

Bogotá D.C. 24 de agosto de 2.013

Honorables Magistrados y Magistrada  
Corte Constitucional de Colombia  
Ciudad

Ref: Intervención de Rodrigo Uprimny en la audiencia pública del 25 de julio de 2013.

Rodrigo Uprimny Yepes, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia-, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie de mi firma, me permito presentar por escrito las ideas expuestas en mi intervención en la audiencia pública del 25 de julio del presente año organizada por la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 01 de 2012. A continuación retomaré mi intervención.

Para empezar, agradezco a la Corte la invitación a la audiencia. Agradezco también a la Corte la realización de la audiencia, pues, a mi juicio, en este caso se juega, en parte, la suerte del proceso de paz y de los derechos de las víctimas. Creo que la Corte tiene una labor muy difícil pero de gran nobleza que consiste en enseñarnos a visualizar un proceso de paz sensible a las exigencias y derechos de las víctimas, pero que también logre una conceptualización de los derechos de las víctimas sensible a las exigencias y posibilidades de un proceso de paz. Así como no es viable ni jurídica, ni políticamente un proceso de paz que arrase con los derechos de las víctimas, tampoco es viable jurídicamente una conceptualización de los derechos de las víctimas que imposibilite un proceso de paz, pues no solo la paz es un presupuesto material para el goce efectivo de nuestros derechos humanos, sino que, en la Constitución de 1991, es un derecho de obligatorio cumplimiento.

En mi intervención comenzaré por responder con detalle la pregunta A que hizo la Corte y después me detendré brevemente en las otras preguntas que nos fueron formuladas a los intervinientes.

La Corte preguntó: ¿Está Colombia obligada a investigar y sancionar todos los delitos del conflicto armado en escenarios de justicia transicional? Mi respuesta es: depende del tipo de delito. Si se trata de delitos políticos y conexos que no sean crímenes atroces, es clarísimo que esos delitos son amnistiabiles. En ese sentido, si hay amnistía (que es también un instrumento de justicia transicional) y se desarrolla en sus justas proporciones, el Estado no tiene que investigar

ni sancionar esos crímenes. Por el contrario, si se trata de crímenes atroces, entendidos como violaciones graves a los derechos humanos y al DIH, esos crímenes atroces no son amnistiables por vía general. En principio, el Estado está obligado a investigarlos y a sancionarlos, incluso en contextos de justicia transicional.

Comparto entonces con la demanda no sólo su enfoque general y su filosofía, sino la premisa mayor de su juicio de sustitución. En efecto, como los demandantes, considero que un proceso de paz incompatible con los derechos de las víctimas no solo no es deseable, sino que es inviable jurídica y políticamente. El proceso de paz debe ser entonces compatible con el deber estatal de investigar y sancionar las atrocidades.

Como señala la demanda, el deber de investigar y sancionar está implícito en los artículos 2 y 93 de la Constitución. Coincido con los demandantes además en que ese deber es un pilar de la Constitución y que si es suprimido o es mutado radicalmente, estaríamos ante una sustitución parcial de la Constitución que haría inexecutable la reforma.

Así pues, estoy de acuerdo en un noventa por ciento con la demanda, pero en el diez restante discrepo y llego a conclusiones disímiles. En particular, discrepo porque los demandantes consideran que el deber de investigar y sancionar crímenes atroces es una regla que no es ponderable frente a otras obligaciones del Estado, tales como su deber de satisfacer otros derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación, a lograr garantías efectivas de no repetición o satisfacer los derechos sociales, económicos y culturales de la población pobre no victimizada. Los demandantes consideran que una excepción incluso menor a la obligación de investigar y sancionar implica su anulación y una sustitución de la Constitución. Incluso, llegan a esa conclusión cuando se está frente a un contexto excepcional como es la justicia transicional y aunque esa limitación pueda afectar gravemente el cumplimiento de otros deberes del Estado.

Creo que la tesis de la demanda sería impecable y acertada si se diera al menos una de las siguientes dos condiciones: Una empírica y otra normativa. La empírica es que el deber de investigar y sancionar fuera cumplible y no entrara en contradicción con otros deberes del Estado. La normativa es que, aunque entrara en contradicción con otros deberes del Estado, hubiese una norma según la cual el deber de investigar y sancionar es un deber jerárquicamente superior a otros deberes del Estado y por ello su cumplimiento prevalece siempre sobre las demás obligaciones del Estado.

