legislador para modificar la norma Superior, toda vez que la Carta Política en ninguna parte fija límites sustanciales al ejercicio de la función constituyente por parte del Congreso de la República.

En este sentido, debe reiterarse la posición expresada por el Ministerio Público respecto de la citada teoría en los conceptos 5516 del 14 de febrero de 2013 y el 5538 del 5 de marzo de 2013, entre otros, en donde se sostuvo:

> "[*E*]*sta Vista Fiscal considera que la teoría de la sustitución de la Constitución no tiene fundamento en el texto constitucional y que, por virtud de ello, la Corte Constitucional no tiene competencia para juzgar la exequibilidad de los Actos Legislativos por razones distintas a las de procedimiento y, específicamente, al trámite señalado en el artículo 375 Superior en donde en forma alguna se fijan límites sustanciales al Legislador para reformar el texto constitucional y, mucho menos, se establece una cláusula abierta de conformidad con la cual la Corte Constitucional puede establecer (lo que no ha hecho hasta el momento) cuáles son los elementos esenciales definitorios de la Carta Política que el Congreso de la República, como constituyente derivado, no puede modificar.*
>
> *Por el contrario,* [...] *de manera expresa e incontestable el artículo 379 Superior establece que los actos legislativos 'sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título', lo que significa (i) que antes que unos límites sustanciales o una competencia de reforma constitucional limitada, para el Congreso de la República únicamente existen unos 'requisitos' procedimentales que debe satisfacer para reformar la Constitución por vía de Actos Legislativos y, al mismo tiempo, (ii) que es la Corte Constitucional —la Corporación llamada a juzgar la constitucionalidad de los Actos Legislativos— quien se encuentra limitada a hacerlo por los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta Política, 'De la Reforma de la Constitución', y específicamente en su artículo 375* [...]

Tan es así que, se reitera, el artículo 241 constitucional, en donde se establece también de manera clara e inequívoca que la Corte Constitucional únicamente puede guardar la integridad y supremacía de la Constitución 'en los estrictos y precisos términos de este artículo', que esa Corporación puede '[d]ecidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, ***sólo por vicios de procedimiento en su formación****' (negrillas fuera del texto), lo que, en otras palabras, significa que quien tiene una competencia clara, específica y limitada es la Corte Constitucional, y que respecto de los Actos Legislativos únicamente puede pronunciarse por los vicios señalados que, se reitera, en forma alguna se refieren a una competencia limitada del poder constituyente derivado, elementos esenciales definitorios de la Constitución Política que no pueden modificarse o nada semejante.*

Sostener lo contrario, como lo ha hecho esa Corporación [...] contraría la regla constitucional según la cual '[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley', fundamento esencial de un Estado de Derecho, así como incluso la soberanía popular (Artículo 3° Superior) y la primacía misma de la Constitución (Artículo 4° Superior), en tanto que fue el mismo pueblo de Colombia quien, al decretar, sancionar y promulgar la Constitución de 1991 (Preámbulo), determinó que existiera una serie alternativa de mecanismos para reformar el texto constitucional (Título XIII) y, particularmente, quien permitió que el Gobierno Nacional o el Congreso de la República, por su propia iniciativa, reformen la Constitución por medio de actos legislativos, así como limitar la competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre estos actos por razones de procedimiento, dentro del año siguiente a su promulgación (Artículo 379 constitucional), y específicamente por el cumplimiento de una serie de requisitos específicos que, se reitera, en forma alguna se refieren al contenido sustancial de la reforma constitucional.

En el mismo sentido, esta Jefatura comparte plenamente los argumentos expresados por el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto en su aclaración de voto a la Sentencia C-141 de 2010, de la que él mismo fue ponente, en el sentido de que:

'Ampliar el alcance de la competencia de la Corte Constitucional en el examen de los distintos procedimientos reformatorios de la Constitución, de manera tal que abarque los vicios de sustitución, tiene las siguientes implicaciones negativas: (i) riñe con el tenor literal del artículo 241.3 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución [...]

Si bien se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, las decisiones que defienden las tesis de

la sustitución de la constitución parten de la existencia de unos elementos estructurales que no pueden ser modificados sustancialmente, lo que convierte precisamente a tales elementos estructurales en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma[;] *además* [se anuncia] *que el control de la sustitución de la Constitución no reviste las mismas características de un control material, pero por la manera como se adelante este peculiar juicio de constitucionalidad, los supuestos elementos estructurales terminan por convertirse en parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de la reforma, por lo que la figura de los vicios de sustitución de la Constitución implica un control del contenido de las reformas constitucionales y no se entiende cómo se pueda ejercer un control de esta naturaleza sin la existencia de límites materiales al poder de reforma [...]*

Los procedimientos de reforma constitucional son expresión de un poder constituyente constituido, lo que viene a significar que en definitiva se trata de decisiones tomadas por el titular de la soberanía, por el pueblo, bien sea directamente bien sea a través de cuerpos elegidos popularmente. La existencia de límites o condicionamientos para modificar la Carta Política solo se refiere al procedimiento para la toma de decisiones, no sobre el contenido de las mismas'.

Como también comparte las reservas manifestadas por el Magistrado Nilson Pinilla a esa misma decisión judicial, en el sentido de que '[e]l texto constitucional que fija las competencias de esta Corte es claro en su sentido y alcance, y usa expresiones de tal contundencia que erradica cualquier espacio de duda, y en tratándose del tema de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, utiliza el adverbio 'sólo', para significar, sin duda alguna, la exclusión de cualquier otra atribución diferente a la allí establecida (examen de los vicios de procedimiento en su formación), por lo que resulta inaceptable cualquier progresista interpretación que de él quiera hacerse' y de que '[l]a Constitución no señala taxativamente los límites de contenido a los cuales están sometidos los procesos de enmienda constitucional, razón por la cual ha de entenderse que ellos no existen, además de las referencias que la misma constitución ofrece en el sentido de no imponer límites materiales al referido poder de enmienda por lo que inquieta profundamente que ante la ausencia de límites materiales expresos al poder de enmienda en cabeza del Congreso, sea la Corte Constitucional, como poder constituido, la que en forma implícita y ad hoc pretenda deducirlos para adelantar un control constitucional que rebasa la competencia que le atribuye en forma precisa la Constitución'.

En efecto, en caso de aceptarse la teoría de la sustitución tendría que sostenerse que la Constitución sí tiene clausulas pétreas, que serían precisamente aquellas que no podrían modificarse ni siquiera por medio de los mecanismos de reforma constitucional que la misma establece o, lo que es todavía más contradictorio, que puede declararse inexequible una reforma constitucional por haber modificado o intentado modificar una disposición constitucional que, en tanto que no existen cláusulas pétreas,

eventualmente también podría modificarse. Una u otra alternativa es absurda y no encuentra sustento alguno en la Norma Superior.

No está diciendo esta Vista Fiscal que la Constitución Política de 1991 no tenga elementos constitutivos determinantes o elementos esenciales definitorios, como los ha llamado esa Corporación (aunque aún no los ha definido y, por el contrario, parece entender que es algo que deben encontrar y demostrar los ciudadanos cuando formulan demandas de inconstitucionalidad con fundamento en la mencionada teoría).

Muy por el contrario, para esta Jefatura es claro que efectivamente los tiene y considera que probablemente podrían mencionarse entre ellos los principios y valores constitucionales contenidos en el Preámbulo y en los Títulos I y II de la Carta Política, relativos a los principios fundamentales y a los deberes [derechos] y los deberes de los ciudadanos, como también es evidente que estos elementos definitivamente son límites para los tres poderes públicos, esto es, para el Poder Ejecutivo, obligado a cumplir la Constitución y la Ley, así como a garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos (Artículo 188), para el Poder Legislativo, que debe respetarlos a la hora de promover, interpretar, reformar y derogar las leyes (Artículo 150 Superior) y para el Poder Judicial, a quien corresponde administrar justicia bajo el imperio de la Ley (Artículo 230 Superior).

Sin embargo, entre estos rasgos característicos esenciales se encuentra también el hecho de que la Constitución de 1991 —como no sucedía con la Constitución anterior— puede reformarse a través de diferentes procedimientos o mecanismos y bajo el cumplimiento de los requisitos que en la misma se establecen y que, por tanto, ningún poder constituido puede limitar esos mecanismos o agregarles condicionamientos que el constituyente no estableció, pues ninguno de ellos está por encima de la Constitución".

Por lo tanto, en razón de las anteriores consideraciones, el Jefe del Ministerio Público solicitará a la Corte Constitucional, como petición principal, declararse inhibida para pronunciarse sobre el Acto Legislativo 1 de 2012 con motivo de la demanda *sub examine* por falta de competencia, en tanto que en la misma no se acusa la violación de los requisitos de procedimientos establecidos en el Título XIII de la Constitución Política, sino una supuesta "*sustitución de la Constitución*", es decir, se reprocha una supuesta falta de competencia del Congreso de la República para decretar el Acto Legislativo demandado, vicio que, sin perjuicio de que se entienda como material o formal, en todo caso no tiene fundamento alguno en el texto de la Constitución Política.

3.2. La inexequibilidad de las expresiones demandadas

En caso de que, en atención a la denominada teoría de la sustitución de la Constitución o cualquier otra consideración, la Corte Constitucional determine que sí es competente para pronunciarse sobre la exequibilidad o inexequibilidad del Acto legislativo demandado por razones distintas a los "*vicios de procedimiento en su formación*" a los que hace referencia el numeral 1° del artículo 241 Superior, esta Vista Fiscal considera que deberán declararse inexequibles las expresiones demandadas por las razones que pasan a exponerse.

De manera preliminar, para facilitar el estudio de los cargos formulados por los accionantes resulta pertinente reproducir cada una de las normas constitucionales que los actores entienden que se vulneran (subrayando los apartes que se consideran más pertinentes) cuando el Legislador, en su condición de constituyente derivado, establece que, mediante Ley Estatutaria, se podrán "*determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática* [...] *y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial de todos los casos no seleccionados*" (se subrayan las expresiones demandadas).

3.2.1. Las normas constitucionales invocadas

Directamente de la Norma Superior los actores invocan como vulneradas las siguientes disposiciones:

> "*PREAMBULO*
> *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de*

Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. […]

ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. […]

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.
[…]

"*ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.
La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.
[…]

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

Por su parte, del bloque de constitucional los actores señalan como vulneradas las siguientes normas:

"***CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32) San José, Costa Rica, 7 al de 22 de noviembre de 1969 CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)***[2]

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social [...]

Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

"***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966[3]

[2] Adoptada mediante la Ley 16 de 1972.

[…]

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social […]

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

"***Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional***[4]

[…]

PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE […]

Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

---

[3] Ley 74 de 1968.

[4] Adoptada mediante la Ley 742 de 2002, declarada exequible mediante la Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio […]

PARTE V. DE LA INVESTIGACIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO
Artículo 53
Inicio de una investigación

1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;

b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;

b) La causa es inadmisible de conformidad con el artículo 17; o

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los

intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.

3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones".

"***Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas***
Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992[5]
[…]
Artículo 14
Los presuntos autores de actos de desaparición forzada en un Estado, cuando las conclusiones de una investigación oficial lo justifiquen y a menos que hayan sido extraditados a otro Estado que ejerce su jurisdicción de conformidad con los convenios internacionales vigentes en la materia, deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes del primer Estado a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio".

"***Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes***
Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1)
[…]
Artículo 2
1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

[5] Con motivo de esta misma Declaración ver también la *Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 e incorporada por medio de la Ley 1418 de 2010, la cual fue declarada exequible a través de la Sentencia C-620 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.
3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura [...]
Artículo 4
1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad [...]
Artículo 6
1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.
2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.
3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.
4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción [...]
Artículo 12
Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial"[6].

3.2.2. Los argumentos principales en litigio

Como se resumía en el primer aparte del presente concepto, como fundamento principal de su demanda los actores señalan que las expresiones demandas del Acto Legislativo 1 de 2012, esto es, los criterios

[6] Con en el mismo sentido de los artículos citados se pueden consultar específicamente los artículos 1°, 3°, 4°, 6°, 7°, 9°, 10°, entre otros, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya citada.

de selección con los que se pretende "*centrar los esfuerzos de la investigación penal*" únicamente en los (i) "*máximos responsables*" de los delitos de "*lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra*" que han sido (ii) "*cometidos de manera sistemática*", con la consecuente "*renuncia condicionada a la persecución penal de* [(iii)] *todos los casos no seleccionados*"; sustituye la Constitución en tanto que modifica lo que enuncian como: el *"deber del Estado de garantizar los derechos humanos, y* [por] *consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente* ***todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción***".

En este sentido, entienden que la modificación de esta cláusula implica una sustitución de la Constitución, esto es, un acto que supera los límites de competencia que tiene el Congreso de la República para modificar la Norma Superior.

Por su parte, el Gobierno Nacional (en Oficio de intervención del 4 de marzo de 2013), así como los diferentes intervinientes en este proceso de constitucionalidad que solicitan que se desestime la petición de los accionantes o que se declaren exequibles las expresiones demandadas, de manera general concentran sus esfuerzos en intentar demostrar que si bien el Estado tiene la obligación general de garantizar los derechos humanos e investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, cometidas en su jurisdicción, esta obligación (i) no es absoluta y (ii) no es igual de vinculante o no opera de manera idéntica en un Estado que se encuentra en una situación de paz o de normalidad, que en un Estado que pasa por un proceso de justicia transicional en donde, precisamente con fundamento en la primera consideración, se pueden establecer criterios de selección como los que establecen las expresiones demandadas.

En las propias palabras de los Ministros del Gobierno Nacional:

> "*El artículo 66 transitorio no sustituye la Constitución porque ni ésta, ni el derecho internacional, ordenan la represión penal de 'todas' las graves violaciones a los derechos humanos, 'todas' las infracciones graves al derecho internacional humanitario, 'todos' los crímenes de guerra, y a 'todos' sus responsables, cuando tales hechos son enfrentados en el marco de una estrategia integral de justicia transicional en un contexto de transición del conflicto armado interno hacia la paz* [...]
>
> [*L*]*a estrategia integral de justicia transicional que está trazada en el Acto Legislativo objeto de revisión no sustituye en nada de la Constitución, precisamente porque su principal objetivo es garantizar, de la manera más efectiva posible en un contexto transicional, la satisfacción de los derechos de las víctimas y asegurar los derechos colectivos a la paz y la justicia. En el caso colombiano, luego de cerca de cincuenta años de conflicto armado interno, hacer frente al legado de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas a lo largo de todos estos años requiere de una estrategia integral de justicia transicional como la que contempla el Acto Legislativo. Como lo ha afirmado la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos 'cuando han sido miles de personas las que han participado en la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados'. Y, en Colombia, no se olvide, se desmovilizaron más de 35.000 miembros de autodefensas ilegales, y se estima que cerca de 10.000 guerrilleros podrían hacerlo*".

Palabras, estas últimas, que coinciden con lo que ya se había afirmado en la ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo que dio lugar al Acto ahora demandado (presentada por el H. Representante a la Cámara Carlos Edward Osorio Aguiar el 23 de septiembre de 2011), en donde se sostuvo que:

> "[*L*]*o que se propone hacer en primera instancia este acto legislativo* [es] *orientar los procesos y darle herramientas a los poderes públicos para diseñar e implementar una estrategia coherente que bajo la guía constitucional permita darle un tratamiento excepcional, propio de la justicia transicional, a las violaciones masivas producto del conflicto armado interno. Este es el principal objetivo del acto legislativo: ser la hoja de ruta que posibilite a las fuerzas políticas y democráticas garantizar una transición legítima hacia la paz estable y duradera*".

