

Bogotá D.C., marzo 4 de 2011

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso D0009499
Norma revisada: Acto Legislativo 01 de 2012

Respetados Magistrado y Magistrada:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, director y miembros del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – Dejusticia- y obrando en calidad de ciudadanos, respetuosamente presentamos la siguiente intervención en el proceso de constitucionalidad referenciado.

La demanda frente a la cual nos pronunciamos se dirige contra ciertos apartes del acto legislativo por medio del cual se establecieron instrumentos jurídicos de justicia transicional orientados a facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable. Específicamente, la demanda pretende que se limite el criterio de selectividad que constitucionalizó la norma demandada, en virtud del cual se abre la posibilidad de que, eventualmente, ciertas conductas criminales cometidas en el marco del conflicto armado y ciertas personas que hayan participado en su comisión no sean investigadas y sancionadas judicialmente. Según la demanda, las expresiones demandadas sustituyen un eje esencial de la Constitución, a saber, *“el deber del Estado de garantizar los derechos humanos, y consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción”*, al permitir que ciertas personas –los que no son máximos responsables- y ciertas conductas –los crímenes de guerra no cometidos de manera sistemática– no sean investigadas y juzgadas.

Compartimos el planteamiento de los demandantes en el sentido de que el deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH es un pilar esencial de nuestra Constitución. Así lo ratifican las normas constitucionales citadas en la demanda (preámbulo, arts. 2, 12, 29, 228 y 229), así como los instrumentos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y que también fueron referidos en ella¹. Sin embargo, consideramos que el

¹ Se indica en la demanda que el deber de investigar y juzgar encuentra sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho de toda persona a acceder a un recurso efectivo en caso de que sus derechos hayan sido violados (art. 2.3) y es además un componente estructural de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues i) se desprende de la obligación general de garantizar los derechos humanos; ii) guarda relación directa con el derecho de acceso a la justicia y iii) tiene una conexión estrecha con los derechos de las víctimas de violaciones graves a la verdad, la justicia y la reparación. Adicionalmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la

Acto Legislativo no sustituye este pilar constitucional, sino que lo restringe para el caso excepcional de un proceso de justicia transicional a partir de una ponderación legítima entre los distintos valores y derechos que están en juego en este tipo de procesos. Estimamos que existen al menos cuatro razones que sustentan este punto de vista. La primera es que la norma demandada está prevista para un contexto excepcional que es el de la justicia transicional con miras a la terminación del conflicto armado interno y por tanto sus efectos no son generales e incondicionados. Por el contrario, la restricción del alcance del deber de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos opera solo bajo el cumplimiento de ciertos condicionamientos incluidos en el mismo Acto Legislativo. La segunda es que el deber de investigar y sancionar judicialmente crímenes atroces no es una regla, sino que es un principio que, como tal, admite ser ponderado teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas para su realización. La tercera es que este deber está sometido a unas limitaciones fácticas y normativas específicas cuando se trata de aplicarlo a un proceso de justicia transicional orientado a la terminación de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones. De este modo, la incorporación de criterios de selectividad en la persecución penal puede resultar no solo adecuada, sino necesaria. Y la cuarta es que el Acto Legislativo incorpora medidas de balance entre los derechos de las víctimas y el logro de la paz, y conserva además un núcleo básico del deber de investigación y juzgamiento, en tanto no permite que se apliquen criterios de selección frente a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. A continuación desarrollaremos cada uno de estos argumentos.

1. Una precisión necesaria: el Acto Legislativo demandado solo opera para el contexto excepcional de justicia transicional para la terminación del conflicto armado interno

De conformidad con la demanda, los apartes del Acto Legislativo cuya inexecutable se solicita sustituyen el deber de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos por el deber más limitado de investigar y juzgar solo algunas de estas violaciones –los crímenes de lesa humanidad, los genocidios y los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática–, y solo a algunos de sus responsables –los que tengan la categoría de máximos responsables–. A juicio de los demandantes, de este modo el Acto Legislativo autoriza “que las autoridades de la República garanticen solamente los derechos de *algunas* de las personas residentes en Colombia”.

