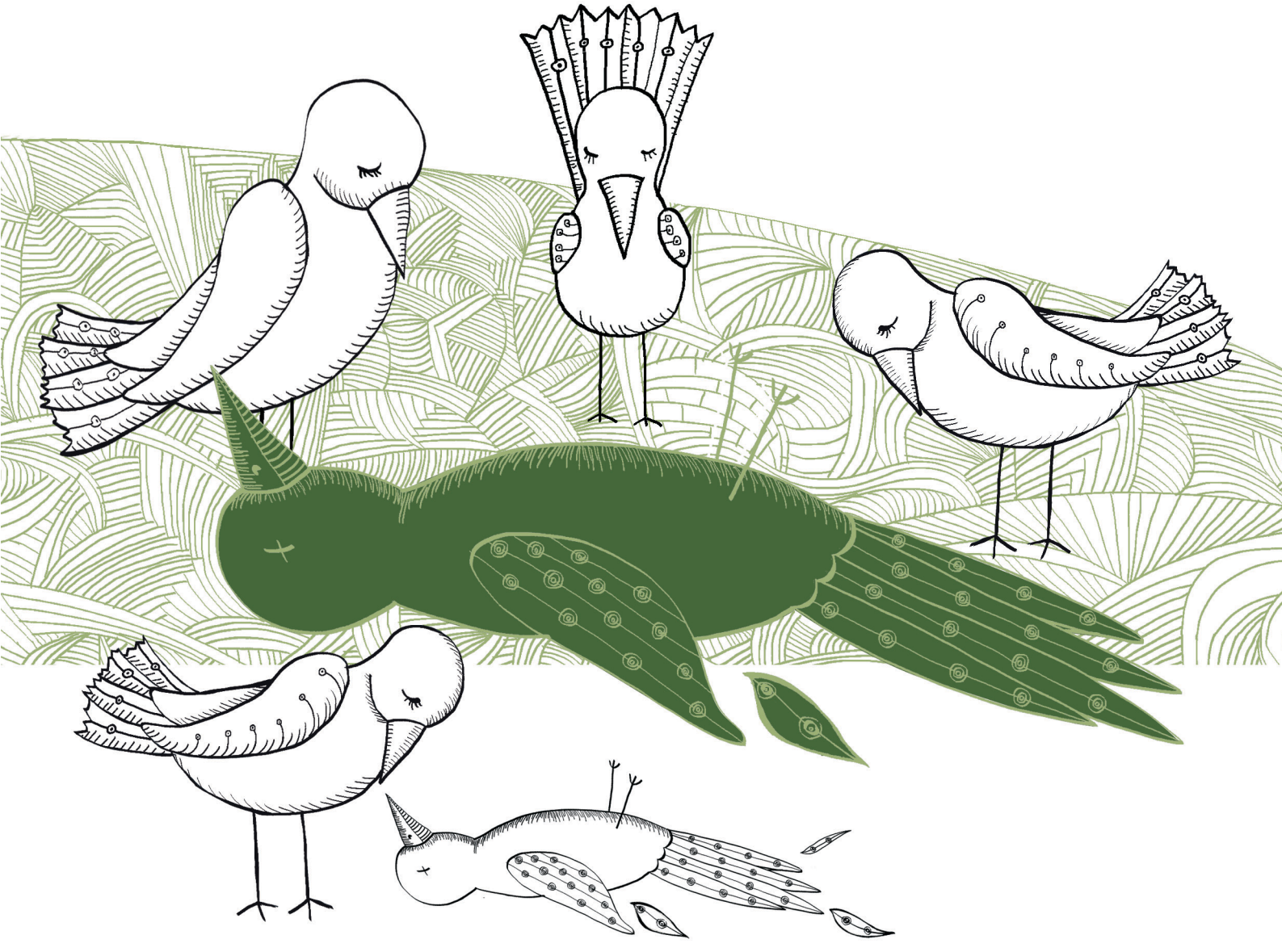


Decisiones Judiciales. Lubanga (D.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios.

ProFis Compilador por
Edwin Cortés Sánchez

cooperación alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Ejecutado por:
giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

Decisiones Judiciales. Lubanga (D.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios.

Compilador por ProFis
Edwin Cortés Sánchez

Decisiones Judiciales. Lubanga (D.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia).
Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala).
Comentarios.

© Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh

ISBN: 978-958-8438-73-3

La Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH inició sus labores al comenzar el año 2011. La organización reúne las competencias y las experiencias de muchos años del Servicio Alemán de Cooperación Social-Técnica (DED) gGmbH, de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH y de InWEnt - Capacitación y Desarrollo Internacional gGmbH.

Peter Luhmann
Director Residente de la GIZ en Colombia

Andreas Forer
Director Proyecto ProFis

Carrera 13 N. 97-51 Oficina 302
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfonos: (+57) (+1) 7430499
Fax: (+57) (+1) 7430499 Ext. 202
www.giz.de/colombia
www.profis.com.com

Autores por ProFis:
Andreas Forer
Gloria Bernal Acevedo
Edwin Cortés Sánchez

Autores por la Defensoría del Pueblo:
Teddy Llanos Sarmiento
Milton Gómez Cardozo

Concepto gráfico y diseño de carátula:
Mónica Cárdenas

Diagramación:
Milton Ruiz

Impresión:
Alvi Impresores S.A.S.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de exclusividad de sus autores y no comprometen el criterio de ProFis-GIZ ni de ninguna organización.

Contenido

Presentación	5
Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la CPI	11
Primera Jurisprudencia en Violencia Basada en Género [VBG] en la Ley de Justicia y Paz en Colombia	63
Judicialización de la Violencia Sexual Basada en Género [VSBG] en la primera sentencia proferida por genocidio. Caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* TPIR	99
Autoría mediata en aparatos organizados de poder, concurso de delitos y delitos sexuales en el conflicto armado	159
Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos	185
Los autores	213

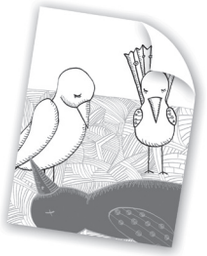
Presentación

El Proyecto ProFis administrado por la Agencia de Cooperación Internacional Alemana [GIZ -*Deustsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*-], desde el año 2008 apoya el proceso de paz en Colombia en el marco de justicia transicional y en especial en el desarrollo, interpretación y aplicación de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz brindando un constante acompañamiento a los operadores jurídicos y demás instituciones comprometidos en la aplicación efectiva de la mencionada Ley.

Hasta el año 2011 el Proyecto ProFis contó con el apoyo financiero del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania [AA], y a partir del año 2012 lo viene haciendo el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo [BMZ]

Inicialmente el Proyecto realizó valiosos aportes sobre aspectos jurídicos con el fin de unificar criterios para la aplicación de la Ley 975 de 2005 y su normatividad complementaria. Igualmente, estudió y capacitó a los Fiscales y Magistrados haciendo especial énfasis en la incorporación, en las decisiones, de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos [DDHH] y Derecho Internacional Humanitario [DIH]. También trabajó en la construcción de la memoria histórica, en el desarrollo de conceptos sobre responsabilidad penal, principio de oportunidad, criterios de selección y priorización, y coadyuvó también con la asistencia y herramientas para la identificación de restos humanos, y la publicación de más de 25 obras relacionadas con las problemáticas para la interpretación de la Ley de Justicia y Paz.

Actualmente el Proyecto concentra los esfuerzos en el acompañamiento de procesos de seguimiento a población vulnerable, con discusiones sobre el reclutamiento de menores, el enfoque diferencial para la atención a indígenas, afrodescendientes, niños y niñas, la sensibilización, visibilización y judicialización de la violencia basada en género [VBG].



Aunque el apoyo se desarrolla fundamentalmente para la Fiscalía General de la Nación, y dentro de ella, a la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz [UNJYP] y a la recién creada Unidad Nacional de Análisis de Contexto [UNAC], no se ha desconocido la importancia del trabajo interinstitucional exigido por las dinámicas del proceso. Por esta razón, ProFis ha realizado también acompañamiento a la *Mesa de Coordinación Interinstitucional en la ciudad de Barranquilla*, escenario que ha generado el acercamiento entre los Magistrados de Justicia y Paz, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, institución que lleva adelante encuentros semanales de *Barra Académica*, para congregar a sus funcionarios y funcionarias en torno al debate sobre distintas temáticas en pro de su formación que redunde en el mejoramiento de su desempeño en las labores propias de la institución.

Los autores de los artículos participaron en la *Barra Académica* con intervenciones expositivas sobre jurisprudencia tanto nacional como internacional que tuviera relevancia, esto es, valor en su contenido para coadyuvar en la comprensión, cuando no, esfuerzo y estrategia para realizar aportes en el proceso de Justicia y Paz en Colombia (principal tema del apoyo del Proyecto).

De este ejercicio académico surge la necesidad de compilar los comentarios a distintas decisiones judiciales que versan sobre temas de interés. Para el caso de Colombia, la doctora Gloria Bernal comenta la *Primera Jurisprudencia en Violencia Basada en Género [VBG] en la Ley de Justicia y Paz en Colombia*, decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz, el primero de diciembre de 2011, contra los postulados *José Rubén Peña Tobón*, *Wilmer Morelo Castro* y *José Manuel Hernández Calderas*, miembros del *Bloque Vencedores de Arauca* de las *Autodefensas Unidas de Colombia* [AUC]. Esta decisión es relevante porque incorpora por primera vez en el proceso de Justicia y Paz, delitos de violencia sexual otorgándoles la doble connotación al abordarlos como crímenes de guerra y/o de lesa humanidad, cometidos en el contexto del conflicto, en el cual, este tipo de violencia se instrumentaliza como práctica de guerra, lo que amerita superar su consideración como hechos de poca monta que provocan un daño no intencional o accidental. Esta sentencia constituye un precedente que conducirá a que en adelante se profieran más sentencias condenatorias por delitos de VBG en la que se apliquen los estándares internacionales.

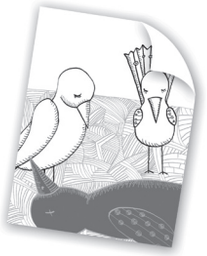
Los demás análisis jurisprudenciales retoman decisiones internacionales. Así sucede con la *Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la Corte Penal Internacional [CPI]*, realizada por Andreas Forer, en la que se expone la decisión del 14 de marzo de 2012, por parte de este órgano de justicia penal internacional, decisión lograda después de un proceso de más de 6 años para condenar a *Thomas Lubanga Dyilo* por el delito de reclutamiento de menores, por hechos sucedidos en la República Democrática del Congo entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003. La exposición versa sobre tres diferentes providencias:

En primer lugar, la sentencia en sentido estricto, decisión de la Sala de Primera Instancia de la CPI del 14 de marzo de 2012, sobre la cual se analiza su estructura, los antecedentes procesales, la participación de las víctimas, el contexto descrito por la sentencia, y la manera como lo construyó la CPI, su utilidad, así como los elementos del delito de reclutamiento forzado y la forma de acreditarlos, los intermediarios en el proceso y, finalmente, la responsabilidad penal.

En segundo lugar, sobre la determinación de la pena a imponer se exponen las consideraciones de la Sala de Primera Instancia en la decisión de 10 de julio de 2012, que culmina con la pena de catorce (14) años de prisión para *Thomas Lubanga Dyilo*, por el delito de reclutamiento forzado. En la reseña se explican los elementos que tuvo en cuenta la CPI para determinar la pena y las circunstancias de agravación y atenuación punitiva.

En tercer lugar, la reseña versa sobre la decisión acerca de los principios, procedimientos y recomendaciones en materia de reparaciones que hace la CPI, descomponiendo analíticamente la estructura de la providencia.

Por otra parte, la exposición sobre la *Judicialización de la Violencia Sexual Basada en Género [VSBG] en la primera sentencia proferida por genocidio. Caso Fiscal versus Jean-Paul Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR]*, elaborada por Edwin Cortés, se divide en tres partes, a saber: en la primera, se contextualiza el genocidio y la historia de Ruanda, en la segunda, se analizan los cargos, la pena y la apelación interpuesta por parte de Akayesu y la Fiscalía, y se finaliza con los elementos que se tuvieron en cuenta por el Tribunal Internacional para la judicialización de la VSBG.



La historia y el genocidio en Ruanda ponen en contexto las denominaciones "hutu" y "tutsi" en el esquema del colonialismo europeo, fundamentalmente por la presencia de los belgas y sus políticas que transforman distinciones de linaje en prescripciones para diferenciación étnica, base fundamental sobre la que se soportó el genocidio en Ruanda. Así, se recorre la historia política y de tensiones que devienen en los hechos que se incrementaron luego de los acontecimientos del 6 de abril de 1994 cuando fue derribado el avión presidencial muriendo los presidentes de Ruanda (Juvenal Habyarimana) y Burundí (Cyprien Ntaryamira), hasta el 18 de julio de 1994, cuando el *Frente Patriótico Ruandés* [FPR] ingresa victorioso a la ciudad de Kigali. Un millón o más personas murieron. Y millares de mujeres y niñas fueron objeto de VSBG.

El caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, se escogió por haber sido la primera condena internacional por genocidio. Ahora bien, frente a la VSBG, lo actuado, fundamentado y confrontado en el caso, constituyen hoy un precedente de necesaria mención para abordar dicha temática.

La reseña sobre la *Autoría mediata en aparatos organizados de poder, concurso de delitos y delitos sexuales en el conflicto armado*, realizada por Teddy Llanos, expone las consideraciones plasmadas en el Auto de procesamiento que resolvió en Argentina, el recurso de apelación interpuesto por *Luciano Benjamín Menéndez*, *Orlando Oscar Dopazo*, *Tamer Yapur* y *Juan Agustín Oyarzabal*, así mismo, de *Eduardo Smaha* y *Armando Osvaldo Fernández* como ex integrantes de la Fuerza Armada y de la Policía Argentina, como autores mediatos por delitos de VSBG.

La relevancia del Auto se da por su reciente expedición, y la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, teoría por la cual se hace responsable a los dirigentes de estructuras criminales por delitos de naturaleza sexual infligidos en los centros clandestinos de reclusión, dispuestos sistemáticamente durante la época de la última dictadura militar en Argentina, y en los cuales se cometieron hechos de VSBG como violaciones a mujeres, entre otras prácticas como la desnudez forzada y todo tipo vejámenes en contra de su integridad sexual.

Finalmente, la exposición del *Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, decisión del 4 de septiembre de 2012, elaborada por Milton Gómez, se refiere a las afectaciones causadas a la Comunidad Maya de Río Negro como consecuencia de una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y por miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982.

Con sustento en la sentencia y el alcance de los procedimientos propios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH], se exponen las obligaciones de respeto, protección, garantía y Debido Proceso que los Estados deben cumplir. En el acápite final se evalúa la reforma a la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) realizada por la Ley 1592 de 2012, para equiparar el caso llevado en contra de Guatemala, con distintas problemáticas afirmadas sobre lo sucedido en el proceso de Justicia y Paz en Colombia.

Esperamos que los comentarios a las cinco decisiones judiciales que conforman la presente publicación, sirvan de sustento para el debate y ante todo, para la fundamentación y el aprendizaje sobre procesos de judicialización en espacios territorialmente disímiles como lo son la República Democrática del Congo, Colombia, Ruanda, Argentina y Guatemala, pero similares en la vocación de hacer justicia y corresponder a los derechos de las víctimas ante circunstancias de graves violaciones a los Derechos Humanos -y al DIH-.

Andreas Forer
Director Proyecto ProFis-GIZ

Edwin Cortés Sánchez
Consultor

Bogotá, 9 de abril de 2013
"Día Nacional de la Memoria y la Solidaridad con las Víctimas"

Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la CPI*

Andreas Forer

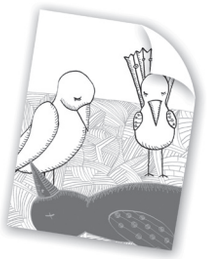
Sumario: **A.** De la sentencia de primera instancia. I. De la estructura de la providencia. II. Antecedentes procesales. III. Participación de las víctimas. IV. Consideraciones sobre el contexto. *(i) ¿Cuál fue el contexto de los crímenes cometidos por Lubanga? (ii) ¿Cómo se acreditó y construyó el contexto?* (iii) *¿Para qué sirvió el contexto construido por la Sala de Primera Instancia?* V. Del concepto de conflicto armado. VI. Del reclutamiento forzado. *(i) Reclutar, enlistar o usar menores de 15 años. (ii) En fuerzas nacionales o grupos armados.* VII. De los intermediarios. VIII. Responsabilidad individual, Autoría 25.3 (a) del E. de R. **B.** La decisión sobre la pena. I. De la estructura de la providencia. II. De la referencia a la Corte Especial para Sierra Leona. III. Factores para determinar la pena. *(i) Gravedad del crimen. (ii) Carácter generalizado y de "gran escala" del crimen. (iii) Grado de participación, la intención del condenado y sus circunstancias personales.* IV. Circunstancias de agravación punitiva. *(i) El castigo a las víctimas, (ii) la violencia sexual, (iii) la indefensión de las víctimas y (iv) los motivos discriminatorios.* V. Circunstancias de atenuación punitiva. VI. Determinación de la pena. **C.** Decisión sobre los principios y procedimientos en materia de reparaciones. I. De la estructura de la providencia. II. Principios de reparación. *(i) Derecho aplicable. (ii) Principio de dignidad, no discriminación y no estigmatización. (iii) Beneficiarios de las reparaciones. (iv) Accesibilidad y consulta a las víctimas. (v) Víctimas de violencia sexual y niños víctimas. (vi) Alcance y modalidades de las reparaciones. (vii) Reparaciones proporcionales y adecuadas, causalidad y estándar de prueba.* III. Otras recomendaciones de la Sala. **D.** Conclusiones.

---

* Este escrito se desarrolla con base en la ponencia presentada sobre la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dyilo, en la "Barra Académica" organizada por la Defensoría del Pueblo el 25 de mayo de 2012 en la ciudad de Barranquilla, Departamento de Atlántico en Colombia. La presente versión incorpora también el análisis de los documentos mediante los cuales se determinó la pena, así como los principios y procedimientos para las reparaciones.

El texto presentado expresa exclusivamente la opinión del autor y no compromete a la Institución GIZ.

El autor agradece la colaboración de Diego Andrés González Medina, asesor jurídico del proyecto ProFis de la GIZ, por sus aportes al presente escrito.



Tras un proceso de más de 6 años, el 14 de marzo de 2012, la *Corte Penal Internacional* [CPI] profirió su primera sentencia mediante la cual condenó a *Thomas Lubanga Dyilo*[1] por el delito de reclutamiento de menores, cometido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003[2]. Dicha decisión coincidió con el mes en que se celebró el noveno aniversario de la inauguración del Tribunal Internacional[3].

Como nota característica, las condenas proferidas por la CPI se pueden componer de tres diferentes providencias, a saber: la sentencia en *stricto sensu* (Art. 74 del Estatuto de Roma –en adelante, E. de R.-), la decisión sobre la pena a imponer (Art. 76 II del E. de R.), y, finalmente, la decisión sobre los principios y procedimientos en materia de reparaciones (Art. 75 del E. de R.). En el presente caso, el 10 de julio de 2012, la Sala de Primera Instancia fijó la pena de *Lubanga* en 14 años[4], y el 7 de agosto del mismo año, se profirió la decisión sobre "*los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones de las víctimas*"[5].

La presente reseña se propone revisar los principales aspectos de las referidas providencias.

A. De la sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia en contra de *Thomas Lubanga Dyilo* fue proferida el día 14 de marzo de 2012 por la Sala de Primera Instancia de la CPI, conformada por tres jueces, con fundamento en lo previsto en el artículo

1 Nacido el 29 de diciembre de 1960. Jefe del movimiento rebelde la *Unión de Patriotas Congoleños* [UPC] y comandante militar dentro del *Reagrupamiento Congoleño para la Democracia - Movimiento de Liberación* [RCD-ML].

2 ICC (2012, March 14). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgement pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

3 La *Corte Penal Internacional* [CPI] fue creada por el *Estatuto de Roma* [E. de R.] que entró en vigencia el 1 de julio de 2002. Sin embargo, dicho Tribunal Internacional se inauguró el 11 de marzo de 2003 con el juramento de los Jueces ante el Presidente de la Asamblea de los Estados Partes. Ver: http://www.icc-cpi.int.

4 ICC (2012, July 10). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

5 ICC (2012, August 7). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

74 del E. de R[6]. Dicha decisión fue adoptada de manera unánime por tal corporación; sin embargo, dos de sus tres jueces, Adrian Fulford y Elizabeth Odio Benito, suscribieron opiniones separadas y/o disidentes[7]. La opinión separada del juez Adrian Fulford versó sobre las consideraciones de la Sala sobre la autoría y participación del condenado, según el Art. 25. 3 (a) del E. de R. Por su parte, la opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito se refirió a (i) la definición legal de los elementos del crimen de reclutamiento forzado, (ii) el doble estatus de las víctimas que a su vez son testigos, y, (iii) el valor probatorio de los vídeos. A lo largo del escrito se referirán las consideraciones de los jueces disidentes.

A continuación se presentarán algunas consideraciones en relación con (i) la "estructura" o principales componentes de la providencia, (ii) los antecedentes procesales, (iii) la participación de las víctimas, (iv) el contexto descrito por la sentencia, su construcción por parte de la CPI, y su utilidad; (v) los elementos del delito de reclutamiento forzado y cómo fueron acreditados; (vi) los intermediarios y, finalmente, (vi) la responsabilidad penal. Veamos.

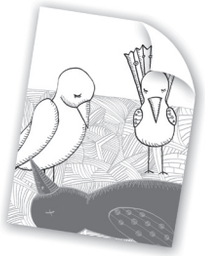
I. De la estructura de la sentencia

La sentencia de primera instancia se desarrolla en relación con tres ejes temáticos, a saber: las actuaciones procesales previas, el estudio y la valoración de los medios de prueba y, finalmente, los aspectos relativos a la construcción del contexto, el delito de reclutamiento forzado y la responsabilidad penal de *Thomas Lubanga Dyilo.*

De un total de 624 páginas y 12 acápites que componen la versión en inglés de la sentencia, aproximadamente los primeros 6 capítulos se destinaron a presentar las actuaciones procesales previas, tanto de la etapa de investigación como de

6 Artículo 74. Requisitos para el fallo: "*1. Todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones. La Presidencia podrá designar para cada causa y según estén disponibles uno o varios magistrados suplentes para que asistan a todas las fases del juicio y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de Primera Instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio. 2. La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio. 3. Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría. 4. Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas".*

7 Judgement. Supra nota 2. Pag. 594 y ss.



juzgamiento[8]. Posteriormente, los capítulos VII y VIII refirieron las actuaciones desarrolladas por los intermediarios, así como la prueba testimonial aportada al proceso[9]. En los capítulos IX y X, la Sala conceptualizó acerca del conflicto armado y del delito de reclutamiento forzado[10]. El capítulo XI se dedicó a desarrollar lo relativo a la responsabilidad penal individual del condenado[11].

En los últimos tres capítulos, de la página 291 a la 590, se realizó un análisis probatorio con base en los hechos que estaban acreditados en el expediente.

II. Antecedentes Procesales

En marzo de 2004, conforme al artículo 14 del E. de R[12], el propio presidente de la República Democrática del Congo refirió al Fiscal de la CPI la situación de conflicto en su país[13]. Tras proferirse orden de captura en contra de *Lubanga* el 10 de febrero de 2006[14], durante operaciones realizadas los días 16 y 17 de marzo del mismo año, se llevó a cabo su captura en la República Democrática del Congo, su reclusión en La Haya, y, finalmente, se le sometió a instancias de la CPI[15].

El 28 de agosto de 2006, la Fiscalía formuló cargos en contra del procesado. Según dicho organismo, el acusado, junto con otros, habría reclutado, enlistado y usado a menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003 en la República Democrática del Congo. Tras las audiencias realizadas entre los días 9 y 28 de noviembre de 2006, el 29 de enero de 2007, la Sala de Primera Instancia I

8 Judgement. Supra nota 2. Pag. 7-90.

9 Judgement. Supra nota 2. Pag. 90-230.

10 Judgement. Supra nota 2. Pag. 231-288.

11 Judgement. Supra nota 2. Pag. 400-624.

12 Artículo 14. Remisión de una situación por un Estado Parte. *"1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. 2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante".*

13 Judgement. Supra nota 2. Par. 9 Ver: Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I. ICC-01/04-1, 5 July 2004 (notified on 6 July 2004), page 4.

14 ICC (2012, February 10). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

15 Judgement. Supra nota 2. Par. 9.

de la CPI consideró que existían "*pruebas suficientes*"[16] para determinar que el acusado habría incurrido en el delito de reclutamiento forzado y, por lo tanto, profirió la decisión de confirmación de cargos[17].

La etapa probatoria se surtió entre el día 28 de enero de 2009 y el 20 de mayo de 2011[18]. Allí se recibieron 66 testimonios: 36 solicitados por el Fiscal, y 24 por la defensa. Se recibió la declaración de tres víctimas y la Sala convocó a 3 expertos[19]. En total, el caso albergó 1373 piezas probatorias: 992 aportadas por la defensa, 368, por el Fiscal, y 13 por los representantes de víctimas[20]. Dichas pruebas fueron recibidas y practicadas a lo largo de 204 audiencias[21] y fueron objeto de estudio por parte de la Sala en la sentencia. En efecto, entre las páginas 92 y 123, así como a lo largo del texto, se analizaron una a una las pruebas aportadas, así como en su conjunto[22].

Finalmente, durante los días 25 y 26 de agosto de 2011, se llevaron a cabo las audiencias de recepción de los alegatos conclusivos de las partes y participantes[23].

III. La participación de las víctimas

La sentencia acoge los criterios generales de la decisión sobre participación de las víctimas en la que se determinó "*las guías generales concernientes para la participación de las víctimas durante el juicio*"[24], conforme a los cuales:

16 Artículo 61.7a del E. de R.

17 Judgement. Supra nota 2. Par. 1.

18 Judgement. Supra nota 2. Par. 9.

19 *Ibídem*.

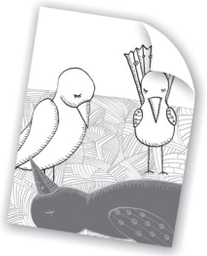
20 Judgement. Supra nota 2. Par. 11.

21 *Ibídem*.

22 Judgement. Supra nota 2. Par. 92-123.

23 *Ibídem*.

24 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. Ver: ICC (2008, July 11). *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*. ICC-01/04-01/06-1432. Para más detalles sobre la participación de las víctimas, ver: Forer, Andreas (2012) "Resultados sobre la participación de las víctimas en la justicia transicional y en la justicia permanente. ¿Cómo se puede hacer más eficiente en escenarios de macrocriminalidad?". En Forer, Andreas y López, Claudia. (eds.) *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*. pp. 315-393. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.



i. La participación de las víctimas se sometería al procedimiento previsto en la Regla 89.1 de la Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI[25], y,
ii. Quienes se quieran constituir como víctimas podrían acreditar su identidad con documentos oficiales o privados[26].

En relación con el concepto de víctimas, la Sala acogió el concepto amplio de víctima previsto en el principio 8 de los *"Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas y violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"*[27]. Según dicho artículo, víctima es todo aquel que hubiere sufrido un daño personal, individual o colectivo, directo o indirecto, físico o mental, emocional o económico[28].

No obstante, a reglón seguido, en aplicación de los criterios establecidos en la decisión de apelación de los recursos en contra de la decisión sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, la Sala reiteró que sólo serían víctimas quienes hubieren sufrido un daño como consecuencia de los crímenes cometidos por el acusado y de competencia de la corporación[29], es decir, deberá demostrarse que existe "*un vínculo causal directo y genuino entre el daño sufrido y los crímenes cometidos en la decisión que contiene los cargos*"[30].

Las víctimas fueron, entonces, los niños reclutados, sus padres y una escuela[31]. La Sala dividió el grupo de 129 víctimas (34 mujeres y 95 hombres) en dos subgrupos representados por dos abogados distintos. Finalmente, se autorizó que la Oficina del Defensor Público para las Víctimas representara a

25 Regla 89. Solicitud de que las víctimas participen en el proceso *"1. Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda. Con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el párrafo 1 del artículo 68, el Secretario proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal y a la defensa, que tendrán derecho a responder en un plazo que fijará la propia Sala. Con sujeción a lo dispuesto en la subregla 2, la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales".*

26 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (i) Tal regla se estableció en atención a la particular situación de las víctimas de despojo, quienes en muchas ocasiones no ostentan documentos oficiales que acrediten su condición.