En efecto, en aquella misma ponencia se manifestó que "*el proyecto de Acto Legislativo que se pone en consideración* [....] *en nada contradi*[ce] *el objetivo principal de garantizar la seguridad*", y se advirtió que, en el mismo, se

partía de reconocer "*una realidad: los mecanismos de justicia transicional que han sido empleados para alcanzar la paz están en profunda crisis, a pesar de los enormes esfuerzos de la rama judicial".*

Por lo tanto, haciendo alusión a la Ley 418 de 1997, "*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*", y a sus respectivas prórrogas; a la Ley 975 de 2005, "*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*"; a la Ley 1424 de 2010, "*Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones*"; y a la Ley 1448 de 2011, "*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*"; en aquella primera ponencia se advirtió que las normas citadas no habían tenido el éxito requerido y que no estaba "*clara la relación entre los diferentes instrumentos jurídicos, ni tampoco –y este es el punto fundamental- la contribución coherente de todos estos al* ***fin último de la justicia transicional*** *que debe ser* ***facilitar y consolidar el logro de la paz, protegiendo los derechos de <u>todas las víctimas</u> del conflicto armado interno***" (subrayas y negrillas fuera del texto)[7].

Así, tal y como lo sostiene actualmente el Gobierno Nacional en su defensa del Acto Legislativo demandado, ya en la primera ponencia del mismo se explicaba que:

[7] Se destaca aquí la expresión "todas las víctimas", pues *prima facie* la misma resulta contradictoria con la decisión de adoptar criterios de selección que, precisamente, suponen la exclusión de algunos casos y, por tanto, la garantía de los derechos de solo "algunas" de las víctimas.

"[*E*]*l término 'transición' debe ser entendido* [...] *como la transición de una situación de conflicto a una de paz* [...*este*] *tipo de transición exige que se pondere*[n] *junto con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que son capitales de toda transición,* [otras] *consideraciones a este tipo de transición, como son la reintegración de lo excombatientes, la prevalencia de condiciones de seguridad en el territorio y en general las garantías de no repetición: no repetición de las violaciones sufridas por las víctimas y no repetición de nuevas violaciones en contra de nuevas víctimas*" (subrayas fuera del texto)[8].

De igual forma, ateniendo al número de sentencias proferidas y el tiempo de duración de las investigaciones realizadas en virtud de la Ley de Justicia y Paz, así como al tipo penal objeto de las mismas, entre otras, allí se sostuvo que, para garantizar la paz, era imprescindible o inevitable "*re-direccionar el enfoque de investigación de los procesos de justicia y paz, con el fin de garantizar que la rama judicial concentre sus esfuerzos de investigación y sanción de los más responsables y permita el esclarecimiento, en un tiempo razonable, de los crímenes más atroces cometidos en el marco del conflicto armado*", pues se advertía que "*el enfoque actual no permite a la Fiscalía concentrar sus esfuerzos y recursos en los casos de los 'más responsables' –como es la práctica internacional– ni esclarecer patrones y contextos regionales de operación de los distintos actores del conflicto, sino que fomenta la investigación de hechos individuales y aislados*".

En conclusión, se tiene que mientras los accionantes consideran que el uso de criterios de selección de casos y, particularmente, el uso de los criterios de selección establecidos con las expresiones demandadas implica una sustitución de la Constitución, en tanto que aducen que existe el deber constitucional de investigar *todos* los crímenes de lesa humanidad, genocidios, o crímenes de guerra, el Acto Legislativo demandado parte de la consideración práctica de que "*procesar judicialmente todos los hechos* [...] *sería materialmente imposible*" y de la

[8] En el mismo sentido de la anterior anotación, se precisa que el aparte subrayado tendría que entenderse como exclusivamente para las víctimas de los casos seleccionados y no para todas las víctimas. Sobre los efectos de la selección de casos respecto del derecho a la no repetición, esta Vista Fiscal se pronunciará más adelante.

tesis jurídica según la cual se puede "*dar un trato no judicial a quienes el legislador considere 'menos responsables' de la comisión de los criminales más graves, al tiempo que se esclarece la verdad y se repare a las víctimas*"[9], en tanto que se considera que en el marco de un proceso de justicia transicional no existe la obligación de investigar y juzgar todos esos crímenes.

3.2.3. Concepto del Ministerio Público

Con respecto a la discusión o el litigio constitucional arriba explicado, el Jefe del Ministerio Público considera que *prima facie* los reproches de los accionante sí generan una duda sobre la exequibilidad de las expresiones demandadas, sobre todo porque, aun sin perjuicio de la dificultad que supone comparar el texto de una reforma constitucional con la misma Constitución (que es justamente la razón que explica la improcedencia del juicio material o sustancial de un Acto Legislativo), en todo caso advierte que las expresiones demandadas no parecen compadecerse de las normas constitucionales invocadas y aquí ya previamente citadas (especialmente en los apartes subrayados), y sobre todo con aquellas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

En efecto, aún sin perjuicio de la amplia (sino total) libertad de reforma constitucional que se reconozca que tiene el Legislador, como constituyente derivado, esta Vista Fiscal considera que es indudable que en el ordenamiento jurídico colombiano en todo caso "*prevalecen*" aquellos "*tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos*" (Artículo 93 Superior) y que ello es un signo del carácter auténticamente humanista de la Constitución Política

[9] Aunque se destaca que esta consideración parece ignorar que el Acto demandado establece la selección de casos no sólo para fines de el procedimiento judicial o de la sanción penal sino también para la investigación de parte de la Fiscalía; al mismo tiempo que supone que se puede esclarecer la verdad y garantizar a las víctimas su derecho a la reparación tanto por medio de una investigación oficial y una acción judicial como otros medios alternativos.

de 1991, en donde no solo se establecen la división y la organización de los poderes o se reconocen algunos derechos fundamentales o humanos positivos, sino que, además, se reconocen todos los derechos *"inalienables*" (Artículo 5°) e *"inherentes*" (Artículo 94) de la persona humana, incluyendo aquellos que no están expresamente enunciados en el texto de la Constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos (Ibídem).

En este sentido, el Jefe del Ministerio Público considera que es un hecho incuestionable que el constituyente primario, representado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en realidad quiso garantizar el respeto por la dignidad humana, así como la prevalencia de la vida, la justicia, la igualdad, el debido proceso, la libertad y la paz (entre otros derechos reconocidos en las normas constitucionales invocadas por los accionantes), y por eso no hizo depender el respeto de estos derechos y libertades exclusivamente de su reconocimiento en el ordenamiento positivo (incluyendo el texto constitucional) sino que, además, subrogó todo el ordenamiento jurídico interno a aquellos tratados internacionales en donde expresamente se reconocen estos derechos[10] y, en todo caso, incluso reconoció los derechos inalienables e inherentes de toda persona; por lo que entiende que, aún frente a un Acto Legislativo proferido por el Congreso de la República, la prevalencia de los derechos humanos constituye no solo una natural y positiva limitante a las actividades estatales, sino que, además, propende por una verdadera consolidación y arraigo del Estado constitucional contemporáneo, como tantas veces lo ha desarrollado la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte a través del denominado bloque de constitucionalidad.

[10] En palabras de esa misma Corporación: "*La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que ésta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado y la practicada por grupos armados irregulares*". Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Al mismo tiempo, esta Vista Fiscal advierte que las expresiones del Acto Legislativo demandado parecen contradecir este marco constitucional amplio, dado que allí, sin lugar a dudas, se establecen unos criterios de selección (no de priorización) tanto para la investigación y para la sanción penal (y no sólo para la sanción) que harían que únicamente algunos delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidios pudieran ser investigados y eventualmente sancionados, mientras que otros podrían ser amnistiados o indultados mediante la "*renuncia condicionada a la persecución judicial penal*". En principio, este cometido contradice abiertamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de los específicamente invocados por los accionantes, en la medida en que éstos:

(i) Establecen que los Estados deben reconocer los derechos humanos de todas las personas sin ninguna discriminación;

(ii) Reconocen el derecho a la protección judicial de todas las personas sin perjuicio de quiénes sean sus victimarios o de su grado de responsabilidad o jerarquía dentro de la organización criminal, o de la sistematicidad de los delito que cometan;

(iii) Establecen un sistema de justicia subsidiario para evitar la impunidad de los delitos o crímenes internacionales[11]; y

[11] Los crímenes de derecho internacional se refieren a crímenes perpetrados por individuos: cf. Wouters, J. 2008, "La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional", *en* M. Reed et. al., *Judicialización de crímenes de sistema–Estudios de caso y análisis comparado*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Gobierno de Canadá, pp. 79-95. A pesar de que no existe en ningún tratado internacional definición alguna sobre un "*crimen de derecho internacional*", sí existen ejemplos de estos crímenes, como es precisamente el caso de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, contenidos en algunos tratados (cf. ibíd., p. 81).

(iv) Obligan a los Estados a juzgar a todos los presuntos autores de actos de desaparición forzada, impedir, no justificar, investigar y sancionar todos los actos de tortura; entre otros[12].

Por razón de lo anterior, de manera preliminar esta Vista Fiscal advierte que las expresiones demandadas efectivamente contrarían las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad invocadas por los accionantes, en tanto que concluye que el principio-derecho a la igualdad, los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, así como la prohibición contra todas las formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes (como es el caso de la tortura o la desaparición forzada, entre otros), no parecen compatibles con el hecho de que se faculte al Legislador para reconocer y garantizar los derechos a la justicia[13], a la verdad y a la reparación únicamente de las víctimas[14] de los mayores responsables de los citados delitos, o exclusivamente los derechos de las víctimas de los delitos de esta naturaleza que se hayan cometido de manera sistemática, y para permitir que ni siquiera sean objeto de investigación los crímenes de lesa

[12] Entre los crímenes de lesa humanidad pueden mencionarse, por ejemplo, el embarazo forzoso, el asesinato y el secuestro, el despojo de tierras, entre otros. Por su parte, puede entenderse como un acto inhumano que causa graves sufrimientos contra la integridad, de conformidad con el artículo 7.1 del Estatuto de Roma. Finalmente, como crímenes de guerra, según el artículo 8.2 del mismo Estatuto, se entienden el uso de minas antipersonales u otros artefactos explosivos, los homicidios en persona protegida y los ataques indiscriminados contra la población y los bienes civiles.

[13] El Ministerio Público reconoce que el *derecho a la justicia* constituye una de las cuestiones más problemáticas en los procesos de justicia transicional, por cuanto confronta el deber del Estado de investigar y juzgar los crímenes cometidos —sumado a las expectativas de las víctimas— con aquello que más teme y, seguramente, le resulta menos atractivo de dejar las armas y cesar el conflicto al victimario: una condena que lo prive de su libertad. Sin embargo, debe recordarse que con el proceso penal el Estado asume el rol central, buscando que la institución del castigo no derive en venganza y que, por el contrario, contribuya a los objetivos de reconstrucción del tejido social. Por lo tanto, aun cuando en el balance entre justicia y paz que se efectúa en un proceso de justicia transicional no resulta conveniente la aplicación del sistema penal permanente o tradicional sino, más bien, se deba estructurar uno *sui generis,* con reglas propias, éste *en todo caso debe ser respetuoso de los derechos de las víctimas y del debido proceso,* así como tener la flexibilidad necesaria sin que ello conlleve algún tipo de arbitrariedad y, además, ofrezca alternativas que no deriven en *impunidad.* En este sentido, la legislación penal debe propender por la realización de una transición efectiva, es decir, debe producir cambios sustanciales en el conflicto y, al mismo tiempo, debe estar conforme con los derechos de las víctimas reconocidos en los convenios internacionales.

[14] "*La Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó*": Sentencia C-360 de 2006 (M.P.s. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández).

humanidad, genocidios o crímenes de guerra cometidos por las personas que, *ex ante*, se considere que no son los máximos responsables de estas conductas, o cuando se considere que éstas se cometieron de una manera no sistemática.

En este sentido, tal y como en su momento lo concluyó la misma Sala Plena de la Corte Constitucional al declarar exequible el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el Jefe del Ministerio Público también es claro que "[*l*]*a soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desean convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad*", por lo que no considera acorde a derecho que, so pretexto de la competencia de reforma del constituyente secundario y de las necesidades prácticas de un proceso de justicia transicional, se sacrifiquen los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado y se incumplan los deberes internacionales mínimos[15] que tiene el Estado colombiano como sujeto y parte del conflicto armado que la población ha tenido que padecer por más de cincuenta años[16].

[15] El Estatuto de Roma concede a la Corte Penal Internacional (CPI) jurisdicción para investigar y juzgar todas estas conductas y, para el caso colombiano, esta jurisdicción aplica para los crímenes de lesa humanidad que se hayan cometido en Colombia después del año 2002, así como para los crímenes de guerra que hayan sido perpetrados después del 5 de noviembre de 2009, en virtud de una cláusula de reserva. La competencia de la CPI, en todo caso, es residual y complementaria, en tanto que procede en caso de que un Estado "*no quiera o no pueda*" judicializar dichos crímenes, de conformidad con el sentido claro del Preámbulo del Estatuto de Roma que señala que "***es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales***" (resaltado agregado). En el mismo sentido, el artículo 20.3 del Estatuto, relativo al *non bis in idem* y a la cosa juzgada, estipula que la CPI no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal, pero, al mismo tiempo, establece claramente como excepción a esa regla que el proceso en el otro tribunal haya obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

[16] A pesar que algunos autores consideran, respecto de las violaciones a las normas internacionales de derechos humanos, que "*no queda claro si existe un deber internacional jurídico firme de judicializar las violaciones del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]*" (Wouters, J., cit., p. 94), lo cierto es que en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esta duda ya ha sido resuelta, en sentido reiteradamente afirmativo, esto es, que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos sí tienen el deber jurídico de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a las obligaciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Para profundizar en esta posición, esta Jefatura considera importante hacer las siguientes tres consideraciones generales:

1) Específicamente respecto de la norma demandada, debe llamarse la atención a la Corte de las siguientes circunstancias: (i) el artículo transitorio 66 Superior, establecido por el artículo 1° del Acto Legislativo demandado, no solo faculta al Fiscal General de la Nación para determinar o establecer unos "*criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal*", asunto no demandado por los accionantes, sino que además faculta al Legislador estatutario para establecer unos "*criterios* [...] *de selección*", como son precisamente los establecidos con las expresiones demandadas; (ii) estos criterios de selección no solo se establecen para el ejercicio de la acción judicial o, más precisamente, para la procedencia de la sanción penal (como podría deducirse de los argumentos que se presentaron tanto en la primera ponencia del entonces proyecto de Acto Legislativo, como en la intervención del Gobierno Nacional dentro del presente proceso de inconstitucionalidad), lo que de suyo guarda relación directa con el derecho de las víctimas a la justicia[17] y podría comprometer el derecho a la

[17] La Corte Suprema de Justica ha equiparado el derecho a la justicia al derecho a que no exista impunidad, es decir, a que exista un momento en el cual las víctimas de los delitos puedan obtener verdad, justicia y reparación (Sentencia 34634 de 2011). Sobre la justicia concreta, ha dicho que su contenido se materializa en el deber del Estado de investigar y sancionar a los autores de los delitos, respetando en todos los juicios el debido proceso y, correlativamente (lo que también tiene relación con el derecho a la verdad), el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Citando la Sentencia C-412 de 1993 de la Corte Constitucional (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el derecho a un recurso judicial efectivo involucra tanto la existencia de un proceso penal como el derecho a participar del mismo, y ha precisado que el derecho a participar no es solo con fines de reparación (Sentencia 10166 de 1998), sino que supone también todas las garantías procesales pertinentes (Corte Constitucional, Sentencia SU-1184, M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En este sentido, tanto la Corte Suprema como la Corte Constitucional coinciden en que todo proceso de justicia transicional debe contener un proceso penal. Cosa distinta es que reconozca la posibilidad de establecer consecuencias (sanciones) distintas a la pena privativa de la libertad, o que se suspenda la ejecución de la pena, con el fin de crear un esquema atractivo a los actores del conflicto, pues consideran que en ninguna fuente de derecho se establece con absoluta claridad cuál debe ser la sanción o si ésta necesariamente implica ir a prisión. De otra parte, en lo relativo al proceso penal, la Corte Constitucional ha establecido que, en todo caso, los jueces tienen las siguientes obligaciones: adelantar los procesos de forma seria, rigurosa y exhaustiva, además de tramitarlos con diligencia, celeridad y convicción, tomando medidas para proteger a las víctimas, permitiéndoles que puedan intervenir en los procesos y sin dilatar en el tiempo la definición del asunto (Corte Suprema de Justicia. *El Proceso Penal de Justicia y Paz. Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, 2011, p. 83). Mientras que, al mismo tiempo, ha señalado que las sentencias deben ser correctas jurídicamente pero, además, estar en armonía con los contenidos materiales de la justicia, lo que significa que los jueces pueden imponer a otras autoridades el cumplimiento de sus deberes dentro de los plazos establecidos. En conclusión, la jurisprudencia

igualdad[18], sino que también abarcan "*la investigación penal*", lo que sin duda tiene relevancia para los derechos de las víctimas a la verdad[19] y a la reparación[20]; y (iii) los criterios de selección demandados no se establecen

---

nacional ha precisado que el proceso penal es un escenario de expectativas para las víctimas y que, por tanto, debe reunir los anteriores elementos para satisfacer el derecho a la justicia, destacando que los jueces deben respetar los principios constitucionales y los tratados internacionales por encima de los formalismos procesales.