Ahora bien, la condición empírica según la cual es posible cumplir el deber sin que su garantía colisione gravemente con otros deberes estatales, se presenta plenamente en situaciones de normalidad. En las situaciones de normalidad, esto es, cuando hay violaciones aisladas a los derechos humanos, es insostenible que un Estado deje de cumplir el deber de investigar y sancionar esas violaciones. Ese deber debe cumplirse, incluso, en transiciones de regímenes

dictatoriales a democracias, cuando en los regímenes dictatoriales no han ocurrido violaciones masivas y graves a los derechos humanos.

Sin embargo, esa condición empírica no se presenta en el contexto transicional de Colombia. Como lo demostró el informe del grupo de memoria histórica, luego de un conflicto armado de 50 años, los saldos son de más de 220 mil personas asesinadas y miles de colombianos victimarios. En ese contexto, existen al menos cuatro razones por las que el presupuesto empírico implícito de la demanda no se cumple.

La primera, porque el deber de investigar y sancionar todas las violaciones es en esas condiciones un deber fácticamente incumplible. No hay ningún país con el nivel de victimización que tiene Colombia que haya podido cumplir con el deber de juzgar y sancionar todas las violaciones graves al DIH cometidas en ese contexto. Esta idea la reconoce el informe del Secretario General de las Naciones Unidas del año 2004 llamado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” que se ha considerado como la gran política de las Naciones Unidas contra las leyes de amnistía. Literalmente, el párrafo 46 del informe señala: “A la postre, después de un conflicto la gran mayoría de los autores de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario nunca son sometidos a juicio, ya sea en el país o en el exterior. Por ello la política de enjuiciamiento debe ser estratégica, basarse en criterios claros y tener en cuenta el contexto social, por ejemplo, la necesidad de limitar la culpabilidad de los autores de delitos menos graves y apoyar su reforma y reinserción, (...)”<sup>1</sup>

En segundo lugar, por una razón de recursos. Se podría argumentar, como lo hacen los demandantes, que se podrían invertir más recursos para cumplir el deber de investigación. Pero dado que es una realidad que los recursos son limitados, aumentar la inversión en el poder judicial implicaría que el dinero que podría ser usado en medidas de reparación de las víctimas, por ejemplo para mecanismos extrajudiciales de verdad más eficaces, se destinaría en procesos judiciales que son extremadamente costosos. Considero que debe otorgarse un margen de libertad a los Estados para que estos decidan que recursos puedan ser invertidos en programas sociales para población pobre que no tiene satisfechos algunos derechos como los económicos, sociales y culturales o en programas de reparación masiva a las víctimas.

En tercer lugar, un cumplimiento pleno del deber de justicia entra en tensión con el derecho a la verdad. Esto, porque un cumplimiento pleno del deber de justicia, es un cumplimiento del deber de investigar, sancionar e imponer penas proporcionadas al crimen cometido a todos los responsables de las atrocidades. Pero si dichos elementos deben estar presentes en todos los contextos y casos, entonces no se podría plantear siquiera reducciones de pena a cambio de

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas. Informe del Secretario General. S/2004/616. “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

verdad, con lo cual se limitarían las posibilidades de obtención de verdad. Pero en realidad es admitido que pueden existir reducciones de pena a cambio de verdad, lo cual muestra que en el fondo se admite que la obligación de investigar y sancionar es ponderable frente a otros deberes del Estado y otros derechos de las víctimas.

Y finalmente, porque el alcance del deber de investigar y sancionar que plantea la demanda entra en contradicción con la posibilidad de una paz negociada, luego de un conflicto sangriento como el colombiano, en donde todos los actores del conflicto han desconocido en forma grave y masiva los derechos humanos y el DIH. Una negociación donde todos los responsables de crímenes de guerra tengan que cumplir las penas proporcionadas a la gravedad de su crimen hace imposible lograr acuerdos de desmovilización.

Ahora bien, podría sostenerse que, en efecto, es imposible fácticamente cumplir a cabalidad el deber y que las tensiones señaladas son propias de los contextos transicionales, pero que existe una norma según la cual el deber de investigar y sancionar prevalece. Entonces que según esta norma hay que esforzarse por cumplir el deber de investigar, aunque ese esfuerzo erosione gravemente la posibilidad de cumplimiento de los otros deberes.