27 Resolución 60/147 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 2005.

28 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (ii)

29 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (iv)

30 *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation (…) Par. 62.*

31 Judgement. Supra nota 2. Par. 17.

4 víctimas más[32]. A su vez, 30 víctimas (18 mujeres y 12 hombres) refirieron haber sufrido o presenciado actos de violencia sexual[33].

De las 129 víctimas que participaron en el proceso, 106 permanecieron en el anonimato por miedo a futuras represalias en su contra. Al respecto, la Sala adoptó fundamentalmente dos criterios: (i) *se garantiza de manera limitada* el derecho a la participación de las víctimas y (ii) cuánto más importante su intervención, menores son las probabilidades de que dicha víctima permanezca en el anonimato; es decir, siempre que las víctimas contribuyan con algún tipo de evidencia, no podrán permanecer en el anonimato. Con tales criterios, la Sala armonizó, de un lado, el derecho a permanecer en el anonimato de las víctimas y, de otra parte, el derecho al debido proceso del acusado[34].

Una vez se recibieron las observaciones de las partes sobre las solicitudes de las víctimas, la Sala determinó, *prima facie*, que tales individuos eran víctimas del delito endilgado al acusado[35]. Dicho examen se realizó caso por caso, y versó sobre el vínculo entre el daño sufrido, los intereses personales de las víctimas y los cargos formulados[36]. Con posterioridad, a lo largo del proceso dicho listado se depuraría.

Además de las anteriores consideraciones sobre el concepto de víctima, la Sala acogió los siguientes criterios para su participación:

i. Las víctimas que desearan participar en las audiencias deberían presentar un escrito sobre la naturaleza y objeto de su intervención[37], conforme a lo previsto en el artículo 68.3 del E. de R[38].
ii. Las víctimas podían acceder a toda la información contenida en el expediente, salvo lo concerniente a medidas de protección[39], conforme a lo previsto en la Regla 131.2 de Procedimiento y Prueba ante la CPI[40].

---

32 Judgement. Supra nota 2. Par. 20.

33 Judgement. Supra nota 2. Par. 18. Pie de página número 54.

34 Judgement. Supra nota 2. Par. 20. Ver Forer, Andreas. "Resultados de la participación de las víctimas en la Justicia Transicional y en la Justicia Permanente". *Op. Cit.* Pág. 339.

35 Judgement. Supra nota 2. Par. 15.

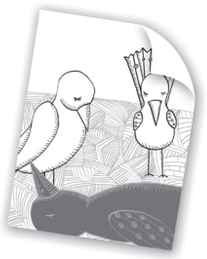
36 *Ibídem*.

37 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (v)

38 Artículo 68.3 del E. de R. La Corte *"permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas"*.

39 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (vi)

40 Regla 131.2 de Procedimiento y Prueba ante la CPI establece que *"podrán consultar el expediente el Fiscal, la defensa, los representantes de Estados que participen en el proceso y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones"* con sujeción a las reglas de confidencialidad y a la protección de la información relativa a la seguridad nacional.



iii. Las víctimas podían presentar o solicitar pruebas y examinar testigos, entre otros derechos procesales[41].
iv. Las víctimas tenían el derecho de participar en audiencias públicas y presentar solicitudes escritas, así como a tomar parte en audiencias privadas o presentar escritos confidenciales[42].
v. Las opiniones y consideraciones de las víctimas serían presentadas por un representante común para efectos de desarrollar de manera expedita el juicio[43].
vi. Se reitera que las víctimas anónimas podían participar en el juicio. Sin embargo, "*a mayor extensión e importancia de la participación, mayor sería la probabilidad de que la Sala requiera que la víctima se identifique*"[44].

En su opinión separada y disidente, la Jueza Odio Benito disintió del tratamiento que la Sala otorgó a las víctimas que además tenían el estatus de testigos[45]. En su opinión, la decisión de la Sala de excluir las víctimas cuando sus testimonios resultaron contradictorios es injusta por cuanto el valor probatorio de su testimonio no debería afectar su estatus de víctima[46].

Es más, según la Jueza Odio Benito, excluir a las víctimas cuyos testimonios resultaron contradictorios implicó, *per se*, un trato discriminatorio[47]. En su opinión, para aquellas víctimas que además ostentaban la condición de testigos se aplicó el estándar probatorio "*más allá de toda duda razonable*", el cual no se aplicó para aquellas víctimas que no sirvieron de testigos y que, por lo tanto, no fueron objeto de examen probatorio por las partes y la Sala[48].

Se comparten las consideraciones de la Jueza disidente. Siempre que una misma persona reúne las calidades de testigo y víctima, el análisis probatorio que realiza la Sala en relación con el testimonio debe distinguirse del relativo a la condición y calidades requeridas para ostentar la condición de víctima. En otros términos, el grado de credibilidad que merezca su testimonio en nada debe afectar la condición de víctima.

41 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (vii)

42 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (viii)

43 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (ix)

44 Judgement. Supra nota 2. Par. 14. (xi)

45 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 22 y ss.

46 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 34.

47 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 35.

48 *Ibídem*.

IV. Consideraciones sobre el contexto

Antes de abordar las particularidades del caso, la sentencia en contra de *Thomas Lubanga Dyilo* presenta y fija un determinado "contexto". A continuación se responderán los interrogantes relativos a: (i) ¿cuál fue el contexto de los crímenes cometidos por Lubanga?, (ii) ¿cómo se acreditó y construyó? y, finalmente, (iii) ¿para qué sirvió dicho contexto?

(i) ¿Cuál fue el contexto de los crímenes cometidos por Lubanga?

El Congo se caracteriza por su riqueza en términos de diversidad cultural[49]. En efecto, al menos 450 grupos étnicos habitan a lo largo de su territorio; particularmente, la región de Ituri alberga a aproximadamente 18 de tales grupos entre los cuales sobresalen las comunidades Hema y Lendu[50]; las relaciones de tales grupos se han caracterizado por radicales divisiones desde la época de la colonia belga: mientras que los primeros han sido los propietarios de la mayor parte de la tierra y ejercen el control sobre diversos renglones de la economía, los miembros de la comunidad Lendu han permanecido marginados y en situación de pobreza[51].

Por tales motivos, al menos desde 1996 se desarrollaron violentos conflictos entre las comunidades Hema y Lendu. En particular, durante los años 1998 y 1999, a raíz de una serie de desalojos y expulsiones de pobladores Lendu de propiedades de los Hema, surgieron brotes de violencia que rápidamente se propagaron por toda la región de Ituri[52].

Mientras que la comunidad Hema recibió el apoyo militar de las *Fuerzas Nacionales de Uganda* [UPDF][53], quienes atacaron a los miembros de la comunidad Lendu, éstos últimos crearon grupos de autodefensa con el apoyo de algunas facciones de los oficiales militares ugandeses, del régimen congolés de la pre transición y de algunos grupos rebeldes. Además, los grupos de autodefensa creados tuvieron el soporte de las *Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda* [FDLR] y de la *Unión Patriótica Congolesa* [UPC][54].

49 Judgement. Supra nota 2. Par. 73.

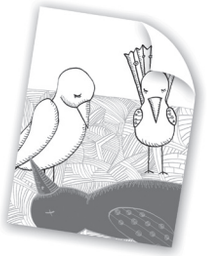
50 *Ibidem*.

51 Judgement. Supra nota 2. Par. 74.

52 Judgement. Supra nota 2. Par. 75.

53 Sigla en inglés que denota: Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda.

54 Judgement. Supra nota 2. Par. 75-76.



A su vez, en 1999, el *Reagrupamiento Congoleño para la Democracia* [RCD] - grupo rebelde que ejercía nominalmente el control en la provincia de Ituri -, apoyado por las fuerzas de Ruanda, se fraccionó en dos grupos: RCD – Kisangani, liderado por Ernest Wamba y apoyado por Uganda, y, de otra parte, RCD – Goma, que contó con el auspicio de Ruanda[55].

En medio de tal conflicto, en octubre de 1999 las *Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda* [UPDF] crearon una nueva provincia llamada "*Kibali-Ituri*". En tal acto, el comandante de las fuerzas ugandesas en la República Democrática del Congo, general James Kazini, designó al reconocido activista Hema, *Adéle Lotsove Mugisa*, como gobernador provisional de la nueva provincia[56].

Dicha decisión provocó una escala de violencia sin antecedentes. Para noviembre de 1999, 7000 personas habían sido asesinadas, y al menos 10000 desplazadas por la violencia[57]. Como respuesta a esos crueles enfrentamientos, el 15 de septiembre de 2000, se creó la *Unión de Patriotas Congoleños* [UPC], movimiento rebelde cercano al gobierno ruandés y compuesto por miembros de la comunidad Hema[58]. Dicho grupo armado habría incurrido en graves masacres a lo largo de la región de Ituri en contra de los pobladores Lendu[59].

En tal contexto, *Thomas Lubanga Dyilo* se desempeñó, en primer lugar, como comandante militar y ministro de defensa del *Reagrupamiento Congoleño para la Democracia – Movimiento de Liberación* [RCD – ML], y, posteriormente, como presidente y comandante en jefe del UPC[60].

(ii) ¿Cómo se acreditó y construyó el contexto?

La evidencia que sirvió de soporte para construir el contexto fue aportada durante el juicio de forma oral, escrita y en medios audiovisuales[61]. Se recepcionaron testimonios y múltiples formas documentales, entre las que se encuentran fotografías, cartas, videos, entrevistas, etc., aportados por todas las partes del proceso[62]. Al respecto, la propia Sala concluyó que, de conformidad

55 Judgement. Supra nota 2. Par. 77.

56 Judgement. Supra nota 2. Par. 78.

57 Judgement. Supra nota 2. Par. 79.

58 Judgement. Supra nota 2. Par. 81.

59 Judgement. Supra nota 2. Par. 81 y ss.

60 *Ibídem*.

61 Judgement. Supra nota 2. Par. 93 y 98.

62 *Ibídem*.

con lo establecido en el artículo 66.3 del E. de R[63], para dictar sentencia condenatoria debería estar convencida de los elementos de la acusación "*más allá de toda duda razonable*"[64].

Para la construcción del referido contexto, la sentencia no solamente se fundó en las pruebas testimoniales y documentales aportadas por las partes, también recurrió a los conceptos de los expertos que documentaron el pasado colonial de la República Democrática del Congo, así como las particularidades del conflicto armado en la región de Ituri, sus motivaciones económicas y sociales, y, finalmente, el surgimiento de los principales actores armados[65].

El contexto construido por la Sala de Primera Instancia también se fundó en los reportes e informes elaborados por la *Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo* [MONUC], particularmente, en el Reporte Especial de los eventos ocurridos entre enero de 2002 y diciembre de 2003[66]. En tales reportes se documentó de manera amplia el surgimiento del conflicto armado en relación con el control de los recursos naturales, los problemas étnicos entre los Lendu y los Hema, así como la alternancia en el poder político en la región de Ituri[67].

A su vez, el contexto se construyó con fundamento en la información contenida en otros informes de agencias de la Organización de las Naciones Unidas [ONU][68] y en los estatutos, programas y documentos de la UPC[69].

(iii) ¿Para qué sirvió el contexto construido por la Sala de Primera Instancia?

El contexto construido por la Sala de Primera Instancia resultó crucial en tanto permitió (i) determinar los límites geográficos y temporales del conflicto armado

63 Artículo 66 Presunción de inocencia. *"1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable".*

64 Judgement. Supra nota 2. Par. 92.

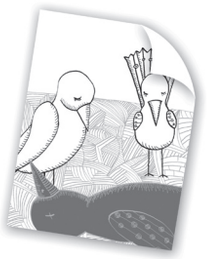
65 Judgement. Supra nota 2. Par. 69-70 y 72-73. Los expertos fueron el francés Gerard Prunier y el chileno Roberto Garretón. En el caso colombiano, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en su sentencia del 16 de diciembre de 2011 contra *Fredy Rendón Herrera* alias "El Alemán" (Pár. 25 a 27), utilizó los conceptos de diversos expertos para efectos de construir el contexto.

66 Judgement. Supra nota 2. Par. 69.

67 Judgement. Supra nota 2. Par. 76.

68 Judgement. Supra nota 2. Par. 80.

69 Judgement. Supra nota 2. Par. 81 y 82.



en el cual *Lubanga* incurrió en reclutamiento forzado[70], (ii) conocer cuáles fueron los motivos y causas socio-económicas del surgimiento de dicho conflicto[71], (iii) acreditar la naturaleza y condiciones relativas a la existencia del conflicto armado[72], (iv) establecer la responsabilidad penal a *Thomas Lubanga Dyilo*, y, finalmente[73], (v) acreditar el dolo de segundo grado, es decir, que el condenado era consciente de que el reclutamiento forzado "*se produciría en el curso normal de los acontecimientos*"[74], según lo previsto en el artículo 30 2 (B) del E. de R.

En efecto, a partir del contexto construido, tal como se señaló párrafos atrás, la Sala concluyó que el delito de reclutamiento forzado por el cual se condenaba a *Lubanga* había sido cometido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en la región de Ituri[75], al noreste de la República Democrática del Congo, y que fue motivado principalmente por rivalidades culturales y disputas por territorio[76]. A su vez, tal como se referirá líneas adelante, la Sala utilizó el contexto para demostrar que el conflicto armado era de carácter nacional, y que si bien el condenado no cometió directamente el delito de reclutamiento, sí tenía control sobre el mismo[77]. Era él quien decidía si se reclutaba y cómo se reclutaba y, por lo tanto, era consciente de que dicho delito se cometía por su grupo armado en el "*curso normal de los acontecimientos*"[78].

V. Del concepto de conflicto armado

Un elemento común de todos los crímenes de guerra es su comisión en escenarios de conflicto armando internacional o interno[79]. En efecto, dentro de la introducción del artículo 8 de los Elementos de los crímenes del E. de R., se establece el requerimiento relativo a que los crímenes de guerra tengan lugar "*en el contexto o en asocio*" con el conflicto armado[80].

70 Judgement. Supra nota 2. Par. 67.

71 Judgement. Supra nota 2. Par. 73-74.

72 Judgement. Supra nota 2. Par. 523 y ss.

73 Judgement. Supra nota 2. Par. Par. 1351.

74 Artículo 30 (2) (b) del E. de R. Ver: Judgement. Supra nota 2. Par. Par. 1351.

75 Judgement. Supra nota 2. Par. 73.

76 Judgement. Supra nota 2. Par. 75 y ss.

77 Judgement. Supra nota 2. Par. 1003-1005.

78 Judgement. Supra nota 2. Par. 1348 y ss.

79 Judgement. Supra nota 2. Par. 503-504.

80 Judgement. Supra nota 2. Par. 504.

En el caso *sub examine*, resultaba determinante definir y distinguir los conceptos de conflicto armado internacional y no internacional dado que la descripción típica de los tipos penales de reclutamiento, en ambos contextos, es diferente. En efecto, mientras que el reclutamiento forzado en conflictos internacionales exige que se recluten o aliste menores "*en las fuerzas armadas nacionales*"[81], el mismo delito, tratándose de conflictos no internacionales, se configura siempre que se desarrollen tales actividades "*en las fuerzas armadas o grupos*"[82].

En este sentido, para la configuración del delito de reclutamiento forzado resulta necesario que se relacione con las hostilidades ocurridas en cualquier parte de los territorios controlados por las fuerzas o grupos armados[83]. La pluralidad de actores, internacionales y nacionales, en el conflicto congolés descrito, trajo consigo cierta dificultad para la Sala a la hora de definir la naturaleza del conflicto armado durante el periodo en que el acusado incurrió en el delito de reclutamiento forzado, es decir, entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003[84].

En efecto, en la formulación de cargos en contra de *Thomas Lubanga Dyilo,* la Fiscalía consideró que se trataba de un conflicto armado no internacional[85]; sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares consideró que, dada la intervención de actores internacionales y nacionales, durante el periodo señalado, se había presentado una secuencia de conflictos internacionales y no internacionales en la región de Ituri[86]. Así, el conflicto ostentaba carácter internacional hasta el 2 junio de 2003, debido a la intervención de las Fuerzas Militares Ugandesas, y carácter no internacional desde dicha fecha hasta diciembre de 2003[87].

Por su parte, la Sala no acoge la argumentación de la confirmación de cargos de la Sala de Asuntos Preliminares; en su lugar, en la sentencia en contra de *Thomas Lubanga Dyilo* se estableció expresamente que durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, el conflicto armado desarrollado en la región de Ituri ostentó el carácter de no

81 Artículo 8 (2) (b) (xxvi) del E. de R.

82 Artículo 8 (2) (e) (vii) del E. de R.

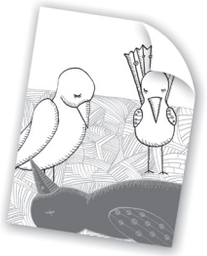
83 *Ibídem*.

84 Judgement. Supra nota 2. Par. 510, 518 y 525.

85 Judgement. Supra nota 2. Par. 509.

86 Judgement. Supra nota 2. Par. 509 -510.

87 Judgement. Supra nota 2. Par. 511.



internacional[88]. Según la Sala de Primera Instancia, si bien se desarrollaron paralelamente conflictos armados internacionales y no internacionales en dicha región, lo cierto es que aquel en el que tomaron parte los grupos a los que perteneció el acusado (UPC y FPLC) no estaban sometidos al control o servicio de algunos de los países enfrentados, a saber, Ruanda, Uganda y la República Democrática del Congo[89].

Impropiamente, la Sala señaló que el concepto "*conflicto armado*" no está explícitamente definido en el E. de R., en los Convenios de Ginebra ni en sus Protocolos Adicionales[90]. Sin embargo, pese a que "supuestamente" dicho concepto no está definido en el derecho internacional, la Sala recurre a las definiciones incluidas en los artículos 8 (2) (f) del E. de R., 1 del Protocolo II Adicional y del caso *Tadic* del Tribunal para Ex-Yuguslavia[91].

Conforme con el artículo 8 (2) (f) del E. de R.[92], para que exista conflicto armado, se requiere (i) que éste sea prolongado y (ii) entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos[93]; por esta vía, los meros disturbios, motines o tensiones esporádicas, no constituyen conflicto armado. Por su parte, según el artículo 1 del Protocolo II Adicional[94], existirá conflicto armado siempre que (i) se desarrolle en el territorio de una Alta Parte contratante, (ii) por fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes

88 Judgement. Supra nota 2. Par. 523 y ss.

89 *Ibídem*.

90 Judgement. Supra nota 2. Par. 531 - 532.

91 Ver: ICTY (1995, October 5). *Prosecutor v. Tadić*. Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. ("Tadić Interlocutory Appeal Decision"). *"Un conflicto armado existe cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado".*

92 Artículo 8 (2) (f) del E. de R., se establece expresamente que *"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".*

93 Judgement. Supra nota 2. Par. 536.

94 El artículo 1 del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra establece que aplica para *"la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".*

o grupos armados organizados, (iii) actúen bajo la dirección de un mando responsable, (iv) dichas fuerzas o grupos ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control, (v) estén en capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y, (vi) aplicar el presente Protocolo[95].

Si bien la Sala cita la definición de conflicto armado desarrollada en la sentencia proferida por el Tribunal para Ex Yugoslavia en el cado *Tadic*[96], lo cierto es que dicha referencia resulta innecesaria y se presta para confusiones en tanto es, a grandes rasgos, la misma que se incluyó en el artículo 8 (2) (f) del E. de R[97].

Con "aparente" fundamento en el artículo 1 del Protocolo Adicional II, así como en la definición desarrollada en el caso *Tadic*, la Sala de Asuntos Preliminares señaló que siempre que participen en hostilidades grupos armados con algún grado de organización y capacidad de planear y llevar a cabo y sostener operaciones militares, una determinada situación podrá ser caracterizada como conflicto armado de carácter no internacional[98].

Al respecto, se considera que tal conclusión sobre el concepto de conflicto armado no se extrae directamente del artículo 1 del Protocolo II Adicional ni de la decisión del caso *Tadic*. En efecto, tal como se señaló párrafos atrás, la definición de conflicto armado incluida en el Protocolo II Adicional exige, entre otras, los elementos de "*control territorial*" y "*mando responsable*".

Sin percatarse de dicha confusión, la Sala de Primera Instancia señala expresamente que comparte los planteamientos de la Sala de Asuntos Preliminares y, además, señaló que el artículo 8 (2) (f) del E. de R. requiere simplemente el "*prolongado conflicto entre dos grupos armados organizados*". Según la Sala, dicha definición no incluye el requisito previsto en el Protocolo II Adicional relativo a "e*jercer control sobre una parte del territorio y tener capacidad de llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas*"[99], así como tampoco que el grupo armado estuviere "*bajo un mando responsable*"[100]. En lugar de tales elementos, según la Sala, basta con acreditar "*el suficiente grado de organización*" de los grupos organizados, así como su capacidad de "*ejercer violencia prolongada*" para efectos de demostrar el "conflicto armado".

95 Judgement. Supra nota 2. Par. 535.

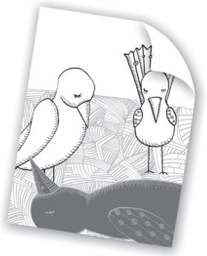
96 Judgement. Supra nota 2. Par. 533.

97 Cortier, M. (2008). "Part. 2. Jurisdiction, admissibility and applicable law" In Triffterer, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd ed. CH. Beck, Hart, Nomos. Pag. 292.

98 Judgement. Supra nota 2. Par. 535.

99 Judgement. Supra nota 2. Par. 536.

100 Judgement. Supra nota 2. Par. 536.



Al respecto, se considera que la Sala acertó al considerar que el conflicto armado en este caso era de carácter no internacional en tanto dicha consideración se adecua al contexto construido en el caso concreto; sin embargo, la definición amplia del conflicto armado acogida en la sentencia puede resultar un poco problemática, en tanto abarcaría una serie de situaciones tales como que el enfrentamiento entre dos grupos sin control territorial se repute conflicto armado y dé lugar a la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Humanitario [DIH], lo cual podría implicar, eventualmente, la banalización de la noción de "*conflicto armado*".

Ante tal escenario, a luz del E. de R., la única posibilidad para efectos de restringir el concepto de "conflicto armado", es dar plena aplicación a las exigencias relativas a que el conflicto sea "prolongado" entre grupos "organizados", y que no se trate de "meros disturbios, motines o tensiones esporádicas"[101].

Por último, el aspecto en común de todos los crímenes de guerra es su "*vinculo*" o "*nexo*" con el conflicto armando internacional o interno[102], según sea el caso. En efecto, dentro de la introducción del artículo 8 de los Elementos de los crímenes del E. de R., se establece el requerimiento relativo a que los crímenes de guerra tengan lugar "*en el contexto o en asocio*" con el conflicto armado[103]. Dado que en el caso del reclutamiento forzado es relativamente sencillo acreditar el vínculo del delito con el conflicto armado, la Sala encontró demostrado tal elemento sin mayores consideraciones[104].

VI. Del delito de reclutamiento forzado

De conformidad con el artículo 8 (2) (e) (vii) de los Elementos de los crímenes del E. de R.[105], la Sala estableció que la conducta de reclutamiento ilícito se define a partir de los siguientes elementos[106]:

---

101 Art. 8 (2) (d) y 8 (2) (f) del E. de R. Werle, Gerard (2012). *"Völkerstrafrect"*. 3 Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck. Par. 1073 y ss.

102 Judgement. Supra nota 2. Par. 503 -504.

103 Judgement. Supra nota 2. Par. 504 y 531.

104 Judgement. Supra nota 2. Par. 504 y 531.

105 Ver: Art. 9. Elements of crimes. http://www.CPI-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf. Ver: Judgement. Supra nota 2. Par. 568.

106 Judgement. Supra nota 2. Par. 569.

i. Que el perpetrador *reclute (1)* o *enliste (2)* una o más personas en las fuerzas armadas nacionales (o una fuerza armada o grupo) o *use (3)* una o más personas para participar activamente en las hostilidades.
ii. Que la persona reclutada o enlistada sea menor de 15 años.
iii. Que la conducta tenga lugar en el marco de un conflicto armado.

Además de tales elementos objetivos, la sentencia reconoció que el delito de reclutamiento forzado contiene dos elementos subjetivos, a saber:

i. Que el perpetrador conozca o debiere haber conocido que la persona reclutada o enlistada era menor de 15 años.
ii. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

A continuación se referirán los principales elementos del fallo en relación con: (i) las conductas de reclutar, enlistar o usar menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, y, (ii) las fuerzas nacionales o los grupos armados. Veamos.

(i) Reclutar, enlistar o usar menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades

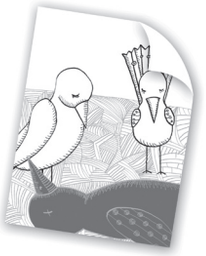
La Sala aclara que tales verbos rectores tipifican distintas alternativas de reclutamiento forzado, es decir, tres crímenes independientes[107]. La conducta relativa a "*reclutar*" [108] se refiere a actos de coerción perpetrados por un grupo armado sobre la voluntad de los menores con el propósito de que participen directamente en las hostilidades[109]. Por su parte, el alistamiento de menores se refiere a aceptar o enrolar individuos cuando ellos voluntariamente quieren hacer parte de las fuerzas armadas. Así, alistar alude, por definición, a un acto voluntario de los menores[110].

107 Judgement. Supra nota 2. Par. 609. Ver: SCSL (2009, February 25*). Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case)*. Case No. SCSL-04-15-T. Trial Chamber Judgement. Par. 733.
Es preciso resaltar que si bien la sentencia cita dicho antecedente de la Corte Especial para Sierra Leona, lo cierto es que para ésta última Corte las tres alternativas conforman un solo delito.

108 Si bien en la versión en inglés del E. de R., se distingue entre dos formas de reclutamiento: "*conscripting*" y "*enlisting*", por razones idiomáticas, en español se distingue entre "*reclutar*" y "*enlistar*". En efecto, la expresión "conscripción" únicamente se refiere al "servicio militar obligatorio".

109 Judgement. Supra nota 2. Par. 607-608.

110 Judgement. Supra nota 2. Par. 608.



Sin embargo, la propia Sala señala que un menor de 15 años no tiene un consentimiento genuino e informado al vincularse o enlistarse en un grupo armado[111]. Al respecto, si bien se comparte que un menor de 15 años no tiene un consentimiento formado, lo cierto es que ello daría al traste con la clasificación y las distinciones propuestas entre "reclutar" y "enlistar".

Entonces, ¿para qué distinguir entre el reclutamiento coercivo y el alistamiento voluntario si se tiene que, en todo caso, los menores de 15 años no tienen voluntad? Si bien la Sala señaló, basada en dos expertos[112], que el consentimiento de los menores reclutados en ningún caso serviría como defensa valida del acusado[113], lo cierto es que dicho elemento si será tenido en cuenta para efectos de fijar la pena y de determinar las medidas de reparación[114].

De otra parte, el tipo penal de reclutamiento incluyó la conducta de "*usar menores para que participaran activamente en la hostilidades*" en aras de tipificar la conducta de quien vincule menores a actividades propias del combate militar, pero también, aquellas que en principio resultan secundarias como lo podrían ser espiar, sabotear y vigilar, entre otras[115].

Al respecto, la Sala de Asuntos Preliminares había considerado que las actividades que no tenían relación con las hostilidades, tales como el servicio doméstico o el abastecimiento de comida, no resultaban incluidas en dicha descripción típica[116], únicamente "*la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades propias del combate, quedarían incluida en esos términos*"[117].

111 Judgement. Supra nota 2. Par. 613 y 618.

112 Judgement. Supra nota 2. Par. 610 y 611.

113 Judgement. Supra nota 2. Par. 617. Ambos no está de acuerdo con que, en todo caso, el consentimiento no sirva como defensa valida del acusado. Según este autor, es posible imaginar hipótesis en las cuales el consentimiento del menor si puede servir para tales efectos. Además, desde el punto de vista semántico, Ambos entiende que tales hipótesis podrían explicar por qué se distinguió entre "*conscripting*" y "*enlisting*". Ver. Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil Internationales Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga). Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". In *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_7_684.pdf. Pág. 325-326.

114 *Ibídem*.

115 Judgement. Supra nota 2. Par. 627 y ss.

116 Judgement. Supra nota 2. Par. 623.

117 Judgement. Supra nota 2. Par. 629.

Sin embargo, con referencias a la Corte Especial para Sierra Leona[118], y a los artículos 4 (3) (c) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra y 38 de la Convención de los Derechos del Niño[119], la Sala establece que la expresión "*usar"* a los niños para que participen activamente en las hostilidades implica, en principio, relacionar a los menores con cualquier actividad propia del combate[120] y, por lo tanto, no está restringida a la "*directa participación en el combate*"[121]. En últimas, la Sala concluye que actividades como las referidas, que implican participación directa o indirecta en las hostilidades, tienen un elemento en común: los niños son un objetivo potencial ("*potential target*") y, por lo tanto, están expuestos a un peligro real. Este último elemento resulta ser el "factor decisivo" para determinar si se trata o no de "*activa participación en las hostilidades*"[122].