[18] Como un ejemplo de ello sea pertinente mencionar el caso de la ya citada Sentencia C-370 de 2006, en donde, refiriéndose a la Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional concluyó que: "*viola*[n] *el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley*".

[19] El derecho de las víctimas a la verdad supone para el Estado la obligación de permitirles conocer las circunstancias, los acontecimientos y los responsables de las conductas delictivas que se han realizado contra ellas. De ese derecho se distinguen, además, dos dimensiones: la *individual*, que se concreta en el derecho de las víctimas de tener un recurso judicial efectivo, y la *colectiva*, caracterizada por el denominado "deber de recordar" y contribuir a la memoria colectiva. La Corte Constitucional se pronunció *in extenso* sobre este asunto al analizar la exequibilidad la Ley 975 de 2005 (Sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis), señalando que es el derecho a la verdad la razón por la que esclarecer los hechos es la forma en que q desmovilizados postulados pueden acceden a los beneficios de la pena alternativa prevista en aquella norma. La forma de garantizar el derecho a la verdad, así entendida, supone complementar los aspectos procesales con mecanismos extrajudiciales más flexibles que respondan a las necesidades de macro-criminalidad. En este sentido, la verdad en los procesos transicionales se puede construir con lo que diga el responsable, lo que verifiquen las autoridades y lo que pueda suministrar la víctima, todo lo cual implica unos medios probatorios más flexibles que son propios de este tipo de procesos y una serie de consideraciones sobre el *contexto* de los delitos. Así, por ejemplo, la confesión en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2006), luego de las correcciones introducidas por la Corte Constitucional, debe ser completa y veraz y el incumplimiento de este requisito debe ser demostrado por la Fiscalía. En este sentido, allí se justificaron las medidas complementarias con estándares más laxos (Corte Suprema de Justicia, Auto radicado No. 32022 de septiembre de 2009). La Corte Suprema de Justicia, por su parte, contempló la posibilidad de crear una Comisión de la Verdad y resaltó su conveniencia como un espacio sin formalidades judiciales donde las víctimas pueden expresarse para ser reconocidas y reivindicadas por la sociedad, aunque su desarrollo depende del Ejecutivo y del Legislativo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 34634 de 2011).

[20] Respecto del derecho de las víctimas a la reparación, la jurisprudencia constitucional ha extendido el alcance de la participación de las víctimas en el proceso penal para abandonar la concepción según la cual su interés está limitado a la reparación económica que le corresponda como parte civil dentro del proceso penal. Así, sustentándose tanto en los derechos constitucionales como en los pronunciamientos de diferentes instancias internacionales (cf. sentencia de la Corte IDH del 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos [*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*] y el "*Conjunto de Principios para la Protección y la promoción de los derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*", proclamado por la ONU y parte integrante del Bloque de Constitucionalidad), se dio paso al reconocimiento de nuevos derechos de las víctimas que no se contemplaban para la víctima como parte civil, como son precisamente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esto es crucial para entender el alcance de la reparación, pues actualmente es claro que la reparación no se agota con una indemnización pecuniaria, sino que implica un sinnúmero de medidas diferentes, como son:
"*(i) Restitución: devolver a la víctima a su statu quo ante. (ii) Indemnización: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados. (iii) Rehabilitación: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos. (iv) Satisfacción: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido. (v) Garantía de irrepetibilidad: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares. (vi) Reparación simbólica: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr. la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales.*

en atención a las víctimas de las conductas delictivas o a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales actualizados, sino en virtud del grado de responsabilidad de los victimarios y de la sistematicidad de las conductas.

Sobre los criterios de selección demandados, con los que precisamente se pretende fijar el "marco" constitucional para un(os) proceso(s) de justicia transicional y al que, por lo tanto, en el futuro debe ajustarse la legislación que expida el Congreso de la República para ese propósito, debe decirse que el Acto Legislativo *no determina ni especifica en forma alguna* qué se entiende por "máximos responsables", como podría hacerlo valiéndose de los conceptos propios del derecho penal relativos a los grados de autoría y participación.

En este sentido, el Legislador Estatutario podría posteriormente establecer que los máximos responsables son únicamente quienes tienen responsabilidad principal (o mejor sería decir podrían tener, pues para fijar esto con certeza sería necesaria una investigación penal *previa* de la que el Acto Legislativo demandado, en cambio, prescinde) en los mencionados delitos, excluyendo a los determinadores o cómplices en su calidad de partícipes. Incluso, el Legislador podría excluir del deber de investigación a los autores mediatos o coautores y limitar el ejercicio de la acción penal únicamente respecto de quienes *prima facie* aparecen como los autores directos de las conductas. Y estas decisiones, a la luz de la norma demandada, habrían de considerarse ajustadas a la Norma Superior, aunque de bulto resulten contrarias a los derechos de las víctimas.

De igual forma, el otro criterio de selección establecido en el Acto Legislativo con la expresión "*sistemático*", implica, por ejemplo, dejar de

---

(vii) Reparación colectiva: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas" (Corte Suprema de Justicia, *El Proceso Penal de Justicia y Paz. Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, 2011, pp. 100-101).

considerar como genocidio el caso del homicidio del líder de un grupo o de una población, como hecho único, pero cuyo propósito sea la eliminación absoluta de todo ese grupo o de esa población específica; o dejar de considerar como un crimen de guerra el homicidio en persona protegida; o excluir del deber de investigación y sanción los crímenes de lesa humanidad cometidos de manera generalizada pero no de manera sistemática.

Por último, estos criterios de selección, al limitarse a los citados delitos o crímenes internacionales, excluyen o hacen caso omiso (sin que quede del todo claro cuál sería el efecto de esa omisión), de las graves violaciones de los derechos humanos, como es el caso de la tortura, un delito que tampoco tiene que ser sistemático pero que tampoco puede dejarse impune.

2) Específicamente respecto del juicio de constitucionalidad de las expresiones demandadas, en caso de considerarse procedente, esta Vista Fiscal advierte que el mismo no debe limitarse a las consideración de las normas invocadas que forman parte del texto constitucional sino, también y especialmente, de las normas del bloque de constitucionalidad, y esto reconociendo que, precisamente, un proceso de justicia transicional en Colombia en todo caso debe ser respetuoso tanto del ordenamiento constitucional como de los compromisos internacionales adquiridos por el país en materia de derechos humanos[21], los cuales no se afectan en forma alguna por los cambios del

[21] En efecto, aun cuando exista cierto margen de acción para el Gobierno a la hora de cumplir con la exigencia de investigación, juzgamiento y sanción como deber de lucha contra la impunidad y garantía del derecho a la justicia de las víctimas y de la sociedad, resulta también claro que existen consensos a nivel internacional que impiden que las negociaciones de paz desconozcan o disminuyan el reconocimiento de las víctimas y de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral a los que tienen derecho y deben ser satisfechos por las partes del conflicto en la medida en que les corresponda.

ordenamiento interno, incluidas reformas constitucionales, en atención a los principios y a la costumbre del derecho internacional público[22].

En este sentido, debe advertirse con toda claridad que, a diferencia de lo que ha pasado con otros países o naciones del mundo que en distintos momentos históricos han experimentado procesos de justicia transicional, en el caso colombiano una eventual transición de esa naturaleza tendría que adecuarse a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia a través de los mecanismos constitucionalmente establecidos para ello (en donde además participan las tres ramas del poder público y se garantiza el principio democrático). De lo contrario, tendría que darse un cambio de Constitución y, además, tendrían que denunciarse los instrumentos internacionales de derechos humanos actualmente vigentes y vinculantes, como es el caso de los tratados por virtud de los cuales Colombia se ha hecho miembro del sistema universal y del sistema americano de derechos humanos, o ha reconocido la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

3) Finalmente, con relación a la justicia internacional y particularmente respecto del accionar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional, debe precisarse que los mismos suponen una justicia subsidiaria y complementaria que procede para garantizar los derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales

[22] "*Que los juicios penales no sean eficaces políticamente no es una excusa para el fracaso del gobierno de dar cumplimiento a sus obligaciones legales. El Derecho Internacional, por supuesto, no exige que los Estados tomen acci*[ones] *que represente*[n] *una amenaza seria a los intereses nacionales. Pero un [E]stado no puede evadir su deber de castigar crímenes atroces meramente para* […] *promover la reconciliación nacional. No obstante lo deseables que sean los objetivos, el gobierno debe buscar otros medios para lograrlos. La ratificación de una ley de amnistía a través de alguna forma de procedimiento democrático no alteraría esta conclusión; las naciones no pueden extinguir sus obligaciones internacionales al emitir una ley nacional inconsistente* […] *El deber de castigar crímenes de derechos humanos impuesto por el derecho consuetudinario puede acomodar las limitaciones enfrentadas por las sociedades transicionales* […] *El Derecho Consuetudinario sería violado por una impunidad completa por actos notorios o repetitivos de tortura, ejecuciones extra-legales y desapariciones*": Orentlicher, Diane. *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime,* 100 Yale, L.J., 1991, citado en *International Human Rights, Problems of Law, Policy and Practice.* Lillich, Hannum, Annaya, Shelton. Aspen Publishers, Fourth Edition, 2006, pp. 969-970 (traducción libre, subrayas fuera del texto).

y para evitar la impunidad[23] de los delitos que son de relevancia internacional[24], lo que no necesariamente significa que los criterios de priorización o, incluso, los criterios de selección o de excepción que allí se establezcan para su procedencia, deban o puedan ser los mismos que se adopten en los ordenamientos jurídicos nacionales para el actuar de la jurisdicción interna ordinaria o, incluso, para la jurisdicción o legislación extraordinaria que se establece para un proceso de justicia transicional[25].

Hechas estas tres consideraciones generales, a continuación se hará una exposición sobre (1) la naturaleza y la definición de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, mencionados en el Acto Legislativo demandado, así como de (2) las obligaciones internacionales suscritas por Colombia respecto de su investigación y sanción, con el fin de explicar por qué resultan incompatibles con los criterios de selección adoptados por medio de las expresiones demandadas. Posteriormente, (3)

---

[23] "*La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad*": Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[24] "*Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,*
Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,
Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales" (subrayas fuera de texto). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Preámbulo.

[25] En el mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad tanto de la Ley 742 de 2002, "*Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*", como directamente del "*ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*", precisó: "*Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia*": Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

pasará a demostrarse que estas contradicciones entre el Acto demandado y las citadas obligaciones efectivamente constituyen una sustitución de la Constitución.

3.2.3.1. La naturaleza y la definición de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, mencionados en el Acto Legislativo demandado

De conformidad con el artículo 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los crímenes de lesa humanidad son:

> "[C]*ualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:*
> *a. Asesinato*
> *b. Exterminio*
> *c. Esclavitud*
> *d. Deportación o traslado forzoso de población*
> *e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional*
> *f. Tortura*
> *g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*
> *h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, racionales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género (…) en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte*
> *i. Desaparición forzada de personas*
> *j. El crimen de apartheid*
> *k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"* (subrayas fuera del texto).

El genocidio, por su parte, para efectos del artículo 6° de ese mismo Estatuto, es:

> "[*C*]*ualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:*
> *a. Matanza de miembros del grupo*
> *b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de grupo*

c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
d. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo
e. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

En tercer lugar, los crímenes de guerra, según se establece en el artículo 8° de ese mismo instrumento, son:

a) [Las] Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:
i) El homicidio intencional;
ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;
vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;
viii) La toma de rehenes;
b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;
ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;
iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;
v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la

totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
xii) Declarar que no se dará cuartel;
xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;
xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;
xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que tambien constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;
xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su

supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;
c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:
i) Los atentatos contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
iii) La toma de rehenes;
iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.
e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
x) Declarar que no se dará cuartel;
xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;
f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.
3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo".

Como salta a la vista, al menos a partir de la definición de los delitos a los que se refiere el Acto Legislativo demandado que hace el Estatuto de Roma, es decir, de los delitos que, por lo tanto, tiene competencia la Corte Penal Internacional (artículo 5° del Estatuto), no puede desprenderse que el Estado colombiano tenga la obligación de investigar y sancionar penalmente aquellas conductas cuando únicamente sean ejecutadas por sus "*máximos responsables*" o exclusivamente cuando éstas se cometan "*de manera sistemática*".

Muy por el contrario, de conformidad con las definiciones citadas es claro que la Corte Penal Internacional, como una Corporación judicial que tiene una jurisdicción complementaria y subsidiaria a la jurisdicción colombiana, es competente para juzgar: (i) más de doce (12) conductas diferentes que se entienden como crímenes de lesa humanidad tanto si son "*sistemáticas*" como sin son "*generalizadas*" (criterio o categoría no incluida en el Acto Legislativo demandado); (ii) más de cinco (5) conductas diferentes que se entienden como genocidio si se realizan "*con la intención de destruir total o*

parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal", sin que ello signifique que, necesariamente, se exija una serie "*sistemática*" de conductas (pues incluso podría ser una sola); y, específicamente, (iii) más de dieciséis (16) conductas distintas que constituyen crímenes de guerra, las cuales pueden cometerse dentro de conflictos armados que no son de índole internacional (como es el caso del conflicto interno colombiano), entre las que se incluyen una gran serie de conductas que están dirigidas contra "*personas que no participen directamente de las hostilidades*" que pueden ser singulares o individuales, como es el caso de "*los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, los tratos crueles y la tortura*", o "*los ultrajes contra la dignidad personal*", o "*las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio*"; o, simplemente, los "*ataques contra la población civil o contra civiles que no participen directamente de las hostilidades*", los "*ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios*", los "*ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencia o la beneficencia*", los "*actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado,* [...] *esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*"[26]; entre muchos otros que, dicho sea de paso, son comunes en el conflicto armado interno colombiano.

---

[26] *"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*
1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.
A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
b) la toma de rehenes;
c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, sin perjuicio de que la competencia de la Corte Penal internacional se limite a "*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*" (Artículo 5°, numeral 1° del Estatuto de Roma) tal y como puede verse la gran variedad de delitos respecto de los que tiene competencia esa Corporación, en tanto que se entiende que cumplen con estas condiciones, no se limitan a los que sean cometidos por los "*máximos responsables*" o de manera "*sistemática*".