Sin embargo, esa norma no existe. No existe ni en la Constitución, ni en ningún tratado de derechos humanos una norma según la cual el deber de investigar y sancionar prevalezca sobre el deber de esclarecer la verdad, el deber de reparar, el deber de buscar la paz o el deber de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicha norma no existe, ni siquiera en los tratados más punitivos como el llamado Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional. Ese tratado implícitamente admite la ponderación del deber de investigar y sancionar frente a la búsqueda de la paz cuando en su artículo 16 permite al Consejo de Seguridad suspender investigaciones por un año renovable indeterminadamente; esta posibilidad obviamente existe en interés de la paz. Además, el ordinal C del artículo 53 establece criterios sobre cuándo la Fiscalía debe investigar y establece una limitación cuando considere que una investigación no va “en interés de la justicia”. Y aunque la noción de interés de la justicia es abierta y no existe un consenso sobre su alcance, es razonable suponer que incluye la búsqueda de la paz o el esfuerzo por satisfacer otros derechos de las víctimas, como su derecho a la verdad o a la reparación. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que incluso bajo el estatuto de la Corte Penal Internacional, se admite la ponderación de la obligación de investigar y sancionar frente a otras obligaciones del Estado.

Si se admite la posibilidad de ponderación, vale preguntarse: ¿Ponderar frente a qué? En mi opinión, se pondera frente a todo el conjunto de los elementos que integran la obligación de investigar y sancionar. Se pondera frente i) a la investigación judicial el crimen, ii) la determinación de responsabilidades penales e individuales y iii) el cumplimiento efectivo del

castigo proporcionado a la gravedad del crimen. No hay justificación para sostener que solo es reducible el castigo y no la posibilidad de investigar y sancionar. No existe ningún tratado de derechos humanos que sostenga algo similar.

Por consiguiente, estamos ante la clásica teoría de la ponderación. En ese sentido, una limitación a la investigación y sanción es admisible si se cumplen dos elementos: que esa limitación i) sea proporcionada y ii) no afecte el contenido esencial de esa obligación estatal y de ese derecho. Y dado que la ponderación es inevitable, me permito señalar algunos criterios de ponderación que están presentes en el marco jurídico para la paz y serían desarrollados en la ley estatutaria, sujeta a control de esta Corte.

Los criterios, que no son exhaustivos, serían: i) a mayor responsabilidad del victimario y mayor gravedad del crimen, menos posibilidad de limitar el deber de castigo; ii) a mayor satisfacción de otros derechos, más posibilidades de limitar el deber de investigar y sancionar; iii) a mayor contribución a la paz, mayores posibilidades de limitar este deber; y iv) a mayor garantía de no repetición, mayor posibilidad de limitar de este deber. Todo lo anterior, sin afectar el contenido esencial del deber de investigar y sancionar.

En este punto es pertinente preguntarse ¿Cuál es el contenido esencial del deber de investigar y sancionar? Aunque la doctrina lo ha debatido, no hay una tesis pacífica, pero según mi criterio es el siguiente; no pueden dejar de ser investigados y sancionados los máximos responsables de haber cometido los crímenes más graves y representativos.

Por consiguiente, mi respuesta a la primera pregunta es la siguiente: Existe el deber de investigar y sancionar pero este deber no es absoluto ni jerárquicamente superior a otras obligaciones del Estado; este deber de investigar y sancionar es entonces ponderable y limitable si colisiona con otros deberes del Estado. Además, es claramente limitable y ponderable en contextos transicionales.

La anterior respuesta me permite contestar otra pregunta hecha por la Corte: ¿Concentrarse en los máximos responsables implica un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado? Mi respuesta es: No, es posible hacer esa concentración siempre que no se afecte el contenido esencial del deber de investigar y sancionar a los máximos responsables y siempre que la selección sea proporcionada al cumplimiento de los otros deberes que tiene el Estado.

Eso me lleva a la siguiente pregunta: ¿Es posible la renuncia condicionada a la acción penal? En esta respuesta quisiera detenerme en dos puntos que no se han enfatizado con suficiente fuerza. Primero, el marco jurídico para la paz hace referencia a la renuncia a la acción penal pero no a la obligación de investigar y sancionar las atrocidades. De hecho, en algunos casos, la renuncia a la acción penal es un mejor instrumento para focalizar esfuerzos en los casos más graves y

representativos y cumplir mejor la obligación de investigar y sancionar las atrocidades. Segundo, no se trata de una renuncia gratuita a la acción penal; es una renuncia condicionada y las condiciones tienen que estar definidas en la ley estatutaria que esta Corte tendrá que examinar. Pero obviamente esas condiciones implican al menos que los victimarios beneficiados realicen contribuciones efectivas a la verdad y a la reparación de las víctimas y a que esos crímenes nunca vuelvan a ocurrir en Colombia; y que las víctimas cuyos crímenes no sean seleccionados para ser investigados judicialmente cuenten con otros mecanismos extrajudiciales, tanto de verdad como de reparación, para que sean apropiadamente reparados y puedan saber realmente qué fue lo que ocurrió.