Por último, la Sala consideró que si bien la violencia sexual podía considerarse dentro del concepto de "*usar niños para participar activamente en las hostilidades*", en el presente caso no se incluiría en tal hipótesis dado que no fue incluida en la decisión sobre la legalización de cargos y, por lo tanto, conforme al artículo 74.2 del E. de R.[123], en esta etapa procesal, dicha corporación debía atenerse únicamente a los cargos formulados y legalizados[124].

Al respecto, la Jueza Odio Benito señaló que se invisibilizó la violencia sexual en el marco del conflicto, dada la falta de definición legal del elemento objetivo, "*uso de los menores para participar activamente en las hostilidades*"; en su opinión, lejos de lo que concluyó la Sala, la violencia sexual debió ser contemplada dentro del concepto de "*usar los menores para participar activamente en las hostilidades*"[125].

---

118 SCSL (2009, February, 25). *Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case).* Case No. SCSL-04-15-T. Trial Chamber Judgement. Par. 736.

119 Judgement. Supra nota 2. Par. 627. En relación con el artículo 4 (3) (c) del Protocolo II Adicional, la Sala resalta que no se refirió a "*la activa participación en las hostilidades*" sino simplemente a "*la directa participación*" para efectos de ampliar la gama de actividades que pueden dar lugar al reclutamiento.

120 Judgement. Supra nota 2. Par. 609 y 619 y ss.

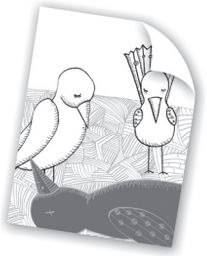
121 Judgement. Supra nota 2. Par. 624.

122 Judgement. Supra nota 2. Par. 628.

123 Artículo 74 del E. de R. *"La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio".*

124 Judgement. Supra nota 2. Par. 629 y 630.

125 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 17.



La Jueza disidente también sostuvo que si bien estaba de acuerdo con que el criterio determinante para efectos de definir "*activa participación de los menores*", era el "*peligro real*" al que resultaban expuestos en desarrollo de sus actividades en el grupo armado, sin importar la tarea que los menores hubieren desarrollado, el aspecto crucial para determinar si los menores habían sido víctimas de violencia (por ejemplo, de tipo sexual) por parte de miembros del mismo grupo que los reclutó. En tal sentido, sostuvo que la fuente de peligro real no sólo provenía del grupo adversario, sino también del propio grupo que cometió el reclutamiento[126].

Por último, la Sala señaló que el delito de reclutamiento forzado es de naturaleza continua y, por lo tanto, se comete hasta que el menor alcanza la edad de 15 años[127].

(ii) En fuerzas armadas o grupos

Dado que, tal como se señaló líneas atrás, la Sala concluyó que se trataba de conflicto armado no internacional, conforme al artículo 8(2) (e) (vii) del E. de R., se estableció que el reclutamiento o alistamiento de menores por parte del condenado se realizó "*en fuerzas armadas o grupos*"[128].

Por lo anterior, la Sala no se detuvo en el debate relacionado con la diferencia entre "*fuerzas armadas o grupos*" y "*fuerzas armadas nacionales*", éste último elemento inserto en la definición del artículo 8 (2) (b) (xxvi) del E. de R., aplicable a los conflictos armados internacionales. En tal sentido, la Sala no examinó si la UPC, -grupo con estructura paramilitar-, configuraba una fuerza armada nacional; simplemente refirió que estaba demostrado que tal organización era una "*fuerza o grupo armado*"[129].

En relación con el concepto de "*fuerzas armadas nacionales*", en la opinión disidente y separada de la Jueza Odio Benito, se resaltó la diferencia entre la definición de "*fuerzas armadas nacionales*" prevista en el tipo del artículo 8 (2) (b) (xxvi), para conflictos internacionales, y "*fuerzas armadas o grupos*" del artículo 8(2) (e) (vii), para conflictos no internacionales[130]. En su opinión, resulta determinante definir si el concepto de "*fuerzas armadas nacionales*"

126 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 18 y 19.

127 Judgement. Supra nota 2. Par. 618.

128 Judgement. Supra nota 2. Par. 619.

129 Judgement. Supra nota 2. Par. 568.

130 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 9.

incluye a actores no estatales como la UPC[131]. Al respecto, la Jueza llamó la atención sobre la consideración de la Sala de Asuntos Preliminares según la cual dicho concepto no se restringía a las fuerzas armadas estatales[132].

Según la Jueza, la defensa ha argumentado que el conflicto armado en el caso concreto es de carácter internacional, por lo tanto es previsible que dicho aspecto sea materia de apelación[133]. En su sentir, el reclutamiento de menores de 15 años está prohibido a la luz del derecho internacional consuetudinario, sin importar si se trata de un contexto nacional e internacional o la naturaleza del grupo o fuerza que lo lleve a cabo[134]. "*Sería contrario al objeto y propósito del Estatuto de Roma así como a los derechos humanos, excluir de la prohibición del reclutamiento de menores un grupo armado por la naturaleza y organización (Grupo armado estatal y no estatal)*"[135].

VII. De los intermediarios

Durante la etapa de investigación, la Fiscalía de la CPI contrató intermediarios para que colaboraran con la recolección de las pruebas dada las dificultades en materia de seguridad en la República Democrática del Congo[136]. Al respecto, la defensa sostuvo que 4 de tales intermediarios sobornaron a los testigos cuyos testimonios fueron el fundamento determinante de la acusación[137].

El Fiscal sostuvo que tales intermediarios desarrollaron un rol puramente secundario y de ayuda a las investigaciones adelantadas en relación con la causa seguida en contra de *Lubanga*[138]. Al respecto, la Fiscalía intentó aportar evidencia según la cual: (i) los intermediarios no tenían acceso a información

131 *Ibídem*.

132 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 10. Ver: Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil Internationales Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga) Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". *Op. Cit*. Pag. 324. En su opinión, considerar que la UPC es una fuerza armada nacional, en los términos del artículo 8 (2) (b) (xxvi) del E. de R., vulnera la prohibición de aplicación de los tipos penales por analogía. Ver nota al pie 128.

133 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 12.

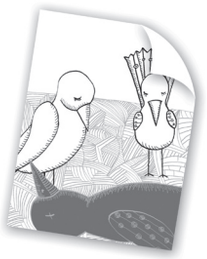
134 Judgement. Supra nota 2. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Pag. 607 y ss. Par. 13.

135 *Ibídem*.

136 Judgement. Supra nota 2. Par. 181.

137 Judgement. Supra nota 2. Pars. 178 - 179.

138 Judgement. Supra nota 2. Par. 182.



sustantiva sobre el caso y desconocían las preguntas que se formulaban a los testigos[139]; (ii) en ningún caso, miembro alguno de la Fiscalía instó a los intermediarios a constreñir a los testigos para que mintieran[140]; y, finalmente, (iii) que en ningún caso, la Fiscalía nombró como intermediario a personas que sólo buscaran protagonismo o dinero[141].

No obstante lo anterior, la Sala encontró que la mayoría de intermediarios influyeron en varios testimonios y estuvieron a punto de entorpecer las investigaciones adelantadas por la Fiscalía. En efecto, en el caso del intermediario P-143, la Sala estimó que "*jugó un importante rol en la alteración de la evidencia que los testigos proveyeron*" a la Corte[142]. A su vez, la Sala señaló que es muy probable que dicho intermediario hubiere persuadido, propiciado o auspiciado los falsos testimonios rendidos. Con base en los testimonios analizados, se concluyó que existe una posibilidad real que el intermediario P-143 hubiere corrompido la evidencia de al menos 4 testigos[143].

En relación con el intermediario P-316, la Sala estableció que sus declaraciones resultaron contradictorias y que existían "fuertes razones" para concluir que dicho intermediario persuadió los testigos para que mintieran sobre sus vinculación como "niños soldados" en las filas de la UPC[144]. De otra parte, varios testigos manifestaron que mintieron dadas las promesas financieras realizadas por el intermediario P-321; sostuvieron que eran instruidos por dicho intermediario para mentir sobre sus nombres, edades, lugares de residencia y su vinculación a la UPC[145].

Lo anterior permite concluir que las tareas de investigación deberían desarrollarse directamente por la Fiscalía de la CPI, en tanto quedó demostrado que encargar a terceros el contacto de los futuros testigos que servirán de soporte a los cargos que formule la Fiscalía, no constituye una buena práctica judicial.

139 Judgement. Supra nota 2. Par. 183.

140 Judgement. Supra nota 2. Par. 187.

141 Judgement. Supra nota 2. Par. 189.

142 Judgement. Supra nota 2. Par. 291.

143 *Ibídem*.

144 Judgement. Supra nota 2. Par. 372.

145 Judgement. Supra nota 2. Par. 449.

VIII. Responsabilidad individual, Autoría 25.3 (a)

La Sala condenó a *Thomas Lubanga Dyilo* por el delito de reclutamiento forzado a título de autor de conformidad con lo previsto en artículo 25.3 (a) del E. de R.[146], en particular, por cometer el delito con otro o por conducto de otro. En el caso concreto, se encontró acreditado que el acusado participó en el plan común relativo a la constitución de un grupo armado con el propósito de establecer y mantener el control político y militar sobre la región de Ituri[147].

Para la Sala resultó acreditado que, durante el verano de 2002 y, particularmente, entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, el acusado, en su condición de máximo líder de la UPC, junto con otros líderes del grupo, participó activamente en las campañas de movilización y reclutamiento de menores, en las cuales se persuadían a las familias para que enviaran a sus hijos a participar en las filas de la UPC[148].

En relación con la posición y rol del acusado, la Sala consideró acreditado que él ejerció como presidente y comandante en jefe de la UPC/FPLC; permaneció informado de las operaciones del grupo, participó de la planeación de las operaciones militares y proveyó apoyo logístico para las tropas; así como que siempre estuvo relacionado con las actividades y campañas de reclutamiento, a tal punto que las publicitaba en sus discursos. Además, en opinión de la Sala, existía suficiente evidencia para concluir que el acusado personalmente utilizó menores de 15 años dentro de su cuerpo de guardaespaldas[149].

En relación con la parte subjetiva, en opinión de la Sala, se demostró más allá de toda duda que, "*en el curso normal de los acontecimientos*" (art. 30 (2) (b) del E. de R.), tuvo lugar la comisión de la conducta de reclutamiento de menores[150]. La Sala consideró que el acusado era completamente consciente que la UPC/FPLC reclutaba, enlistaba y usaba menores de 15 años para participar en su sus filas. Según se estableció en la sentencia, en el curso normal de los

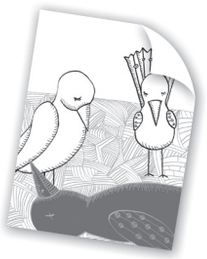
146 Artículo 25 Responsabilidad penal individual. *"1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable".*

147 Judgement. Supra nota 2. Par. 1351.

148 Judgement. Supra nota 2. Par. 1354.

149 Judgement. Supra nota 2. Par. 1356.

150 Judgement. Supra nota 2. Par. 1351.



acontecimientos, y como resultado de la implementación del plan común, el reclutamiento de menores se desarrollaba para mantener personal dentro de las filas de los referidos grupos armados[151]. Es más, suficiente evidencia demostró que *Lubanga* sabía de varios comandantes que utilizaban a menores como guardaespaldas, así como que él personalmente visitaba los campos en donde los menores eran reclutados[152].

Para la Sala también resultó demostrado más allá de toda duda razonable que, dada su condición y rol en la UPC/FPLC, *Lubanga* era consciente de la existencia de conflicto armado entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003[153], así como del vínculo entre el conflicto armado y el reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años para participar en las hostilidades[154].

Tras presentar sendas consideraciones sobre el aspecto subjetivo previsto en el artículo 30 del E. de R.[155], la Sala coincidió con la Sala de Asuntos Preliminares en relación con que el Estatuto de Roma E. de R. excluyó el dolo eventual[156]. En todo caso, la Sala señaló que el aspecto subjetivo de los crímenes sometidos a la jurisdicción de la CPI exige "la intención" y "el conocimiento" (art. 30.1 del E. de R.)[157].

Tanto "la intención" como "el conocimiento" se aplican para todos los elementos del crimen de reclutamiento definido en el artículo 8(2)(e)(vii) de los Elementos de los Crímenes, a saber:

> *"(i) Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades, (ii) Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años, (iii) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él, y, (iv) Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado".*

Sin embargo, el elemento según el cual se debe acreditar que "*el perpetrador conocía o debía haber conocido que las víctimas eran menores de 15 años*"[158], resulta

151 Judgement. Supra nota 2. Par. 1347.

152 Judgement. Supra nota 2. Par. 1348.

153 Judgement. Supra nota 2. Par. 1349.

154 Judgement. Supra nota 2. Par. 1350.

155 Judgement. Supra nota 2. Par. 1007-1010.

156 Judgement. Supra nota 2. Par. 1011.

157 Judgement. Supra nota 2. Par. 1014.

158 Judgement. Supra nota 2. Par. 1014.

problemático en relación con los elementos "intención" y "conocimiento" de la parte subjetiva. En efecto, el criterio "*debía haber conocido*", propio del dolo eventual, pareciere ser una excepción al elemento "conocimiento" exigido en el artículo 30 (1) del E. de R. Sin embargo, dado que el Fiscal no acusó con fundamento en dicho criterio, la mayoría de la Sala consideró innecesario pronunciarse al respecto[159].

En términos generales, en relación con las partes objetiva y subjetiva, en la sentencia se estableció un test para determinar la responsabilidad penal del condenado, a la luz del artículo 25 (3) (a) del Estatuto. En este sentido, se determinó que, en relación con cada uno de los cargos imputados, el Fiscal deberá probar: (i) la existencia de un plan común cuya implementación traería consigo suficiente riesgo que, en el curso normal de los acontecimientos, el crimen sería cometido[160]; (ii) que el acusado realizó importantes contribuciones al plan común, (iii) que el acusado era consciente de que, tras la implementación del plan común, sus consecuencias "*ocurrirían en el curso ordinario de los eventos*", en el caso *sub examine*, que se reclutarían menores de 15 años, (iv) que el acusado era consciente de su esencial contribución al plan común, (v) que el acusado ejerció control sobre el crimen: decidía si se cometía y cómo se ejecutaba[161]; y, finalmente, (vi) que el acusado era consciente de las circunstancias de hecho relativas al conflicto armado, así como del vínculo entre éste último elemento y su conducta[162].

B. Decisión sobre la pena

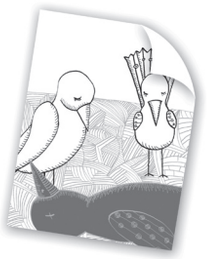
En el presente acápite se revisarán cuáles fueron las principales consideraciones de la Sala de Primera Instancia en la decisión de 10 de julio de 2012, mediante

159 Judgement. Supra nota 2. Par. 1015.

160 Judgement. Supra nota 2. Par. 984.

161 Judgement. Supra nota 2. Par. 1003-1006.

162 Judgement. Supra nota 2. Par. 1013 y 1018. Al respecto, el Juez Adrian Fulford suscribió opinión separada. Si bien arriba al mismo resultado, el Juez disidente no considera necesario que se acredite que el acusado realizó "*contribuciones esenciales*", tampoco encuentra que el test desarrollado por la Sala encuentre fundamento en el texto del Estatuto y, por último, señaló que el estándar relativo a "*curso ordinario de los eventos*" resultaba confuso y poco útil; en su opinión, bastaría con señalar que el condenado hubiere contribuido a la comisión del crimen. Para más detalles, ver: Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil Internationales Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga) Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". *Op. Cit*. Pag. 328.



la cual se condenó a *Thomas Lubanga Dyilo* a la pena de 14 años de prisión por el delito de reclutamiento forzado[163].

I. De la estructura de la providencia

La decisión sobre la pena se profirió con fundamento en el artículo 76.2 del E. de R.[164] y es relativamente corta en comparación con el texto de la sentencia: cuenta con 52 páginas en las que se desarrollan 7 acápites[165]. La Sala se pronuncia sobre los antecedentes procesales[166], la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona sobre el reclutamiento forzado[167], el análisis de los hechos y circunstancias descritas en los cargos[168], y, sobre los factores relevantes, agravantes y atenuantes, para efectos de determinar el *quantum* de la sanción[169]. Por último, dicha decisión inserta la opinión disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito[170].

II. De la referencia a la Corte Especial de Sierra Leona

Si bien la decisión establece expresamente que la jurisprudencia de otras Cortes y Tribunales no hace parte del derecho aplicable por la CPI de conformidad con

---

163 Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute. (Supra nota 4). Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *Ad-Hoc* no establecieron regulación alguna sobre la dosificación punitiva en casos de concursos. Por su parte, el artículo 78.3 del Estatuto de Roma establece que cada crimen tendrá una pena individual y, siempre que se condene por dos delitos o más, se impondrá una sola pena principal.
Los Tribunales Internacionales han acogido dos sistemas para efectos de establecer la pena en casos de concursos de delitos. Un primer modelo implica la imposición de una sola pena unificada por todos los delitos cometidos. Otro modelo supone la imposición de penas individuales para cada delito y luego el establecimiento de una pena principal. Si bien ambos modelos han sido adoptados por Tribunales Internacionales, lo cierto es que el segundo resulta ser más transparente por cuanto informa acerca del *quantum* de la pena para cada uno de los crímenes. Éste último modelo fue acogido por el Estatuto de Roma en el referido artículo 78.3. Al respecto, ver: Werle, Gerard (2012). *"Völkerstrafrect". Op. Cit.* Par. 731 y ss.

164 Artículo 76. Fallo condenatorio *"1. En caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso".*

165 Decision on sentence (...) Supra nota 4.

166 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Pag. 4-6.

167 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Pag. 6-11.

168 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Pag. 11-14.

169 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Pag. 14-34.

170 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Pag. 41-52.

el artículo 21 del E. de R.[171], reconoce que los Tribunales *ad hoc* están en una posición similar a la de la CPI a la hora de perseguir y sancionar delitos tales como el reclutamiento forzado[172]. En este caso, la Sala de Primera Instancia se refirió puntualmente a dos sentencias proferidas por la *Corte Especial para Sierra Leona* [SCSL[173]]. Si bien la SCSL se había pronunciado sobre el delito de reclutamiento forzado en 7 sentencias, sólo en dos profirió condenas separadas por dicho crimen, a saber: *Sessay-Kallon y Kondewa*[174].

En primer lugar, la Sala resaltó que la condena impuesta por la SCSL en contra de los miembros del *Frente Unido Revolucionario de Sierra Leona* [RUF] se fundamentó en que el delito de reclutamiento fue cometido a gran escala y con un significativo grado de brutalidad[175]. En efecto, muchos niños fueron violentados, sometidos a tortuosos entrenamientos militares, y, en algunos casos, asesinados; a su vez, a los niños se les obligó a perpetrar graves crimines en contra de civiles inocentes[176]. Por el delito de "*usar niños activamente en las hostilidades*", se condenó a *Sesay* y *Kallon* a penas de 50 y 35 años, respectivamente. En total, junto con el resto de delitos cometidos, al condenado *Sesay* le fue impuesta una sanción de 52 años, mientras que a *Kallon*, le correspondieron 40 años[177].

---

171 Artículo 21. Derecho aplicable. "*1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición*".

172 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 12.

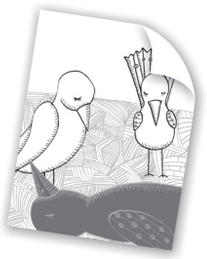
173 Sigla en inglés de la Corte Especial para Sierra Leona (*Special Court for Sierra Leone*).

174 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 12. La jurisprudencia de la CSSL ya había sido utilizada por dicho tribunal en la sentencia. Ver, a manera de ejemplo, Judgement. Supra nota 2. Par. 569.

175 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 13. Ver: SCSL (2009, April 8) *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao* (Case "RUF). Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber Judgment. Par. 180.

176 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 13.

177 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 14.



En segundo lugar, en la sentencia proferida por la SCSL en contra de *Kondewa* se impusieron 7 años de prisión dada la contribución de éste último para el establecimiento de la paz en Sierra Leona[178].

La referencia realizada por la Sala a la jurisprudencia de la SCSL tuvo un propósito simplemente informativo. En efecto, más allá de los 4 párrafos en los que se refirieron tales precedentes, la Sala ni siquiera mencionó ni refirió los criterios establecidos por la SCSL a lo largo de esta providencia en relación con la determinación de la pena por el delito de reclutamiento.

III. Factores para determinar la pena

Para efectos del establecimiento del *quantum* de la pena, de conformidad con el artículo 78 del E. de R., la Sala tuvo en cuenta los siguientes factores: (i) gravedad del crimen, (ii) su carácter generalizado y de gran escala, (iii) el grado de participación y de intención del condenado, y, finalmente, (iv) las circunstancias personales del condenado.

(i) Gravedad del crimen

En relación con la gravedad del crimen, la Sala estableció que, de conformidad con el artículo 78.1 del E. de R.[179] y la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI[180], la "gravedad del crimen" es uno de los principales factores para determinar la pena. Dicho factor alude tanto a la naturaleza del crimen como a la culpabilidad de la persona[181].

La Sala consideró que el delito de reclutamiento forzado constituía una muy grave conducta punible que afecta a la comunidad internacional; dicho delito se funda en una particular coerción ejercida sobre los niños que son sujetos de especial protección por diversos tratados internacionales[182]. Las afectaciones

178 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 15.

179 Artículo 78. *"1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado".*

180 Regla 145. Imposición de la pena. *"1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; (…)".*

181 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 36.

182 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 37.

de los niños víctimas del reclutamiento son graves y de diversa índole: son expuestos a las penurias de la violencia, separados de sus familias y colegios, y expuestos a un ambiente de violencia[183]; están en permanente e inevitable riesgo de ser heridos o asesinados, lo cual genera problemas de salud tanto física como psicológica[184]; y son introducidos en el consumo de drogas y alcohol[185], entre otras graves afectaciones[186].

(ii) Carácter generalizado y de "gran escala" del crimen

Con expresa referencia a la sentencia, la Sala concluyó que la pena se fijaría en atención a que durante el periodo comprendido entre 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, el delito de reclutamiento forzado fue cometido de manera generalizada por la Unión Patriótica Congolesa y las Fuerzas para la Liberación del Congo[187].

Si bien se consideró que el carácter generalizado o de gran escala del crimen de reclutamiento constituía un factor relevante para fijar la pena, lo cierto es que la propia Sala reconoció que no se determinó "*más allá de toda duda razonable el preciso número o proporción de los menores reclutados*"[188].

Ante tal indeterminación, surge el interrogante irresoluto relativo a: ¿Bajo qué criterio la Sala determinó que el reclutamiento había sido generalizado? Para tal efecto, aparentemente la Sala se sirvió del contexto, sin embargo, lo cierto es que no resulta claro cuáles fueron los factores cuantitativos concretos que sirvieron de base para llegar a dicha conclusión.

(iii) Grado de participación, la intención del condenado y sus circunstancias personales

Tal como se estableció en la sentencia, la Sala sostuvo que un criterio para determinar la pena sería que *Lubanga* acordó y participó en un plan criminal que implicaba la constitución de una fuerza armada con el propósito de mantener el control político y militar en la región de Ituri. Si bien el condenado no se

183 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 38.

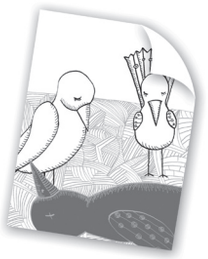
184 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 38.

185 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 41.

186 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 42-44.

187 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 49.

188 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 50.



propuso el reclutamiento forzado de menores en sus filas, lo cierto es que "*era consciente que ello ocurriría en el curso normal de los acontecimientos*"[189].

En la decisión sobre la pena, la Sala estableció que la expresión "*circunstancias individuales del condenado*" prevista en el artículo 78. 1 del E. de R., de conformidad con la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, se refería a "*la edad, educación y condición socio económica del condenado*"[190]. Al respecto, la Sala únicamente señaló que *Lubanga* es una persona "*inteligente y bien educada*" y que, por lo tanto, entendía la gravedad del delito de reclutamiento forzado[191].

IV. Circunstancias de agravación punitiva

La Sala rechazó la solicitud del Fiscal relativa a que la pena fuera fijada en atención a cuatro circunstancias de agravación, con fundamento en el acápite b del artículo 145.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba[192]. Según la Fiscalía, la pena habría de ser agravada en atención al (i) el castigo a las víctimas, (ii) la violencia sexual, (iii) la indefensión de las víctimas y (iv) los motivos discriminatorios. Veamos.

(i) El castigo a las víctimas

El Fiscal solicitó que las difíciles condiciones y el castigo perpetrado a los menores reclutados fueran tenidas en cuenta como causales de agravación[193]. Por su parte, la defensa rechazó tal solicitud por cuanto en contra del condenado no se había formulado cargo alguno en relación con el crimen de trato cruel y, por lo tanto, no resultaba apropiado que se considerare como causal de

189 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 52.

190 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 54.

191 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 56.

192 Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. Imposición de la Penal. *"b) Como circunstancias agravantes: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas".*

193 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 57.

agravación punitiva. También, la defensa sostuvo que no se había acreditado que *Lubanga* fuera responsable por el maltrato de los menores[194].

Ante tal escenario, la Sala señaló que, de un lado, no existía evidencia más allá de toda duda razonable para concluir que el maltrato de los menores ocurrió dentro del curso ordinario del accionar atribuido al condenado, y, de otra parte, tampoco está demostrado que él hubiere ordenado los castigos a los niños o que hubiere sido consciente de ello[195].

(ii) La violencia sexual

Si bien la Fiscalía únicamente formuló cargos por reclutamiento forzado y, por lo tanto, el acusado únicamente fue condenado por tal delito, lo cierto es que, en la providencia de 10 de julio de 2012, la propia Sala desaprobó la actitud de la Fiscalía en relación con la violencia sexual. En concepto del Tribunal Internacional resulta reprochable que, en lugar de formular cargos independientes por los delitos de violación y demás formas de violencia sexual, el Fiscal simplemente sugirió que tales comportamientos fueran tenidos en cuenta como agravantes del reclutamiento forzado[196].

Tras analizar los testimonios que declararon sobre los posibles eventos de violencia sexual[197], la Sala señaló que la evidencia aportada no permitía concluir que tal crimen fue lo suficientemente generalizado dentro del plan criminal común acordado y desarrollado por *Lubanga*, o que él ordenó o fomentó dicha forma de violencia[198].

No obstante lo anterior, lo cierto es que la Sala señaló que la violación y las otras formas de violencia sexual bien podrían considerarse circunstancias de agravación punitiva en el sentido de la Regla 145 de Procedimiento y Prueba[199]. En tal sentido, según la Sala, la violencia sexual podría suponerse dentro del (*i*) daño causado a las víctimas, (*ii*) la índole de la conducta cometida, (*iii*) las

194 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 58.

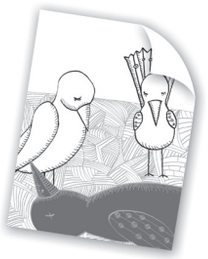
195 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 59.

196 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 60.

197 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 61-72.

198 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 74.

199 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 74.



circunstancias en que el crimen fue cometido[200], y, (*iv*) la crueldad con la que se cometió el crimen[201].

Al respecto, es preciso resaltar que si bien en el presente caso la investigación adelantada por la Fiscalía de la CPI fue deficiente en tanto no se ocupó de otros delitos que se hubieren podido endilgar en contra del acusado, como es el caso de las diversas formas de violencia sexual, lo cierto es que no constituye una buena práctica judicial considerar como agravantes punitivos hechos que por sí mismos constituyen otros delitos previstos en el E. de R.

(iii) La indefensión de las víctimas

El Fiscal sostuvo que la especial indefensión de los niños de 5 o 6 años que fueron reclutados, constituía *per se* una circunstancia de agravación punitiva[202]. Por su parte, la defensa sostuvo que la edad de los niños es uno de los elementos de la conducta punible y que, por lo tanto, no puede ser considerado como un agravante[203].

Según la Sala, los factores que permiten determinar "la gravedad del crimen" no pueden ser considerados "circunstancias de agravación". En este caso, la edad de los niños no es un agravante, sino un elemento con base en el cual se establece la "gravedad" de la conducta del condenado[204].