En este mismo sentido, aun cuando efectivamente el mismo Estatuto fija unas circunstancias en las que la Corte Penal Internacional debe inadmitir los asuntos que se le presentan y, por tanto, abstenerse de adelantar la respectiva investigación e imponer una eventual sanción —entre las que se encuentra que el "*asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo*" (Artículo 17, literal b) —; como bien lo precisó la Corte Constitucional al declarar exequible la Ley aprobatoria del Estatuto de Roma, cuando allí se dice que "[a] *fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio*" (Artículo 17, Párrafo 3), debe entenderse que: "*las 'otras razones' a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la*

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.
La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio" (Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Así las cosas, la Corte Penal Internacional claramente no tiene que inadmitir un asunto simplemente porque un Estado adopta la decisión jurídico-política (por ejemplo a través de una reforma constitucional) de ni siquiera investigar determinados genocidios, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, en atención a la reiteración o características externas de la conducta (como es el caso de la sistematicidad) o al grado de responsabilidad del sujeto activo de la misma (como es el caso del criterio de "*máximo responsable*").

A partir de lo que hasta ahora se ha dicho, por lo tanto, esta Vista Fiscal concluye que los criterios de selección establecidos en el Acto Legislativo demandado:

(i) Agregan a la definición internacional de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra unas características y condiciones que éstos no necesariamente suponen; y, como consecuencia de ello,

(ii) Permiten a las autoridades nacionales no investigar y, por ende, tampoco sancionar crímenes internacionales sobre los que, en todo caso, tiene competencia la Corte Penal Internacional, lo que significa, por ejemplo, que

(iii) [c]ompromeTen la responsabilidad internacional del Estado, en tanto que su implementación podría dejar impunes una gran cantidad de conductas que, de conformidad con los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, tienen trascendencia internacional y deben ser investigados o sancionados, so pena de que se vulneren y desconozcan los derechos de sus víctimas, entre otros.

3.2.3.2. Obligaciones internacionales suscritas por Colombia respecto de la investigación y la sanción de los crímenes internacionales

Además de lo que aquí ya se ha dicho, debe destacarse que tanto en el Preámbulo como en el Artículo 17 del Estatuto de Roma se habla de "*responsabilidad penal*", "*enjuiciamiento*", "*comparecimiento ante la justicia*", "*castigo*" y "*jurisdicción penal*", expresiones que resultan fundamentales para analizar la exequibilidad del Acto Legislativo demandado de cara a las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano con la ratificación del Estatuto de Roma, ya que, según se afirmó tanto en la exposición de motivos del Acto Legislativo *sub examine* como en diferentes intervenciones que se han hecho dentro del presente proceso de inconstitucionalidad, se ha sostenido que no existe "*ninguna obligación internacional que prohíba que los deberes de investigar y sancionar se garanticen por medio de instrumentos no judiciales*", afirmación que, para el Ministerio Público, resulta evidente que los apartes subrayados claramente desmienten, pues los mismos sin duda demuestran que el Estado tiene la obligación de investigar y sancionar mediante procesos judiciales.

En este sentido, para esta Jefatura es claro que tanto en caso de que la Sala Plena de la Corte Constitucional se declarara inhibida para pronunciarse sobre el fondo de la demanda de inconstitucionalidad que ha motivados este proceso, como en el caso de que concluyera que el Acto Legislativo demandado es exequible pues considerara que el mismo no sustituye la Constitución, en todo caso la obligación del Estado ante la Corte Penal Internacional de judicializar a los responsables de los crímenes de competencia de esa Corporación internacional, y el no llevar a cabo una investigación sobre algunos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, y, por tanto, el no judicializarlos, podría dar lugar a la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en virtud

de lo dispuesto por el citado Artículo 17 Numeral 1º literales a) y b), y en el numeral 2º, literales a) y c del mismo Estatuto.

Por consiguiente, se advierte, la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para la investigación y eventual sanción de los crímenes internacionales que sobre los que el Acto Legislativo permite renunciar al Legislador Estatutario y, consecuentemente, a la Fiscalía General de la Nación, pondría a Colombia en la misma situación que la de algunos Estados africanos cuyos ciudadanos son actualmente investigados por la Corte al tener sistemas judiciales fallidos, tales como Kenia y Congo y otros en los que se han establecido tribunales internacionales, como es el caso de la ex Yugoslavia, Ruanda, Camboya y Sierra Leona, entre otros.

Ahora bien, además de la justificación práctica y jurídica que pretende hacerse de los criterios de selección establecidos en el Acto Legislativo demandado como marco constitucional para una posterior Ley Estatutaria —con los que, como bien sostienen los accionantes, se limita la investigación y la persecución penal únicamente a algunos crímenes de lesa humanidad, genocidios y crímenes de guerra—, recientemente se ha discutido sobre la existencia de un párrafo contenido en la ya citada Sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) de conformidad con el cual: "*Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia*".

Para algunos, este párrafo podría ser una justificación adicional para los criterios de selección demandados, en tanto que supone que el Estado colombiano también podría renunciar a la investigación y sanción penal de determinados crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o

genocidios, a través de "*la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales*", si entendiera que éstos son delitos políticos o se encuentran conexos a esos delitos.

Sin embargo, se hace necesario precisar, en primer lugar, que los delitos políticos no son los crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio) sobre los que tiene jurisdicción la Corte Penal Internacional y que esta es la razón por la que el Estatuto de Roma efectivamente no prohíbe su amnistía o indulto.

En segundo lugar, debe destacarse que en el párrafo citado la Sala Plena de la Corte Constitucional claramente sostiene que la amnistía, indulto o perdón judicial de este tipo de delitos en todo caso tendría que efectuarse de "*conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia*" (subrayas fuera del texto), lo que significa que, además de la primacía de la dignidad humana, el derecho a la igualdad, el debido proceso, el acceso a la justicia y otros derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Carta Política e invocados por los accionantes en su demanda, la Corte Constitucional reconoce que una eventual amnistía, indulto o perdón judicial de los citados delitos también debe respetar el bloque de constitucionalidad y, en general, el derecho internacional público.

En este sentido, debe reiterarse que de conformidad con las diferentes normas de derecho internacional aceptadas por Colombia, como es el caso de las Convenciones contra la Tortura, la Desaparición Forzada y el Terrorismo mediante Bombas, o el mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional, se impone al Estado colombiano la obligación, irrefutable, de judicializar a los responsables de los crímenes internacionales, con lo cual una amnistía o indulto en favor de sus autores haría que el país incumpliera esas obligaciones y, por tanto, se hiciera internacionalmente responsable.

A manera de ejemplo, en el Artículo 3º del Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, se dispuso explícitamente que: "[*l*]*a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno*" (subrayas fuera de texto). Así mismo, está la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo documento fundamental -ratificado por Colombia-, establece con meridiana claridad que "[*u*]*na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*".

El Jefe del Ministerio Público advierte, por lo tanto, que la adopción de la normatividad nacional vigente, incluyendo los actos reformatorios de la Constitución, como el Acto Legislativo demandado, en todo caso no puede ser invocada por el Estado como una excusa válida para justificar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por medio de los convenios, los tratados y la costumbre internacional, los cuales se reconocen como fuentes de las obligaciones internacionales según lo dispuesto por el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[27] del que Colombia también forma parte.

[27] "*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren".

Con base en esto, concluye que el hecho de que la legislación interna permita no investigar ni judicializar a quienes cometan crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, mediante amnistías, indultos, perdón judicial u otros mecanismos semejantes, supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por Colombia, dado que el país podría ser tenido como responsable por dichas infracciones.

De otra parte, debe destacarse que aun cuando el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012 (no demandado) establece que una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político, en todo caso la Corte Constitucional ha manifestado en repetidas ocasiones[28] que el Legislador colombiano ya ha conferido la condición autónoma de delitos políticos a las conductas de rebelión, sedición y asonada. Y asimismo, ha determinado que es posible que el legislador confiera el *carácter conexo* del delito político a otros tipos penales, pero siempre y cuando se cumpla con las condiciones de *razonabilidad* y *proporcionalidad*.

Además, dentro del ordenamiento interno actualmente vigente, se tiene que la Ley 418 de 1997, "*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*" (prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, respectivamente), permite la aplicación de indultos o amnistías para quienes hayan cometido delitos políticos (sedición, asonada y rebelión) o sus delitos conexos pero, al mismo tiempo, prohíbe expresamente que quienes han cometido delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra sean beneficiarios de estas figuras. En efecto, el artículo 50 de la citada Ley, relativo a las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, establece que:

[28] Ver: Sentencias C-069 de 1994 y C-009 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); C-456 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz), C-695 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-928 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

> "*El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil*".

Aparte normativo que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), "*en el entendido de que el indulto a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos*"; es decir, que no se aplicará lo dispuesto en la Ley 418 a quienes realicen "*conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión*".

Mientras que la Ley 1421 de 2010, por su parte, última prórroga de la que ha sido objeto la referida Ley 418, modificó el artículo 50 arriba citado, en los siguientes términos:

> "*No se aplicarán los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración establezca el Gobierno Nacional, a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano. Estas personas podrán acogerse al régimen transicional consagrado en la Ley 975 de 2005 y demás normas complementarias o acudir a la jurisdicción ordinaria para recibir los beneficios jurídicos ordinarios por confesión y colaboración con la justicia*".

Para el Procurador General de la Nación las anteriores disposiciones legales y su correspondiente juicio de exequibilidad resultan pertinentes para el presente proceso de constitucionalidad, pues aunque no establezcan propiamente un marco de referencia de naturaleza constitucional, en todo caso fijan unas condiciones y unos parámetros que igualmente debe respetar un Acto Legislativo como el demandado, no solo porque aquellas disposiciones se elaboraron o se condicionaron de conformidad con la Norma Superior, sino además en razón del principio-derecho a la igualdad, invocado por los accionantes, el cual está reconocido en la Constitución y en diferentes tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

En este sentido, para el Jefe del Ministerio Público es claro que en la aplicación del Acto Legislativo demandado y, más específicamente, de las Leyes Estatutarias que se promuevan con base en el mismo, el Legislador en todo caso deberá otorgar a las víctimas y a los victimarios de los delitos aquí tantas veces mencionados, el mismo trato que otorgan a las víctimas y a los victimarios de esos mismos delitos otras disposiciones normativas que se han elaborado con el fin de establecer la justicia transicional y procurar la paz[29].

---

[29] Tal es el caso, por ejemplo, de la definición establecida en el artículo 3° de la Ley 4448 de 2011, "*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*", de conformidad con la cual:
"*Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o 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".*
También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.
De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.
La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.
PARÁGRAFO 1o. Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.
Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.
PARÁGRAFO 3o. Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.
PARÁGRAFO 4o. Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1o de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.
PARÁGRAFO 5o. La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3o) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley".

Norma, ésta última, sobre la que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, declarando la exequibilidad de algunas de sus expresiones, en las Sentencias C-052 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) C-250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-253A de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-781 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En el mismo sentido, de esa misma Ley cabe también mencionar el artículo 4°, en donde se dispone que "[*e*]l fundamento axiológico de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas"; el artículo 8°, en donde se dispone que "[*e*]*ntiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible*"; el artículo 9°, en donde se dispone que "*[e]l Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos*"; el artículo 16, en donde se dispone que "[l]*as disposiciones descritas en la presente ley, no eximen al Estado de su responsabilidad de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley*"; el artículo 23, en donde se dispone que "[*l*]*as víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero*"; el artículo 24, en donde se dispone que "[*e*]*s deber del Estado adelantar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción*"; y el artículo 25, en donde se dispone que "[*l*] *as víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley*", entre muchas otras cuyo cumplimiento, dado el marco constitucional establecido en el Acto Legislativo demandado, podrá ser exceptuado en la Ley Estatutaria que profiera el Congreso de la República con el fin de autorizar la implementación de los criterios de selección demandados.

En el mismo sentido, todavía resulta más pertinente mencionar el Acto Legislativo 01 de 2009, mediante el cual se reformó el artículo 122 de la Constitución Política, indicando 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, por 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 o por narcotráfico en Colombia o en el exterior*" (subrayado fuera de texto).

Lo anterior, toda vez que al pronunciarse sobre el mismo la Corte Constitucional (Sentencia C-986 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), sostuvo que no es claro que los delitos de pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, sean categorías que equivalgan al delito político, y que aquel Acto Legislativo no tuvo por objeto regular el régimen de inhabilidades de los responsables de delitos políticos, sino la de un grupo específico de delitos comunes.

Para sustentar esta conclusión, esa Corporación reiteró en aquella ocasión que el Código Penal incorporó, por un lado (Título XVII, artículos 467 a 469, sobre delitos contra el régimen constitucional y legal) la rebelión, la sedición y la asonada, y por el otro (Título XII, artículo 340 a 345, sobre delitos contra la seguridad pública), los delitos de concierto para delinquir, entrenamiento para actividades ilícitas, terrorismo y financiación del terrorismo, de donde concluyó que no es acertado equiparar la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados (considerados *a priori* como delitos comunes) con delitos políticos. Así mismo, concluyó que en el transcurso del trámite del Acto Legislativo 01 de 2009, según consta en los debates que del mismo se hicieron en el seno del Congreso de la República, reiteradamente se afirmó que el artículo 122 no tenía como finalidad

extender esa inhabilidad a los delincuentes políticos, sino que buscaba impedir que por esa vía se desnaturalizara el objetivo de la reforma constitucional, que era precisamente eliminar la influencia de los grupos armados ilegales, en especial el paramilitarismo y el narcotráfico, en la conformación del Congreso.

Por lo tanto, el Jefe del Ministerio Público considera que, a partir de las normas constitucionales y legales vigentes, es claro que los criterios de selección del Acto Legislativo demandado tampoco podrían responder a que se entendiera que los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidios cometidos por personas distintas a los máximos responsables, o cometidos de manera no sistemática, eventualmente pudieran entenderse como delitos conexos a delitos políticos.

Al margen de lo anterior, y volviendo al análisis de la existencia de obligaciones internacionales respecto de la investigación y judicialización de los crímenes internacionales sobre la que trata el Acto Legislativo demandado, sin perjuicio de las numerosas referencias que hacen los accionantes de "*los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, así como* [de] *la interpretación que de ellos han desarrollado los órganos autorizados para tal fin, que establecen el deber general de investigar y procesar las violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH*", a continuación se analizará la existencia de otras obligaciones internacionales para investigar y castigar a los responsables de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, tipificadas en el Estatuto de Roma como crímenes de guerra (Artículo 8º).

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), doctrinante oficial del Derecho Internacional Humanitario y frecuentemente citado en sus sentencias por los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y Yugoslavia y por la Corte Penal Internacional, entre otros, publicó un

estudio sobre "*El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*"[30], en donde se analiza cuál es la costumbre, entendida como fuente de obligaciones de Derecho Internacional (artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), en materia de los delitos objeto del Acto Legislativo demandado.

En primer lugar, en el citado estudio se recuerda que el Artículo Común 49/50/129/146 de los Convenios de Ginebra, ratificados por Colombia, establece explícitamente que:

> "*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas* ***sanciones penales*** *que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.*
>
> *Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá* ***hacerlas comparecer ante los propios tribunales****, sea cual fuere su nacionalidad*" (subrayas y negrillas fuera del texto).

En segundo lugar, allí mismo señala el CICR que de conformidad con el Artículo Común 50/51/130/147 de los Convenios de Ginebra:

> "*Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente graves sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*".