En efecto, el Acto Legislativo introduce la posibilidad de que el legislador autorice la renuncia a la persecución penal de algunas graves violaciones de derechos humanos y de algunos de sus responsables. Sin embargo, se trata de una posibilidad que únicamente está prevista para el contexto excepcional de un proceso de justicia transicional² orientado a la terminación del conflicto armado

Convención para la sanción y prevención del delito de genocidio, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyen la obligación de los Estados de investigar estos hechos, procesar a los responsables y compensar a las víctimas.

² Según la definición adoptada por el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas en 2004, la cual se ha convertido en la definición oficial de la organización y en una de las más citadas, la justicia transicional “... abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la

interno y que está sujeta al cumplimiento de condiciones, algunas de las cuales están enunciadas en el mismo Acto Legislativo.

Desde el mismo título del Acto Legislativo se advierte que los mecanismos jurídicos a los que ella se refiere son instrumentos de justicia transicional. Igualmente, al referirse a la autorización al Congreso para que dicte una ley en la que fije criterios de selección en materia de persecución penal, se establece que está circunscrita al marco de la justicia transicional, cuyos mecanismos son catalogados en el propio Acto Legislativo como instrumentos “excepcionales”, que “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 que “garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. En consonancia con esto, el Acto Legislativo dispone además que la renuncia a la persecución penal –así como los otros beneficios penales previstos en él–, “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”.

De acuerdo con lo anterior, no puede entenderse que las expresiones demandadas relativizan de manera general e incondicionada el deber de investigar y juzgar, sino que más bien autorizan al legislador para introducir excepciones a este en un contexto que en sí mismo es también excepcional, que es el de la justicia transicional. Por fuera de este marco excepcional, el deber de investigar todas las violaciones y todos los responsables se mantiene incólume.

Adicionalmente, es importante anotar que las expresiones demandadas no establecen que solo serán investigados los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra sistemáticos, sino que autoriza al Congreso para que dicte una ley en la que determine criterios de selección para centrar los esfuerzos en la investigación penal en estos casos. Esta regulación se debe realizar a través de una ley estatutaria que está sujeta a su aprobación por una mayoría cualificada y al control constitucional previo. De este modo, antes de que los criterios de selección entren a regir, deberán pasar un examen constitucional que garantice un balance adecuado entre los derechos y valores en juego a partir de criterios de necesidad y proporcionalidad.

Es claro entonces que las expresiones demandadas no establecen una renuncia general e incondicionada al deber de investigar y juzgar los crímenes de guerra que no se hayan cometido de manera sistemática, ni tampoco al deber de investigar y juzgar personas involucradas en la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidios y crímenes de guerra, pero que no ostentan la condición de máximos responsables. Lo que debe entonces determinarse es si la autorización para que el Congreso, mediante una ley estatutaria, renuncie en algunos casos a la persecución penal sustituye el pilar constitucional de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos. A continuación desarrollaremos dos planteamientos que consideramos necesarios para abordar esta

búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”. ONU (2004). Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. S/2004/616, Párr. 8 disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

cuestión: el primero, la naturaleza del deber de investigar juzgar como un principio, no como una regla; y el segundo, las limitaciones fácticas y jurídicas a las que se enfrenta este deber en el contexto específico de un proceso de justicia internacional orientado a la terminación de un conflicto armado interno.

2. El deber de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos es un principio que admite ser ponderado

Tal como lo advierten los demandantes, el deber de investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos se deriva de la obligación de garantizar los derechos de todas las personas, la cual constituye un elemento esencial de la Constitución Política y de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, concretamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho deber se funda además en el derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario a acceder a un recurso efectivo, el cual se encuentra también se encuentra reconocido en dichos tratados. Adicionalmente, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la sanción y prevención del delito de genocidio incluyen expresamente a la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a las que cada uno de estos se refiere.

De acuerdo con la demanda, el deber en cuestión implica que todas las conductas que constituyan violaciones a los derechos humanos y todos los eventuales responsables de estas deben ser investigados y juzgados, y por tanto el Estado no puede “renunciar de antemano a investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”, aunque se admite que sí podría priorizar “siempre y cuando ello implique que las conductas no priorizadas serán también investigadas dentro de un plazo razonable”. En otras palabras, los actores interpretan el deber de investigar y juzgar como una regla, esto es, como un mandato definitivo que exige un cumplimiento pleno³.