(iv) Motivos discriminatorios

La Sala determinó que no existía suficiente evidencia para concluir que el reclutamiento forzado tuviera finalidad o motivación discriminatoria en razón del género[205]. Además, dicha decisión señaló que "*los motivos discriminatorios no*

200 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 67.

201 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 67. Ver: Regla 145 (1)(c) de Procedimiento y Prueba. Ver: Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Dissenting opinión of Judge Odio Benito. Par. 4-19. En relación con las dos primeras causales de agravación, en la opinión disidente de la Jueza Odio Benito, el daño causado a las víctimas y a sus familias, así como la violencia sexual, han debido considerarse como factores agravantes de conformidad con la Regla 145 (1) (c) de las Reglas de procedimiento y prueba. Tras realizar un recuento probatorio sobre este particular, en opinión de la Jueza disidente se demostraron, "más allá de toda duda razonable", los daños sufridos por los niños y niñas reclutados debido a las difíciles condiciones a las que fueron sometidos, así como a los vejámenes sexuales.

202 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 67. Ver: Regla 145 (2)(b)(iv) de Procedimiento y Prueba.

203 *Ibídem*.

204 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 78.

205 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 81.

eran tratados como factores de agravación punitiva"[206], conforme a los establecido en la Regla 145.2 (b) (v) de las Reglas de Procedimiento y Prueba[207]. Esta última es una interpretación *contra legem* dado que dicha disposición establece expresamente que un factor de agravación punitiva es que el crimen sea cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación fundado en algunos de los criterios sospechosos incluidos en el artículo 21. 3 del E. de R[208].

V. Circunstancias de atenuación

La Sala aceptó parcialmente la solicitud de la defensa en relación con las circunstancias de atenuación punitiva fundadas en la Regla 145.2 (a) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI[209]. En efecto, la defensa argumentó que concurrían dos elementos que deberían ser evaluados por la Sala a la hora de fijar la pena, a saber: (i) las labores de promoción de la paz y las órdenes de desmovilización y (ii) la cooperación ante la Corte. Pues bien, la Sala concluyó que la primera circunstancia no se tendría como atenuante punitiva, mientras que la segunda sí.

La Sala sostuvo que si bien estaba acreditado que, mediante la constitución de sus ejércitos, *Lubanga* aspiraba a que retornara la paz a Ituri[210], lo cierto es que para tales efectos recurrió al crimen de reclutamiento forzado y, por lo tanto, sus "loables" propósitos no serían considerados como circunstancias de atenuación punitiva[211].

---

206 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 81.

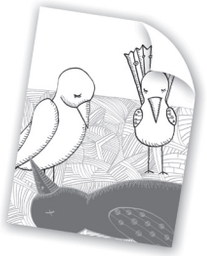
207 Regla 145.2 (b) *"Imposición de la pena 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda:(…) b) Como circunstancias agravantes: v. Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21".*

208 *"3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".*

209 Regla 145.2 (a) *"Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte".*

210 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 83-86.

211 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 87.



De otra parte, la Corte consideró la actitud respetuosa de *Lubanga* y su "*notable cooperación*" con el procedimiento como una circunstancia de atenuación punitiva[212].

VI. Determinación de la pena

En la decisión *sub examine* se concluyó que era inapropiado imponer los 30 años de prisión solicitados por la Fiscalía dado que, conforme con lo previsto en la Regla 145.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la pena deberá "*estar justificada en la extrema gravedad del crimen y en las circunstancias individuales del condenado, así como en la existencia de una o más circunstancias de agravación punitiva*"[213].

De conformidad con lo previsto en el artículo 78.3 del E. de R.[214], la Sala determinó la pena de manera individual para cada una de los comportamientos del condenado subsumidos en el tipo penal de reclutamiento[215]:

i. 13 años de prisión por reclutar menores de 15 años.
ii. 12 años de prisión por enlistar menores de 15 años.
iii. 14 años de prisión por usar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades.

La Sala no explica cuáles criterios de dosificación punitiva se utilizan para llegar a dicha conclusión. Simplemente se estableció que la pena se fijaría de manera individual para cada una de las conductas descritas y una pena común, de conformidad con lo previsto en el artículo 78 del E. de R[216].

---

212 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 91.

213 Decision on sentence (...) Supra nota 4. Par. 96.

214 Artículo 78 del E. de R. *"3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77".*

215 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Par. 98.

216 Artículo 78 Imposición de la pena. *"1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no*

En relación con la determinación de la pena, en su opinión disidente, la Jueza Odio Benito estableció expresamente que si bien estaba de acuerdo en considerar como delitos distintos y separados las modalidades de "*reclutar*", "*alistar*" y "*usar menores de 15 años*",[217] no existe justificación para fijar penas distintas: en su sentir, en los tres casos la pena debería ser 15 años[218]. En efecto, todos los referidos crímenes causan graves daños físicos y psicológicos de los menores y, en algunos casos, su muerte[219].

Al fin y al cabo, lo cierto es que a lo largo del documento *sub examine* la Sala no explicó cuál fue el procedimiento de dosificación punitiva que utilizó para concluir que la pena principal en el presente caso sería 14 años, y las penas individuales serían en 13 en el caso de reclutar, 12 por alistar, y 14 por usar niños activamente en las hostilidades.

C. Decisión sobre los principios y procedimientos en materia de reparaciones

El 7 de agosto de 2012, la Sala de Primera Instancia profirió la decisión sobre los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones de las víctimas del delito de reclutamiento forzado de menores por el cual fue condenado *Thomas Lubanga Dyilo*[220], con fundamento en el artículo 75 del E. de R[221].

---

será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77".

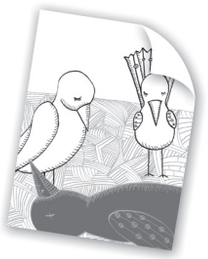
217 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Dissenting opinion of Judge Odio Benito. Par. 25 y 26.

218 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Dissenting opinion of Judge Odio Benito. Par. 27.

219 Decision on sentence (...) Supra nota. 4. Dissenting opinion of Judge Odio Benito. Par. 25.

220 Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. Supra nota 5.

221 Artículo 75. Reparación a las víctimas. *"1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre".*



En este caso, no se resolvió sobre las solicitudes de reparación de las víctimas; en su lugar, la Sala estableció los parámetros a la luz de los cuales deberían atenderse tales solicitudes por parte del *Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas* [FFBV].

A continuación se presentarán algunas consideraciones en relación con (i) la "estructura" o principales componentes de la providencia; (ii) los principios de la reparación; y, por último, (iii) algunas recomendaciones realizadas por la Sala de Primera Instancia.

I. De la estructura de la providencia

Tras revisar todas las intervenciones y solicitudes que las organizaciones y víctimas presentaron sobre la materia, la Sala concluyó acerca de los principios que guiarán las reparaciones a las víctimas de *Thomas Lubanga Dyilo*[222].

En términos generales, dicha decisión estableció cuáles habrían de ser los parámetros de admisibilidad[223] y consulta a las víctimas[224] en el marco de la implementación de los programas de reparación, los elementos y procedencia de las reparaciones individuales[225] y colectivas[226], quiénes podrían ostentar la condición de beneficiarios[227], cuál sería el estándar probatorio[228], la necesidad de desarrollar programas de reparación sin discriminación[229], con enfoque de género, y particular atención a la condición de los niños víctimas del reclutamiento[230], así como lo que habrá de entenderse por reparación proporcional y apropiada a las víctimas[231].

II. Principios de la reparación

La Sala reconoció que la decisión sobre los principios y procedimientos que deberán guiar las reparaciones se profiere con fundamento en el artículo 75

222 Decision establishing (...) Supra nota 5. Pag. 64- 93

223 Decision establishing (...) Supra nota 5.

224 Decision establishing (...) Supra nota 5.

225 Decision establishing (...) Supra nota 5.

226 Decision establishing (...) Supra nota 5.

227 Decision establishing (...) Supra nota 5.

228 Decision establishing (...) Supra nota 5.

229 Decision establishing (...) Supra nota 5.

230 Decision establishing (...) Supra nota. 5.

231 Decision establishing (...) Supra nota. 5.

del E. de R., que, a su vez, se enmarca dentro de una concepción del derecho penal internacional que supera la tradicional noción de justicia retributiva o punitiva y abarca también el reconocimiento de la participación y las reparaciones de las víctimas[232].

(i) Derecho aplicable

Para efectos de determinar el derecho aplicable de conformidad con lo previsto en las disposiciones 1 (b) y 3 del artículo 21 del E. de R[233], la Sala reconoció que el derecho a la reparación está previsto y desarrollado en varios tratados de derechos humanos y otros instrumentos internacionales[234], así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH][235].

(ii) Principio de dignidad, no discriminación y no estigmatización

De acuerdo con la decisión *sub examine*, todas las víctimas habrán de ser tratadas de manera justa y en igualdad de condiciones en relación con las reparaciones, sin importar si participaron o no en el juicio seguido contra el condenado[236]; deberán tener el mismo acceso a la información y a la asistencia en relación con el proceso de reparaciones[237].

---

232 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 176-178.

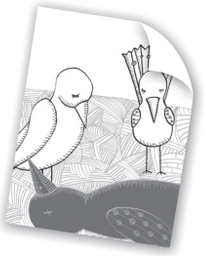
233 Artículo 21. Derecho aplicable. *"1. La Corte aplicará: (…) b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; (…) 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".*

234 Expresa alusión a la Declaración de Principios de Justicia para las Víctimas del Crimen y del Abuso del Poder, las Guías de Justicia en materias relativas los niños víctimas y testigos de crímenes, la declaración de Nairobi, los Principios de Ciudad del Cabo, los principios de París, y las Convenciones Europeas y Americana de Derechos Humanos, entre otros. Ver: Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 185.

235 Corte IDH (1993, Septiembre 10). *Caso Aloeboetoe et al. Vs. Suriname*. Reparaciones y costas. Corte IDH (1989, Julio 21). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Entre otros. Ver: Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 186.

236 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 187.

237 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 188.



Para todos los efectos, la Sala deberá ajustar sus actuaciones en relación con las necesidades de las víctimas, en particular de los niños, ancianos, personas con discapacidad y aquellas que fueron sexualmente violentadas[238]. Se estableció expresamente que las víctimas habrían de ser tratadas con sentido de humanidad y, en la implementación de las medidas, habría de tenerse en cuenta su seguridad física, psicológica y privacidad, conforme con lo establecido por las Reglas 87 y 88 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI[239].

(iii) Beneficiarios de las reparaciones

La Sala señaló que las reparaciones deberían ser otorgadas a todas las víctimas directas e indirectas, incluidos los miembros de las familias de las víctimas directas, todos aquellos que intentaron impedir la comisión de los crímenes y quienes sufrieron daños personales como resultado de los crímenes cometidos bajo consideración de la Sala[240], de conformidad con lo previsto en la Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba[241]. Las reparaciones serán reconocidas a las víctimas sin importar si participaron en el proceso[242].

En este sentido, serán víctimas para efectos de las reparaciones ordenadas los niños reclutados, sus familias, las víctimas de violencia sexual y las organizaciones públicas o privadas que intentaron ayudar a las víctimas o impedir la comisión de los crímenes bajo consideración de la Sala en el presente asunto[243].

Para efectos de determinar quiénes podrían ser considerados "*víctimas indirectas*", la sentencia concluyó que resultaba primordial auscultar el grado de cercanía personal con la víctima directa[244]. Si bien se reconoce que la definición de familia dependerá del contexto socio-cultural, la Corte acepta la presunción según la cual un individuo es sucedido por su esposa(o) y sus hijas (os)[245].

---

238 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 189.

239 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 190.

240 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 194.

241 Regla 85. Definición de víctimas. *"Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios".*

242 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 194.

243 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 194-197.

244 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 195.

245 *Ibídem*.

Según la Sala de Primera Instancia, de conformidad con la citada Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, las reparaciones podrán ser concedidas a personas jurídicas, tales como ONG´s, departamentos y oficinas oficiales, escuelas y hospitales públicos, entre otros[246].

(iv) Accesibilidad y consulta a las víctimas

La Sala de Primera Instancia estableció que los principios y procedimientos aplicados a la reparación deberán incorporar la "*perspectiva de género*" y garantizar que todas las víctimas y comunidades afectadas cuenten con el apoyo adecuado para participar en el proceso de reparación[247]; dicha participación será voluntaria y, en todo caso, estará precedida de programas de información e inclusión de mujeres y miembros de comunidades étnicas con el objetivo de que las medidas a adoptar sean comprensivas y cuenten con "*un verdadero significado reparador*"[248].

(v) Víctimas de violencia sexual y niños víctimas

En dicha decisión se estableció que la formulación e implementación del programa de reparaciones deberá resultar apropiada para atender las necesidades de las víctimas de violencia sexual[249]. En este sentido, la Sala implementará medidas que garanticen el acceso y participación de niñas y mujeres en las reparaciones[250].

De otra parte, dada la edad de las víctimas, se deberán implementar medidas diferenciales que permitan determinar el verdadero impacto en niñas y niños[251]. Las decisiones sobre reparaciones estarán inspiradas en la Convención de los Derechos del Niño, en particular, en el criterio del "*mejor interés del menor*"[252].

En el caso de los "*niños soldados*", las medidas de reparación perseguirán el desarrollo de sus personalidades, talentos, habilidades y desarrollo humano en respeto de sus derechos fundamentales, y, en todo caso, propiciarán el respeto por sus padres, identidad cultural y lengua. A su vez, se desarrollarán programas

246 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 197.

247 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 203-204.

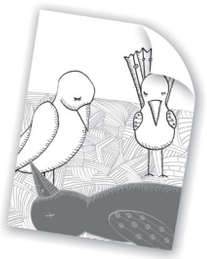
248 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 205.

249 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 207.

250 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 208.

251 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 210.

252 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 211.



de enseñanza a los menores sobre la "*vida responsable*" en una sociedad libre, fundada en los valores del entendimiento, paz, tolerancia y respeto por la igualdad de sexos y amistad entre las gentes[253].

Al respecto, es preciso resaltar que si bien la condena en contra de *Thomas Lubanga Dyilo* únicamente se profiere por el delito de reclutamiento de menores, lo cierto es que la decisión sobre reparaciones expresamente ordena que se implementen medidas sensibles a las necesidades de las víctimas de violencia sexual. En tal sentido, pareciera que la decisión sobre reparaciones en el caso *sub examine* no guarda estricta correspondencia con los daños seguidos del delito por el cual se profirió la condena y, sin lugar a dudas, tiene un alcance mayor en relación con los daños que se repararán.

(vi) Alcance y modalidades de las reparaciones

Con fundamento en la Regla 97.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba[254], la CPI estableció que las reparaciones habrán de ser colectivas e individuales[255], las cuales no se excluyen y deberán ser concurrentes[256], y, en el caso de las últimas, se proveerán sin que ello propicie tensiones o divisiones entre las comunidades[257].

En relación con las modalidades de reparación, la Sala establece que si bien el artículo 75 del Estatuto[258], se refiere a la restitución, compensación y rehabilitación, dicha lista no es excluyente, la Corte podrá desarrollar reparaciones simbólicas, preventivas o transformadoras[259]. Es preciso resaltar que la definición de las distintas formas de reparación se inspira en la jurisprudencia de la Corte IDH[260] y en los *Principios y directrices básicos sobre*

253 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 212 y ss.

254 Regla 97. Valoración de la reparación. *"1. La Corte, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas".*

255 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 217.

256 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 220.

257 *Ibídem*.

258 Artículo 75. Reparación a las víctimas *"1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación (…)".*

259 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 222.

260 Decision establishing (...) Supra nota. 5. Par. 223 a 241.

el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones[261].

(vii) Reparaciones proporcionales y adecuadas, causalidad y estándar de prueba

Según la Sala de Primera instancia, las reparaciones deberán ser apropiadas, adecuadas, oportunas[262] y proporcionales al daño o pérdida sufrida[263]; asimismo, deberán propender por la reconciliación de las víctimas con sus familias y comunidades[264].

En relación con la causalidad, la decisión estableció que si bien en principio únicamente deberán repararse los daños causados como consecuencia del delito de reclutamiento cometido por *Lubanga*[265], lo cierto es que, ni el E. de R., ni las Reglas de Procedimiento y Prueba, ni el derecho internacional en general, definen los requisitos del vínculo causal entre el daño y el crimen cometido[266].

Ante tal escenario, la Sala concluyó que las reparaciones no se limitarán a los daños causados directamente por la conducta criminal ni a sus efectos inmediatos, en tal sentido deberá adoptarse el estándar de la "*causa próxima*"[267]. Para la aplicación de dicho criterio, la Sala utilizará la Regla de "*but/for*" en aras de determinar la relación entre el crimen y el daño sufrido por las víctimas[268].

Finalmente, en relación con el estándar probatorio exigido a las víctimas para que acrediten los supuestos de hecho que dan lugar a sus reclamaciones, la Sala adoptó dos criterios dada la dificultad que normalmente se afronta a la hora de recaudar pruebas que fundamenten una solicitud de reparación[269]. Siempre que la solicitud de reparación se dirija al condenado, se aplicará el

261 Aprobados mediante la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005.

262 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 242.

263 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 243.

264 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 244.

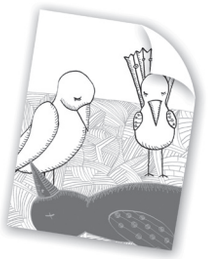
265 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 247.

266 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 248.

267 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 249.

268 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 250.

269 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 252.



estándar "*balance de probabilidades*"[270], mientras que cuando los beneficios surjan del *Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas* [FFBV] se adoptará un estándar probatorio más flexible[271].

Al respecto, pese a las notas de pie de página incluidas en dicho párrafo, la Sala no establece qué debe entenderse por "*balance de probabilidades*", ni en qué consistirá "*el estándar probatorio más flexible*" que se adoptará para efectos de las solicitudes presentadas directamente ante el referido Fondo. Tal indefinición resulta particularmente compleja y grave, si se tiene en cuenta que dichos conceptos son los estándares probatorios adoptados por la Sala para efectos de que las víctimas acrediten los daños y accedan al programa de reparaciones.

Además, no logra dilucidarse la utilidad de la distinción entre los referidos estándares probatorios para solicitudes dirigidas ante el condenado y ante el FFBV, en especial, si se tienen presente que en el caso *sub examine,* todas las propuestas de reparación de las víctimas serán recolectadas por el FFBV, dado que el condenado no tenía bienes con los cuales responder ante las solicitudes de las víctimas, tal como se desarrollará a continuación.

III. Otras recomendaciones de la Sala

En el presente caso, no fueron identificados bienes con los cuales el condenado pudiera reparar a las víctimas; por tal razón, la Sala consideró que éste sólo podía contribuir a las medidas de reparación no monetarias, tales como las disculpas públicas o privadas. Sin embargo, se estableció que las medidas solo resultarán procedentes siempre que sean manifestaciones voluntarias del condenado[272].

En consecuencia, en la decisión *sub examine* se determinó que el FFBV estaría encargado de recoger las propuestas presentadas por las víctimas y presentarlas a la Sala para su aprobación. Dichas propuestas se implementarán en atención al límite de los recursos de dicho programa, el cual deberá integrarse a través de aportes realizados por los Estados, particularmente, la República Democrática del Congo[273].

En relación con las reparaciones colectivas, la Sala acogió el plan de implementación del programa de reparaciones compuesto por 5 etapas[274]. En

270 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 253.

271 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 254.

272 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 269.

273 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 269-278.

274 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 282.

primer lugar, se establecerá cuáles localidades deben resultar beneficiadas por el programa de reparaciones. En segundo lugar, se consultarán a las comunidades en relación con la implementación de las medidas de reparación. Seguidamente, se determinará la magnitud real del daño sufrido por dichas comunidades e individuos por parte de expertos. En cuarto lugar, se desarrollarán debates públicos en cada localidad en aras de explicar en qué consiste el programa de reparaciones, y cuáles son los procedimientos. Y, finalmente, se compilarán las propuestas para las reparaciones colectivas en dichas localidades.

Por último, la Sala conservó competencia para monitorear periódicamente el plan de implementación del programa de reparaciones y su ejecución[275].

D. Conclusiones

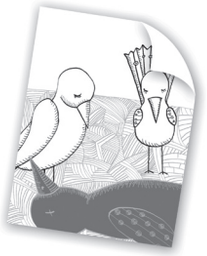
1. Pese a todas las críticas que se han formulado en contra su actuar, la primera sentencia demuestra que la CPI sí funcionó. Si bien las providencias analizadas fueron objeto de recursos de apelación[276], la Sala de Primera Instancia profirió sentencia, y decisiones sobre la pena y las reparaciones, en contra de *Thomas Lubanga Dyilo* por el delito de reclutamiento. En tal sentido, se puede afirmar que tales providencias demuestran que dicho Tribunal si está en capacidad de ejecutar el mandato que le fue concedido por el E. de R.[277].

Sin embargo, esta sentencia se expide tras 9 años de la inauguración de dicho Tribunal, y 8 años de habérsele referido la situación del Congo como consecuencia de una criticable estrategia de investigación de la Fiscalía. Entre otras, las falencias de las metodologías del ente investigador se evidenciaron en aspectos tales como: (i) pese a que hubiere debido imputar y acusar por otros crímenes como la violencia sexual, el desplazamiento forzado y los homicidios,

275 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 289.

276 Artículo 81 del E. De R. Ver: Regla 150 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. *"Con sujeción a la subregla 2, la sentencia condenatoria o absolutoria dictada con arreglo al artículo 74, la pena impuesta con arreglo al artículo 76 o la decisión de otorgar una reparación dictada con arreglo al artículo 75 podrán ser apelados dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el apelante sea notificado del fallo, la pena o la decisión (…)*".

277 En este sentido, ver: Bergsmo, Morten y Wui Ling, Cheah (2012). "Towards Rational Thematic Prosecution and the Challenge of International Sex Crimes". In *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*. Torkpel Opsahl Epublisher. Pag. 1.



entre otros[278], solo se acusó por el delito de reclutamiento forzado; (ii) no haberse adelantado directamente las tareas de investigación y, en su lugar, haberse recurrido a los intermediarios; y, finalmente, (iii) no haber acreditado las circunstancias de agravación punitiva solicitadas.

La acusación limitada al reclutamiento de menores -un delito relativamente fácil de acreditar-, y, en especial, la exclusión de la Violencia Basada en Género [VBG], fueron decisiones que tuvieron influencia en: (*i*) la sentencia principal, por cuanto no fue reconocida; (*ii*) la decisión sobre la pena, por cuanto ésta fue relativamente baja; y, (*iii*) en la decisión sobre reparación, por cuanto acarrea dificultades para incluir las víctimas de VBG en los programas de reparación integral.

En efecto, a pesar de la gran cantidad de VBG en el Congo[279], la decisión sobre el alcance de las reparaciones determinó que serían considerados víctimas "*sólo quienes hubieren sufrido un daño como resultado de los crímenes endilgados al condenado*"[280]. Con tal decisión, se tiene que sólo los niños reclutados y sus familiares son considerados víctimas, directas e indirectas, respectivamente. Sin embargo, aquellos que sufrieron daños como consecuencia del actuar de los niños reclutados, o los menores reclutados de otras regiones distintas a Ituri, o las víctimas de VBG fueron excluidos del grupo de las víctimas directas e indirectas[281].

2. El delito por el cual se profirió la condena no es un crimen menor[282]. En efecto, el reclutamiento forzado constituye un grave delito de guerra tipificado por primera vez en el Estatuto de Roma. Así, pese a la pena de 14 años, la

278 Una opinión contraria es expuesta por Bergsmo, quien sostiene que esta sentencia es un buen ejemplo de imputación temática, en este caso, por el delito de reclutamiento. Ver: Bergsmo, Morten y Wui Ling, Cheah (2012). "Towards Rational Thematic Prosecution and the Challenge of International Sex Crimes". *Op. Cit.* Pag. 1.

279 Ver. Glassborow. Katy (2008). "ICC Investigative Strategy under fire. Excourt employees and activists say problems with investigative procedures at ICC have meant many sexual crimes are overlooked". In *Special Report Sexual Violence in the Democratic Republic of Congo', Institute for War & Peace Reporting*. pp. 8-14. Available from Internet: http://www.ceipaz.org/images/contenido/Sexual%20violence%20in%20the%20Democratic%20Republic%20of%20Congo.pdf Pag. 11.

280 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 14 (iv)

281 Wiersing, Anja (2012). "Lubanga and its Implications for Victims Seeking Reparations at the International Criminal Court". In *Amsterdam Law Forum*. Vol. 4. No 3.

282 Ver: Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (2009). *El delito invisible. Criterios para la investigación del delito del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas/giz-ProFis/Embajada de la República Federal de Alemania.

referida condena representa un buen esfuerzo de la CPI en relación con la persecución y efectiva sanción de tan cruel flagelo.

Además, se comparte la subsunción realizada por la Sala en los elementos objetivos y subjetivos de la conducta de reclutamiento forzado en el marco de conflictos armados no internacionales, conforme al artículo 8 (2) (e) (vii) y de los Elementos de los crímenes del E. de R.

Si bien la Sala estableció que, en ningún caso, la voluntad del menor es una defensa valida del acusado, se considera que en algunas hipótesis, en atención a las particularidades culturales, sociales y personales, el consentimiento del menor si puede servir como defensa del procesado[283].

De otra parte, no se comparte la posición de la Jueza Benito según la cual la violencia sexual podía considerarse dentro del concepto de "*usar niños para participar activamente en las hostilidades*". Al respecto, se considera que la violencia sexual no se tipifica en el elemento objetivo descrito y, en todo caso, en sus diferentes modalidades, configura crímenes independientes.

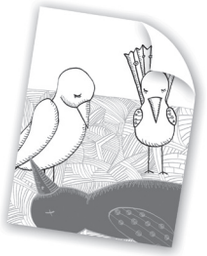
3. Los criterios concernientes a la participación de las víctimas, en particular a quienes a su vez tienen la condición de testigos, adoptados en decisiones previas y reiterados en la sentencia, son un buen ejemplo de "ponderación" entre la necesidad de contar con una prueba contundente en contra del acusado, "el derecho a permanecer en el anonimato" de las víctimas y "el deber de protección" de la CPI frente a tales intervinientes. Recuérdese que la Sala acogió el criterio según el cual "*a mayor extensión e importancia de la participación, mayor será la probabilidad de que la Sala requiera que la víctima se identifique*".

Al respecto, se considera que el verdadero reto o desafío en términos de participación de las víctimas será enfrentado por al CPI en casos posteriores. En este caso, los criterios fueron aplicados a 129 víctimas, sin embargo, por vía de ejemplo, en el caso seguido en contra de *Jean-Pierre Bemba*, se han presentado más de 4000 aplicaciones por parte de las víctimas. Allí se sabrá si los criterios de participación de las víctimas adoptados operan ante casos de masivas solicitudes[284].

---

283 Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga) Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". *Op. Cit.* Pag. 325-326.

284 En este sentido, ver: Catani, Lucia (2012) "Victims at the international criminal court: some lessons learned from the Lubanga Case" In *Journal of International Criminal Justice*. pp. 905-922. Vol. 10, Issue 4. Pag. 905, 917.



4. La construcción del contexto a la luz del cual se valoró el delito por el que finalmente fue condenado *Thomas Lubanga Dyilo,* fue ordenado, sucinto, y documentado. Para tal efecto, se utilizaron los medios probatorios aportados por las partes e intervinientes procesales, conceptos de expertos, y reportes e informes. Dicho contexto resultó de especial importancia en tanto permitió (i) determinar los límites geográficos y temporales del conflicto armado en el cual *Lubanga* incurrió en reclutamiento forzado, (ii) conocer cuáles fueron los motivos y causas socio económicas del surgimiento de dicho conflicto, (iii) acreditar la naturaleza y condiciones relativas a la existencia del conflicto armado, (iv) establecer responsabilidad a *Thomas Lubanga Dyilo*, y, finalmente, (v) acreditar el dolo de segundo grado previsto en el artículo 30 2 (b) del E. de R., es decir, que el condenado era consciente de que el reclutamiento forzado "*se produciría en el curso normal de los acontecimientos*". Al respecto, se resalta que la Sala estableció que el concepto de dolo eventual fue deliberadamente excluido del Estatuto de Roma. En últimas, según la Sala, el artículo 30 del E. de R., sólo contiene dolo directo e indirecto[285].