Así, el Comité Internacional de la Cruz Roja interpreta los artículos anteriormente citados y otras normas de derecho internacional de una manera que, en concepto de esta Jefatura, no coincide con la adoptada por

[30] 01-01-2007: *Customary International Humanitarian Law*, Editado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm .

el Legislador al adoptar el Acto Legislativo parcialmente demandado. Sea pertinente, por lo tanto, reproducir *in extenso* lo que dice el CICR[31]:

"*Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados" (subrayas fuera de texto)*

Práctica
Volumen II, capítulo 44, sección C.
Resumen

La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Esta regla, leída junto con la norma 157, significa que los Estados deben ejercer la jurisdicción penal que confiere su legislación nacional a sus tribunales, independientemente de que esté limitada a la territorial y la personal o incluya la jurisdicción universal, que es obligatoria para las infracciones graves.

Conflictos armados internacionales y no internacionales

Los Convenios de Ginebra exigen a los Estados que busquen a las personas que presuntamente hayan cometido, u ordenado cometer, infracciones graves y las encausen o extraditen (I Convenio de Ginebra (1949), art. 49; II Convenio de Ginebra (1949), art. 50; III Convenio de Ginebra (1949), art. 129; IV Convenio de Ginebra (1949), art. 146.).)

La obligación de investigar y encausar a las personas que presuntamente hayan cometido crímenes según el derecho internacional figura en varios tratados que se aplican a los actos cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), art. VI; Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), art. 28; Convención contra la Tortura (1984), art. 7; Convención_sobre las armas químicas (1993), art. 7, párr. 1; Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1980), art. 14 ; Convención de Ottawa (1997), art. 9; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), arts. 15 a 17.)

En el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional se recuerda que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales". (Estatuto de la CPI (1998), preámbulo (citado en vol. II, cap. 44, párr. 134).

La norma que establece que los Estados deben investigar los crímenes de guerra y encausar a los sospechosos se expresa en numerosos manuales

[31] Ibídem Volumen II, capitulo 44, sección C. Norma 158.

militares con respecto a las infracciones graves, pero también de manera más amplia con respecto a los crímenes de guerra en general. (Además de los que hacen referencia al régimen de infracciones graves, véanse los manuales militares de Alemania (ibíd., párr. 369), Australia (ibíd., párr. 356), Camerún (ibíd., párr. 359), Canadá (ibíd., párr. 362), Colombia (ibíd., párr. 363), Ecuador (ibíd., párr. 365), Estados Unidos (ibíd., párrs. 383, 384 y 387), Italia (ibíd., párr. 370), Países Bajos (ibíd., párr. 373), Reino Unido (ibíd., párr. 382), Suiza (ibíd., párr. 381) y Yugoslavia (ibíd., párr. 388))

La mayoría de los Estados cumplen la obligación de investigar los crímenes de guerra y encausar a los sospechosos estableciendo la jurisdicción universal para esos crímenes en su legislación nacional, y se ha realizado un elevado número de investigaciones y juicios a nivel nacional de presuntos criminales de guerra. (V., v.g., la práctica de Alemania (ibíd., párr. 540), Argelia (ibíd., párr. 533), Estados Unidos (ibíd., párrs. 550 a 555), Italia (ibíd., párr. 541), Reino Unido (ibíd., párr. 547), Sudáfrica (ibíd., párr. 544) y Yugoslavia (ibíd., párr. 556).)

Sin embargo, no es posible determinar si esta práctica ha surgido en cumplimiento de una obligación o meramente de un derecho. Sin embargo, la obligación de investigar y encausar figura explícitamente en otros ejemplos de práctica estatal, como son los acuerdos y las declaraciones oficiales. (V., v.g., Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY (1991), art. 11 (ibíd., párr. 343); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina (1992), art. 5 (ibíd., párr.345); Acuerdo global sobre derechos humanos en Guatemala (1994), art. III (ibíd., párr. 347); las declaraciones de Alemania (ibíd., párrs. 539 y 540), Australia (ibíd., párr. 534), Italia (ibíd., párr. 541), Eslovenia (ibíd., párr. 543), Estados Unidos (ibíd., párrs. 550 a 554), Reino Unido (ibíd., párr. 547), República Democrática Alemana (ibíd., párr. 538), Sudáfrica (ibíd., párr. 544) y Yugoslavia (ibíd., párr. 523); la práctica referida deArgelia (ibíd., párr. 533), Bosnia y Herzegovina (ibíd., párr. 536) y Estados Unidos (ibíd., párr. 555).)

Además, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha reafirmado, en varias ocasiones, la obligación de investigar los crímenes de guerra y juzgar a los sospechosos en relación con ataques al personal de mantenimiento de la paz y con crímenes cometidos en los conflictos armados no internacionales de Afganistán, Burundi, Kosovo, República Democrática del Congo y Rwanda. (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. 978 (ibíd., párr. 558), Res. 1193 (ibíd., párr. 559) y Res. 1199 (ibíd., párr. 560); Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Declaraciones del Presidente (ibíd., párrs. 561 a 569).

En 1946, en su primer período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó que todos los Estados, incluidos los que no eran miembros de la Naciones Unidas, detuviesen a los presuntos responsables de crímenes de guerra en la II Guerra Mundial y los enviasen a los países donde habían cometido los crímenes para que fueran juzgados. (Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3 (I) (ibíd., párr. 570).

Desde entonces, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha subrayado, en varias ocasiones, la obligación de los Estados de tomar medidas para asegurarse de que se investiguen los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y se castigue a los responsables. (Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 2583 (XXIV) y 2712 (XXV) (ibíd., párr. 571), Res. 2840 (XXVI) (ibíd., párr. 572) y Res. 3074 (XXVIII) (ibíd., párr. 573). Estas resoluciones se aprobaron con un elevado número de abstenciones y varios votos negativos. Sin embargo, ello se debió a la preocupación de los Estados por la poca claridad de la definición de crimen de guerra y crimen de lesa humanidad y no, al parecer, a algún tipo de objeción al principio de que deben investigarse los crímenes de guerra y debe juzgarse a los autores).

Por lo que respecta a la violencia sexual en las situaciones de conflicto armado, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado varias resoluciones sin votación en las que pide a los Estados que fortalezcan los mecanismos para investigar y castigar a los responsables de violencia sexual y someterlos a la justicia.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha aprobado varias resoluciones, la mayoría sin votación, en las que solicita que se investigue y enjuicie a los sospechosos de haber cometido violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos de Burundi, Chechenia, Rwanda, Sierra Leona, Sudán y la antigua Yugoslavia.

En una resolución sobre la impunidad aprobada sin votación en 2002, la Comisión reconoció que debería juzgarse o extraditarse a los sospechosos de crímenes de guerra.

En relación con los crímenes cometidos en los conflictos armados no internacionales, varios países han concedido amnistías por crímenes de guerra, pero, a menudo, los propios tribunales o los tribunales regionales las han considerado ilegales y han sido criticadas por la comunidad internacional (véase el comentario de la norma 159 sobre las amnistías).

Sin embargo, existe suficiente práctica, como se ha señalado más arriba, para establecer la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados no internacionales y juzgar a los sospechosos, si procede" (subrayas y negrillas fuera de texto).

Como se desprende de lo arriba citado, de acuerdo con la costumbre internacional, derivada de la interpretación de los Convenios de Ginebra —de los cuales Colombia es Estado parte y que, por tanto, forman parte del Bloque de Constitucionalidad—, efectivamente para los Estados existe la obligación de investigar y juzgar *todos los crímenes de guerra y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario*.

Ahora bien, para efectos del presente proceso de constitucionalidad también resulta apropiado traer a colación el análisis que igualmente ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja respecto de estas obligaciones dentro del marco, específico, de la justicia transicional, es decir, sobre su vigencia con posterioridad al fin de las hostilidades. Lo anterior debido a que ocasionalmente se invoca como justificación de eventuales indultos o amnistías dentro de este tipo de transiciones lo dispuesto por el Artículo 6º, numeral 5º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, instrumento también ratificado por Colombia, de conformidad con el cual: "[*a*] *la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*"[32].

En efecto, a partir de esta norma se ha sostenido, al parecer del Ministerio Público de forma equivocada, que según lo ordenan los propios Convenios de Ginebra es posible otorgar amnistías e indultos al finalizar los conflictos armados, incluso sobre los crímenes de guerra cometidos en desarrollo del mismo. Sin embargo, el CICR ha interpretado el mencionado artículo mediante el establecimiento de la Norma 159 de Derecho Consuetudinario Humanitario, afirmando que no es posible amnistiar ni indultar las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, es decir, los crímenes de guerra. En este sentido específicamente ha dicho[33]:

[32] El Estatuto de Roma cambió esta disposición de manera tácita. Así, de conformidad con este instrumento internacional, los crímenes de guerra también son cometidos en el marco de conflictos internos, es decir, no son exclusivamente internacionales. Esto lleva a concluir frente a este punto que la Corte Penal Internacional sería competente para investigar y judicializar casos de crímenes de guerra ocurridos en conflictos armados internos, enfatizando más en la naturaleza del crimen que en el contexto geográfico en el cual se cometen (cf. Wouters, J., "La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional", cit. p. 90). De hecho, con motivo del Estatuto de Roma, como se expondrá más adelante, el mismo Comité Internacional de la Cruz Roja ha identificado como una norma de derecho internacional consuetudinario el hecho de que los Estados confieran jurisdicción universal a sus tribunales nacionales para crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos (ICRC (2005): cf. *Customary International Humanitarian Law,* ob. cit., p. 603.

[33] Cf. *Customary International Humanitarian Law,* cit., vol. II, Cap. 44, Secc. D – Norma 159.

"Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello.

Práctica
Volumen II, capítulo 44, sección D.
Resumen

La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales.

Conflictos armados no internacionales
La obligación de las autoridades en el poder de esforzarse por conceder la amnistía más amplia posible tras el fin de las hostilidades se establece en el Protocolo adicional II.

Desde su aprobación, muchos países han concedido amnistías a personas que han participado en conflictos armados no internacionales mediante un acuerdo especial, instrumentos legislativos u otras medidas.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha fomentado la concesión de amnistías, por ejemplo, en relación con la lucha contra el apartheid en Sudáfrica y los conflictos de Angola y Croacia.

Análogamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado resoluciones en las que alentaba la concesión de amnistías en relación con los conflictos de Afganistán y Kosovo.

Además, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha aprobado resoluciones a este efecto en relación con Bosnia y Herzegovina y Sudán. Algunos organismos regionales han expresado su beneplácito para ese tipo de amnistías, por ejemplo la Unión Europea y la OTAN en relación con la ex República Yugoslava de Macedonia y la OSCE en relación con Tayikistán.

Conviene señalar que las resoluciones aprobadas por las Naciones Unidas guardaban relación con Estados que no eran Parte en el Protocolo adicional II (Sudáfrica, que no ratificó el Protocolo hasta 1995, Afganistán, Angola y Sudán), y que no todos los países que votaron a favor de estas resoluciones eran Parte en el Protocolo adicional II.

Exceptuando las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en las que se instaba al gobierno de Sudáfrica a conceder amnistías a las personas que se oponían al apartheid, las demás resoluciones aprobadas por las Naciones Unidas y las declaraciones de los órganos regionales promueven la concesión de amnistías o la aprobación de las amnistías concedidas. Ello muestra que las autoridades no están obligadas en absoluto a

conceder una amnistía al final de las hostilidades, sino que se les pide que lo consideren detenidamente y se esfuercen por concederlas.

Excepción

Cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, la USSR declaró, en su explicación de voto, que ***no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo. El CICR coincide con esa interpretación.*** *(V. la práctica del CICR (ibíd., párrs. 759 y 760).*

Esas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales (véase la norma 158).

La mayoría de las amnistías excluyen específicamente de su ámbito a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra u otros crímenes específicamente delimitados en el derecho internacional. (V., v.g., Acuerdo cuatripartito sobre el regreso voluntario de los refugiados y las personas desplazadas (1994) (ibíd., párr. 653), Acuerdo relativo a los refugiados y las personas desplazadas adjunto a los acuerdos de Dayton (1995) (ibíd., párr. 654), Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2000) (ibíd., párr. 655) y Agreement)

En el asunto Videla, en 1994, la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), sostuvo que los delitos que estaba examinando constituían infracciones graves que no admitían amnistías. (Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Videla (ibíd., párr. 702).

En el asunto Mengistu y otros, en 1995, el Fiscal Especial de Etiopía declaró que era "una costumbre y una creencia bien establecidas que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía". (Etiopía, Oficina del Fiscal Especial, Mengistu and Others case (ibíd., párr. 704).)

Esto lo confirmó, en el asunto Cavallo en 2001, el Juez Federal de Argentina con respecto a los crímenes de lesa humanidad. (Argentina, Juez Federal, Caso Cavallo (ibíd., párr. 700).)

Sin embargo, en el asunto Azapo en 1996, relativo a la legalidad del establecimiento de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica interpretó que el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II contenía una excepción a la norma absoluta que prohíbe una amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad. (Sudáfrica, División Provincial de El Cabo, Azapo case (ibíd., párr. 705).)

No obstante, cabe señalar que la labor de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica no contempló la concesión de amnistías generales, ya que para ello había que divulgar todos los hechos pertinentes. (V. Sudáfrica, The Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 26 de julio de 1995,

capítulo 2, art. 3, párr. 1 ("Los objetivos de la Comisión son promover la unidad y la reconcilicación nacionales en un espíritu de entendimiento que trascienda los conflictos y las divisiones del pasado [...] b) facilitando la concesión de una amnistía para aquellas personas que revelen plenamente hechos pertinenes en relación con actos asociados a un objetivo político y cumplan con las condiciones de la presente Ley."). V. también art. 4, apdo. c) y art. 20, párr. 1, apdo. c).)

En resoluciones relativas a Croacia y Sierra Leona, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas confirmó que no pueden concederse amnistías para los crímenes de guerra. (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Res. 1120 (citada en vol. II, cap. 44, párr. 724) y Res. 1315 (ibíd., 725).

En una resolución sobre la impunidad, aprobada sin votación en 2002, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo la misma observación, (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Res. 2002/79 (ibíd., párr. 734).) al igual que el Secretario General de las Naciones Unidas en varios informes. (V., v.g., Secretario General de las Naciones Unidas, informe sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (ibíd., párr. 738) e Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados (ibíd., párr. 739).)

Algunos órganos regionales han declarado también que las amnistías no pueden abarcar los crímenes de guerra, en particular el Parlamento Europeo en relación con la between Parties to the conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners (1992) (ibíd., párr. 656); v. también la legislación de Argelia (ibíd., párr. 673) (que exceptúa los actos terroristas o subversivos), Argentina (ibíd., párr. 676) (que exceptúa los crímenes de lesa humanidad), Bosnia y Herzegovina (Federación) (ibíd., párr. 679), Colombia (ibíd., párr. 683), Croacia (ibíd., párr. 684), El Salvador (ibíd., párr. 685) (que exceptúa los asesinatos de Monseñor Romero y Herbert Anaya, los secuestros con ánimo de lucro personal y el tráfico de estupefacientes), Etiopía (ibíd., párr. 687) (que exceptúa los crímenes de lesa humanidad), Guatemala (ibíd., párr. 688), Rusia (ibíd., párr. 691), Tayikistán (ibíd., párr. 695) y Uruguay (ibíd., párr. 697), así como los proyectos de ley de Argentina (ibíd., párr. 677) y Burundi (ibíd., párr. 646); v. también la práctica de Bosnia y Herzegovina (ibíd., párr. 707), ex República Yugoslava de Macedonia (ibíd., párr. 709) y Filipinas (ibíd., párr. 715).

Existe jurisprudencia internacional que respalda la idea de que los crímenes de guerra no pueden ser objeto de amnistía, en particular la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto Furundzija, en 1998, con respecto a la tortura.

Los órganos de derechos humanos han declarado que las amnistías son incompatibles con el deber de los Estados de investigar los delitos en virtud del derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos no derogables.