Sin embargo, estimamos que en el marco de la distinción conceptual entre reglas y principios – ampliamente aceptada por la teoría del derecho y acogida en nuestra jurisprudencia constitucional –, es más acertado entender el deber en cuestión como un principio, es decir, como un mandato de

³ Robert Alexy señala que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas ‘mandatos definitivos’” (Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994, p. 75). Igualmente, el autor germano ha precisado que “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese medida, pueden siempre ser sólo incumplidas o cumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (Alexy, Robert. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 143).

optimización “que ordena[n] que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”⁴.

A grandes rasgos, es posible identificar al menos dos criterios para determinar si una norma jurídica es una regla o un principio. Se trata de criterios que pueden resultar complementarios, pero que no son acumulativos puesto que más bien reflejan distintas aproximaciones teóricas frente a la distinción en cuestión. Por un lado, se ha indicado que la diferencia radica en la estructura lógica o la formulación lingüística de las normas, concretamente en el nivel de indeterminación de sus condiciones de aplicación⁵ y/o en la posibilidad del cumplimiento gradual de la conducta prescrita⁶. Así, una norma jurídica será una regla si sus condiciones de aplicación son cerradas y/o la conducta prescrita no admite un cumplimiento gradual, mientras que será un principio si sus condiciones de aplicación son abiertas y/o la conducta prescrita admite un cumplimiento gradual.

De otro lado, es posible entender que la formulación lingüística de las normas jurídicas puede ser indicativa de su carácter como principio o regla, pero que la diferencia no radica finalmente en una propiedad intrínseca de aquellas, sino que está mediada por las circunstancias particulares en las cuales deben ser aplicadas. Según esta perspectiva, “la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo”⁷. De modo más específico, se advierte que esta calificación “respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, cierto tipo de decisiones jurídicas, los así llamados ‘casos difíciles’, requieren que las normas que suministran razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un ‘deber ser definitivo o real’, esto es, como reglas, sino como portadoras de un ‘deber ser ideal o prima facie’, es decir, como principios”⁸.

Consideramos que en el caso del deber de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, tanto la estructura lingüística de la norma, como las circunstancias concretas de su aplicación determinan que estamos ante un principio y no ante una regla. En primer lugar, como bien lo advierten los demandantes, el deber en cuestión es un deber de medio y de diligencia, y no una obligación de resultado. En este sentido, la conducta prescrita admite un cumplimiento gradual, de tal modo que para satisfacer la obligación no es preciso que el Estado investigue y juzgue todas las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, sino que aplique la debida diligencia en hacerlo en el mayor número posible de casos.

En segundo lugar, el contexto particular en el que se inscribe en esta oportunidad la discusión sobre el alcance del deber de investigar y juzgar está definido por las tensiones intrínsecas de un proceso

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86. Ver también al respecto las sentencias C-713 de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández y C-1287 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. “Sobre principios y reglas”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho N. 10*, 1991, p. 108.

⁶ Lopera, Gloria. “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho N. 27*, 2004, p. 230 y ss.

⁷ *Ibíd.*, p. 235.

⁸ *Ibíd.*, p. 234.

de justicia transicional, las cuales determinan que inevitablemente nos encontremos ante un caso difícil. En efecto, la autorización para que el legislador restrinja eventualmente el alcance del deber en cuestión opera en el contexto excepcional de la justicia transicional al cual es inmanente la colisión entre intereses y expectativas igualmente valiosas en una sociedad: por un lado, el deber de investigar y juzgar las graves violaciones cometidas en el marco del conflicto que se pretende superar, y por el otro lado, el deber de alcanzar la paz y asegurar la estabilidad democrática. Si se interpreta el primero de estos deberes al margen de las condiciones específicas de la justicia transicional y se asume que se trata de un mandato definitivo, en últimas se está optando *prima facie* por la prevalencia del primer deber sobre el segundo, sin haber sometido la decisión a un necesario ejercicio de ponderación. Es importante resaltar además que el deber de investigar y juzgar no solo debe ser ponderado frente al deber de asegurar la paz, sino también frente a los propios derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, pues si el primero se asume como un deber absoluto, se corre el riesgo de que el Estado desatienda el cumplimiento de los deberes en materia de reparación y verdad.

La propia Corte ha señalado que el método de ponderación es el apropiado para afrontar las tensiones particulares de la justicia transicional, “por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas”⁹. Según la Corte, “el logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable...”¹⁰. Resulta entonces claro que la propia jurisprudencia de la Corte respalda que el deber de investigar y juzgar tiene la naturaleza de principio cuando opera en el contexto de la justicia transicional.