En atención al contexto construido, se considera coherente la decisión según la cual el conflicto armado, en este caso, era de carácter no internacional[286] . Sin embargo, la definición amplia del conflicto armado acogida en la sentencia puede resultar problemática en tanto abarcaría una serie de situaciones tales como el enfrentamiento entre dos grupos sin control territorial. Dichas situaciones se reputarían conflicto armado y darían lugar a la aplicación de las reglas del DIH, lo cual podría implicar la banalización de la noción de "conflicto armado" y permitiría que se limitara la soberanía del Estado mediante la aplicación de dicha normatividad.

5. Para efectos punitivos, la Sala acoge el modelo de penas individuales por cada crimen (reclutar, enlistar y usar activamente en la hostilidades) y una pena principal establecida en el artículo 78 del E. de R. Por otro lado, la decisión sobre

---

285 Judgement. Supra nota 2. Par. 1011. Al respecto, ver: Werle, Gerard (2012). *"Völkerstrafrect". Op. Cit.* Par. 439-443. Según este autor, la mayor parte de la doctrina sostiene que el Estatuto de Roma sólo admite dolo directo e indirecto. Sin embargo, él abre la posibilidad de que el artículo 30 del E. de R., sea interpretado de manera tal que se entienda que incorpora el dolo eventual.

286 Para una opinión contraria ver: Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil Internationales Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga) Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". *Op. Cit*. Pag. 337.

la pena no explica cuáles criterios de dosificación punitiva se utilizan para fijar a los *quantum* punitivos de cada crimen y la pena conjunta o principal[287].

6. Por primera vez la CPI se pronunció sobre los estándares de reparación y, en especial, sobre la implementación de reparaciones basadas en un caso[288].

La Sala estableció expresamente que las reparaciones serían otorgadas a las víctimas, directas e indirectas, incluidos los familiares de las víctimas directas, aquellos que hubieren intentado prevenir la comisión de uno o varios crímenes por los cuales se condenó, y quienes hubieren sufrido un daño personal como consecuencia de tales conductas, sin importar si participaron o no en el proceso[289]. Para efectos de determinar si las "víctimas indirectas" serán incluidas en el programa de reparaciones, se deberá establecer si existe "*relación personal*" entre la víctima directa y la indirecta[290].

En tal sentido, lo cierto es que la decisión sobre reparación utiliza una definición de víctima más amplia que aquella utilizada en la sentencia y se reducen los estándares de prueba[291]. Ésta decisión se justifica porque el tema de las reparaciones es, en principio, un aspecto de derecho civil y, por lo tanto, no está restringido por el debido proceso del acusado, máxime cuando serán asumidas por el FFBV[292], como ocurre en el presente caso.

En relación con el estándar probatorio de las solicitudes de reparación de las víctimas, la Sala distingue entre "*balance de probabilidades*", aplicable a las solicitudes directas en contra del condenado, y "*el estándar probatorio más*

287 Artículo 78 Imposición de la pena. *"1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77".*

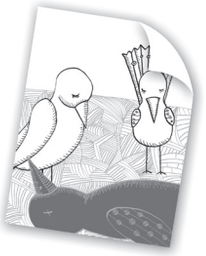
288 Wiersing, Anja (2012). "Lubanga and its Implications for Victims Seeking Reparations at the International Criminal Court". *Op. Cit.* Pag. 29.

289 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 194.

290 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 195.

291 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 251. *"En el juzgamiento, la Fiscalía debió establecer los hechos relevantes de conformidad con el estándar de prueba penal denominado "más allá de toda duda razonable". Dada la diferente naturaleza de este proceso de reparaciones, se aplicará un menor estándar probatorio".*

292 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 261.



flexible", aplicable a las solicitudes dirigidas al FFBV. Sin embargo, la decisión no establece en qué consisten dichos criterios y cuáles son sus diferencias.

Además, no logra dilucidarse la utilidad de la distinción entre los referidos estándares probatorios para solicitudes dirigidas ante el condenado y ante el FFBV, en especial si se tienen presente que, en el caso *sub examine,* todas las propuestas de reparación de las víctimas serán recolectadas por el FFBV dado que el condenado no tenía bienes con los cuales responder ante las solicitudes de las víctimas.

Las víctimas directas e indirectas tendrán derecho a la reparación integral individual o colectiva, así como a medidas de carácter simbólico, preventivo o transformador[293]. La Sala de Primera Instancia estableció como mecanismo de reparación la solicitud de disculpas públicas o privadas por parte del condenado a las víctimas. Se resalta que la Sala señaló que éstas solo resultarán procedentes siempre que sean manifestaciones voluntarias del condenado. Al respecto, se considera que dicha condición favorece el verdadero efecto reparador de tal mecanismo.

Ni en la sentencia, ni en las decisiones sobre la pena se define exacta o aproximadamente cuántos niños fueron reclutados y, en consecuencia, no se sabe cuántas víctimas se repararán. Tal indefinición contrasta con las consideraciones de la Sala relativas a que tal fenómeno fue generalizado y a gran escala, y propicia que la Sala aconseje la aplicación de reparaciones colectivas para efectos de cobijar a aquellos que no han sido identificados[294].

No obstante lo anterior, está claro que la reparación depende del proceso penal: *cuanto más restringido es el criterio de selección de casos, más reducido será el alcance de la reparación de las víctimas*. Por tal razón, la Fiscalía tiene que ponderar de una manera cautelosa la selección de delitos y casos en atención a la viabilidad de conseguir la sentencia[295], en aras de lograr (*i*) la conformación de un gran universo de víctimas para mostrar la realidad del conflicto, (*ii*) la condena de victimarios emblemáticos, y (*iii*) la reparación de una gran cantidad de víctimas.

Tales objetivos devienen primordiales especialmente si se trata de las primeras sentencias –de la CPI en este caso- donde hay una gran expectativa de las víctimas. Sin embargo, con la sentencia en contra *Thomas Lubanga Dyilo* no se alcanzaron tales cometidos y, por lo tanto, no se puede pretender alcanzarlos con la decisión de reparación.

---

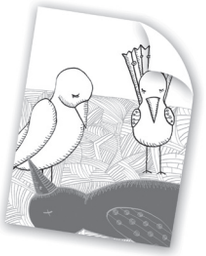
293 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 222.

294 Decision establishing (...) Supra nota 5. Par. 219.

295 Tal como se demostró, la Fiscalía no alcanzó tales objetivos. Tampoco los realizó en el caso seguido contra *Ngudjolo*. Ver: ICC (2012, December 18). *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*. Judgement rendu en application de l'article 74 du Statut. ICC-01/04-02/12. Trial Chamber II.

Dado que justificadamente se exige el nexo causal entre las reparaciones y los delitos por los cuales se condenó, la selección y concentración únicamente en el delito de reclutamiento resulta criticable si se atiende a las dimensiones del conflicto armado construido por la sentencia. En efecto, se corre el riesgo de reparar a las víctimas directas del reclutamiento –quienes tal vez en la zona donde operaban causaron mucho daño en la población y en bienes civiles– y no reparar a las víctimas de dicho daño, lo cual puede resultar injusto y dificultar la aceptación de la decisión jurídica, así como generar frustración de las víctimas de los demás delitos y críticas en relación con la legitimidad del fallo.

Dado lo anterior, sería importante reparar al mismo tiempo tanto a las víctimas directas e indirectas del delito por el cual se condenó, como a las víctimas del actuar de quienes fueron reclutados aplicando –fuera del contexto de la sentencia- otras medidas de la justicia transicional.



Referencias bibliográficas

Ambos, Kai (2012). "Das erste Urteil Internationales Strafgerichtshofs (Prosecutor V. Lubanga). Eine kritische Analyse der Rechtsfragen". In *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_7_684.pdf

Bergsmo, Morten y Wui Ling, Cheah (2012). "Towards Rational Thematic Prosecution and the Challenge of International Sex Crimes". In *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*. Torkpel Opsahl Epublisher.

Catani, Lucia (2012) "Victims at the international criminal court: some lessons learned from the Lubanga Case" In *Journal of International Criminal Justice*. pp. 905-922. Vol. 10, Issue 4.

Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia (2009). *El delito invisible. Criterios para la investigación del delito del reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas/giz-ProFis/Embajada de la República Federal de Alemania.

Cortier, M. (2008). "Part. 2. Jurisdiction, admissibility and applicable law" In Triffterer, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd ed. CH. Beck, Hart, Nomos.

Forer, Andreas. (2012) "Resultados sobre la participación de las víctimas en la justicia transicional y en la justicia permanente. ¿Cómo se puede hacer más eficiente en escenarios de macrocriminalidad?". En Forer, Andreas y López, Claudia (eds.). *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*. pp. 315-393. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

Glassborow. Katy (2008). "ICC Investigative Strategy under fire. Excourt employees and activists say problems with investigative procedures at ICC have meant many sexual crimes are overlooked". In *Special Report Sexual Violence in the Democratic Republic of Congo', Institute for War & Peace Reporting*. pp. 8-14. Available from Internet: http://www.ceipaz.org/images/contenido/Sexual%20violence%20in%20the%20Democratic%20Republic%20of%20Congo.pdf

Werle, Gerard (2012). *"Völkerstrafrect"*. 3 Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.

Wiersing, Anja (2012). "Lubanga and its Implications for Victims Seeking Reparations at the International Criminal Court". In *Amsterdam Law Forum*. Vol. 4. No 3.

Providencias de la Corte Penal Internacional [CPI (ICC[296])]

ICC (2008, July 11). *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008.* ICC-01/04-01/06-1432.

ICC (2012, February 10). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

ICC (2012, March 14). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgement pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

ICC (2012, July 10). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

ICC (2012, August 7). *Prosecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I.

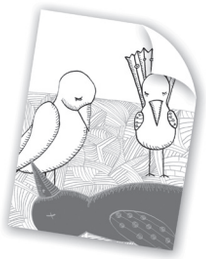
ICC (2012, December 18). *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*. Judgement rendu en application de l'article 74 du Statut. ICC-01/04-02/12. Trial Chamber II.

Jurisprudencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]

Corte IDH (1989, Julio 21). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Entre otros.

Corte IDH (1993, Septiembre 10). *Caso Aloeboetoe et al. Vs. Suriname*. Reparaciones y costas.

296 Sigla del Inglés: *International Criminal Court*.



Jurisprudencia. Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia [TPIY (ICTY[297])]

ICTY (1995, October 5). *Prosecutor v. Tadić*. Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. ("Tadić Interlocutory Appeal Decision").

Jurisprudencia. Corte Especial para Sierra Leona [SCSL[298]]

SCSL (2009, February 25*). Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case)*. Case No. SCSL-04-15-T. Trial Chamber Judgement.

SCSL (2009, April 8) *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao* (Case "RUF). Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber Judgment. Par. 180.

297 Sigla del Inglés: *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*.

298 Sigla del Inglés: *The Special Court for Sierra Leone*.

Primera Jurisprudencia en Violencia Basada en Género [VBG] en la Ley de Justicia y Paz en Colombia

Gloria Bernal Acevedo

Sumario: **A.** Problema jurídico. **B.** Sinopsis fáctica de VBG. **C.** Sinopsis procesal. **D.** Estructura organizativa y contexto. **E.** Adecuación típica de los delitos de VBG. **F.** Intervención de la Procuraduría General de la Nación. **H.** Delitos con doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en el marco del conflicto armado interno colombiano. **I.** Coautoría impropia respecto a la otra víctima. **J.** Aspecto medular de la providencia en análisis. **K.** Impacto de la doble connotación de los crímenes sexuales como crímenes de guerra y/o lesa humanidad. **L.** Conclusión.

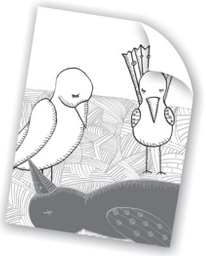
"Lo que tenemos los humanos en común es el repudio a los peores crímenes".

Fernando Savater

Este artículo se enmarca dentro de los conversatorios que el proyecto ProFis-GIZ, realizó en la "*Barra Académica*" de los defensores públicos en la ciudad de Barranquilla[1], con la finalidad de generar espacios de reflexión frente a la judicialización de los delitos de Violencia Basada en Género [VBG] en nuestro país. Inicialmente, el proyecto ProFis hizo énfasis en la necesidad de visibilizar estos delitos en foros, conferencias, textos y conversatorios por varias regiones del país; hoy en día, el proyecto se ha centrado en promover que en el proceso de Justicia y Paz, conforme a los parámetros de la Ley 975 de 2005 y de la Ley 1592 del 2012, se profieran sentencias cualificadas con enfoque diferencial, que reflejen estos delitos como crímenes de guerra y/o lesa humanidad.

En este marco, celebramos la primera decisión judicial proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz, relacionada con delitos de género, en la que se otorga a los delitos de violencia sexual la doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad en el marco del conflicto armado colombiano, y es precisamente éste, el punto central de este artículo.

1 La articulista agradece a la Defensoría del Pueblo el espacio otorgado, y a Ángela Hernández Gómez, asistente de población vulnerable en ProFis, por sus aportes.



Hacemos referencia a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: Léster María González Romero, del primero de diciembre de 2011, contra los postulados *José Rubén Peña Tobón*, *Wilmer Morelo Castro* y *José Manuel Hernández Calderas*.

Lo trascendental de esta decisión está en centrar las bases para darle contenido y, demarcar el sendero en el análisis conceptual de la delimitación de los delitos de violencia sexual como crímenes de guerra y/o de lesa humanidad. Lo anterior no es ajeno al clamor que se hace por la sociedad civil, agencias internacionales, organizaciones no gubernamentales, entre otras, en la que se insiste en la sanción penal de la agresión sexual en el marco del conflicto armado colombiano, y que ha sido expuesto por el proyecto ProFis en los textos *Visibilizar la violencia basada en Género*[2] *y Marco Argumentativo para la VBG en el contexto del conflicto armado colombiano*[3], entre otros, visibles en la página *web*: www.profis.com.co.

Las víctimas de violencia sexual se ven privadas del acceso a la justicia debido, entre otras razones, a la no aplicación de los principios de prueba en casos de violencia sexual consagrados en la Ley 1448 de 2011, artículo 38 (Ley de víctimas), la inclusión del enfoque diferencial de la Ley 1592 de 2012, artículo 5A (Ley que reforma la Ley 975 de 2005), a los prejuicios de los operadores judiciales frente a la credibilidad del testimonio de la víctima, a no realizar entrevistas de manera técnica, al desconocimiento de los protocolos para el abordaje de los delitos de violencia sexual, al no precisar la falta de consentimiento en el marco de un conflicto armado, a desconocer los estándares probatorios, el enfoque diferencial, los procesos de adecuación típica como crímenes internacionales y la atribución de responsabilidad de estos delitos a los comandantes.

Estos factores, entre otros, han sido determinantes para que no se obtengan mayores judicializaciones de estos crímenes, pese a que se cuente con varios de ellos documentados y, algunos incluso, confesados por los postulados.

Insistimos, la mayor revictimización a las personas que fueron objeto de VBG -tanto hombres como mujeres-, se da cuando una vez vencida la barrera de la invisibilización, se ingresa a la inercia del proceso penal. El Estado debe

2 Bernal, Gloria (comp.) (2011). *Visibilizar la Violencia de Género. Sistematización de la experiencia en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

3 Cortés, Edwin y Bernal, Gloria (2012). *Marco Argumentativo para la Violencia Basada en Género [VBG] en el contexto del conflicto armado colombiano*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

promover el acceso a las víctimas al proceso penal así como dar respuesta a ellas cuando se acude a él, y en tal sentido, cuando los operadores judiciales no han realizado imputaciones por estos hechos denunciados, cuando son ínfimas las sentencias, se ingresa a la mayor de las impunidades frente a la cifra negra de la criminalidad que, por las circunstancias en que ocurren los delitos de VBG, es de las más altas.

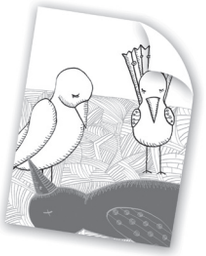
Ahora bien, en escenarios de conflicto la violencia sexual ha sido generalmente utilizada como una práctica de guerra, presupuesto base que se ha establecido en el protocolo para la orientación en delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno de la Defensoría del Pueblo, a tal punto de que se considera "daño colateral", es decir, un daño no intencional o accidental producto de una operación militar; afirmación que en criterio de este protocolo, desmerita el profundo impacto que conlleva tal delito[4].

Otro aspecto relevante a tratar, es la aplicación del derecho penal internacional que se estructura en normas de derecho consuetudinario, convenios y pactos que definen crímenes internacionales y en este aspecto, diferenciar entre: (*i*) crímenes internacionales de Estado frente a (*ii*) los crímenes de interés internacional. Para Gómez López[5], en los primeros el responsable es el Estado, así como sus servidores oficiales y particulares y radica en el incumplimiento del Estado de una obligación internacional; en los segundos, el autor y responsable es una persona natural cuya acción lesiona no solo intereses particulares, sino que ofende o pone en peligro intereses de la comunidad internacional, o crea un riesgo para la seguridad internacional o para el medio ambiente humano. Además, es importante la diferencia entre crimen internacional del delito internacional: Los primeros son violaciones particularmente graves, en tanto que los segundos, son infracciones menos graves. En este orden de ideas, existen muchos hechos respecto de los cuales se presenta interés internacional en su tipificación y juzgamiento, y respecto de los cuales hay acuerdos o convenciones; entre ellos, el terrorismo y secuestro de personas internacionalmente protegidas, la esclavitud, la trata de mujeres y niños, el genocidio, la segregación racional, entre otros.

---

4 Defensoría del Pueblo (2012). *Protocolo para la Orientación Psicojurídica a mujeres, niñas y niños víctimas de violencia sexual en el Marco del Conflicto Armado Interno*. Bogotá: Fondo de Justicia Transicional [FJT]/Programa Promoción de la Convivencia y Programa Fortalecimiento a la justicia [PNUD]. Pág. 21. El capítulo 2 del protocolo desarrolla las *Afectaciones en las víctimas de delitos sexuales* (secuelas físicas, psicológicas, amnesia del evento y secuelas sociales y comunitarias).

5 Gómez López, Jesús Orlando (2001). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley. Pág. 461-464.



Partir de este marco de referencia como crímenes internacionales o de interés internacional, conlleva a dimensionar el derecho penal internacional en su definición tradicional que refiere Kai Ambos[6], como el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (*macrocriminal*) proviene del derecho penal.

Concerniente al caso colombiano, en el Informe de Amnistía Internacional "*Colombia: invisibles ante la justicia*", de octubre de 2012, se afirma que las mujeres son agredidas sexualmente para sembrar el terror en las comunidades y obligarlas a huir de sus tierras. Estas tácticas de violencia sexual se utilizan como forma de venganza contra el enemigo, para controlar los derechos sexuales y reproductivos de las combatientes, o explotar a mujeres y niñas como esclavas sexuales.

Indica el informe de Amnistía Internacional que solicita a Colombia que cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del Estatuto de Roma, y en concreto, su obligación de investigar los actos de violencia sexual relacionada con el conflicto como crímenes de derecho internacional (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) y no como delitos comunes[7]. Y más aún, señala en el aparte de conclusiones y recomendaciones que:

> *"Como Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como en virtud del derecho internacional consuetudinario, Colombia tiene la obligación de investigar los delitos sexuales que podrían equivaler a crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, incluida la violencia sexual relacionada con el conflicto. Si Colombia no está dispuesta o realmente no puede hacerlo, tendrá que intervenir la Corte Penal Internacional"*[8].

En efecto, el 14 de noviembre de 2012 se publica el informe de la Oficina de la Fiscal de la Corte Penal Internacional[9] cuyo examen preliminar se

6 Ambos, Kai (2006). *La parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Editorial Duncker & Humblot/Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Temis. Pág. 34-35.

7 Amnistía Internacional (2012). *Colombia: invisibles ante la justicia. Impunidad por actos de violencia sexual cometidos en el conflicto: informe de seguimiento*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI]. Pág. 21.

8 *Ibídem*, Pág. 35.

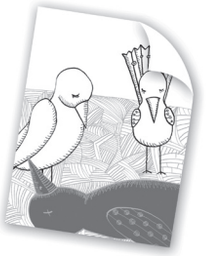
9 CPI (2012, Noviembre 14). *Reporte Interino de la Situación en Colombia. Informe presentado por la Oficina del Fiscal de la CPI*. Disponible en Internet: http://www.fidh.org/IMG/pdf/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf]

centró en (*i*) el seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos relevantes, así como también aspectos jurisdiccionales relacionados con la aparición de nuevos grupos armados ilegales, (*ii*) las actuaciones judiciales con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, (*iii*) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzosos, (*iv*) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y (*v*) los casos de falsos positivos. En la parte conclusiva se advierte que la Fiscal toma nota de las diversas medidas asumidas por las autoridades colombianas hasta la fecha para conseguir justicia para las víctimas de crímenes internacionales, y se indica que se continuará evaluando el progreso de los esfuerzos estatales por garantizar que Colombia procese a todos los que puedan considerarse máximos responsables por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Al respecto, en el Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de enero 7 de 2013[10], la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia sexual en los conflictos visitó Colombia e hizo hincapié en la necesidad de que el Ministerio de Defensa revisara su política de tolerancia cero frente a la violencia sexual, como había recomendado anteriormente la Alta Comisionada. Lo anterior tiene como significado que si no se judicializa la VBG en el marco del conflicto armado colombiano, con sentencias cualificadas en las que se demuestre el contexto de esta violencia enmarcada como crimen de guerra y lesa humanidad, se esta dando un mensaje de impunidad.

De ahí, insistimos en la importancia de determinar si en nuestro país en el marco del conflicto armado interno se presentaron delitos de VBG que puedan ser enmarcados en el Título II del Código de Procedimiento Penal como crímenes de guerra, en el entendido de que se dieron con ocasión y en desarrollo del conflicto armado; o, si también se dieron como crímenes de lesa humanidad, al corresponder a una práctica sistemática y/o generalizada en el actuar de los grupos armados organizados al margen de la ley [GAOML]; o, si se presentaron con doble connotación, como se afirma en la primera sentencia referida a delitos de VBG en Colombia.

10 Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2013). *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/22/17/Add.3 Disponible en Internet: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add3_Spanish.pdf].



A. Problema jurídico

El aspecto jurídico a analizar consiste en determinar si los actos de violencia de género cometidos por los actores armados ilegales al margen de la ley en el conflicto armado colombiano, configuran un escenario de aplicación del Derecho Internacional Humanitario y/o se corresponden con los actos dirigidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Por consiguiente, se deducen tres categorías para el encuadramiento típico como crímenes de guerra; crímenes de lesa humanidad; o como crímenes con doble connotación.

Los nudos problemáticos está relacionados en determinar si dicho ataque siguió un patrón regular que no necesita ser formalizado, tratándose de crímenes de lesa humanidad; diferenciar el concepto de población civil, que es diverso para el contexto del crimen de guerra y el delito de lesa humanidad. Igualmente, aspectos de la flexibilización del concepto de Estado, organización o política de una organización, entre otros.

B. Sinopsis fáctica de VBG

Los hechos respecto a los delitos de género se dieron cuando el 4 de marzo de 2003, con la participación del postulado *José Rubén Peña Tobón,* fueron retenidos por miembros del *Bloque Vencedores de Arauca* de las *Autodefensas Unidas de Colombia* [AUC] los señores Jaider, Teobaldo, Edwin, y Edinsón Martínez, Juan Evangelista Pérez, Jhonny Javier González y Nayith Alfonso Altamar. Posteriormente, las jóvenes Diana Carolina Castilla Zuleta y Luz Mary Reyes –ésta última menor de edad para la fecha del hecho-, compañeras sentimentales de los retenidos Teobaldo y Edinsón Martínez. Son trasladas por orden de *Peña Tobón*, hacia el lugar en el que él se encontraba, ubicado en la vereda Caracol, y, valiéndose del poder en su condición de Comandante militar de una organización armada ilegal, doblegó la voluntad de la menor Luz Mary Reyes Cuadros a fin de sostener relaciones sexuales con él, en tanto que Diana Carolina Castilla Zuleta fue conminada a sostener relaciones de igual naturaleza con alias "Tom", todo como condición para liberar a sus respectivas parejas.

En virtud de las anteriores circunstancias, Diana Carolina Castilla Zuleta y Luz Mary Reyes Cuadros fueron accedidas carnalmente por el postulado *José Rubén Peña Tobón* y por el ex miembro del *Bloque Vencedores de Arauca*

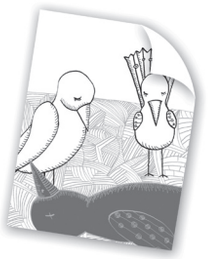
conocido con el alias de *Tom*, no obstante su conocimiento respecto de los homicidios de Teobaldo y Edinsón Martínez, tal como lo confesó *Peña Tobón* en diligencia de versión libre rendida el 27 de marzo de 2008.

C. Sinopsis procesal

La legalización de cargos ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, Magistrada Ponente, Léster Gónzalez Romero, se hizo el doce (12) de agosto de 2011, a *José Rubén Peña Tobón*, *Wilmer Morelo Castro* y *José Manuel Hernández Calderas*. Para estos delitos se legalizó de manera conjunta para todos los postulados, por el período comprendido desde el 20 de marzo de 2003 hasta el 23 de diciembre de 2005.

A José *Rubén Peña Tobón*, se legalizaron 5 hechos por los delitos de: Homicidio en persona protegida (artículo 135 del Código Penal [C.P.]), Desaparición forzada (artículo 165 del C.P.), Deportación, Expulsión o Traslado de población civil (artículo 159 del C.P.), Porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del C.P.), Actos de terrorismo (artículo 144 del C.P.), Acceso Carnal violento en persona protegida (artículo 138 del C.P.) a título de Autor material frente a Luz Mary Reyes Cuadros, agravado por el numeral 4º del artículo 211 del C.P., y a título de Coautor Impropio respecto a Diana Carolina Castilla Zuleta; Secuestro simple agravado (artículos 168, 170-16 del C.P.), Tortura en persona protegida (artículo 137 del C.P.), Homicidio en persona protegida en modalidad de tentado (artículo 135-27 del C.P.), Porte ilegal de armas de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas (artículos 365 y 366-.1-2 del C.P.), Destrucción y apropiación de bienes protegidos (artículo 154 del C.P.), Disparo de arma de fuego contra vehículo (artículo 356 del C.P.), y, entrenamiento para actividades ilícitas, (artículo 341 agravada por el artículo 342 del C.P.).

En lo que respecta a los postulados *José Manuel Hernández Calderas* y *Wilmer Morelo Castro*, se legalizaron cargos por tres (3) hechos; por los delitos de: Homicidio en persona protegida (artículo 135 del C.P.), Secuestro simple agravado (artículos 168 170- 2-16 del C.P.), Deportación, expulsión, traslado de población civil (artículo 159 del C.P.), Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del C.P.), Tortura en persona protegida (artículo 137 del C.P.), Desaparición forzada (artículo 165 del C.P.), Hurto calificado y agravado (artículo 240-1,2 del



C.P.), y, destrucción apropiación de bienes protegidos (artículo 154 del C.P), Todos los delitos corresponden a la Ley 599 de 2000.

La Fiscalía, Procurador Judicial y Defensores de víctimas, en relación con los cargos sometidos a legalización por los delitos de Homicidio en persona protegida, Desplazamiento forzado, Desaparición forzada, Acceso carnal violento, Concierto para delinquir y Tortura, reclamaron ser reconocidos y declarados como crímenes de guerra y de lesa humanidad simultáneamente. Ante esta solicitud, la Sala reiteró los limites conceptuales de esas formas de criminalidad, tal y como se hizo en el Radicado No 2006 81 366 en decisión de diciembre 14 de 2010.

Para la Sala de Conocimiento fue claro que la barbarie a la que se vieron sometidos los habitantes de los municipios en los que operó el *Bloque Vencedores de Arauca*, constituyeron comportamientos que por su gran escalada sobre poblaciones victimizadas, la contundencia, generalidad y gravedad de las violaciones producidas, no solo generaron lesiones a los derechos de las víctimas directas e indirectas de tales acontecimientos, sino que por igual, esos hechos trascendieron en sus efectos ese ámbito particular y privado, para proyectarse a la humanidad o comunidad internacional. En tal sentido, se perpetraron actos inhumanos con los que de manera sistemática y generalizada se afectaron gravemente los derechos inherentes al género humano como la vida, la libertad, la dignidad y la integridad sexual, como los relacionados en este proceso; es por ello que la Sala, conforme con lo estipulado por el artículo 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, declaró que constituyen delitos de Lesa Humanidad.

Respecto a los crímenes de guerra, la Sala también en decisiones anteriores (véase Rad. No.2008-80786 y Rad. No.2006-81366) indicó la existencia de un conflicto armado no internacional en nuestro país. Decisiones en las que se documentó la existencia de esa confrontación interna como un hecho notorio que casi no requiere comprobación, y en cuyo desarrollo se han dado la gran mayoría de comportamientos delictivos verificados en los procesos que se tramitan por la Ley 975 de 2005.