Ahora bien, considero que no nada se opone a que la ley estatutaria que debe desarrollar el marco jurídico para la paz pueda hacer partícipes a las víctimas en la implementación de los criterios para la renuncia de la acción penal. Un instrumento idóneo para garantizar su participación podría ser un recurso judicial para que las víctimas cuyo caso no fue seleccionado puedan acudir a la justicia solicitando que se revise si se cumplieron o no las condiciones para que su caso no fuera seleccionado para la investigación y sanción criminal. Así, existiría un control judicial en el trámite de la selección y se respetaría el derecho de las víctimas de crímenes atroces de contar con un mecanismo judicial frente a esa violación protuberante a sus derechos.

Prosigo entonces con otra pregunta: ¿Cuáles son los otros mecanismos de justicia transicional que podrían acompañar la ponderación de este deber de investigar y sancionar? Existen varios, como comisiones de la verdad, otros mecanismos extrajudiciales de la verdad distintos a una comisión de verdad, amnistías acotadas, programas de reparación y garantías de no repetición como la depuración de la fuerza pública. Y la respuesta a esta pregunta me lleva al último punto con el que terminaré mi intervención y es defender una visión, como diría Pablo de Greiff, el Relator de Naciones Unidas sobre justicia transicional, holística de la justicia transicional.

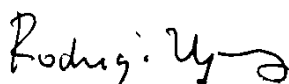
Esta visión holística de la justicia transicional asume que la justicia transicional es, como dijo también Pablo de Greiff, una “justicia imperfecta”, a lo cual yo agregaría, para tiempos radicalmente imperfectos; y la justicia transicional es particularmente imperfecta, porque se trata de sancionar miles de violaciones a los derechos humanos con miles y millones de víctimas, y miles o incluso millones de victimarios. En ese contexto, es muy difícil, incluso imposible, que todos los crímenes sean sancionados, todos los hechos esclarecidos y todas las víctimas integralmente reparadas. Lo que dice Pablo De Greiff es que para que esa justicia imperfecta no sea tan imperfecta, los distintos mecanismos de justicia transicional se tienen que reforzar entre sí y no avanzar aisladamente, porque si uno trata de hacer reparación material, por ejemplo, sin prever sanción a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, eso a muchas víctimas les suena como dinero ensangrentado, y entonces no tiene efecto reparador. Pero si uno sólo hace justicia penal sin reparaciones, eso a muchas víctimas les parece que se trata de chivos expiatorios para evitar reparar las víctimas; si uno hace reparaciones sin esclarecimiento, pues no

queda claro a quién repara y por qué, y no se reconstruye la memoria histórica que es un componente esencial de la reparación. Entonces la visión holística parte de la idea de que debe existir un reforzamiento mutuo de los distintos componentes de la justicia transicional, a fin de que esa justicia imperfecta no sea tan imperfecta. Y por ello no podemos permitir que la justicia transicional sea sobredeterminada por el principio de investigación penal, como si justicia transicional fuera un equivalente a justicia penal internacional.

Una visión holística de la justicia transicional está además comprometida globalmente con la defensa de los derechos de las víctimas y es respetuosa del artículo 2 de la Constitución. Esta visión busca la garantía de los derechos de todos los colombianos, pero además la garantía de todos los derechos de los colombianos, no únicamente el derecho a que sean investigadas judicialmente las atrocidades.

La justicia transicional, esa justicia imperfecta para tiempos radicalmente imperfectos, implica entonces decisiones dolorosas y dilemas trágicos. Por eso, invito a esta Corte a que le permita al Congreso y a la sociedad colombiana, dentro del marco jurídico para la paz, que realice la ponderación concreta entre el deber de investigar y sancionar con las posibilidades de la paz y la garantía de los otros derechos de las víctimas en la ley estatutaria. Y ulteriormente, cuando revise la ley estatutaria, la Corte podrá introducir los ajustes necesarios, luego del necesario debate democrático que la sociedad colombiana debe hacer sobre este tema.

Y vuelvo al punto de partida de mi intervención: estamos en un momento histórico para pensar la paz. Una paz que sea sensible a los derechos de las víctimas, pero igualmente estamos obligados a pensar también los derechos de las víctimas de forma que permitan una paz negociada, que es una paz éticamente superior a aquella que sea conseguida a través de la victoria militar.



Rodrigo Uprimny Yepes  
C.C. 79.146.539 de Usaquén  
Director  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-