Lo anterior se refuerza además con la jurisprudencia de la Corte que reconoce que la mayoría de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen la naturaleza de principios y no de reglas pues “*los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles*”¹¹. Según la Corte, solo en casos excepcionales la Constitución definió derechos fundamentales bajo la forma de reglas, por ejemplo, al establecer la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29)¹². Pero en la mayoría de casos, “los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones”¹³, pues “más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C- 578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Ver: Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ *Ibidem*.

dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro”¹⁴. Esta jurisprudencia sobre derechos fundamentales resulta relevante en este caso en tanto el deber de investigación y juzgamiento se sustenta básicamente en un derecho fundamental que es el derecho de las víctimas a acceder a un recurso efectivo, que, como tal, es un principio que admite ser ponderado y que tendrá por tanto una dimensión de peso distinta de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

De conformidad con lo anterior, la consecuencia inmediata que se deriva de que una norma jurídica tenga la naturaleza de principio es que la definición de su alcance se determina en cada caso concreto en función de las posibilidades tanto fácticas como jurídicas, lo cual solo puede determinarse a partir de un ejercicio de ponderación. Para poder llevar a cabo este ejercicio, es necesario tener entonces en cuenta las circunstancias particulares que enmarcan esta ponderación, aspecto del que nos ocupamos en el siguiente apartado.

3. Las limitaciones fácticas y normativas al deber de investigar y juzgar en el marco de un proceso de justicia transicional para la terminación de un conflicto armado interno

Como ya se ha señalado, la autorización para una eventual renuncia a la persecución penal en materia de graves violaciones a los derechos humanos está prevista únicamente para el caso de un proceso de justicia transicional que tenga como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno. Este marco define entonces las circunstancias particulares que delimitan las condiciones para la ponderación del deber de investigar y juzgar. Ahora bien, este contexto específico determina, *prima facie*, una serie de limitaciones tanto fácticas como normativas al cumplimiento de dicho deber.

En lo que respecta a las limitaciones fácticas, es necesario tener en cuenta las dificultades insalvables con las que se enfrenta la pretensión de judicializar todas las conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos y todos los combatientes eventualmente responsables de su comisión en el marco de un conflicto armado interno de larga duración y de vastas proporciones. La experiencia comparada demuestra que la complejidad de algunos conflictos armados hace que sea materialmente imposible investigar y juzgar todos y cada uno de los delitos y combatientes¹⁵. Así por ejemplo, los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, tras siete años de trabajo y gastos por 400 millones de dólares solo habían logrado culminar 15 juicios en el año 1999¹⁶. En el caso nacional –tal vez el único en el mundo en el que se ha intentado judicializar a todos los combatientes desmovilizados–, la propia experiencia del proceso de justicia y paz con los paramilitares es prueba de ello: en ocho años solo se han dictado 14 sentencias

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Brown, Daniel, *The International Criminal Court and Trial in Absentia*, en *24 Brooklyn Journal of International Law*, 3, 1999, pp. 763-796. Wedgwood, Ruth. *War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal*, *34 Virginia Journal of International Law*, 2, pp. 277-281, 1994.

¹⁶ Medina, Diego. *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano*, *16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, p. 45-80, 2010.

respecto de un total de 35000 desmovilizados, es decir, solo han sido sentenciados el 0.3% de estos¹⁷. Estas cifras demuestran que tratándose de conflictos armados que involucran a millares de combatientes, si no se hace priorización y selectividad en forma explícita, esta se da en forma encubierta pues las posibilidades de investigar y juzgar todas las conductas y todos los combatientes rebasa la capacidad real de cualquier sistema judicial.

Es importante recordar que el conflicto armado colombiano es uno de los más antiguos en el mundo¹⁸, lo cual, sumado a la intensidad de la violencia y la cantidad de actores, también lo convierten en uno de los más complejos. Ahora, si se partiera de la idea de que el deber de investigar y sancionar es absoluto, y si por ejemplo las actuales negociaciones con las FARC llegaran a buen puerto, estaríamos hablando de que el Estado tendría que judicializar todas las graves violaciones cometidas por este grupo armado en el transcurso de más de medio siglo de existencia –o por lo menos en los últimos 30 años que es el término de prescriptibilidad previsto en la legislación colombiana para algunos de estos crímenes (Ley 599 de 2000, art. 83, inc. 2)–, tiempo durante el cual esta organización ha llegado a tener en sus filas hasta 20.000 combatientes¹⁹. Igualmente, por lo menos 8000 combatientes tendrían que pasar por el sistema judicial²⁰.