D. Estructura organizativa y contexto

Documentada la existencia de un conflicto armado interno en el territorio colombiano, del que para la fecha de los hechos hacían parte organizaciones subversivas como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia [FARC]

y el Ejército de Liberación Nacional [ELN], y las Autodefensas Unidas de Colombia [AUC], vale destacar desde ya, que los postulados *José Rubén Peña Tobón*, *Wilmer Morelo Castro* y *José Manuel Hernández Calderas* hacían parte de una de las estructuras de esta última organización, como lo fue en su momento el *Bloque Vencedores de Arauca*, y que en esa condición se desmovilizaron y fueron postulados por el Gobierno Nacional para su procesamiento y beneficios según la Ley 975 de 2005.

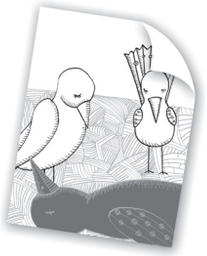
Los delitos que les fueron imputados se dieron durante el desarrollo de situaciones de conflicto, en tanto que en estos existe un hilo conductor que llevó a la Sala a concluir que su comisión se dio precisamente en relación con el conflicto armado interno que vive Colombia, y que por tanto deben ser reconocidos y declarados como delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario o Crímenes de Guerra, de conformidad con lo previsto por el *Título II capítulo Único del Código Penal* (Acceso carnal violento en persona protegida, Homicidio en persona protegida, Tortura en persona protegida, Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil y Destrucción y apropiación de bienes protegidos).

La colegiatura señala expresamente en el proveído, que ninguna duda se ofreció respecto de la comprobación de (*i*) la existencia de un conflicto armado interno en Colombia trabado entre organizaciones subversivas y paramilitares, (*ii*) las que en sus propósitos de expansión, han sometido a la población civil ajena a las hostilidades, a graves sistemáticas y generalizadas violaciones de sus derechos humanos.

Para la Sala también fue claro que el accionar del *Bloque Vencedores de Arauca* se dio dentro del contexto de un conflicto armado imperante en el país, concentrando sus ataques generalizados y sistemáticos en contra de la comunidad ajena al conflicto, lo que resulta fácilmente sustentable si se tiene en cuenta que las 2113 víctimas reportadas del referido bloque paramilitar, pertenecen en su totalidad a la población civil[11], y solo se cuenta con registros de 16 enfrentamientos entre esta estructura armada ilegal y la subversión, a quien señalaba no obstante de ser su enemigo natural.

Con la participación del *Bloque Vencedores de Arauca* se han documentado hasta la fecha 15 masacres, 860 Homicidios selectivos, 6 tentativas de homicidios, la desaparición de 203 personas de las cuales hasta la fecha se han recuperado 4 cadáveres, debido a la política imperante en la organización criminal de

11 En cuanto al género de estas víctimas directas, se tiene que 1029 eran hombres y 560 mujeres.



ocultar el hecho, bien mediante el desmembramiento del cadáver y su posterior sepultura, o arrojándolo a los caños y ríos de la región; el desplazamiento de 418 personas, 210 víctimas de amenazas, 191 víctimas de Extorsiones y Exacciones, 150 hechos de hurtos de ganado, 43 personas lesionadas y 3 delitos de género, de los cuales 2 hacen parte de esta legalización de cargos, y uno se encuentra en proceso de verificación por parte del ente instructor.

E. Adecuación típica de los delitos de VBG

La Fiscalía por este hecho formuló el cargo de Acceso Carnal Violento en persona protegida previsto en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, a título de Autor material frente a Luz Mary Reyes Cuadros, agravado por el numeral 4º del artículo 211 del C.P.,-dada la condición de menor de 14 años de la víctima-, y a título de Coautor Impropio respecto a Diana Carolina Castilla Zuleta; en concurso heterogéneo con Secuestro simple agravado según lo previsto por el artículo 168, 170-16 de la misma normatividad, tipo que adicionó ante esta Sala de Conocimiento, a título de Coautor Impropio.

Al proceso se aportó la diligencia de versión libre del postulado en la que acepta la responsabilidad del hecho; Informes de Policía Judicial números 179, 036, y 109; Dictamen de Medicina Legal y Formatos de Hechos Atribuibles a Grupos Organizados al margen de la Ley diligenciado por las víctimas del hecho.

F. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

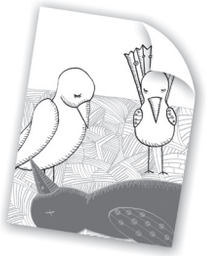
La Procuraduría consideró que, la conducta se inscribe en las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, artículo 138 -Acceso carnal violento en persona protegida-, pero sobre las circunstancias de agravación expuestas por la Fiscalía, frente a los derechos y garantías fundamentales del postulado, a su juicio, no es de recibo la circunstancia descrita en el numeral 4 del artículo 211 del C.P., ya que para la época de los hechos la preceptiva en mención establecía el agravante por razón de la minoría de edad -inferior a los 12 años- y no como ahora se establece en la edad inferior a 14 años, modificación introducida en el ordenamiento vigente por la Ley 1236 de 2008.

Agregó que igualmente la Fiscalía argumentó que los hechos de *Peña Tobón* se enmarcaban dentro de un actuar generalizado y sistemático del grupo al que pertenecía el postulado, circunstancia que no está acreditada con la información y evidencia allegada por parte de la entidad acusadora, y tampoco puede deducirse, pues esta es la única imputación que sobre delitos sexuales ha hecho la Fiscalía y ha sido reconocido por los postulados del bloque; adicionalmente, para la estructuración del delito de lesa humanidad se requiere el establecimiento de un elemento primordial, que es, el conocimiento sobre que el hecho ejecutado hace parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, y hasta el momento no se ha destacado cómo es que un hecho aislado puede inscribirse dentro de un plan sistemático, pues la información con que se cuenta permite concluir que no existe tal plan en cuanto a la comisión de delitos contra la libertad o integridad sexual, pues los postulados y jerarcas de esta organización armada, hoy desmovilizados, han insistido en la prohibición rotunda para ejecutar estos actos como una forma de actuar propia de los grupos armados ilegales, el sometimiento a la pena de muerte a quienes desconocieran esta prohibición cuando los superiores conocían de la infracción a esta "normativa" por parte de sus inferiores, o la imposición de algún castigo. Teniendo en cuenta las circunstancias en que se presentó el ataque sexual, se provoca una conclusión diametralmente diversa a la expuesta por la Fiscalía; y se observa que aquí no se ha distinguido si el ataque fue generalizado o de carácter sistemático.

G. Posición de la Sala de Conocimiento

La Sala conforme con las comprobaciones que acreditan el caso, y teniendo en cuenta que este evento delictivo se dio en el contexto del conflicto armado según lo argumentado por la Fiscalía, LEGALIZA los cargos formulados, aclarando que conforme con lo señalado por el agente del Ministerio Público, no es posible la aplicación de la circunstancia específica de agravación establecida por el artículo 211-4 de la Ley 599 de 2000, no obstante la fecha de los hechos –4 de marzo de 2003-, pues esta viene consagrada para menores de 12 años y la víctima contaba con trece (13) años de edad.

Respecto a lo que tiene que ver con las críticas del señor Procurador cuando argumenta que no se encuentra acreditada la sistematicidad y generalidad sobre delitos sexuales atribuidos a las AUC, las Sala se refiere sobre el punto a



la providencia de diciembre 14 de 2010, radicado No. 2006-81366 proferida en relación con el postulado *Edgar Ignacio Fierro Flores*, en la que se dejó constar que de los delitos de tal naturaleza sucedidos en desarrollo del conflicto armado, en total 210 han sido atribuidos a las AUC.

H. Delitos con doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en el marco del conflicto armado interno colombiano

Para la Sala del Tribunal Superior de Bogotá de Justicia y Paz, los crímenes cometidos en un escenario de conflicto pueden ostentar la doble naturaleza de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como acontece con aquellos que se configuran en un escenario de aplicación del Derecho Internacional Humanitario y se corresponden con los actos dirigidos como parte de una política de ataque generalizado y sistemático contra una población civil. Tal es el caso de los crímenes de naturaleza sexual y del Desplazamiento Forzado, frente a los cuales la Sala realizó un pronunciamiento especial.

Lo primero que indicó la Sala, es que en el marco del conflicto armado interno colombiano se ha logrado establecer la comisión de este tipo de delitos contra la población civil, como parte de la política de ataque generalizado y sistemático dirigido contra ésta, implementado como resultado de la degradación del conflicto armado colombiano (Párr. 9).

Atendiendo a que dos de los cargos que se legalizaron contra el postulado *José Rubén Peña Tobón* son de connotación sexual, y que esta fue la primera providencia en el marco de la Jurisdicción de Justicia y Paz, la Sala entró a pronunciarse sobre la reparación de los mismos. Considera que se debe hacer una alusión especial frente a este tipo de crímenes, pues reconoce la necesidad de su visibilización para combatir la impunidad y cumplir con la obligación de sancionar que hace parte del deber de garantía. En tal sentido, se señala la necesidad de analizar este tipo de delitos desde un enfoque de género, en la medida que se ha reconocido que aunque el conflicto armado interno colombiano afecta tanto a hombres como mujeres, los impactos que éste produce, sobre todo con relación a la comisión de crímenes sexuales, resultan diferentes para estas dos poblaciones.

Se hizo un recuento de las decisiones de la Corte Constitucional y de los Tribunales Internacionales respecto a la forma como estos delitos han sido una

constante en los conflictos armados. Se refiere el Auto 092 de 2008, el Informe de OXFAM "*Violencia sexual en contra de las Mujeres en el contexto del conflicto Armado colombiano*", entre otros.

En el mismo sentido, la Sala presentó a partir de la labor de documentación de crímenes sexuales que ha venido realizando la Fiscalía General de la Nación con ocasión de la Ley 975 de 2005, los siguientes resultados en relación con los grupos desmovilizados paramilitares o de autodefensas. Para julio del año 2010, con relación al período 2000-2009 se documentó la comisión de 163 casos, siendo el 99% de los delitos sexuales registrados "accesos carnales violentos" y el 1% "actos sexuales", de los cuales el 58% de casos contó con la participación de más de un victimario.

Lo segundo que la Sala quiso visibilizar en relación con los crímenes sexuales, es que se tratan de graves infracciones que atentan directamente contra la dignidad de las personas que los padecen y contra el tejido social.

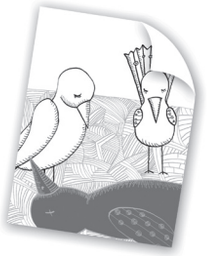
Lo tercero que la Sala destacó, fue la invisibilización que con relación a los crímenes sexuales en el marco del conflicto armado interno colombiano existe, lo cual ha generado un alto margen de impunidad frente a los mismos.

Por estas consideraciones, la Sala de Conocimiento manifestó su preocupación frente a la comisión de crímenes sexuales y sus consecuencias, y reiteró su compromiso a través de los presentes fallos, de aunar esfuerzos para combatir la impunidad en materia de crímenes sexuales, de tal manera que las víctimas y sus comunidades sientan las garantías para denunciarlos y dar lugar así a su reparación y garantía de no repetición. Se hace referencia al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas.

Se indica en el proveído, que al ser de conocimiento de la Sala la responsabilidad dos accesos carnales violentos por parte de uno de los postulados, prestarán especial atención a las reparaciones individuales y de carácter colectivo a las que hubiere lugar, acogiendo las recomendaciones que organismos internacionales han formulado, como la necesidad de mejorar las condiciones que permitan a las mujeres denunciar los crímenes sexuales con seguridad y confianza.

I. Coautoría impropia respecto a la otra víctima

En la legalización de cargos la Sala, para el reconocimiento de la 'coautoría impropia' respecto de la otra víctima, fue bastante importante atender que desde la posición de mando que fungía el postulado, era el llamado a impedir las acciones delictivas y, por qué no, a minimizar los riesgos a que fueron sometidas estas dos víctimas integrantes de la población civil, en el sentido en que fue creado.



La Sala acoge la línea jurisprudencial entre los años 2007 a 2009, de la 'coautoría impropia' en la que se considera que quienes imparten órdenes dentro de estructuras organizativas de poder, tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo, y no de autores mediatos, como lo postula el profesor Claus Roxin. Esta posición se mantuvo en las sentencias de los casos La Gabarra, Yamid Amat y Machuca. El fundamento jurídico de dicha posición estribó en que no existe autoría mediata, porque no se está frente a un "sujeto de atrás"; en tanto que los autores materiales fueron coautores, tienen su voluntad dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia, sin ser "utilizados", sin ser instrumentalizados, y sin engaños. Se trató de un caso de coautoría por división de trabajo, denominado 'coautoría impropia'.

J. Aspecto medular de la providencia en análisis

El centro de la discusión nuclear que resaltamos en esta providencia, hace referencia a determinar si los crímenes sexuales cometidos en el conflicto armado colombiano, pueden ser considerados crímenes de guerra y/o de lesa humanidad.

Frente a esta situación existen dos posiciones, a saber, por un lado quienes sostienen que no pueden ser catalogados como crímenes de guerra porque los hechos de violencia sexual sucedidos no tienen relación con el conflicto armado, ni suceden con ocasión a la pertenencia al grupo armado ilegal, ni tampoco como crímenes de lesa humanidad, toda vez que la violencia sexual no hace parte de una política por estos actores armados ilegales, ni mucho menos indicar que son de manera generalizada, teniendo presente que si se dieron, fueron de manera aislada y castigados con la muerte.

La otra posición sostiene lo contrario, considera que no solo se configuran como crímenes de guerra sino que, además, puede tener la doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad, con el argumento central en el reconocimiento del conflicto armado en nuestro país y que los delitos de violencia sexual perpetrados por actores ilegales paramilitares o subversivos, se dieron durante el desarrollo de situaciones de conflicto interno sometiendo a la población civil. Estas acciones además han sido graves, sistemáticas y generalizadas, por lo tanto se constituyen en delitos de lesa humanidad.

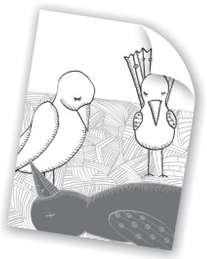
K. Impacto de la doble connotación de los crímenes sexuales como crímenes de guerra y/o lesa humanidad

Al ser esta sentencia la primera en Justicia y Paz referente a delitos de violencia sexual, constituye un precedente importantísimo en el que la discusión se ha desplazado respecto a de si son crímenes de guerra, toda vez que es posible hacer un encuadramiento típico en nuestra legislación penal vigente; respecto a su consideración como crímenes de lesa humanidad, este aspecto no se torna pacífico por los requerimientos de sistematicidad y/o generalidad.

Para abordar este tema, consideramos importante hacer énfasis que los delitos de lesa humanidad son el género que tiene por lo menos dos especies, como lo expresó la Corte Constitucional (Sentencia C-578/02.) al indicar que el catálogo de los crímenes de lesa humanidad se ha ido ampliando, por ejemplo, con el apartheid, la desaparición forzada de personas, la violación y la prostitución forzada. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 13 de mayo de 2010, (masacre de Segovia), indica que: los delitos de lesa humanidad son el género, con por lo menos dos especies, una de ellas es aquella que está contenida en la descripción de tratados internacionales, esto es, la tipificación precisa de conductas; y la otra está conformada por el horizonte amplio de la universalidad de los delitos, de suerte que cualquier delito, así no esté incluido en dichos consensos internacionales, puede pertenecer a tal dimensión. Con fundamento en el Bloque de Constitucionalidad, arriba a la conclusión que se debe predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos internacionales como fuente de derecho, y en tal sentido señala: Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

Refiere esta decisión, el auto del 21 de septiembre de 2009, para resaltar que la Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad,

> *"pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mismo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundamentales del orden social imperante (…) Los asesinatos, torturas, masacres, desapariciones,*



> *desplazamientos forzados, violaciones, y en fin las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas hasta el momento por los desmovilizados (…) no dejan duda que se configuran las características esenciales que delinean los delitos de lesa humanidad".*

El tema neural de este primer pronunciamiento, consiste en darle continuidad a la postura de la Corte Suprema en relación con crímenes de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno colombiano, como parte de la política de ataque generalizado y sistemático dirigido contra ésta, implementado como resultado de la degradación del conflicto armado. Ello teniendo presente que en suma, como ha afirmado Forer y López, mientras que el vocablo *sistematicidad* hace alusión a la naturaleza organizada de los actos delictivos (*elemento cualitativo*), el término *generalidad* se refiere a que el ataque se dirija en contra de una multitud de personas (*elemento cuantitativo*)[12]. La reciente Sentencia en Argentina del 5 de marzo de 2013 respecto a delitos de VBG durante el Terrorismo de Estado, se afirma que

> *"De acuerdo [con el] derecho penal internacional (consuetudinario o convencional) se configura un delito de lesa humanidad cuando se ejecutan hechos delictivos comunes (privación de libertad, torturas, violación, abusos, homicidio, etc.) en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Consecuentemente, perpetrar un solo comportamiento tipificado como delito por el derecho penal común puede constituir un crimen contra la humanidad si se ejecuta en un determinado contexto, es decir, si se ajusta al modelo de la comisión generalizada o sistemática"*[13].

Respecto a los delitos sexuales cometidos en el marco del Terrorismo de Estado, refiere la sentencia argentina de Santiago del Estero, que durante la dictadura militar:

> *"se montó una estructura ilegal, que desarrolló un plan clandestino de represión tendiente a controlar y a eliminar a ciertos grupos que militaban o comulgaban con determinadas ideología política, lo que a esta altura se ha transformado un hecho notorio e indiscutido. Este plan de exterminio se tradujo en una masiva y*

12 Corte Suprema de Justicia (2010). Sala de Casación Penal. Auto de 13 de Mayo del 2010 No. 33118 y Sentencia de 22 de Septiembre del 2009 No. 30380, citado en: Forer, Andreas y López, Claudia (2010). *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Pág. 20 - 21

13 Argentina. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero (2013, Marzo 5). *Veredicto en* la Causa 960/11. *ALIENDRO, Juana Agostina y otros s/ Desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputado Musa Azar y otros*. Causa 960/11. Pág. 8.

> *sistemática violación de derechos humanos, mediante la comisión de los delitos de tormentos, homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tratos degradantes, y también delitos de contenido sexual. En el marco de la mencionada causa 13/84 se presentaron los informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), los que concluyeron que las violaciones sexuales a los detenidos en los centros clandestinos de detención no constituyeron hechos aislados sino que por el contrario, fueron prácticas sistemáticas, ejecutadas en el marco del plan de represión"*[14].

Ahora bien, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad tienen requisitos que los diferencian aunque no son excluyentes, es decir, pueden incluso en una situación fáctica, concurrir tanto como crimen de guerra y de lesa humanidad.

Como afirma P. Parenti, no cualquiera de las conductas descritas expresamente en el Art. 7 del Estatuto de Roma es, *per se*, un crimen contra la humanidad. Para alcanzar esta categoría debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población, y con conocimiento de dicho ataque. Ello es lo que permite diferenciarlos de otras figuras penales. Insiste Parenti en que debe quedar claro que el ataque contra la población civil que menciona el Art. 7 no es la acción típica del crimen contra la humanidad, sino el contexto en el que éste se comete; el crimen se realiza a través de la comisión de alguno de los actos enumerados en los incisos del respectivo articulado[15].

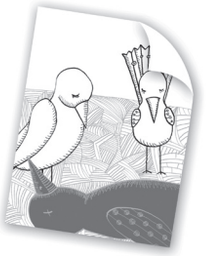
Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos a partir de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales de países como Ruanda y la antigua Yugoslavia, así como de las consideraciones hechas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pese a que cada una de estas instancias ha hecho diversas consideraciones en la materia, todas coinciden con una serie de rasgos a tener en cuenta: las acciones cometidas deben corresponder a un ataque, éste debe ser dirigido contra la población civil, debe tener un carácter generalizado y sistemático, y por último, la comisión de las acciones debe hacerse con conocimiento del riesgo que implica cometer un ataque con ese tipo de características, como ha sido expuesto por Alejandro Valencia en conferencias como consultor del proyecto ProFis[16].

---

14 *Ibídem,* Pág. 10

15 Parenti, Pablo *et al*. (2007). *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Derecho Internacional.* Buenos Aires: Ad Hoc. Pág. 37.

16 Valencia, Alejandro (2011). "Los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad en Colombia: Una mirada desde una dimensión de Género". En Bernal, G. (comp.). *Visibilizar la violencia basada en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto. Pág. 86 – 88.



En materia de violencia sexual, el Estatuto de Roma, Artículo 7º, Numeral 1, literal g, reconoce como crímenes de lesa humanidad la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y conocimiento de dicho ataque[17]. Son crímenes que ofenden a la humanidad, hieren la conciencia colectiva del ser humano y, por tanto, a la comunidad internacional. Son crímenes atroces que no pueden quedar en la impunidad, delitos en eventos de violencia sexual, que son invisibilizados y no confesados por los actores armados ilegales.

Por su parte, los crímenes de guerra violan las costumbres y convenios de la guerra de los conflictos internacionales o internos, reglas consagradas en los Convenios de la Haya de 1907, y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 con sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Estas reglamentaciones incluyen las violaciones graves cometidas en hostilidades bélicas, la prohibición de ciertas armas, a más de la protección de la población civil que no participa en las hostilidades.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 8 enuncia las formas de crímenes de guerra condicionando su tipicidad, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes; distingue así mismo entre crímenes de guerra en conflicto armado internacional y los originados en un conflicto armado interno, además, relaciona los crímenes asociados a violencia sexual que corresponden a los 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 también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

Existen similitudes frente a los actos de violencia sexual que se cometen tanto en los crímenes de guerra como en los de lesa humanidad, pero diferencias sustanciales en cuanto al contexto y a las condiciones en las que se desarrollan.

La distinción entre un mismo acto constitutivo de crimen de guerra o de crimen contra la humanidad no está ya en el carácter del sujeto pasivo -si es civil o combatiente- , sino en que los crímenes contra la humanidad se pueden dar tanto en tiempos de paz como de conflicto armado, pero siempre tienen que darse en el marco de un "ataque" sistemático o generalizado. Por

17 Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1998, Julio 17) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Documento. A/CONF.183/917.

el contrario, un crimen de guerra puede ser puntual y aislado sin ser parte de un "ataque" propiamente dicho (con todos los elementos específicos que este término conlleva), aunque debe ser parte de un "plan" o "política", o de una comisión en gran escala de este tipo de crímenes[18].

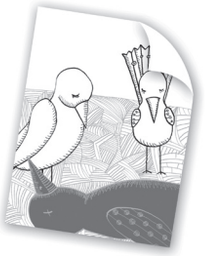
Para el ordenamiento jurídico colombiano existen algunas limitaciones en cuanto a su aplicabilidad, dado que no existe una estructura penal general que logre consolidar las especificaciones sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Pese a que el Código penal colombiano – Ley 599 de 2000 –, a través del Título II de la parte especial "Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario", hace una referencia explícita a los crímenes de guerra, no hay especificidad alguna en el ordenamiento legal colombiano para el tratamiento de los crímenes de lesa humanidad.

Lo anterior plantea un gran reto para los magistrados en el Proceso de Justicia y Paz, debido a que el Código Penal no cuenta con las suficientes herramientas para abordar los delitos que tienen una doble connotación sobre estos crímenes. No obstante, no debe desconocerse que el Estatuto de Roma fue ratificado mediante la Ley 742 de 2002, y así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha hecho pronunciamientos importantes para argumentar el fundamento legal de los crímenes de lesa humanidad.

El proceso contra *Gian Carlo Gutiérrez Suárez*, desmovilizado del *Bloque Calima* de las AUC, la Corte Suprema de Justicia argumentó que los crímenes de lesa humanidad están amparados por el orden constitucional y legal por varias razones:

En el primer orden, la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad. Así, el artículo 11 dispone que "*[E]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*"; por su parte, el artículo 12 establece que "*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*"; el artículo 13 recoge el principio fundamental de igualdad, que para el efecto prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; el artículo 17 en cuanto prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

18 Barbero, Natalia (2011). "Crímenes de Lesa Humanidad. Especial referencia a las Agresiones Sexuales". En Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. Memorias del Tercer Seminario Internacional sobre los Desafíos en la Judicialización de Crímenes de Violencia Sexual Basado en Género. *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia* - Edición No. 3. Pág. 23.



Simultáneamente y en forma complementaria, en virtud de la teoría del Bloque de Constitucionalidad, derivada del artículo 93 de la Carta Política, que consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, resulta indiscutible la fuerza vinculante de la República de Colombia al conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad.

> *"(…) la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración –artículo 93 de la Carta Política- debe acudirse a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas".*[19]

Como se puede observar, los crímenes de lesa humanidad están amparados por los derechos contenidos en la Constitución Política de 1991, y por el Bloque de Constitucionalidad que se deriva de la Ratificación del Estatuto de Roma en 2002. Pese a no existir especificidad para su tratamiento, tal como sucede con los crímenes de guerra, no constituye impedimento para hacerlo dentro de los procesos de Justicia y Paz, y de ahí que casos como el de *José Rubén Peña Tobón* y los demás postulados del *Bloque Vencedores de Arauca* mencionados en la sentencia, puedan ser condenados por estos dos crímenes de envergadura internacional.

También es importante enunciar la imprescriptibilidad de los crímenes de connotación internacional, que involucran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. De acuerdo con el Artículo 83 del Código Penal Colombiano, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte; con respecto a los casos que tienen implicaciones internacionales, tales como el desplazamiento forzado, la tortura, el genocidio y la desaparición forzada, el inciso primero del mismo artículo fija un límite de treinta años[20].

---

19 Corte Suprema de Justicia (2009, septiembre 21) Auto de 21 de septiembre de 2009. Radicado 32022. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Pág. 199-208.

20 De acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo, cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Estas disposiciones deben armonizarse con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391, del 26 de noviembre de 1968. De acuerdo con el Artículo 4º de la Convención:

> *"Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida"*[21].

A pesar de no haber una definición explicita en el ordenamiento jurídico interno, no se debe desconocer el marco interpretativo que ofrece el Bloque de Constitucionalidad para su entendimiento, en la medida en que no hay necesidad de recurrir a una enunciación explícita, para hacer cumplir las consideraciones constitucionales en materia del derecho internacional, que como bien se expuso anteriormente, están contenidas en el Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

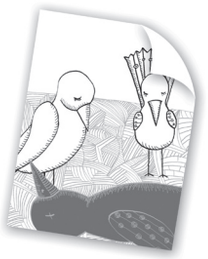
Ahora bien, ¿cómo entender el fenómeno a la luz del proceso de Justicia y Paz, donde hay un sinnúmero de hechos que potencialmente podrían catalogarse como crímenes de guerra y de lesa humanidad y que podrían estar sujetos al fenómeno de la prescripción de la acción penal?

Uno de los pronunciamientos más importantes en la materia se ha hecho durante el proceso adelantado por Aramis Machado, alias El Iguano, perteneciente al frente *Fronteras del Bloque Catatumbo* de las AUC. De acuerdo con las consideraciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que el escenario de justicia transicional bajo el cual se enmarca el proceso de Justicia y Paz, es excepcional, y por ende, aspira a dar una respuesta no solo a los problemas de violaciones sistemáticas o generalizadas a los Derechos Humanos, sino a todos los demás delitos cometidos como consecuencia del accionar de grupos armados organizados al margen de la ley[22].

---

21 Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1968, Noviembre 26). *Resolución No. 2391 (XXIII) - Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. Asamblea General de las Naciones Unidas.

22 Corte Suprema de Justicia (2012, Diciembre 6). Segunda Instancia Rad. No. 37048. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz. Pág. 18



De igual manera, y tomando como referencia anteriores pronunciamientos de la Corte al respecto (a través del Auto del 28 de mayo de 2008 Rad. 295609), se establece que cuando se acepta un cargo, y cuando un desmovilizado se postula al proceso de Justicia y Paz, implícitamente se renuncia a la prescripción de las acciones penales, independientemente de si los delitos tienen o no un carácter de crímenes internacionales[23].

Así entonces, se reconoce que la imprescriptibilidad de los crímenes de connotación internacional tienen una doble garantía para su argumentación: el Bloque de Constitucionalidad y la excepcionalidad inherente al proceso de la Ley de Justicia y Paz. De igual manera, las acciones adelantadas por el Congreso de la República frente a la reglamentación y la claridad en el tema ya se han ido gestionando (especialmente para aquellos hechos de violencia sexual), pese a que actualmente no existe un marco normativo regulatorio explícito en el tema.