> *El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por ejemplo, hizo una declaración en ese sentido en su Observación General del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (prohibición de la tortura).*
>
> *En el asunto relativo a la ley salvadoreña de amnistía general y consolidación de la paz, de 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que esa ley vulneraba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II.*
>
> *En su sentencia relativa al asunto Barrios Altos en 2001, que trataba de la legalidad de las leyes peruanas de amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las medidas de amnistía para violaciones graves de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas eran inadmisibles porque vulneraban derechos no derogables*" (negrillas y subrayas fuera del texto).

A partir de lo anterior, esta Vista Fiscal concluye que según los Convenios de Ginebra, ratificados por Colombia, de conformidad con la interpretación autorizada que de los mismos hace el Comité Internacional de la Cruz Roja y también según lo establecido en las normas consuetudinarias pertinentes, *los Estados sí están obligados en todo momento*, *incluso dentro del marco de un mecanismo de justicia transicional* como el que motiva el Acto Legislativo demandado, *a investigar y castigar penalmente a los responsables de cometer graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es decir, a los responsables de crímenes de guerra*. Y, en el mismo sentido, *que los responsables de esta clase de delitos no pueden beneficiarse de amnistías o indultos*.

Estas consideraciones cobran especial relevancia para el presente proceso, además, si se advierte que los Convenios de Ginebra son parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad, como incluso ya ha sido reconocido por la misma Corte Constitucional, toda vez que ello significa que una norma que disponga lo contrario, bien sea mediante la introducción de amnistías o indultos u otros mecanismos que establezcan la ausencia de responsabilidad y castigo penal por estas faltas,

al contrariar el derecho internacional también estarían vulnerando el bloque de constitucionalidad y, en este sentido, la Norma Superior.

De otra parte, aun haciendo referencia a la manera como el derecho internacional público y, todavía más específicamente, el bloque de constitucionalidad, impone al Estado obligaciones y restricciones contrarios a los criterios de selección adoptados con las expresiones demandadas del Acto Legislativo 01 de 2012, esta Jefatura considera que también resulta pertinente y relevante dar cuenta de las obligaciones que tiene el Estado colombiano con respecto a los delitos mencionados en el Acto demandado a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esto, sin perjuicio de lo que en su demanda los actores ya advierten respecto de los artículos 1.1. y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos[34] de conformidad con la cual: "*el deber de investigar y juzgar violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario es parte esencial de la obligación estatal de garantizar los derechos humanos*".

Antes de analizar las disposiciones establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, primero es procedente hacer una breve mención a lo que ha dicho la Corte Constitucional respecto del valor de las sentencias, decisiones y doctrina de la Corte y de la propia Comisión Interamericana. En efecto, en la Sentencia C-010 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Sala Plena de esa Corporación afirmó que "*en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales*

[34] Citan las sentencias de la CIDH relativas a los casos Familia Barrios Vs. Venezuela; Durand y Ugarte Vs. Perú; La Canuta Vs. Perú; Heliodoro Portugal Vs. Panamá; Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia; Masacre de la Rochela Vs. Colombia; Molina Theissen; Myrna Mack Chang; Barrios Altos Vs. Perú; Veléz Restrepo y Familiares Vs. Colombia; Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia; Loayza Tamayo; Velázquez Rodríguez; Fairén y Solís Corrales; Masacres del Río Negro Vs. Guatemala; Juan Humbero Sánchez; Hilaire, Constatine y Benjamín y otros; 19 Comerciantes Vs. Colombia; Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia; Nadege y Dorzema y otros Vs. República Dominicana; entre otros.

deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".

Por su parte, en la Sentencia C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte reiteró lo anterior señalando que: "*es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia', es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*" (subraya fuera de texto). Y allí mismo agregó que:

> "[*E*]*l bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu*".

Al margen de lo anterior, debe recordarse también que la interpretación efectuada por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la aplicabilidad de las obligaciones de los Estados de investigar y enjuiciar a los responsables de la comisión de crímenes de guerra e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, adquiridas bajo los Convenios de

Ginebra que han sido ratificados por Colombia, es, al igual que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, un "*criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*", para usar las mismas palabras de la Corte Constitucional respecto de ésta última.

Atendiendo a estos "criterios hermenéuticos relevantes", por lo tanto, y, en este sentido, de conformidad con una interpretación de la Constitución Política colombiana que guarde armonía con la normatividad internacional, debe concluirse que es obligatorio para el Estado colombiano adoptar las medidas necesarias para que las instituciones nacionales investiguen y castiguen a los responsables de crímenes de guerra y que, de igual forma, al mismo le está vedado otorgar indultos, amnistías o expedir una legislación que permita la impunidad[35] de los autores de este tipo de crímenes internacionales[36].

---

[35] Como bien lo recuerdan los actores constitucionales en su demanda, en la Sentencia C-979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte Constitucional efectivamente concluyó que "*la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario es mucho más grave e inaceptable, que los agravios inferidos mediante otras formas de criminalidad, no solamente por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas*" y esto por cuanto esa misma Corporación, ya en la Sentencia C-578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), había explicado que "[*s*]*i bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional*" (fundamento 4.3.2.1.2).

[36] De acuerdo con los convenios internacionales, es obligación de los Estados administrar justicia conforme a la normativa internacional, lo cual implica investigar, juzgar y sancionar adecuadamente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (cf. Artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 4 a 6 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; Artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos; Artículos 1-1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el primer Protocolo Adicional a los mismos [Convenio I, artículo 49;]). La impunidad, por su parte, ha sido considerada como el incumplimiento genérico de este deber y el contenido específico del concepto se ha ido determinando con la jurisprudencia de las instancias internacionales en casos de amnistías o indultos totales a violaciones graves de derechos humanos y otros crímenes internacionales (ver, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos.* Sentencia de marzo 14 de 2001, párr. 41) y ha sido

Dicho lo anterior, se tiene que, en todo caso, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se han pronunciado en varias oportunidades acerca de la obligación de los Estados de castigar a quienes cometen graves violaciones a los derechos humanos, aún dentro del marco de la denominada "justicia transicional", haciendo referencia al otorgamiento de amnistías e indultos una vez haya cesado el conflicto.

En este sentido, resulta pertinente hacer una breve recopilación de la normatividad y de la jurisprudencia existente, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, relativa a la obligación de investigar y de castigar las violaciones a los derechos humanos, que fue efectuada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el apoyo de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAid), en la publicación "*Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*"[37].

Para el presente proceso de constitucionalidad específicamente resulta relevante destacar que en la citada recopilación se concluyó que:

> *"La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de investigar violaciones graves de los derechos humanos*" y que "[e]*n su Observación General No. 20, relativa a la integridad personal, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:* [...] *El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción* [...] *Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho*

---

complementado con exigencias de verdad que permitan conocer las circunstancias de las violaciones de derechos humanos y de sus autores.

[37] *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. *Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* USAID, Bogotá, abril de 2004, Impresión Nuevas Ediciones Ltda. pp. 486-503.

a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible"[38].

Con base en lo anterior, puede sostenerse que para el Comité de Derechos —cuyas recomendaciones, si bien no son vinculantes[39], en todo caso sí constituyen un criterio hermenéutico válido para interpretar la normatividad sobre derechos fundamentales incluida en el bloque de Constitucionalidad (toda vez que Colombia es parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas)—, los Estados tienen la obligación, aun dentro del marco de un proceso de justicia transicional (que es donde existe la opción de condonar la comisión de violaciones de derechos humanos dentro de una situación de violencia), de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los responsables cuando resulte posible a hacerlo.

---

[38] Dicha observación fue citada por el Comité de Derechos Humanos en su decisión en el caso Rodríguez, relativo a las consecuencias de una amnistía para los derechos de una víctima de tortura. Sobre la compatibilidad de la ley de amnistía con el PIDCP allí se dijo: "[e]*l Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley No. 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de esta ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos, y, por lo tanto, impide que el Estado parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones. También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez c. Uruguay, párr. 12.4 [1994]).* Esta decisión parece coherente con la que hiciera la CIDH sobre la misma ley de amnistía objeto citada, en donde se concluyó que "*el fin de las investigaciones afectó los derechos de las víctimas no porque impidió responsabilizar a los autores penalmente, sino porque les impidió obtener información de utilidad para las causas destinadas a obtener una reparación*".

[39] *"De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente*": Sentencia C-355 de 2006, M.P.s. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Todavía más, en lo que tiene ver específicamente con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, particularmente, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la Corporación competente para interpretar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ésta ha sostenido en su jurisprudencia de manera reiterada que (uno de los derechos invocados por los accionantes en el presente proceso), el derecho a un recurso efectivo "*no se limita a recursos promovidos por la víctima o sus derechohabientes, sino que comprende también un derecho a que el Estado investigue violaciones a los derechos humanos y, en la medida de lo posible, sancione penalmente a sus autores. En otras palabras, según esta doctrina, la obligación del Estado a investigar y sancionar ciertas violaciones, reconocida por la doctrina universal, conlleva un derecho subjetivo de la víctima*".

De conformidad con lo anterior, en casos concretos ha señalado que "*el* [...] *artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de las víctimas a las garantías judiciales* [..., es decir,] *el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades* [...] *a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares*"[40] (subrayas fuera del texto).

De igual forma, y todavía citando la misma recopilación, se tiene que la Corte Interamericana ha concluido (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988) que, de conformidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Estado:

> "[*E*]*stá* [...] *obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto*

[40] *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* ob. cit., pp. 486-503.

sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención" (subrayas fuera del texto).

Y, así mismo, ha concluido que:

"*En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona [...] Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad y condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares [...] sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado*".

En el mismo sentido, en el mencionado análisis de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos también se recuerda que[41]:

"*En 1992 la CIDH adoptó dos decisiones importantes relativas a la compatibilidad de las amnistías promulgadas en Argentina y Uruguay con los artículos 1, 8.1 y 25 de la Convención (CIDH, casos Herrera y otros c. Argentina; De los Santos Mendoza y otros c. Uruguay)* [...] *En el caso argentino, la CIDH concluyó que la ley de amnistía 'privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos* [...] *En el caso uruguayo* [...] *la CIDH determinó que el derecho a un recurso había sido incumplido porque la falta de investigaciones penales repercutió en la eficacia de los recursos civiles* [...]

La CIDH volvió a este tema en algunas decisiones adoptadas en 1995 y 1996 sobre casos de desaparición y tortura. En el caso Bolaños, la CIDH indicó que su jurisprudencia en los casos antes mencionados significa 'que las víctimas y sus familiares tienen derecho a una investigación judicial realizada por un tribunal penal designado para establecer y sancionar la responsabilidad respecto a las violaciones a los derechos humanos' (CIDH, caso Bolaños Quiñonez C. Ecuador, párr. 45 (1995)). En el caso Martín de Mejía, un caso de tortura, el derecho a una investigación penal está vinculado a la naturaleza de los hechos y su tipificación en el derecho interno [...]

La jurisprudencia de la CIDH quedó más clara en su decisión sobre el caso Parada Cea, adoptada en 1999. Después de hacer una breve síntesis de la

[41] P. 493.

jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, la CIDH hace la siguiente observación:

La Comisión quiere dejar en claro que, a efecto de proveer un recurso apropiado para remediar graves violaciones a los derechos humanos, como son las torturas y los homicidios que se analizan en este caso, el Estado, en particular en su calidad de titular de la acción punitiva, debió iniciar los procedimientos tendientes a identificar, procesar y sancionar a todos los responsables de la comisión de dichos delitos, impulsando todas las etapas procesales hasta su conclusión (CIDH, caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 126 (1999)).

El caso Parada Cea, al igual que los casos Herrera y De los Santos Mendoza, se refiere a una ley de amnistía que 'impidió la identificación de los autores, cómplices y encubridores de dichos hechos (delitos) y la imposición de las correspondientes sanciones´. La aplicación de la ley, concluye la CIDH, 'vulneró el derecho de los familiares, aunque éstos no hayan intervenido en el derecho penal'. En el caso Chanfreau, la CIDH llegó a la misma conclusión, aún cuando la amnistía no privó a los familiares de su derecho a recurrir a la jurisdicción civil (CIDH, caso Chanfreau y otros c. Chile, párrs 58 y 63-65).) ***Asimismo, consideró que el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades por una Comisión de la Verdad 'no puede considerarse*** [...] ***como un sustituto adecuado de un proceso judicial*** *(ibid, párr. 68)* (subraya y negrillas fuera de texto)'".

Y es que, en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001), por ejemplo, indicó:

"[S]*on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno [...] los Estados Partes en la Convención que implementaron autoamnistías, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son*

> *manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú*".

Mientras que, en la Sentencia Almonacid y otros vs. Chile, (Sentencia de fondo del 26 de septiembre de 2006), la misma Corte concluyó que:

> "[*L*]*os Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía [... las leyes] de amnistía con las características descritas, conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley [...] carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile [...]si bien la Corte nota que el Decreto Ley [...] otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, 'es indiferente para estos efectos'. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar*".

Por lo tanto, es claro que de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el Estado colombiano no puede elaborar leyes ni decretos de amnistía para aquellos casos en que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, pues ello implicaría, *per se*, una violación a las obligaciones contraídas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

De igual forma, del análisis anterior sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, queda absolutamente clara la

obligación que tiene el Estado colombiano, como parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de investigar y sancionar a quienes cometen graves violaciones a los derechos humanos, incluso dentro del marco de justicia transicional, y la prohibición de expedir legislación que flexibilice el mencionado deber.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Vista Fiscal considera que para el presente proceso además resulta procedente analizar las decisiones de la CIDH y su interpretación de la Convención Americana respecto del derecho a la verdad que les asiste a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, derecho que los accionantes dentro del presente proceso entienden como conculcado por las expresiones demandadas.

Según la jurisprudencia de la CIDH, el derecho a la verdad surge de la interacción de una serie de derechos y obligaciones consagradas por la normativa internacional. Así, en el caso García Franco, por ejemplo, se señaló que el "*derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido se basa también en la necesidad de información que permita reivindicar otro derecho*". Mientras que en el caso Media Charry, resuelto en el mismo año, se vinculó el derecho a la verdad con la obligación que tiene el Estado de investigar hechos violatorios de los derechos humanos (CIDH, caso Medina Charry c. Colombia, parr. 112 [1998]); y en el caso Parada Cea, la CIDH declaró que el derecho a la verdad surge del derecho a un recurso y del derecho al debido proceso, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como del derecho a la información, reconocido en el artículo 13, y de la obligación genérica a garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos humanos, recogida en el artículo 1° de la Convención.

De igual forma, y como ya se anunciaba, en la jurisprudencia de la CIDH (*v.g.* caso Castillo Páez) también se ha sostenido que ni el resarcimiento de los familiares de una víctima ni las investigaciones llevadas a cabo por una

comisión que carezca de poder sancionatorio, cumplen plenamente con el derecho de los familiares a un recurso judicial y con la obligación del Estado de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

Puntualmente con lo que tiene que ver con las obligaciones de los Estados a investigar y castigar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos dentro de las normas que se establezcan dentro del marco de la justicia transicional, la más importante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú del 14 de marzo de 2001), en donde se sostuvo:

> "*Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan excluir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" (subraya fuera de texto).

Y en donde, al mismo tiempo, también se concluyó que:

> "[*A*] *la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y el del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz* [...] *Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto* [...] *incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención* [...] *Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente* [...]
>
> *Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de*

los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

Ahora bien, se ha discutido sobre si la jurisprudencia arriba mencionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia exclusiva a las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes estatales con responsabilidad directa y por acción del Estado, o si puede aplicarse también a las amnistías o mecanismos judiciales de exclusión de la responsabilidad penal concedidos a miembros de grupos no estatales que han cometido conductas violatorias a los derechos humanos dentro del marco de un conflicto armado no internacional.