De otro lado, existen también limitaciones de carácter normativo. Como ya se indicó, los procesos de justicia transicional orientados a la terminación de un conflicto armado interno están atravesados por una tensión inmanente entre justicia y paz. Frente a este escenario, es posible que sea necesario reducir el imperativo de castigo total en beneficio de la paz, pues esta exige unos mínimos de seguridad jurídica a una gran masa de combatientes. En esos contextos, no es realista simplemente priorizar y dejar la posibilidad abierta de que las personas cuya investigación no fue priorizada podrían ser investigadas y sancionadas 20 años después, pues esa perspectiva dificulta el logro de la paz. Por tal razón, la selectividad puede resultar un camino adecuado y necesario para enfrentar esta situación. Así lo reconoce incluso la Comisión Asesora de Política Criminal en su informe final presentado en marzo de 2012, en el cual se indica que las ponderaciones que resultan necesarias en el ámbito de la justicia transicional “pueden hacer llegar a una priorización y selectividad concreta, que tome en cuenta las particularidades del contexto nacional”²¹, las cuales serán constitucionalmente admisibles si constituyen “mecanismos necesarios y proporcionales a la búsqueda de la paz”²² y se sustenten “entre otros, en los principios de gravedad y representatividad

¹⁷ Comisión Colombiana de Juristas. *Actualización del Informe de seguimiento a las recomendaciones 9,14, y 16 del Comité de Derechos Humanos de la ONU*. 2012.

¹⁸ Véase por ejemplo: Lair, Eric. Colombia: una guerra contra los civiles. *Revista Colombia Internacional*. Págs. 136 a 147. Documento disponible en: http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/datos/pdf/data/Col_Int_No.49-50/07_Rev_49-50.pdf.

¹⁹ Según datos del Departamento Nacional de Planeación, para el año 1999 las FARC contaban con 20.000 combatientes distribuidos en 70 frentes guerrilleros. Ver: Departamento Nacional de Planeación. *Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: Un análisis espacial*. Archivos de Economía. Documento 219 del 20 de Marzo de 2003.

²⁰ No están disponibles al público cifras oficiales actualizadas sobre el número de combatientes de las FARC. Sin embargo, en información de prensa se habla de esta cifra de 8000 personas. Ver: *El Espectador*, Más de mil guerrilleros fuera de combate desde instalación de diálogos de paz, disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/paz/articulo-405021-mas-de-mil-guerrilleros-fuera-de-combate-instalacion-de-dialogos>.

²¹ Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*, 31 de marzo de 2012, disponible en <http://www.minjusticia.gov.co/library/news/files/ver%20informe127.pdf>, párr. 226, p. 116.

²² *Ibidem*.

de los casos, y deberán asegurar, en todo caso, la investigación y sanción de los máximos responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad”²³

Es preciso destacar además que la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido las tensiones específicas a las que se enfrenta el deber de investigar y juzgar en procesos orientados a la terminación de un conflicto armado interno. En el fallo sobre la masacre del Mozote²⁴ en el cual se refirió a la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz adoptada por la Asamblea Legislativa de El Salvador con posterioridad al Acuerdo de Paz de 1992, la Corte IDH por primera vez analiza el problema de las amnistías en el contexto de transiciones negociadas a la paz y reconoce que estas tienen diferencias relevantes con otro tipo de amnistías y parecen más admisibles, obviamente dentro de ciertos límites.

La Corte IDH ha señalado en varios pronunciamientos “la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados”²⁵. Este precedente que fue sentado en el caso Barrios Altos y luego reiterado en varios casos, es referido también por la Corte IDH en el reciente fallo del Mozote. Sin embargo, en esta la Corte IDH resalta la especificidad del caso sometido a su consideración en tanto “se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno”²⁶. En atención a esta particularidad, la Corte IDH opta por analizar el caso también a la luz del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 de Ginebra que insta a los Estados a “conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” y del propio Acuerdo de Paz que puso fin al conflicto en El Salvador, el cual impuso al Estado la obligación de investigar y sancionar “al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”²⁷.