Para el caso de las acciones que involucran VBG y en particular aquella dada por la violencia sexual, la aclaración frente a la imprescriptibilidad es sumamente relevante, en la medida en que las mujeres enfrentan barreras sustantivas de acceso a la justicia que impiden que estas puedan ejercer efectivamente sus derechos[24].

Por último, se destaca la importancia sobre las consideraciones en materia de tratamiento a las víctimas de violencia sexual. En tal sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "*Convención Belém Do Pará*", señala la importancia del deber estatal para el establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos, necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia, tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces[25].

La sentencia en estudio hace referencia explícita a este punto, y reconoce que las medidas de rehabilitación sobre las víctimas de delitos sexuales, dada la naturaleza del delito y la afectación psicológica que se presume, se harán de forma más detallada, con una serie de valoraciones que les permita referirse al establecimiento de qué tipos de daños persisten y el tratamiento pertinente

23 *Ibídem*, Pág. 20.

24 Corporación Sisma Mujer (2011). *Crímenes de Lesa Humanidad, Violencia Sexual y Justicia de Género en Colombia*. Bogotá: Corporación Sisma Mujer. Pág. 94

25 Organización de los Estados Americanos [OEA] (1994, Junio 9) *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"*, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil. Asamblea General de la OEA.

para superar los mismos[26]. Lo expuesto por la Sala de Justicia y Paz reviste gran jerarquía, no solo porque señalan la necesidad de resarcir a las víctimas, sino también, porque señalan la necesidad de establecer esquemas especializados para su tratamiento.

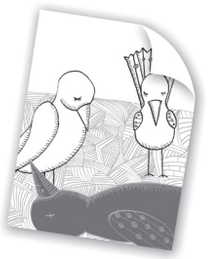
De la misma manera, se hace necesario articular el trabajo adelantando en materia de documentación sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes sexuales, con las medidas de satisfacción, ya que al hablar de crímenes que tienen un impacto desproporcionado hacía las víctimas, deben establecerse acciones encaminadas a la búsqueda de justicia y verdad. De acuerdo con las consideraciones hechas por la Sala sobre la necesidad de hacer una debida documentación en casos de violencia sexual, se reconoce el trabajo realizado por el Centro de Memoria Histórica (conocido anteriormente como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación [CNRR]), quien desde hace varios años ha venido haciendo importantes seguimientos a la dinámica bélicas y a los impactos que se han tenido sobre las mujeres.

También se hace referencia al deber de los defensores públicos de hacer una debida representación de éstas víctimas, dado que en el trabajo evidenciado por la Sala y por la sentencia en mención, la representación legal de las víctimas de violencia sexual no había logrado dimensionar la importancia que implica llevar este tipo de casos. Fue un llamado para evitar la revictimización de las mujeres en materia de defensa de sus derechos que tienen como víctimas dentro del proceso de Justicia y Paz.

L. Conclusión

En el ámbito de la criminalidad transnacional, se requiere diferenciar los elementos constitutivos para configurar un crimen de guerra y uno de lesa humanidad y así evitar que se *mute* o *transforme* como lo señala la doctora Sandra Ramírez, a los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, en virtud de constituirse los dos mencionados hechos globales en circunstancias externas a la intención del autor, y no requerir de un elemento de intención en su creación como se trata de la violencia organizada en el crimen de genocidio o en el carácter ordenado

26 Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Agosto 12). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster González Romero. Postulados: José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas. Rad No. 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. Pág. 96.



del crimen de agresión, como lo fue expuesto en la ponencia Narcotráfico y Crímenes de Lesa Humanidad[27].

El punto nuclear entonces es determinar a los efectos del Estatuto de Roma, entender por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos delictivos (entre ellos violencia sexual) cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque, estos son los elementos de la mencionada circunstancia de contexto que hay que determinar para la imputación como crímenes internacionales. Y en punto de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado y que el delito se dio con ocasión y en desarrollo del mismo.

En tal sentido, respecto a la VBG y en particular la violencia sexual con doble connotación, no requiere un elemento intencional de análisis como si lo requiere el genocidio y el crimen de agresión, sino un contexto del accionar delictivo y en particular, un contexto de la VBG. Si se parte de dicho contexto, en el marco del conflicto armado colombiano no solo fue un accionar de los grupos armados ilegales tanto paramilitares como subversión como un arma de guerra, sino que también, se realizó una práctica generalizada de la misma que de facto constituyó una política sistemática de dichos actores.

En todo caso, estas categorizaciones dependerán de las situaciones fácticas en que ocurrieron los delitos de VBG, pues en tal sentido puede que se dé como crimen de guerra, como crimen de lesa humanidad o de doble connotación.

La anterior afirmación se soporta en el estudio de casos de violencia sexual en lo que se ha podido afirmar fundamentada dicha afirmación en las denuncias de las víctimas, en los hechos documentados que hasta la fecha se han dado 1052 por parte de la Unidad Nacional de Justicia y Paz tanto del paramilitarismo como de la subversión, que las conductas delictivas de violencia sexual han recaído *en varias víctimas, por varios victimarios y en concurso con otros delitos*. Es decir, no se trata de hechos realizados de manera aislada, sin conocimiento de los superiores jerárquicos, porque muchos de ellos también los perpetraron, sino que además se realizaron en presencia de otras personas en un porcentaje mayor ante familiares de las víctimas, ante menores de edad y/o frente a otros integrantes de los grupos armados ilegales. Estos delitos fueron perpetrados en todos y cada uno de los frentes, bloques, constituyéndose patrones de VBG frente a la finalidad de los hechos, con el fin de castigar, lograr el desplazamiento

27 Ramírez, Sandra (2012). *Narcotráfico y Crímenes de Lesa Humanidad* [Ponencia]. Segundo Concurso de Reglas de Procedimiento y Prueba ante la Corte penal Internacional: Fase Nacional. Bogotá. Marzo de 2012.

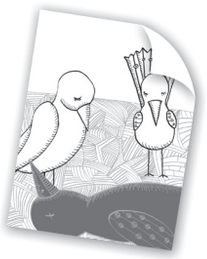
forzado, como estrategia bélica, como tortura, como mecanismo de control social, entre muchos otros.

En esta primera sentencia de Justicia y Paz referente a los delitos de violencia basada en género, se resaltan los patrones relacionados con crímenes sexuales por parte de la Corte Constitucional de Colombia: los actos de violencia sexual cometidos como parte de operaciones violentas de mayor envergadura; actos deliberados de violencia sexual por los miembros de todos los grupos armados, como parte de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población; violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; violencia sexual reiterada y sistemática contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley; sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles, a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos con el propósito de tener placer sexual, por parte de los miembros de los grupos armados; actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los GAOML; violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas, o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de su familia, como retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades; prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los GAOML; amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes[28].

En consonancia con ello, la Sala de conocimiento afirma que la alta frecuencia con la que los crímenes sexuales se cometen en el conflicto armado interno colombiano está también demostrada, y corroborada la generalidad y sistematicidad manifestada por la Corte Constitucional, toda vez que los patrones por ésta presentados se corresponden con estadísticas obtenidas por organizaciones como *Oxfam*[29] y por datos suministrados por la Fiscalía General de la Nación. En este apartado es relevante recordar de igual manera, las

28 Corte Constitucional (2008, Abril 14) Auto 092. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinoza.

29 OXFAM (2010). *Primera encuesta de prevalencia - Violencia Sexual en Contra de las Mujeres en el Contexto del Conflicto Armado Colombiano*, Colombia 2001 – 2009. Disponible en Internet: http://www.intermonoxfam.org/sites/default/files/documentos/files/101206_Primera_Encuesta_de_Prevalencia.pdf.



finalidades de la VBG establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que señaló que la violencia contra las mujeres es utilizada como estrategia de guerra e identificó cuatro principales manifestaciones de violencia para "lesionar al enemigo", para causar desplazamiento forzado, la violencia sexual que acompaña el reclutamiento forzado y las pautas de control social[30].

En este contexto de VBG, nos unimos a la afirmación de Amnistía Internacional que destaca cómo muy pocos de los autores de crímenes de violencia sexual cometidos durante los 45 años del conflicto armado, han comparecido ante la justicia; impunidad que intensifica el sufrimiento de las víctimas y las expone a otros abusos[31] y, es por ello, que se hace una invitación a dar continuidad a la revisión de la jurisprudencia nacional en materia de delitos de género.

Es así como la segunda providencia que se profirió en contra del postulado Édgar Ignacio Fierro Flores[32] también insiste en esta doble connotación frente a los delitos de violencia sexual, y además, determinar responsabilidad penal a título de autor mediato del delito de acceso carnal violento en persona protegida, en concurso homogéneo sucesivo, porque como comandante del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC no ejerció controles debidos frente a sus subalternos para evitar este tipo de comportamientos, y se insiste en la mayor punibilidad por el sometimiento de la víctima puesta en condiciones de indefensión, máxime cuando en la conducta incide el propósito de castigo y humillación por el no pago de las exacciones que el grupo armado organizado al margen de la ley exigía.

El proveído permite deducir cómo a pesar de que se ordenara la ejecución del autor material de la violencia sexual, no se desfigura la responsabilidad penal y la adecuación típica de configurarse un Acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138 del C.P.).

---

30 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Seguimiento al informe – *Las Mujeres Frente a la Violencia y Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia del 18 de octubre de 2006* – 30 diciembre 2009, Capítulo V.

31 Amnistía Internacional (2011) *"Eso es lo que nosotras exigimos. Que se haga justicia". Impunidad por Actos de Violencia Sexual Cometidos contra Mujeres en el Conflicto Armado de Colombia".* Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

32 Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Diciembre 7). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster María González Romero. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores Radicación: 110016000253-200681366.

Es de destacar que esta segunda sentencia relacionada con VBG, coadyuva la categoría de doble connotación al considerar la Sala de Conocimiento que las actuaciones como las que se conocieron, es decir homicidio, tortura y acceso carnal violento en personas protegidas, actos de terrorismo, desplazamiento forzado de población civil y la exacción o contribuciones arbitrarias, reclutamiento ilegal, entre otras, son graves infracciones a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario [DIH] y fueron cometidas por miembros de las AUC.

Los crímenes que se conocieron correspondieron además con crímenes de lesa humanidad, toda vez que se presentó un contexto de ataque generalizado y sistemático contra la población civil, y que corresponde a patrones de conducta corroboradas por el contexto de ataque –generalizado y sistemático– perpetrado por parte del *Bloque Norte* de manera unilateral, es decir, se dirigía en contra de quienes ni ofrecían combate, ni se encontraban en las condiciones para oponer resistencia, lo que constituye una grave afrenta contra la humanidad.

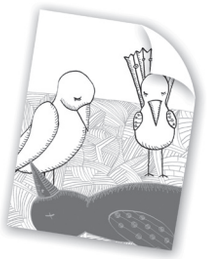
La tercera y cuarta providencia a referir en delitos de VBG, hacen un requerimiento a la Fiscalía General de la Nación para adelantar investigaciones de delitos de esta naturaleza con una perspectiva de género, y en el marco de los principios de la prueba en casos de violencia sexual y su dinámica probatoria.

Así, se encuentra que en la condena al postulado *Fredy Rendón Herrera* (alias "El Alemán") del *Bloque Élmer Cárdenas* de las AUC, proferida el 16 de diciembre de 2011[33], y hace referencia a un hecho frente a una mujer reclutada a 16 años que el comandante la obligó a tener relaciones sexuales con él. Se atribuye responsabilidad penal a alias "El Alemán" por autoría mediata *(el hombre de atrás, o el que mueve los hilos)* quien dominaba su bloque y frentes, trazó directrices, utilizó a quienes fungieron como patrulleros y/o autores materiales. En la providencia se ordena a la Fiscalía a documentar los hechos relacionados con delitos de violencia sexual, matrimonios forzados, tratos crueles e inhumanos tales como lesiones personales por esfuerzos físicos desproporcionados y tortura, entre otros.

Así mismo, en la providencia del 30 de julio de 2012 contra el postulado *Edison Giraldo Paniagua*, alias "El pitufo"[34] desmovilizado del *Bloque Héroes de Tolová* y ex militante del *Bloque Metro*, *Cacique Nutibara* y *Héroes de Granada*, en

33 Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Diciembre 16). Sala de Justicia y Paz de Bogotá. Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Freddy Rendón Herrera. Radicación: 110016000253200782701.

34 Tribunal Superior del Distrito Judicial (2012, Julio 30). Sala de Justicia y Paz de Bogotá. Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Edison Giraldo Paniagua. Radicación: 110016000253200682222.



ella, de los cargos legalizados pese a que sólo se presentó un caso de desaparición forzada, el de Alba Lucy Alzate Ceballos, este no fue analizado de manera aislada y pese a que no se imputaron ni formularon cargos por la comisión de delitos sexuales, no significa que el postulado y los demás partícipes en los punibles de desaparición y homicidio en persona protegida no los hubiese cometido, puesto que la evidencia aportada por la Fiscalía en el trámite del proceso, así lo indican. En ese sentido, la diligencia de inspección judicial No 325, practicada el 16 de julio de 2008 en la vereda La Perdida, municipio de Valencia, Departamento de Córdoba, al cadáver de Alba Lucy Alzate Ceballos, tiene como anotación que "*la ropa interior de la víctima se encontraba superpuesta, los interiores presentaban corte lateral y sobre vagina, mientras que el brassier tenía corte frontal*" (citado en el párr. 148 de la sentencia).

La afirmación que hace Sala con respecto al tema de la ocurrencia de la agresión sexual se fundamenta en la prueba técnica realizada que evidencia la forma como fue encontrada su ropa interior "cortada y sobrepuesta", hecho indicativo de manipulación sexual. Además, se indica en la providencia que este tipo de conductas no eran ajenas al accionar de los grupos de autodefensas que operaban en el territorio colombiano como se documentó en las distintas audiencias de legalización de cargos[35]. Por dichos motivos se exhorta a la Fiscalía para que documente el hecho y si lo considera jurídicamente viable, lo impute al postulado *Edison Giraldo Paniagua* y a quienes con él participaron en él en la comisión del delito.

Si bien es cierto que existen estas cuatro sentencias de relevancia al considerar los delitos sexuales como crímenes de guerra y/o lesa humanidad, además de atribuir responsabilidad en el primero de los casos como coautor impropio, en el segundo, como autor mediato y, en la tercera y cuarta sentencia de VBG en Justicia y Paz, se exhorta para que se investigue estos delitos; para el proyecto ProFis no deja de ser una inquietud la ínfima judicialización de los delitos de VBG y el escaso número casos procesados en las sentencias.

Esta preocupación parte de tener presente las posibilidades jurídicas que ofrece la Ley 975 de 2005, con su reforma realizada por la Ley 1592 de 2012 que en materia de VBG establece el enfoque diferencial para la definición de una *nueva lógica de investigación* enmarcada en los criterios de priorización, y en el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los GAOML para develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, siguiendo los criterios de priorización que determinó el Fiscal General de la Nación en su Directiva 001 del 4 de octubre

35 Se hace referencia en este punto a las dos sentencias del *Bloque Vencedores de Arauca* respecto a los delitos sexuales.

de 2012, dirigida a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los GAOML, develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. De igual manera, ver la posibilidad de impartirse sentencias anticipadas en VBG, conforme lo establece la reforma a la Ley de Justicia y Paz.

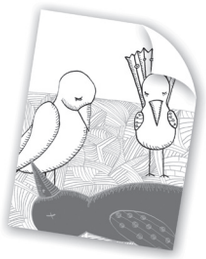
El reto para la Judicatura está en dar respuesta a la judicialización de los delitos de VBG con sentencias cualificadas en las que se incorpore las categorías de crímenes de guerra y/o lesa humanidad y, a la Fiscalía General de la Nación, realizar investigaciones e imputaciones que tengan un contexto de género en el accionar de los actores armados ilegales que permita inferir que estos delitos, se dieron durante el desarrollo de situaciones de conflicto interno colombiano, pudiendo, además, darse en un contexto de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil.

Sería consecuente propiciar la efectiva estrategia para dar paso a las recomendaciones que en su último informe hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, de fortalecer el trabajo de las instituciones llamadas a desempeñar un rol en la implementación de la Ley de Justicia y Paz, especialmente las unidades de la Fiscalía General de la Nación que ejercen un rol esencial de investigación, en términos de apoyo logístico y seguridad, a fin de garantizar el esclarecimiento judicial de los crímenes perpetrados contra las víctimas del conflicto, además de designar fiscales de Justicia y Paz capacitados en delitos sexuales (o que involucren a niños y niñas).

No resta más que reiterar en primer lugar que, la mayor revictimización a las personas que fueron objeto de VBG -tanto hombres como mujeres, se da cuando una vez vencida la barrera de la invisibilización, por la inercia del proceso penal cuando los operadores judiciales no han realizado imputaciones por estos hechos denunciados, y, en segundo lugar, porque si lo hacen, son pocos los casos en los que se han radicado formulación de cargos e ínfimas las sentencias.

Nuevamente, es importante unirse al clamor de la Representante Especial del Secretariado de las Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en los conflictos armados, bajo el entendido de que "*la violencia sexual en el marco del conflicto no es algo inevitable, es y debe ser evitable (…) por eso, uno de los grandes retos que hay en el país es la superación de la impunidad, el establecimiento de la responsabilidad política frente a este crimen y la implementación de la gran mayoría del medidas que hay en pie (…)*", puntualizó la Representante[36], sin dejar de lado el Informe

36 Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (2012). *La violencia sexual en el marco del conflicto no es algo inevitable, es y debe ser evitable*. Disponible en Internet: http://www.colectivodeabogados.org/La-violencia-sexual-en-el-marco]



Mundial sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos de mayo de 2011[37], en el cual se indica que Colombia tiene graves problemas respecto a la lentitud de los procesos judiciales, la impunidad y la corrupción, entre otros; ni el Informe de Amnistía Internacional "Colombia: invisibles ante la justicia", referenciado en la parte introductoria de este artículo, que resulta inquietante si le sumamos la advertencia en el Informe Preliminar de la Corte Penal Internacional y al Informe de marzo del 2012 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[38], dando seguimiento a las recomendaciones efectuadas en el primer informe publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 7 de marzo de 2006, en el que se analizan los obstáculos que enfrentan defensoras y defensores de derechos humanos en la región, y resalta la independencia e imparcialidad de los operadores judiciales como garantía de acceso a la justicia, entre otros.

Por último, tener presente la advertencia que se hace en el Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de enero 7 de 2013 respecto a la política de tolerancia cero frente a la violencia sexual.

En tal sentido, se reitera que la mayor de las revictimizaciones a los hombres y mujeres que han sido víctimas de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, es que sus denuncias se queden en los anaqueles de los despachos judiciales; o que se judicialicen de manera aislada, sin tener presente el contexto en que sucedieron; o que no se profieran sentencias cualificadas en las que se pongan de presente, que son crímenes de guerra y/o de lesa humanidad. Quizás, éste sea el mayor resultado del impacto de la primera sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz en su postura en cuanto que los delitos de violencia sexual tienen una doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en el marco del conflicto armado colombiano. Posición que fue coadyuvada en la segunda sentencia emitida por el mismo Tribunal contra el postulado *Édgar Ignacio Fierro Flórez* (alias "Don Antonio") a título de autor mediato del delito de acceso carnal violento en persona protegida en concurso homogéneo y sucesivo.

---

37 Departamento de Estado de Estados Unidos (2011). *Informe Mundial sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos*. Disponible en Internet: http://www.state.gov/r/pa/ei/rls/dos/221.htm]

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Informe de seguimiento a las recomendaciones efectuadas en el primer informe publicado por la CIDH el 7 de marzo de 2006 sobre la situación de Colombia.* Disponible en Internet: http://justiciaporcolombia.org/node/388]

Referencias bibliográficas

Ambos, Kai (2006). *La parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Editorial Duncker & Humblot/Programa Estado de Derecho para Sudamérica/Temis.

Barbero, Natalia (2011). "Crímenes de Lesa Humanidad. Especial referencia a las Agresiones Sexuales". En Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. Memorias del Tercer Seminario Internacional sobre los Desafíos en la Judicialización de Crímenes de Violencia Sexual Basado en Género. *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia* - Edición No. 3.

Bernal, Gloria (comp.) (2011). *Visibilizar la Violencia de Género. Sistematización de la experiencia en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis.

Camargo, Pedro Pablo (2007). *Manual de Derecho Penal Internacional: Partes general, especial y procedimental ante la Corte Penal Internacional*. 2ª ed. Bogotá: Leyer.

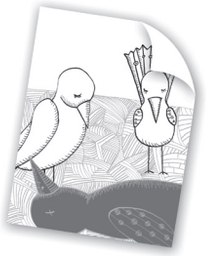
-------- (2008). Derecho Internacional Humanitario. Bogotá: Leyer.

Centro de Memoria Histórica (2012). *El Placer: Mujeres, Coca y Guerra en el Bajo Putumayo.* Bogotá: Taurus Pensamiento.

Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo (2012). *La violencia sexual en el marco del conflicto no es algo inevitable, es y debe ser evitable*. Disponible en Internet: http://www.colectivodeabogados.org/La-violencia-sexual-en-el-marco]

Corporación Sisma Mujer (2011). *Crímenes de Lesa Humanidad, Violencia Sexual y Justicia de Género en Colombia*. Bogotá: Corporación Sisma Mujer.

Cortés, Edwin y Bernal, Gloria (2012). *Marco Argumentativo para la Violencia Basada en Género [VBG] en el contexto del conflicto armado colombiano*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.



Defensoría del Pueblo (2012). *Protocolo para la Orientación Psicojurídica a mujeres, niñas y niños víctimas de violencia sexual en el Marco del Conflicto Armado Interno.* Bogotá: Fondo de Justicia Transicional [FJT]/Programa Promoción de la Convivencia y Programa Fortalecimiento a la justicia [PNUD].

Forer, Andreas y López, Claudia (2010). *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

Galvis, María Clara (2011). "La debida diligencia judicial en la investigación de la violencia basada en género". En Bernal, Gloria (comp.) *Visibilizar la Violencia de Género. Sistematización de la experiencia en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

Gómez López, Jesús Orlando (2001). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley.

Laurenzo, Patricia *et al* (comp.) (2009). *Género, Violencia y Derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mangas, Araceli (1999). *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*. 2ª reimpresión. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

ONU Mujeres (2011). *El progreso de las mujeres en el mundo: En busca de la justicia. 2011 – 2012.* Nueva York, 2011: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres – ONU Mujeres –.

Parenti, Pablo *et al*. (2007). *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Derecho Internacional.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Prieto, Rafael (comp.) (2007). *Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario. A Propósito del Centenario de las Convenciones de la Haya de 1907*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké/Pontificia Universidad Javeriana.

Ramelli Arteaga, Alejandro (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia.* Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

Ramírez, Sandra (2012). *Narcotráfico y Crímenes de Lesa Humanidad* [Ponencia]. Segundo Concurso de Reglas de Procedimiento y Prueba ante la Corte penal Internacional: Fase Nacional. Bogotá. Marzo de 2012.
Ricoeur, Paul (2008). *La memoria, la historia, el olvido*. 2ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Valencia, Alejandro (2004). *Manual de Calificación de Conductas Violatorias: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

------- (2011). "Los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad en Colombia: Una mirada desde una dimensión de Género". En Bernal, Gloria (comp.). *Visibilizar la violencia basada en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh.

Informes e instrumentos internacionales

Amnistía Internacional (2004). *Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. Índice AI: AMR 23/040/2004. Traducción de Editorial Amnistía Internacional [EDAI], España. Londres.

-------- (2011) *"Eso es lo que nosotras exigimos. Que se haga justicia". Impunidad por Actos de Violencia Sexual Cometidos contra Mujeres en el Conflicto Armado de Colombia"*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

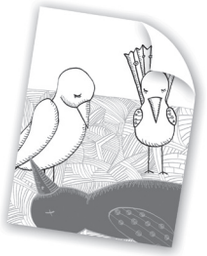
-------- (2012). *Colombia: invisibles ante la justicia. Impunidad por actos de violencia sexual cometidos en el conflicto: informe de seguimiento*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Seguimiento al informe – Las Mujeres Frente a la Violencia y Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia del 18 de octubre de 2006 – 30 diciembre 2009*.

-------- (2012). *Informe de seguimiento a las recomendaciones efectuadas en el primer informe publicado por la CIDH el 7 de marzo de 2006 sobre la situación de Colombia*. Disponible en Internet: http://justiciaporcolombia.org/node/388]

Corte Penal Internacional (2012, Noviembre 14). *Reporte Interino de la Situación en Colombia. Informe presentado por la Oficina del Fiscal de la CPI*. Disponible en Internet: http://www.fidh.org/IMG/pdf/otp_-_colombia_-_public_interim_report_-_november_2012.pdf]

Departamento de Estado de Estados Unidos (2011). *Informe Mundial sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos*. Disponible en Internet: http://www.state.gov/r/pa/ei/rls/dos/221.htm]



Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1968, Noviembre 26). *Resolución No. 2391 (XXIII) - Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. Asamblea General de las Naciones Unidas.

-------- (1998, Julio 17) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Documento. A/CONF.183/917.

-------- (2013). *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/22/17/Add.3 Disponible en Internet: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add3_Spanish.pdf].

Organización de los Estados Americanos [OEA] (1994, Junio 9) *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"*, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil. Asamblea General de la OEA.

OXFAM (2010). *Primera encuesta de prevalencia - Violencia Sexual en Contra de las Mujeres en el Contexto del Conflicto Armado Colombiano*, Colombia 2001 – 2009. Disponible en Internet: http://www.intermonoxfam.org/sites/default/files/documentos/files/101206_Primera_Encuesta_de_Prevalencia.pdf.

Jurisprudencia Internacional

Argentina. Poder Judicial de la Nación (2011, Noviembre 23). *Resolución confirmando el procesamiento y prisión preventiva del Gral. Menéndez y otros oficiales como responsables del delito de violación sistemática. Mendoza*. Autos N° 86.569-F-20.868, caratulados: "Compulsa en Autos 86-F, "F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P. por apelación".

Argentina. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero (2013, Marzo 5). *Veredicto en la Causa 960/11. ALIENDRO, Juana Agostina y otros s/ Desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputado Musa Azar y otros.*

Jurisprudencia Colombiana

Corte Constitucional (2008, Abril 14) Auto 092. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Suprema de Justicia (2009, septiembre 21) Auto de 21 de septiembre de 2009. Radicado 32022. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

-------- (2012, Diciembre 6). Segunda Instancia Rad. No. 37048. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Agosto 12). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster González Romero. Postulados: José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas. Rad No. 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070.

-------- (2011, Diciembre 7). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster María González Romero. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores Radicación: 110016000253-200681366.

-------- (2011, Diciembre 16). Sala de Justicia y Paz de Bogotá. Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Freddy Rendón Herrera. Radicación: 110016000253200782701.

-------- (2012, Julio 30). Sala de Justicia y Paz de Bogotá. Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Edison Giraldo Paniagua. Radicación: 110016000253200682222.

Judicialización de la Violencia Sexual Basada en Género [VSBG] en la primera sentencia proferida por genocidio. Caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* TPIR*

Edwin Mauricio Cortés Sánchez

Sumario: **A.** Breve reseña de la historia y el genocidio en relación con la VSBG en Ruanda. **B.** Descripción de las providencias. I. Descripción del fallo de primera Instancia. *(i) Introducción*, *(ii) el contexto de los eventos sucedidos en Ruanda en 1994, (iii) respuesta a la pregunta por el genocidio en Ruanda, (iv) de los elementos de prueba, (v) las conclusiones fácticas, (vi) el derecho aplicable, (vii) las consideraciones jurídicas, y (viii) el veredicto.* II. La sentencia. *(i) La gravedad de los crímenes, (ii) las condiciones personales del condenado y la situaciones agravantes y atenuantes, y (iii) la cooperación del condenado y determinación de la pena*. III. La apelación. *(i) Introducción y cuestiones generales de la apelación. (ii) Fundamentos de la apelación expuestos por Akayesu. (iii) Fundamentos de la apelación de la Fiscalía. (iv) La decisión.* **C.** Puntualización de aspectos en el caso *Akayesu*, en relación con la judicialización de la VSBG. I. La adición en la Acusación. II. Dilucidación sobre la "violencia sexual". III. Temas probatorios en relación con la VSBG. *(i) No corroboración del testimonio único. (ii) La importancia del lenguaje*. IV. De las conclusiones fácticas. *(i) Patrón sobre las calidades de las víctimas y del victimario. (ii) Patrón sobre los lugares de perpetración. (iii) Violaciones sexuales en público, la constante. (iv) La constante negativa de Akayesu.* V. De las consideraciones jurídicas.