Para sanar esta discusión, a continuación se hará una transcripción directa de algunos apartes del "*Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia*", expedido por la Comisión Interamericana de los Derechos humanos el 13 de diciembre de 2004, en el cual se hace referencia a la Ley de Justicia y Paz, instrumento de justicia transicional adoptado por Colombia para judicializar a los grupos paramilitares, agentes no estatales, y poner fin así a su participación dentro del conflicto armado. Dijo allí la Comisión:

"*El desarrollo exitoso de un proceso de desmovilización de actores involucrados en un conflicto armado interno prolongado que aspire a la no repetición de crímenes de derecho internacional, violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario llama al esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia. Las expectativas realistas de convivencia pacífica bajo el imperio de la ley deben basarse en medidas que hagan frente a los desafíos planteados por la construcción de una cultura de tolerancia y rechazo a la impunidad. La comunidad internacional ha identificado una serie de lineamientos en materia de verdad, justicia y reparación que se nutren tanto de las experiencias vividas en distintas sociedades como en los principios de derecho reflejados en la obligación de los Estados de administrar justicia conforme al derecho internacional* [...]

Las normas del sistema interamericano que obligan a los Estados miembros de la OEA hacen parte de este cuerpo normativo. Las experiencias hemisféricas en el contexto de esfuerzos de pacificación han llevado a tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a interpretar, entre otras, la obligación de los Estados miembros de compatibilizar el recurso a la

concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario [...]

Las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos derivan de la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre así como de los tratados de derechos humanos por ellos ratificados. Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. Asimismo, han acordado adoptar las medidas legislativas y de otra índole que puedan ser necesarias para dar efecto a los derechos o libertades protegidos en la Convención Americana en los casos en que el ejercicio de esos derechos o libertades no estén aun garantizados. Además de la Convención Americana, los Estados miembros han adoptado otros tratados y a fin de complementar y ampliar los derechos allí protegidos.

[...] *Estos instrumentos deben ser interpretados y aplicados a la luz de las normas y principios que rigen las obligaciones jurídicas internacionales en general y las obligaciones de derechos humanos en particular, principalmente el principio de la buena fe y de la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno. Asimismo, los compromisos de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos resultan aplicables tanto en tiempos de paz como en el contexto de conflictos armados. En ese contexto se ha reconocido que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos difieren de sus otros compromisos internacionales en el sentido que al ratificar este tipo de tratados éstos se obligan no solamente en relación a otros Estados partes sino también, y en forma principal, respecto de las personas bajo su jurisdicción. Asimismo, las normas interpretativas de la Convención Americana exigen a los órganos de protección –la Comisión y la Corte Interamericanas— la consideración de estándares superiores de protección previstos en otros tratados ratificados por el Estado. Entre estos tratados se cuentan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.*

[...] *Este marco normativo, vigente para la mayoría de los Estados miembros de la OEA, se ve reforzado por el derecho consuetudinario así como por los lineamientos acordados en el seno de organizaciones intergubernamentales tales como las Naciones Unidas. Las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en*

identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad. A continuación, la CIDH ofrece un desarrollo sobre estos elementos y los patrones y obligaciones que se desprenden de ellos.

A. El derecho a conocer la verdad sobre los crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto

[…] *Uno de los efectos más graves e inmediatos de la violencia a gran escala de los conflictos armados internos consiste en lo que muchos –desafiando la lengua— definen como la 'invisibilización' de las víctimas. La ausencia de recursos efectivos para logar la intervención de las instituciones del Estado deja a los sectores más desprotegidos de la población civil –pueblos indígenas y comunidades afro descendientes, niños y niñas y mujeres desplazados, por dar algunos ejemplos— a la merced de actores armados que optan por estrategias que no sólo generan el terror y el desplazamiento forzado de los sobrevivientes sino que también tienen por efecto dificultar el esclarecimiento de lo sucedido, dejar a las víctimas fatales en el olvido y propagar el estado de confusión que impide desentrañar las causas de la violencia y ponerles término a través del imperio de la ley* […]

Ante esta realidad, el derecho a la verdad no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter. La CIDH ha establecido que la existencia de impedimentos fácticos o legales –tales como la expedición de leyes de amnistía— al acceso de información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impidan poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna, resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana. El proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, así como de la formación de comisiones investigadoras y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes […]

La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables conforme a los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se ha pronunciado sobre el deber de los Estados de establecer judicialmente las circunstancias en las cuales se consuman violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad de los implicados, como parte de la reparación debida a los familiares de la víctima.

[…] *En cualquier caso, el goce de este derecho a conocer la verdad sobre la comisión de crímenes de derecho internacional no se limita a los familiares de las víctimas. La Comisión y la Corte Interamericana han manifestado que las sociedades afectadas por la violencia tienen, en su conjunto, el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido así como las razones y*

circunstancias en las que delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. La sociedad en su conjunto tiene derecho a conocer la conducta de quienes se hayan involucrado en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad; comprender los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; contar con elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; identificar a las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización; y comprender el impacto de la impunidad [...]

Estos principios y normas resultan particularmente relevantes en situaciones en las que la ferocidad de los métodos empleados por los actores en el conflicto, los constantes actos de retaliación contra la población civil, los defensores de derechos humanos y los funcionarios dispuestos a investigar denuncias en forma seria y administrar justicia, llevan a las víctimas sobrevivientes y testigos a permanecer en silencio. En estos casos, la intimidación, la supresión de pruebas y el funcionamiento deficiente del aparato de justicia se suman al silencio de los afectados, contribuyendo a la impunidad y la repetición de crímenes de derecho internacional.

B. El derecho a la justicia y al esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto [...]

Toda vez que la conducta de quienes participan en el conflicto armado se traduzca en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y/o violaciones a los derechos humanos a través de la comisión inter alia de asesinatos, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, traslados o desplazamientos forzosos, torturas, actos inhumanos destinados a causar intencionalmente la muerte o graves daños a la integridad física y mental, ataques contra la población civil o sus bienes, reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años de edad, los Estados tienen –conforme al derecho internacional consuetudinario y los tratados—la obligación perentoria de investigar los hechos y juzgar y sancionar a los responsables. Se trata de crímenes de derecho internacional de carácter imprescriptible, no susceptibles de amnistía, cuya falta de debido esclarecimiento puede generar la responsabilidad internacional del Estado y habilitar la jurisdicción universal a fin de establecer la responsabilidad penal individual de los implicados [...]

Los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. En el sistema interamericano, esta obligación de los Estados se encuentra reflejada en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana y en los artículos 1(1), 2, 8 y 25 de la Convención Americana. Conforme a estas normas y su interpretación autorizada, los Estados miembros de la OEA tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y

todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración. Esta obligación es independiente de que los autores de los crímenes sean agentes del poder público o particulares. Toda vez que se trate de delitos de acción pública o perseguibles de oficio, el Estado es el titular de la acción punitiva y es responsable de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares, con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa [...]

Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario. Estas obligaciones no admiten derogación por causa de la vigencia del conflicto. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe estándares mínimos del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a derogaciones permisibles bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Este criterio encuentra respaldo en los artículos 27 y 29 de la Convención Americana que prohíben derogaciones incongruentes con las demás obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte [...]

Algunos Estados afectados por conflictos armados internos y sus consecuencias han recurrido al dictado de leyes de amnistía al momento de implementar mecanismos de pacificación y reconciliación nacional. Sin embargo, la concesión de amnistías e indultos debe circunscribirse a conductas punibles que tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquéllos en la medida en que teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política, no constituyan delitos graves conforme al derecho internacional. Los responsables por la comisión de este tipo de crímenes no deben beneficiarse indebidamente de causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena; con el otorgamiento de asilo territorial o diplomático; con la negativa a entrega en extradición por la comisión de crímenes sancionados por el derecho internacional; o con la concesión de amnistías o indultos [...]

En este sentido, la CIDH ha establecido de manera consistente que si bien la adopción de normas destinadas a amnistiar a los responsables por el delito de alzarse en armas contra el Estado puede ser una herramienta útil en el marco de los esfuerzos por alcanzar la paz, tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas similares que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional impiden el acceso a la justicia y hacen ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio [...]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que los Estados parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia […]

En suma, toda vez que las leyes de amnistía o las medidas legislativas de similar naturaleza tornan ineficaces y sin valor la obligación de los Estados partes de asegurar el esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional, éstas resultan incompatibles con la Convención Americana, más allá de que las violaciones en cuestión puedan ser atribuidas a agentes estatales o particulares […]

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos tanto para denunciar la comisión de estos crímenes como para lograr la reparación del daño sufrido y de esa forma contribuir a prevenir su repetición. Los 'Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones' establecen que los Estados deben: (a) dar a conocer, por medio de mecanismos oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario; (b) adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas proteger su intimidad, según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia; y (c) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos y obtener reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario […]

La vigencia del Estado de Derecho exige que los individuos, las instituciones y el Estado mismo actúen bajo el imperio de las leyes, conforme a los principios de igualdad y no discriminación, legalidad, debido proceso e independencia del poder judicial. El derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática, y el derecho internacional exige que los Estados garanticen la investigación de violaciones a los derechos humanos, el juzgamiento y sanción de los responsables, y que asimismo dispongan la reparación del daño causado a las víctimas. La Corte Interamericana ha resaltado la conexión intrínseca entre los deberes de los Estados de respetar, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos y la protección judicial efectiva. En este sentido, ha indicado que a fin de garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención Americana, no basta con investigar los hechos y juzgar a los responsables sino que es necesario, además, que la actividad estatal se oriente hacia la reparación a la parte lesionada" (Subrayas fuera del texto).

Concepto

Del recuento normativo, jurisprudencial y doctrinal de lo dispuesto por organismos e instrumentos del derecho internacional público tales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los Convenios de Ginebra y el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Jefe del Ministerio Público concluye que existe, sin duda, una clara obligación internacional para los Estados de investigar y sancionar judicialmente a los responsables de crímenes internacionales y de conductas violatorias de los derechos humanos.

De igual forma, advierte que dicha obligación es independiente de lo establecido por el derecho interno de cada Estado y que incluso las normas constitucionales expedidas por los Estados en contra de esta regla le generarían responsabilidad internacional al Estado en cuestión.

Por último, constata el hecho según el cual ni siquiera estar dentro de un marco de justicia transicional legitima al Estado para sustraerse del cumplimiento de esta obligación internacional, aun cuando su aplicación pueda ser atenuada o flexibilizada para obtener la consecución de una paz que, a su vez, lleve a que cese la comisión de los mencionados crímenes. Por el contrario, precisamente la regla internacional, objeto del anterior análisis, rige en situaciones de post-conflicto y de justicia transicional en la que podrían expedirse amnistías, indultos u otros mecanismos similares dirigidos a facilitar la reconciliación nacional, sin perjuicio de los criterios de juridicidad internacional y el cumplimiento de las obligaciones ya reseñadas.

Por lo tanto, aun cuando el establecimiento de criterios de priorización de casos, o la priorización como tal, es respetuosa de las obligaciones

internacionales suscritas por Colombia, en tanto permite darle prelación en los esfuerzos de la justicia a los delitos de mayor trascendencia social y, de hecho puede ser una decisión de política criminal o una opción propia de la autonomía de la Fiscalía, semejante a la prelación del trámite y fallo que la rama jurisdiccional le otorga a determinados asuntos, para esta Jefatura los criterios de selección establecidos con las expresiones demandadas, con los que se autoriza que el Estado renuncie a la investigación y el ejercicio de la acción penal respecto de algunos crímenes de lesa humanidad y genocidios, en todo caso no resultan acordes con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de protección de los derechos humanos, y de no permitir la impunidad de los crímenes internacionales, ni con la dignidad humana de las víctimas de esas conductas y con sus derechos a la igualdad, el debido proceso y el acceso a la justicia y, principalmente, con sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación[42].

De otra parte, no debe dejar de mencionarse que el Acto Legislativo 01 de 2012 aquí demandado, además de establecer los criterios de selección mencionados y permitir "*la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de <u>todos</u> los casos no seleccionados*", lo que podría equivaler a una amnistía; al mismo tiempo podría permitir "*la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena*" para quienes se establezcan como responsables de los casos seleccionados, lo que podría afectar los

[42] Como también acertadamente recuerdan los accionantes, al pronunciarse sobre la Ley de Justicia y Paz en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional explicó la relación de "*evidente conexidad*" que existe entre el deber de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos (reconocidas en el Preámbulo y en los artículos 2°, 228 y 229 constitucionales) y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (reconocidos en los artículos 12, 29 y 229 Superiores). En esa Sentencia, entre otras muchas consideraciones relevantes para el presente proceso, la Sala Plena sostuvo que "[*e*]*l contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad protege, en primer lugar, el derecho a que los delitos más graves sean investigados*" y que "[e]*n cuanto se refiere a la dimensión colectiva de la verdad, su contenido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Para ello, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica*".

compromisos internacionales de Colombia de castigar a los autores de los crímenes de guerra y lesa humanidad, así como de investigar y sancionar judicialmente los crímenes internacionales establecidos en el Estatuto de Roma y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

3.2.3.3. Por qué las contradicciones entre el Acto Legislativo demandado y las obligaciones internacionales citadas efectivamente constituye una sustitución de la Constitución

Explicados los efectos y alcances de los criterios de selección establecidos en el Acto Legislativo con las expresiones demandadas, así como la razón por la cual estos suponen la violación de los compromisos adquiridos por Colombia en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y que, por tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad, así como el desconocimiento de algunos principios y derechos reconocidos expresamente en la Norma Superior[43], ahora corresponde establecer si esto implica también una sustitución de la Constitución.

A juicio de la Corte Constitucional, se entiende que hay sustitución, subversión o derogación de la Carta Política cuando el poder reformatorio del constituyente derivado se desborda y (i) se invade el ámbito de las libertades de los ciudadanas; o (ii) se afecta el funcionamiento o competencia de otras ramas u órganos del Poder Público, sea reduciendo o limitando su capacidad de acción o decisión, o concentrando el Poder Público en alguna de sus ramas u órganos, en contra del equilibrio estructural y funcional del mismo en materia de independencia y autonomía; o, finalmente, (iii) cuando la identidad axiológica fundacional

[43] Al respecto, los actores agregan en su demanda que incluso esa misma Corporación, en la Sentencia C-979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), explicó que "[*e*]*l deber del Estado de investigar y sancionar las conductas punibles, y la garantía de los derechos constitucionales de las víctimas se encuentran en íntima relación con el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo y el artículo 2° de la Carta*".

de la sociedad, consignada en la Constitución, se modifica en una forma trascendente, desmesurada, contraria o negativa.

Es decir, se presenta sustitución de la Carta, parcial o total, cuando la Constitución, antes de ser reformada, aparece opuesta o totalmente diferente al contenido del acto reformatorio, al punto que ambas resultan incompatibles. En la práctica, esto se determina mediante el ejercicio comparativo o de contraste entre la identidad axiológica de la Constitución de 1991 frente a lo que resulta o contiene el acto que se reputa reformatorio, lo cual debe conducir a demostrar si se mantiene la Carta en cuanto se refiere a su identidad, o si por el contrario, si surge, de hecho, una nueva carta, contraria a la de 1991.

Al respecto, la Sala Plena de esa Corporación en la Sentencia C-1040 de 2005 (M.Ps. Manuel José Cepeda Espiosa, Rodigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Taful Galvis y Clara Inés Vargas Hernández), sostuvo lo siguiente:

> "*Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria, lo cual no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos*".

Así, dentro de este contexto, ahora corresponde analizar en concreto si el Congreso de la República, al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2012 y específicamente las expresiones demandadas del mismo, se limitó a ejercer su competencia, o si por el contrario, la desbordó y, por ende, **sustituyó** la Constitución.