Este marco de análisis marca una diferencia importante respecto a los análisis precedentes de la Corte IDH en materia de amnistías, pues no solo advierte la especificidad de las que han sido el resultado de un proceso de paz para darle fin a un conflicto armado, sino que además reconoce un valor jurídico a los acuerdos a los que lleguen las partes para lograr este fin. En efecto, uno de los argumentos de la Corte para declarar la incompatibilidad de la Ley de Amnistía que se aprobó en El Salvador con posterioridad al cierre del conflicto fue precisamente que esta “contravino expresamente lo que las propias partes del conflicto armado habían establecido en el Acuerdo de Paz que dispuso el cese de las hostilidades”²⁸. Según la Corte IDH, la aprobación de la Ley de Amnistía General y su aplicación en el proceso penal por la masacre del Mozote “es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz, lo cual leído a la luz de la Convención Americana se refleja

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252.

²⁵ *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41 a 44; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párrs. 105 a 114; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, párrs. 152 y 168; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 147, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 195.

²⁶ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, párr. 284.

²⁷ *Ibid.*, párr. 288.

²⁸ *Ibid.*, párr. 292.

en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños²⁹. Este reconocimiento del valor jurídico de los acuerdos de paz como marco para el análisis de la legitimidad de una amnistía constituye un punto muy importante en la jurisprudencia actual de este Alto Tribunal, pues al hacerlo reconoce implícitamente el valor de la paz, así como un margen de maniobra a los Estados en la definición de los instrumentos necesarios para asegurarla.

Este aspecto encuentra un mayor desarrollo en el importante voto concurrente planteado por el juez Diego García Sayán, al cual adhirieron formalmente otros cuatro integrantes de la Corte IDH, en el cual se ahonda en detalle sobre la cuestión de la admisibilidad de las amnistías en el marco de procesos de paz. Desde el punto de vista jurídico formal, este voto concurrente tiene una fuerza particular, que lo diferencia de otros votos concurrentes en otras sentencias, pues fue suscrito por cinco de los siete integrantes de la Corte IDH y además no plantea una discrepancia con el análisis que realiza la sentencia sobre las amnistías, sino que es un complemento más profundo a él. En ese sentido, uno puede decir que la *ratio decidendi* de esa sentencia como precedente en materia de amnistías es lo que la Corte dice en los párrafos 283 y ss, complementado por las consideraciones de este voto concurrente. Esa sería hoy la doctrina de la Corte IDH sobre las posibilidades y límites de las amnistías en contextos de transiciones negociadas de la guerra a la paz.

En consonancia con la orientación del fallo, el voto concurrente comienza por señalar que “la situación anómala y excepcional de un conflicto armado no internacional genera que pueden contarse por millares los nombres de los victimarios y, especialmente, de las víctimas. Esa situación excepcional suele demandar mecanismos de respuesta también excepcionales³⁰. El voto reconoce que en esta situación se plantean altas exigencias “en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada³¹, lo cual solo puede hacerse a través de un juicio de ponderación. De este modo, se reconoce que el deber de investigar y juzgar tiene el carácter de principio y se resalta además que la ponderación debe operar en función de las exigencias y circunstancias particulares de un proceso de paz. Según el voto,

“en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz³².”

La admisión de unos estándares diferenciados en materia de amnistías en procesos de paz se justifica porque con ellas se busca satisfacer un interés valioso y legítimo que es precisamente el logro de la paz. Según se indica en el voto, “La paz como producto de una negociación se ofrece

²⁹ *Ibíd.*, párr. 295.

³⁰ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 22.

³¹ *Ibíd.*, párr. 26

³² *Ibíd.*, párr. 38.

como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla³³.

Este voto aclara además –y con razón– que la jurisprudencia sobre el deber diligente de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos empezó en relación con contextos específicos de auto-amparistías por dictaduras militares y que por ello no puede ser aplicada de manera directa y mecánica a otros contextos, como pueden ser indultos o penas alternativas en contextos de esfuerzos de salida de conflictos armados derivados de acuerdos de paz, al menos sin tomar en consideración las exigencias que tales contextos plantean en materia de derechos humanos. En ese sentido, este voto define con mayor claridad el alcance del estándar establecido en el caso Barrios Altos y sienta las bases para su aplicación diferenciada según contextos. Puede decirse entonces que en su más reciente jurisprudencia sobre el tema de las amnistías, la Corte IDH avanza en la cualificación del deber de debida diligencia de los Estados en cuanto a su obligación de investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos, de tal modo que una medida de exclusión de la debe evaluarse de modo distinto en función de los distintos contextos (por ejemplo, transición de dictadura a democracia, o de conflicto a paz, transiciones lejanas, negociaciones de paz actuales, etc.).

El fallo de la Corte, y en especial el voto concurrente matiza entonces la tesis, que se desprendería de una lectura literal y aislada del célebre párrafo de la sentencia de Barrios Altos, de que sería indefectiblemente contrario a la Convención cualquier dispositivo que llevara a que el Estado no hiciera todo lo posible por lograr un castigo proporcionado en una violación grave a los derechos humanos. El voto concurrente muestra que la situación es más compleja y requiere un análisis más holístico, pues la obligación de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos no puede ser absolutizada ya que es no solo una obligación de medio sino que, además, en especial después de conflictos armados en donde han ocurrido masivamente violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario, ese deber del Estado puede competir con otras obligaciones del mismo Estado, como el deber de lograr la verdad, o de reparar a las víctimas, o de lograr la paz.

De conformidad con lo expuesto en este apartado, resulta claro que las transiciones de la guerra a la paz tienen unas particularidades frente a otro tipo de transiciones, las cuales han sido reconocidas por la propia Corte y también recientemente por la Corte IDH. Estas particularidades fijan unos límites específicos, tanto fácticos como jurídicos, al deber de investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos que, al ser debidamente considerados en un ejercicio de ponderación que tenga en cuenta todos los fines y derechos en juego, pueden llegar a justificar la adopción de criterios de selectividad como el que el autoriza el Acto demandado.

4. El Acto Legislativo incorpora medidas de balance entre los derechos de las víctimas y el logro de la paz

³³ *Ibíd.*, párr. 37.

Tal como lo indicamos en el primer apartado, el Acto Legislativo define algunas condiciones que se deben satisfacer para hacer efectivos los beneficios penales previstos en él, incluyendo el de la renuncia a la persecución penal en los casos autorizados por el Congreso. Entre estas condiciones se incluyen algunas que tienen relación directa con los derechos de las víctimas, a saber, “el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas”. Adicionalmente, el Acto demandado constitucionaliza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y establece que estos deben garantizarse “en el mayor nivel posible”. De manera más específica, señala que “[e]n cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”. Es decir, tanto para los casos en los que se apliquen mecanismos judiciales como extrajudiciales se deberán garantizar mecanismos adicionales de esclarecimiento y reparación. Por otro lado, señala que una ley “deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones”.

La eventual restricción al deber de investigar y juzgar no operaría pues en un escenario de desconsideración de los derechos de las víctimas. Es importante resaltar que además del reconocimiento expreso de estos derechos y de los condicionamientos impuestos para la concesión de los beneficios penales, el Acto Legislativo mantiene un contenido esencial del deber en cuestión consistente en la obligación de investigar y juzgar los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Como ya lo indicamos, esto no quiere decir que solo estos casos podrán ser investigados, sino que estos constituyen un límite infranqueable al legislador en la definición de criterios de selección, de tal modo que se mantiene incólume un núcleo esencial del derecho a la justicia.

Estimamos que la restricción al deber de investigar y juzgar autorizada por el Acto Legislativo no puede ser analizada al margen del conjunto de disposiciones que este contiene en materia de verdad y reparación. Es necesario entender la justicia transicional como un modelo holístico en el que resulta admisible la adopción de una lógica de compensación entre sus distintas dimensiones y en virtud de la cual se puede justificar, por ejemplo, un menor castigo pero con fuertes componentes de verdad y reparación³⁴. Este modelo holístico debe permitir además que el alcance y tratamiento que se le otorgue a cada una de las dimensiones de la justicia transicional contribuya del mejor modo a la satisfacción de los otros componentes. Desde perspectiva, considerando las limitaciones fácticas y normativas a las que se enfrenta el deber de investigar y juzgar, resulta incluso razonable considerar que la determinación de criterios claros de selección judicial que permita concentrar los esfuerzos del aparato judicial en los casos más graves y en los máximos responsables puede ser una