Como ya se advertía, en el Proyecto de acto legislativo 094 de 2011, que a la postre se convertirá en el Acto Legislativo 01 de 2012, se concibió el concepto de justicia transicional como un mecanismo para facilitar y consolidar el logro de la paz, en donde se "*ponderan*" los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, se establecen las garantías de la no repetición de las violaciones sufridas por las víctimas y la no repetición de nuevas violaciones en contra de nuevas víctimas y se adoptan diferentes instrumentos jurídicos con el objeto de crear mecanismos no judiciales para los menos responsables.

En este sentido, como también lo sostuvo insistentemente el Gobierno Nacional en la intervención que presentó dentro del presente proceso, es un hecho que el Acto Legislativo demandado pretende responder a la necesidad de que se adopten medidas propias de un contexto de justicia transicional, para facilitar la paz, y no al marco ordinario de la justicia penal.

Sobre este tipo de medidas excepcionales o transitorias, la Corte Constitucional en la sentencia C-771 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), ya se ha pronunciado señalando que la "*circunstancia* [de un proceso de justicia transicional] *resulta trascendental para la resolución de los problemas de constitucionalidad* [...] *puesto que, según lo ha reconocido este tribunal*[44]*, el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad,*

[44] Ver en este sentido las sentencias C-370 de 2006, (M.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas

la justicia y la reparación, sobre los cuales se sustentan los cargos formulados, podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio, concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales".

En este sentido, es claro que la Corte Constitucional ya ha admitido desde el punto de vista constitucional, la implementación de los mecanismos propios y excepcionales propios de un proceso de justicia transicional y, de hecho, aquí ya se han mencionado y el Acto Legislativo demandado, desde que era un proyecto, partió de reconocer las diferentes Leyes de esta naturaleza que en Colombia se han producido y que en su momento han sido declaradas exequibles. Por lo tanto, al igual que los hacen los accionantes[45], esta Vista Fiscal no pretende sostener aquí que no sean aceptables en términos constitucionales instrumentos como el Acto Legislativo *sub examine*, el cual tiene por objeto establecer el marco constitucional pertinente para los mecanismos de justicia transicional necesarios que en el futuro se adopten con el fin de superar el conflicto armado, y ni siquiera con la posibilidad de priorizar casos para investigar o sancionar con el fin de garantizar la reconciliación, la justicia, la no-repetición, entre otras.

La cuestión aquí es otra. Se trata de determinar si el Acto Legislativo demandado, en donde se autoriza al Legislador para que en el futuro

---

Hernández), fundamento 5.1, y Sentencia C-1199 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), fundamento jurídico 10.1.

[45] En efecto, al explicar por qué no están diciendo en su demanda que cualquier modificación al deber de investigación y juzgar las violaciones a los derechos humanos y las infraccciones al DIH, implica una sustitución de la Constitución, los actores advierten que "*lo único que se ha afirmado en la demanda es que no puede el Estado renunciar de antemano a investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, pues ello implicaría una negación del acceso a la justicia y de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como una abdicación del propósito de lograr la vigencia de un orden justo*".

establezca *"instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción*" y se indica que "[*e*]n *cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas"*, sustituye la Constitución al señalar que el Legislador podrá determinar en una Ley Estatutaria *"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*", atendiendo a la "*gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección*" y, al mismo tiempo, podrá "*autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados*".

Como ya se ha dicho, y es la esencia de la demanda de inconstitucionalidad que motivó éste proceso, los citados criterios de selección y, consecuentemente, de exclusión, contravienen las obligaciones internacionales de Colombia de "*garantizar los derechos humanos, y por consiguiente,* [el deber] *de investigar todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y de juzgar a sus responsables*". Al tiempo que, por eso mismo, vulneran los derechos de las víctimas y, particularmente, sus derechos a la justicia, la verdad y la reparación.

Pero, ¿supone esto una sustitución de la Constitución? Es decir, al margen de la responsabilidad internacional que le quepa al Estado colombiano por la aplicación del Acto Legislativo demandado, ¿podemos decir que su entrada en vigencia supone una sustitución de la Norma Superior? Para responder a esta pregunta esta Jefatura hará uso del denominado *test de sustitución* que se ha desarrollado en la jurisprudencia constitucional, no sin antes reiterar que, en todo caso, hasta ahora la Corte Constitucional no ha precisado cuáles son los pilares fundamentales de la Constitución cuya reforma supone una sustitución y, por el contrario, paradójicamente ha

sostenido que la sustitución constitucional existe pese a que la Constitución no tiene cláusulas pétreas.

En la Sentencia C-141 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que:

> "[P]*ara determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado "juicio o metodología de la sustitución" que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles*
>
> [*... Para*] *la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.*
>
> [*...Mediante*] *el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (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 de la Constitución*".

En atención a lo anterior, se tiene que en el caso de la demanda *sub examine*, en primer lugar los actores aducen:

> (i) Que "*uno de los rasgos característicos de la Constitución de 1991 es la obligación del Estado colombiano de respetar y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas residentes en Colombia*" , el cual "*se*

desprende no solo de diferentes disposiciones de la Constitución Política (Preámbulo y artículo 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229), sino que también ha sido expuesto con precisión por tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Colombia es parte y que integran parte del bloque de constitucionalidad" (citando para esto último, además, la Sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y que del mismo "*se desprenden algunos deberes específicos, entre los cuales se encuentran los de investigar y juzgar todos los hechos que constituyan una infracción grave a tales derechos*";

(ii) Que "*la manera como está prevista la selección en el acto legislativo 01 de 2012 conduciría a que no todos los responsables de violaciones de DDHH serán investigados y sancionados*" y "*restringe el universo de conductas que dan lugar al deber de respeto y garantía de los derechos de todas las personas residentes en Colombia y a la consiguiente obligación de investigación y juzgamiento por parte del Estado colombiano*". Es decir, el Acto Legislativo crea dos nuevas reglas constitucionales (i) que "*es deber del Estado colombiano garantizar los derechos de <u>algunas</u> de las personas residentes en Colombia e investigar <u>algunas de las</u> graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción y juzgar solo a <u>algunos</u> de sus responsables*"; y (ii) que "*el Estado colombiano no está obligado a investigar y juzgar todas las conductas que constituyan crímenes de guerra, sino <u>tan solo</u> aquellas conductas que constituyan crímenes de guerra cometidas de manera sistemática*"; y

(iii) Que "*la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos es una parte estructural de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y de la Constitución Política* [... y de ella] *surge* [la obligación] *de investigar y juzgar de oficio y con la debida diligencia aquellas hechos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos*". Por lo que "*solo cumpliendo esta obligación el Estado garantizará el derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario a acceder a un recurso efectivo*", a acceder a la justicia —el cual "*es un pilar esencial* [...] *de cualquier Estado de Derecho*" — y, en general, sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, toda vez que éstos no pueden garantizarse "*si no se investigan y se juzgan con seriedad todas las graves violaciones de DDHH y todas las infracciones del DIH*".

En segundo lugar, se tiene que los actores consideran que:

(iv) "[A]*l distinguir algunas violaciones de derechos humanos que serán investigadas y otras que no lo serán, y al diferenciar entre algunos responsables de violaciones de derechos humanos que serán investigados y juzgados y otros que no* [...] *el acto legislativo 01 de 2012 introdujo*[,con las expresiones demandadas,] *tres elementos normativos que modifican* [un] *pilar esencial de la Constitución Política*", cual es "*el deber del Estado de proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia y, por consiguiente de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario*

> *cometidas en su jurisdicción* [...] *la nueva regla introducida por el párrafo 4 del artículo 1 del acto legislativo demandado modificaría el alcance de distintos derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, cuya satisfacción depende de la adecuada observancia del deber de investigación y juzgamiento*". Así (i) se "*eliminaría la posibilidad de que las víctimas de violaciones graves a los DDHH o a infracciones graves al DIH pudieran acudir ante un órgano judicial para exigir el juzgamiento de aquellos responsables de tales conductas que no entraran dentro de la categoría de 'máximos responsables'*"; (ii) al investigarse "*a quienes no son 'máximos responsables' se tendrá menor certeza sobre lo ocurrido*"; y (iii) se podría "*propiciar la repetición de graves violaciones de DDHH y de graves violaciones al DIH*" como resultado de no investigar y juzgar a todos los responsables.
>
> (v) Mientras "[*l*]*o que le da a* [determinadas] *conductas el carácter de crímenes de guerra no es su sistematicidad sino su gravedad* [...] *la disposición del acto legislativo demandado hace referencia a 'crímenes de guerra cometidos de manera sistemática'* [lo que] *permite que determinadas conductas graves queden en total impunidad* [...e implica una mayor] *afectación de los derechos al acceso a la administración de justicia y a la verdad, la justicia y la reparación de quienes hayan sido víctimas (directas o indirectas) de crímenes de guerra que no fueron cometidos de manera sistemática*".

Y, en tercer y último lugar, se tiene que los actores advierten:

> Que "*a partir de la vigencia del acto demandado, si bien la Constitución continúa planteando que es obligación del Estado garantizar los derechos humanos y promover la vigencia de un orden justo* [...] *el contenido de esta obligación es diferente. Ahora la obligación de garantizar los derechos autoriza que algunas graves violaciones de DDHH y algunas graves infracciones al DIH, así como algunos de sus responsables, no sean investigados y juzgados, y por consiguiente, que las autoridades de la República garanticen solamente los derechos de algunas de las personas residentes en Colombia*". Y que, por esto mismo, (i) "*ya no serían titulares* [del derecho a la administración de justicia] *todas las personas residentes en Colombia víctimas de violaciones de derechos humanos*" ni todas las víctimas de crímenes de guerra "*sino solo algunas*"; y (ii) "[*l*]*as víctimas (directas e indirectas) de los casos no seleccionados contarán con el derecho a acceder a la justicia, pero sólo para la determinación de los 'máximos responsables', más no para exigir la investigación y juzgamiento de quienes no tengan esa condición* [...y] *a estas víctimas se les reconocerán solo parcialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, pues solo se les satisfaría tratándose de los máximos responsables de las violaciones que padecieron*".

Por lo tanto, habiendo corroborado y explicado cuál es el sentido y el alcance de los criterios de selección de casos establecidos con las expresiones demandadas a la luz de la definición de los conceptos de

crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, así como habiendo esclarecido que, de conformidad con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, especialmente invocadas por los accionantes, es claro que el Estado colombiano sí tiene el deber jurídico de investigar y sancionar todas estas conductas, aun sin perjuicio de las limitaciones prácticas que tenga y de las decisiones de política criminal que adopte, como es el caso de las medidas de justicia transicional, so pena de que procesa la activación de la jurisdicción internacional; esta Vista Fiscal no puede hacer otra cosa que compartir las conclusiones de los accionantes y entender que, a la luz de la *teoría de la sustitución de la Constitución* elaborada por esa Corporación, las expresiones demandadas efectivamente deben declararse inexequibles.

Lo anterior, en efecto, pues resulta evidente que únicamente con la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones demandadas podría mantenerse vigente para el Estado colombiano el deber constitucional de investigar y sancionar los citados delitos, como corresponde en razón de su naturaleza y gravedad y como se hace necesario y obligatorio por virtud de los derechos de sus víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; pero, además, porque esto es lo único que resulta conforme con el modelo de Estado Social de Derecho adoptado en la Constitución de 1991 en donde, como se recordaba al comienzo de este escrito, (i) los derechos no son sólo los que se establece positivamente en la Carta Política o en la Ley, sino también los que se reconocen en los tratados internacionales de derechos humanos e incluso todos aquellos que se desprenden directamente de la naturaleza humana, por ser inherentes e inalienables a toda persona; y (ii) el Estado y sus instituciones, como se establece en las normas constitucionales invocadas y en muchas otras[46], tienen el deber y

[46] Sólo por citar un ejemplo, en el artículo 277 constitucional se establece que "[*e*]*l Procurador General de la Nación* […] *tendrá las siguientes funciones: […] 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad […] 3. Defender los intereses de la sociedad. 4. Defender los intereses colectivos […] 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de*

encuentran su razón de ser en el reconocimiento, la garantía, la promoción y la protección de estos derechos.

En este sentido, para el Jefe del Ministerio Público es claro que, en caso de que la Corte Constitucional decidiera pronunciarse sobre el fondo de la demanda que aquí nos ocupa y, al hacerlo, resolviera declarar exequibles las expresiones demandadas, sin duda posteriormente tendría que declarar exequible(s) la Ley o las Leyes Estatutarias que promueva el Congreso de la República en donde, con el fin de regular "*los derechos y los deberes de las personas* [(y aquí estaría hablando especial y principalmente de los derechos de las víctimas de graves conductas delictivas)] *y los recursos para su protección*" y la "*administración de justicia*"[47] —pues no ve cómo esa legislación podría estar regulando la organización y régimen de los partidos políticos, la participación ciudadana o los estados de excepción—.

Así, cuando valiéndose del marco constitucional establecido con el Acto Legislativo parcialmente demandado el Legislador decidiera definir, de manera general y *a priori*, (i) quiénes son y quiénes no son los máximos responsables de los mencionados delitos; (ii) cuándo y cuándo no se cometen estos delitos de manera sistemática y, por tanto, cuándo procede y cuándo no la renuncia condicionada a la persecución judicial penal[48] (en todos los casos no seleccionados de conformidad con esos criterios). Y esto,

---

quienes desempeñen funciones públicas […] 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales". Esta disposición, aunque no se menciona en el Acto Legislativo demandado, sin duda se ve afectada o podría verse afectada por la aplicación del mismo, en tanto que los criterios de selección demandados llevarían al Jefe del Ministerio Público a sólo poder vigilar el cumplimiento de la Constitución en los casos seleccionados con base en esos criterios, o a proteger los derechos únicamente de las víctimas de los casos seleccionados pero hacer caso omiso de los derechos de las víctimas de los delitos no seleccionados, entre otros.

[47] Artículo 152, literal a) de la Constitución Política de 1991.

[48] Al respecto baste mencionar que el Artículo 250 constitucional, de conformidad con la modificación que del mismo hizo el artículo 2° del Acto Legislativo 3 de 2002, estableció que "[*l*]*a Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio* […] *salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado*" (subrayas fuera del texto).

sin lugar a dudas, equivaldría al establecimiento constitucional de una "*zona de excepción*", como la llaman los accionantes, en donde más que no poder "*exigirse el cumplimiento del deber de investigar y juzgar todas las violaciones de DDHH y todas las infracciones al DIH*", no existirían sobre todo los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.

Por razón de lo anterior, considerando que las expresiones demandadas contradicen lo dispuesto en el Preámbulo y en los artículos 1°, 2°, 12, 19, 93, 228 y 229 constitucionales, y otros muchos no invocados por los accionantes, así como lo establecido en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, pero particularmente de lo ordenado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, esta Vista Fiscal solicitará, como petición subsidiaria, que sean declaradas inexequibles las expresiones demandadas.

4. Conclusión

Por lo anterior, de manera principal el Jefe del Ministerio Público solicita a la Sala Plena de la Corte Constitucional que se declare INHIBIDA por falta de competencia para pronunciarse respecto de las expresiones *"máximos", "cometidos de manera sistemática"* y *"todos",* contenidas en el párrafo 4º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 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"*.

De manera subsidiaria, en caso que la Corte decida pronunciarse de fondo sobre la demanda, el Procurador General de la Nación le solicita a la Sala

Concepto

Plena de la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLES las expresiones demandadas, en tanto que con éstas se viola el bloque de constitucionalidad y se desconocen principios y derechos constitucionales hasta tal punto que se efectúa una sustitución de la Constitución.

De los Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

GMR / ABG