³⁴ Al respecto la Comisión Asesora de Política Criminal advirtió en su informe final: “Después de que en el proceso de construcción de la institucionalidad de la justicia transicional se hubo ensayado el uso individualizado y sustitutivo de mecanismos, durante los últimos años ha venido madurando la idea de que si bien puede haber entre los distintos dispositivos desarrollados compensaciones parciales, así por ejemplo, importantes concesiones en materia penal a cambio de mayor compromiso con la verdad y con la reparación, el ideal, para efectos de garantizar un mayor éxito en términos de estabilización de la paz y de consolidación de la democracia, es en cualquier caso, que se establezcan modelos holísticos, que integren múltiples mecanismos, de manera que se favorezcan sinergias entre ellos”. Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*, 31 de marzo de 2012, disponible en <http://www.minjusticia.gov.co/library/news/files/ver%20informe127.pdf>, párr. 231, p. 118.

mejor manera de garantizar los derechos de las víctimas, que apostarle a un sistema en el que en todo caso operaría una selectividad encubierta. La utilización de criterios claros de selectividad que se enfoquen en las graves violaciones a los derechos humanos cometidas de manera sistemática, combinada con la aplicación de mecanismos extrajudiciales para el esclarecimiento de la verdad, puede llegar a ofrecer mejores resultados en términos de justicia y verdad que una estrategia de judicialización dirigida a investigar todos los responsables caso por caso. Tal como lo indica la Comisión Asesora de Política Criminal,

En un horizonte axiológico de sopesamiento entre los valores de la justicia y de la paz, la selectividad, además de estar soportada en una visión y en una utilización holística de los mecanismos de la justicia transicional que garantice que las concesiones que se hagan en materia de castigo se compensen adecuadamente en los ámbitos de la verdad y la reparación, debe estar orientada, en último término, hacia la realización de la garantía de no repetición. En ese sentido, por ejemplo, los casos seleccionados para su juzgamiento deben ser tales que permitan el desvelamiento y el desmonte de grandes estructuras criminales capaces de reproducir la violencia³⁵.

5. Conclusión: las expresiones demandadas no sustituyen un pilar esencial de la Constitución

Según la jurisprudencia constitucional, “el método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto”³⁶. A partir de la sentencia C-588 de 2009, en la que también se examinó la constitucionalidad de un acto legislativo, la Corte incorporó a la doctrina sobre el juicio de sustitución la noción de quebrantamiento de la Carta. Según la Corte, el quebrantamiento se produce cuando se introducen excepciones a una disposición constitucional. La Corte reconoce que es aceptable, en un principio, la inclusión de tales excepciones por medio de una reforma constitucional. Sin embargo, advierte que el quebrantamiento de la Carta puede implicar su sustitución parcial o total, caso en el cual el quebrantamiento resulta inválido.

Aunque en dicho fallo la Corte introdujo un nuevo elemento en el juicio de sustitución, en todo caso la estructura de este se mantiene, de tal modo que debe comprobarse que la excepción incluida implica que la Constitución ha sido reemplazada en su integridad o en parte por otra totalmente opuesta. Así lo indicó la Corte al destacar que

para que se produzca la sustitución no basta ‘limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución’ puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, ‘una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma’³⁷

³⁵ Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*, 31 de marzo de 2012, disponible en <http://www.minjusticia.gov.co/library/news/files/ver%20informe127.pdf>, párr. 229, p. 118.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005, f. j. 7.9.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2009.

Según lo hemos indicado en esta intervención, los apartes demandados no implican una sustitución general e incondicionada del deber de investigar y juzgar graves violaciones a los derechos humanos, sino que autorizan al legislador a introducir excepciones a él, pero únicamente en el marco de la justicia transicional orientada a la terminación del conflicto armado. El presente caso debería entonces analizar a partir del criterio de quebrantamiento de la Carta.

Sin embargo, de conformidad con los argumentos desarrollados en este escrito, estimamos que la modificación introducida por las expresiones acusadas no implica una sustitución total o parcial de la Constitución pues solo se trata de una autorización al legislador para que, cumplidas ciertas condiciones y con el previo aval constitucional de la Corte, introduzca criterios de selección en el marco de la justicia transicional, los cuales en todo caso deben respetar un núcleo esencial del deber de investigar y juzgar y deben operar además en conjunción con mecanismos para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. Consideramos entonces las expresiones demandadas no deberían ser declaradas inexecutable.

De los Honorables Magistrados y la Honorable Magistrada,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios Dejusticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios Dejusticia

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios Dejusticia