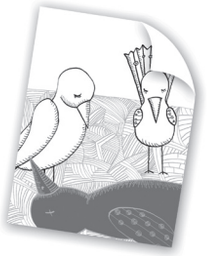
Jean-Paul Akayesu nació en 1953 en el municipio de Taba, sector de Murehe, en Ruanda, se desempeñó como burgomaestre entre abril de 1993 y junio de 1994 en su municipio natal, donde dirigía además de la administración, el mantenimiento del orden. Tenía la potestad para hacer cumplir las leyes y reglamentos, igualmente, de responder únicamente al prefecto (de Gitarama), por la administración de justicia en su municipio.

Enjuiciado por el *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* [TPIR], es hallado responsable de genocidio y de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario [DIH] por la Sala de Primera Instancia I, en el fallo del 2 de septiembre de 1998[1], sentenciado por la misma Sala a cadena

---

* El presente texto retoma y amplía la exposición de su autor en la "*Barra Académica*" de la Defensoría del Pueblo, el jueves 23 de agosto de 2012 en la ciudad de Barranquilla, Departamento del Atlántico.
La sigla TPIR señala en español al Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en Inglés: ICTR -*International Criminal Tribunal for Rwanda*-).

1 ICTR (1998, September 2). *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. Judgement. ICTR-96-4-T. Trial Chamber I.



perpetua el 2 de octubre de 1998[2], providencias apeladas y resueltas por la Cámara de Apelaciones el 1 de junio de 2001[3].

La distancia que hoy se tiene frente al Caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, al constituir una de las primeras decisiones (la primera sobre genocidio), ha hecho que sobre ella versen reiterados estudios. En Colombia por ejemplo, el trabajo de grado dirigido por Rafael Prieto contiene un análisis sobre el crimen de genocidio, el origen del TPIR y la responsabilidad penal individual, además de proveer en los anexos, la lectura en castellano tanto del *juicio* como de la *apelación*. A su juicio, la "*Sala de Primera Instancia del TPIR abre las puertas a la justicia penal internacional, para perseguir y sancionar a los responsables de crímenes atroces que afectan el desarrollo de la humanidad. Por tal razón, tanto la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como su interpretación del genocidio, son tan importantes*"[4].

De otra parte, para una consulta sobre los alcances del contenido de la jurisprudencia objeto de análisis, se recomienda el trabajo del grupo de investigación liderado por Alejandro Ramelli titulado: "*Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*"[5]. En él se refiere el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, para la puntualización de la definición de "población civil"[6], la "existencia del genocidio" y su vinculación con la "violencia sexual"[7], la imposición de medidas para impedir nacimientos[8], el aspecto interno del hecho (*dolus specialis*) requerido en el crimen de genocidio[9], las condiciones para el concurso entre crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio (pág. 260-261;

2 ICTR (1998, October 2). *The Prosecutor of the Tribunal against Jean-Paul Akayesu*. Sentence. ICTR - 96 - 4 - T. Trial Chamber I.

3 ICTR (2001, June 1). *The Prosecutor v. Jean- Paul Akayesu*. Judgement. HAG(A)01-001. Appeals Chamber.

4 Ávila, Sandra *et al*. (2005). *Akayesu. La primera condena internacional por genocidio*. Trabajo de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Recuperado el 16 de agosto de 2012, de: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2021.pdf. Pág. 16.

5 Ramelli Arteaga, Alejandro (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis.

6 *Ibídem*, Pág. 79.

7 *Ibídem*, Pág. 224.

8 *Ibídem*, Pág. 212, 221.

9 *Ibídem*, Pág. 226.

324), la prueba del elemento subjetivo para el crimen de lesa humanidad[10], los requisitos para probar el "ataque masivo" frente al crimen de lesa humanidad[11], la definición de "violación" y su uso con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, sanción, control o destrucción de una persona; como atentado contra la dignidad de la persona asemejada con la tortura, su realización bajo la instigación o el consentimiento tácito o expreso de aquéllos, en general, la violencia sexual que se comete sobre la persona de otro o bajo el imperio de la coerción[12], y entre otros, los criterios para encontrar la responsabilidad penal individual a un civil, por tener el poder tanto *de iure* como *de facto* tal cual sucede con *Jean-Paul Akayesu*[13].

En cuanto a compilaciones de jurisprudencia que versa sobre la Violencia Sexual Basada en Género[14] [VSBG], y guías propuestas para adelantar investigaciones y juzgamiento de este tipo de violencia, las citas al caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* son frecuentes en los sentidos atrás mencionados, y otros. El *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* [CEJIL], por ejemplo, en sus *Sumarios de Jurisprudencia*, en el número dedicado a la violencia sexual reproduce los cargos expuestos en la Acusación a *Jean-Paul Akayesu*[15], las consideraciones de los hechos sustentados en los testimonios[16], el derecho aplicable[17] y las consideraciones de derecho[18]. Por su parte, la Corporación

10 *Ibídem*, Pág. 281.

11 *Ibídem*, Pág. 291.

12 *Ibídem*, Pág. 375.

13 *Ibídem*, Pág. 573.

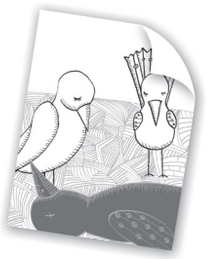
14 De manera amplia, la 'Violencia Basada en Género' [VBG] "*le ocurre a una persona por el género al que pertenece: la violencia que les ocurre a los hombres por ser hombres o a las mujeres por ser mujeres*". En el caso específico de la Violencia Sexual Basada en Género [VSBG], se da por "*cualquier acto de connotación sexual que se hace en contra de la voluntad de la persona. La violencia sexual incluye actos que no se limitan exclusivamente a la violación, como el acoso, la prostitución forzada, la esclavitud sexual y el abuso sexual*". Wilches, Ivonne (2011). "Conceptos en violencias de género". En Bernal, Gloria (comp.) *Visibilizar la Violencia de Género, sistematización de la experiencia en género*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis. Pág. 47.

15 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 12A y 12B.

16 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 449-452.

17 Ver: Judgement. Supra nota 1. Frente al genocidio: Par. 492-499, 502-508. Frente a los crímenes de Lesa Humanidad: Par. 578, 585-586, 596-598

18 Ver: Judgement. Supra nota 1. Frente al cargo de violación, otros actos inhumanos y crímenes de lesa humanidad: Par. 685-688, 691-695. Frente al cargo de genocidio y la complicidad en el genocidio: Par. 706-707, 731-734.



Humanas en su "*Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano",* define con la sentencia del caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu,* la "sistematicidad y generalidad"[19], la asociación entre la tortura y la violencia sexual con propósitos de intimidación, degradación, humillación, etc.[20], la definición de violencia sexual[21], entre otros. Lo suyo hace la corporación Sisma Mujer[22], Amnistía Internacional[23], y así se encuentran y fundamentan muchos otros documentos -y decisiones jurisprudenciales[24]-.

---

19 Corporación Humanas (2009). *Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano.* Bogotá: Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Pág. 23, 99.

20 *Ibídem*, Pág. 63.

21 *Ibídem*, Pág. 90-91.

22 Corporación Sisma Mujer (2007, Agosto). *Violencia Sexual, Conflicto Armado y Justicia en Colombia*. Bogotá: Sisma Mujer/InterPares/PCS/Canadian International Development Agency.
Corporación Sisma Mujer (2010). *Reparación para las Mujeres Víctimas de Violencia en el Conflicto Armado*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Cooperación Alemana al Desarrollo Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (FortalEsDer).

23 Amnistía Internacional (2005). *Hacer los derechos Realidad. La violencia contra las mujeres en conflictos armados.* Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].
Amnistía Internacional (2011). *Violación y violencia sexual. Leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional.* Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

24 En el caso del Proceso de Justicia y Paz en Colombia, en el marco de la Ley 975 de 2005, el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* se menciona como aporte en sus criterios para el establecimiento de la existencia de un conflicto armado. Así en la decisión sobre el postulado *Édgar Ignacio Fierro Flórez,* alias "Don Antonio", miembro del *Frente José Pablo Díaz* del *Bloque Norte* de las *Autodefensas Unidas de Colombia* [AUC]. Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Diciembre 7). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster María González Romero. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores Radicación: 110016000253-200681366. Párr. 1. Nota 2.
Igualmente, en el Proceso de Justicia y Paz, sobre temas específicos de VSBG la definición de "violencia sexual", "violación", "violencia sexual como forma de tortura", cita el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* en la "legalización de cargos" que pesa sobre los postulados *Miguel Ángel Melchor Mejía Munera* y otros, pertenecientes al *Bloque Vencedores de Arauca* de las AUC. Tribunal Superior del Distrito Judicial (2012, Septiembre 4). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulados: Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros. Radicación: 11001 6000 253 2008 83612. Párr. 188. Nota 128.
La Corte Constitucional de Colombia en el Auto 092 del 14 de abril de 2008 que versa sobre la protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia de tutela T- 025 de 2004, menciona que "*la violencia sexual constituye un desconocimiento frontal del derecho a la integridad personal, y según lo ha reconocido la jurisprudencia internacional, puede llegar a configurar el crimen de tortura si están dados los demás elementos requeridos, o bien una forma de trato cruel, inhumano o degradante*". Para fundamentarse cita el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu.* Corte Constitucional (2008, Abril 14). Auto N° 092 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Num. III.4.6. Nota 51.

El presente artículo recoge en tres partes aspectos sobre la decisión del TPIR en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*. Para ello, se comienza con una breve contextualización de la historia y el genocidio ocurrido en Ruanda, en segundo lugar, la descripción de las providencias que deciden sobre el caso, para finalizar con la puntualización de aspectos que coadyuvaron a la judicialización de la VSBG.

A. Breve reseña de la historia y el genocidio en relación con la VSBG en Ruanda

La Sala de Primera Instancia del TPIR justifica la contextualización de la Acusación que pesa sobre *Jean-Paul Akayesu*, en la historia de Ruanda comprendida entre el período precolonial hasta 1994[25]. Luego hace una descripción geográfica, demográfica y económica[26]; considera la complejidad política de su forma avanzada de monarquía con la que se gobernaba el país a través de representantes y nobles tutsi, permitiendo la comunicación del rey con las regiones. Esto se da tanto en la época precolonial, como durante la presencia de los alemanes entre 1897 y 1917, después durante la colonia belga permitida por la Sociedad de Naciones a través de un mandato para administrar Ruanda[27].

Los términos "*hutu*" y "*tutsi*" existían y determinaban a los individuos y no a los grupos, basados en el linaje y no en la etnicidad[28]. Solamente durante la colonización por parte de los belgas, se privilegia una élite compuesta de personas que se referían a sí mismos como tutsi[29]. Ahora bien, señalar que lo sucedido en Ruanda tiene connotaciones étnicas, resulta desatinado. Sobre el caso en la ex Yugoslavia también se señala: "*Rechazo de la realidad (los bosnios serbios y los musulmanes hablan el mismo idioma y tienen la misma 'sangre'), la etnicidad es una construcción social de una diferencia esencial que no existe*"[30]. Lo mismo sucede en el caso de Ruanda,

25 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 78.

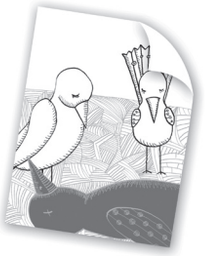
26 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 79.

27 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 80.

28 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 81.

29 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 82.

30 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. Paris: Armand Colin. Pag. 196.



"Hutus y tutsis hablan el mismo idioma, practican la misma religión y los matrimonios intercomunitarios son frecuentes. Pero la raciología africanista europea fija la diferencia en el etnicismo a partir de la delirante teoría propuesta en 1863 por el inglés John Hanning Speke, según la cual la aristocracia tutsi, formada de guerreros pastores venidos Abisinia, descendientes lejanos del rey David -la 'hipótesis hamítica'- impondría su dominación sobre los 'negros bantú sentenciados a trabajar como siervos'".[31]

La colonización europea había radicalizado esta idea y otorgado los privilegios, consecuentemente con ella, al grupo de los tutsi. En los años de 1930 se realiza el registro "étnico" de la población, con la finalidad de proveer privilegios para personas pertenecientes al grupo de los tutsi en cargos administrativos y en la educación. Y esta consagración quedó en carnés, para generar en el término "*hutu*", un sinónimo de clase de menor rango, situación que se hace estructural hacia la década de 1950. La concepción étnica, de acuerdo con Catharine Newbury, se debe a la influencia no de individuos o instituciones ruandesas, sino, a la iglesia católica, a las *Organización de las Naciones Unidas* [ONU] y a la administración de los belgas durante el período colonial, lo que permitió en Ruanda una "mutación" provocada desde fuera[32].

Estas concepciones tienen efectos en las circunstancias políticas de Ruanda. Al finalizar la década de 1950, se crean los partidos políticos. Con Joseph Gitera Habyarimana se funda en 1957 *L'Association pour la Promotion Sociale de la Masse* [APROSOMA] –Asociación para la promoción social de las masas-, para luchar desde un concepto étnico, contra la opresión y por la liberación de los hutus sometidos en el contexto colonial por los belgas que se valían de las "autoridades indígenas", encabezadas por jefes tutsis.

Igualmente, nace el *Parti du Mouvement de l'Emancipación Hutu* [PARMEHUTU] –partido del movimiento de la emancipación hutu- en 1959[33], por la iniciativa encabezada por Grégoire Kayibanda, quien fuera presidente de Ruanda entre 1961 y 1973. Los partidos hutu, en las elecciones de 1960 ganan por mayoría: el 83.8 por ciento de los votos; el poder en 211

31 *Ibídem,* Pag. 206.

32 Newbury, Catharine. (1988). *The cohesion of oppression. Clientship and ethnicity in Rwanda, 1860-1960*. New York: Columbia University Press. Pag. xiv. Resulta muy interesante la lectura de este documento, dado que su publicación en 1988 se adelanta a las consecuencias que la historia vio con los desarrollos del genocidio en Ruanda en 1994.

33 También en este año, y como representantes de la monarquía asociada con los tutsi, pero en pugna contra el colonialismo belga, nace el partido de la *Union Nationale Rwandaise* [UNAR] –Unión Nacional Ruandesa-.

comunas, del total representado en 229; de los 2896 concejales electos, 2623 eran candidatos de partidos hutu[34].

En medio de la conmoción partidista y de apertura a comienzos de la década de 1960, se instaura la hegemonía hutu con Grégoire Kayibanda como presidente el 1 de julio de 1962, -Presidente de la Primera República-. Con esta independencia gestada en julio de 1962, la descolonización del dominio europeo, los hutu continúan su ascenso con el apoyo de la clerecía belga, bajo la idea de un nuevo régimen bajo el discurso de su posición originaria, '*indígena*', distinta a la percepción monárquica y de colonización representada por el grupo de los tutsi. En este contexto, muchos tutsis tienen que salir del país y son nombrados como "*inyenzi*", que en *Kinyarwanda*, la principal lengua hablada en Ruanda, significa "cucaracha"[35].

Con cita a Mahmood Mamdani, antropólogo de la Universidad de Columbia, se menciona "*el nacimiento de la ideología nativista de 'sangre y suelo' el punto de partida de un proceso de radicalización hizo a las antiguas 'víctimas' de la era monárquica y colonial en asesinos potenciales de la república 'mayoritaria'*"[36]. El texto de Mahmood Mamdani tiene por título: "*cuando las víctimas se convierten en asesinos*"[37].

En el período postcolonial -en la República- se continuó con los carnés que trazaban la distinción entre hutus y tutsis. Como antecedentes de los acontecimientos de 1994, importa señalar que en Burundí, en la primavera de 1972, una tentativa de insurrección se repele militarmente y son víctimas cerca de cien mil hutus, mientras que doscientos mil se exilian en Ruanda. Este momento constituye un hito en la radicalización de las diferencias entre los hutu y tutsis[38]. La llegada al poder de Juvenal Habyarimana en 1972, obliga a la inscripción de los hutus en su partido (*Movimiento Revolucionario Nacional por el Desarrollo* [MRND]), y las fuerzas militares fueron monopolizadas también por los hutus. Se refuerza a comienzos de la década de 1990, la idea del "enemigo interior" a quienes los hutus se proponen erradicar, ya no a las reposadas "cucarachas, sino, a las inquietantes "serpientes"[39].

34 *Ibídem,* Pág. 198.

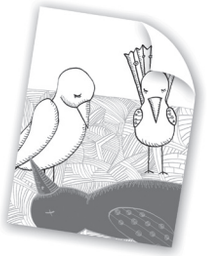
35 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 90.

36 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda. Op. Cit*. Pag. 207.

37 Mamdani, Mahmood (2002). *When Victims Become Killers. Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*. 3a. ed. Princeton: University Press.

38 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda. Op. Cit*. Pag. 208.

39 *Ibídem*, Pag. 210.



Del lado de tutsis en el exilio en Uganda, se crea en 1987 el *Frente Patriótico Ruandés* [FPR], para confrontar la dictadura de Habyarimana, con quien se enfrentan de manera armada a partir del primero de octubre de 1990, durante una guerra de tres años hasta la firma los *Acuerdos de la Paz* celebrados en Arusha, Tanzania (4 de agosto de 1993). En el mes de marzo de 1992 se crea un nuevo partido extremista hutu, la milicia de la "*Coalición para la Defensa de la República* [CDR] conocida como la *Impuzamugambi*[40].

El detonante, como oportunidad de los hutus, se dio el 6 de abril de 1994, cuando misteriosamente un misil derriba el avión presidencial en el que se encontraba Habyarimana. Inmediatamente se bloquean las rutas de todo el país, y comienza el exterminio de tutsis quienes podían identificarse por sus carnés, continuados luego de la colonización belga[41]. El ejército ruandés rodeó, mucho antes de la madrugada del 7 de abril de 1994, la ciudad de Kigali. La guardia presidencial y la milicia comenzaron las masacres de tutsis y de hutus que defendían los *Acuerdos de Arusha*. Fueron asesinados el primer ministro Agathe Uwilingiyimana miembro del *Movimiento Democrático Republicano* [MDR], partido fundado y reconocido por la Constitución de 1991 (con el cual realiza carrera política *Jean-Paul Akayesu*), el presidente de la Corte Suprema y los dirigentes del *Partido Social Democrático* [PSD], también fundado en 1991. Esta serie de homicidios deja "*vacío de poder*" y la posibilidad de la instauración del *Hutu Power*[42], bajo el liderazgo del coronel retirado *Théoneste Bagosora*[43].

El tema de la conceptualización del genocidio, a partir de definiciones jurídicas, históricas y también de estudios comparativos, llevan a Bernard Bruneteau a sustentarse en Israël Charny para realizar el estudio a partir de elementos distintivos en el genocidio, a saber, la definición del grupo objetivo, el grado de intencionalidad, el perfil de los ejecutores y las formas de

40 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 98-99.

41 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda. Op. Cit*. Pag. 212.

42 Por '*Hutu Power*' (con mayúscula) se conoce la ideología invocada durante la década de 1990 que llevó al genocidio en Ruanda. Mamdani, Mahmood (2001). *When Victims Become Killers. Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda. Op. Cit.* Pag. 126.

43 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 107. El proceso en el TPIR tiene por fecha de apertura contra *Théoneste Bagosora*, el 2 de abril de 2002. La decisión de primera instancia el 18 de diciembre de 2008 lo encuentra culpable, entre otros, del crimen de genocidio y de lesa humanidad (homicidio, exterminación, violación y otros actos inhumanos).

ejecución[44]. En la definición del objetivo, frente a lo sucedido en Ruanda, son notables las observaciones sobre la animalización que se hace de las personas identificadas como tutsi, separándolos de la humanidad al denominárseles como "cucarachas" (*Inyenzi* en *Kinyarwanda*)[45].

Como factores frente a la decisión genocida, Bruneteau señala que, en primer lugar, pesa la definición desde un criterio étnico, para discriminar a quién es amigo y quién es enemigo; la propaganda mediática respaldada por 'intelectuales' y la iglesia, trajo una serie de masacres reportadas por organizaciones de defensoras de derechos humanos (cerca de 15000 víctimas). En segundo lugar, el multipartidismo debido a la presión de Francia luego de 1990, y el contexto del "fin de la historia" luego de la caída del Muro de Berlín, se toma por los hutus como amenaza, y en este momento nacen las milicias *Interahamwe*[46]. En tercer lugar, los *Acuerdos de Paz* celebrados en Arusha, pretendían pasar de la confrontación de un plano étnico a uno político, con el retorno de los refugiados tutsis, la unión entre los dos ejércitos, la disminución del poder de la presidencia, el espacio del multipartidismo, y la presencia de la ONU en Ruanda[47]. Lo último sucedió con la *United Nations Assistance Mission For Rwanda* [UNAMIR] –Misión de Asistencia de Naciones Unidas para Ruanda-, que se instauró entre octubre de 1993 (a raíz de los *Acuerdos de Paz*), y finaliza en marzo de 1996. De la UNAMIR se destaca el papel desempeñado por el Mayor General Roméo Antonius Dallaire, quien hizo presencia en Ruanda entre 1993 y 1994 y realizó la advertencia el 21 de abril de 1994, de que solamente cinco mil soldados (tenía dos mil quinientos bajo su mando) bien equipados habrían detenido el avance del *Hutu-Power*[48].

---

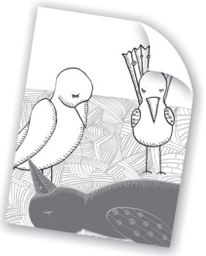
44 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. *Op. Cit*. Pag. 20.

45 "*Lo esencial aquí es que el grupo se define como enemigo absoluto, y para hacer esto, naturalizado por adelantado, es decir, animalizado y separado de la humanidad*". Bruneteau, Bernard. (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. *Op. Cit*. Pag. 21.

46 A las milicias del MRND se unen otros partidos extremistas hutu, en particular, la milicia de la "*Coalición para la Defensa de la República*" [CDR] conocida como la *Impuzamugambi*. Judgement. Supra nota 1. Par. 98-99. Se les conoce como *Interahamwe*. Participan por primera vez en homicidios a gran escala en la masacre de Bugesera [marzo de 1992]. En *Kinyarwanda*, *Interahamwe* significa: "los que atacan juntos". Por su parte, *Impuzamugambi* traduce: "una sola mente", o "aquellos que tienen una sola meta". Colletta, Nat J. & Cullen, Michelle (2000). *Violent Conflict and the Transformation of Social Capital. Lessons from Cambodia, Rwanda, Guatemala, and Somalia*. Washington: The World Bank. Pag. 42.

47 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. *Op. Cit*. Pag. 210-211.

48 Gourevich, Philip (1998). *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families. Stories from Rwanda*. New York: Picador. Pag. 150.



Los medios de comunicación advertían, desde la perspectiva de los hutu, el inconformismo con los *Acuerdos de Paz*. Así la *Radio de las Mil Colinas* y el periódico *Kangura*, principalmente. Aprovecharon para realizar propaganda en contra de las personas identificadas como tutsis, su "enemigo interno" al que se debían eliminar, además, porque si no se les combatía, se abría la puerta a la invasión de los *Inkotanyi*[49] y a la invasión militar extranjera[50].

Antes de los acontecimientos de 1994 la población tutsi contaba el quince por ciento de la población total, su cifra llegaba al millón doscientas cincuenta mil personas, luego de las masacres se redujo un ochenta por ciento, para contar entre doscientas y trescientas mil personas sobrevivientes. A esto se suma la rapidez en la ejecución del genocidio, a saber, tres meses entre el 7 de abril y el 2 de junio de 1994, y sus métodos[51]. Sobre los métodos, la empresa genocida conecta con la VSBG, y tiene relación con lo judicializado en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* por la relevancia de las "violaciones sistemáticas y generalizadas", que en Ruanda sumó unas doscientas cincuenta mil mujeres tutsis objeto de las violaciones, y en segundo lugar, sucede en el genocidio en Ruanda –pero no se menciona en el caso *Akayesu-*, que el setenta por ciento de las sobrevivientes (mujeres violadas "salvadas"), fueron contaminadas voluntariamente con el virus del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida [SIDA] por los perpetradores[52].

Como responsables del genocidio se identifican unos setenta individuos en un primer círculo, miembros del gobierno y oficiales superiores del ejército; un círculo más cerrado conformado por el primer ministro –hutu-, *Jean Kambanda* y sus cinco miembros de consejo privado, dentro de los cuales se destaca el coronel *Théoneste Bagosora*, creador de la "Red Cero" y quien armó las milicias *Interahamwe.*

---

49 A las milicias del FPR se les designaba en *Kinyarwanda* de esta manera para señalar los "*guerreros que combaten valientemente*". Eltingham, Nigel (2006). "Debating the Rwandan Genocide". In Kaarsholm, P. (ed.). *Violence political culture & development in Africa. Congo. Rwanda. Darfur. Liberia. Sierra Leone. Ethiopia. Matabeleland. Kwazulu-Natal*. Great Bretain: Woolnough. Pag. 85.
También el término denota a "*los invencibles*". Hatzfeld, Jean (2006). *Life Laid Bare: The Survivors in Rwanda Speak*. L. Coverdale, trad. New York: Other Press. Pag. 241.

50 Hatzfeld, Jean (2006). *Life Laid Bare: The Survivors in Rwanda Speak*. *Op. Cit*. Pag. 70.

51 Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. *Op. Cit*. Pag. 202.

52 *Ibídem,* Pag. 203.

Llama también la atención, de acuerdo con la intención del presente documento que versa sobre la VSBG, el caso de la ministra *Pauline Nyiramasuhuko*, quien a los 48 años era de las más influyentes en el gobierno hutu, esposa del presidente del Congreso y, durante el genocidio, en la ciudad de Butare, lugar de mayor concentración de carnetizados tutsis en Ruanda, ella lideró la concentración de población tutsi en el estadio, so pretexto de que allí estaba instalada la Cruz Roja, y luego ordenó la masacre por parte de los *Interahamwe*. Dentro del grupo de perpetradores hacía parte su hijo *Shalom* de 24 años de edad, uno de sus líderes[53].

A *Pauline Nyiramasuhuko* se debe que la violación fuera aplicada sistemáticamente contra mujeres tutsis, en primer lugar, como recompensa antes del asesinato, en segundo lugar, su realización en público como forma de terror y humillación, y en tercer lugar, lo que pone la práctica de violencia sexual como práctica genocida, el que los perpetradores estuvieran contagiados con el virus del SIDA, para que sus muertes lentas y angustiosas, acompañaran también la desaparición de su grupo. Por esta razón hizo salir de los hospitales a los enfermos de SIDA con el fin de realizar brigadas especiales de violadores[54].

La Fiscalía presentó acusación contra *Pauline Nyiramasuhuko* en mayo de 1997, su arresto se realizó en julio en Kenya, y el 3 de septiembre del mismo año se declaró inocente de los cargos formulados. Junto con su hijo *Arsène Shalom Ntahobali* finalmente son condenados a cadena perpetua el 24 de junio de 2011[55]. En la decisión se tienen testimonios que respaldan las afirmaciones sobre el uso de la violencia sexual y la contaminación con el SIDA[56], situación que no se encuentra en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*. También se discute sobre la distribución por parte de *Nyiramasuhuko* de condones entre miembros de la *Interahamwe*, a fin de continuar con las violaciones y evitar que se contagiaran de SIDA[57]. Sin embargo, para la Sala la evidencia sobre este último evento tiene carácter "circunstancial", no fue realizada en "público", y aunque hace una lectura del *contexto* de lo que sucedía con las violaciones y las masacres en el sector y la prefectura de Butare en Ruanda durante este

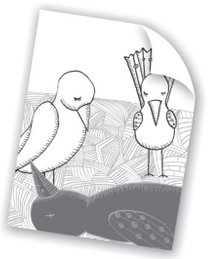
53 *Ibídem*, Pag. 212.

54 *Ibídem*, Pag. 213.

55 ICTR (2011, June 24). *The Prosecutor versus Pauline Nyiramasuhuko et al*. Judgement and Sentence. ICTR-98-42-T. Trial Chamber II. Par. 6271.

56 *Ibídem*, Par. 2331.

57 *Ibídem,* Par. 4935, 4967, 6014.



tiempo[58], finalmente no encuentra la conexión entre la distribución de los condones y las violaciones[59].

Pero se encuentra culpable a *Paulina Nyiramasuhuko* de haber dado órdenes para que mujeres tutsi fueran violadas en la oficina de la prefectura de Butare, por lo cual responde en calidad de superior, por la violación como crimen de lesa humanidad, responsabilidad consagrada en el artículo 6 (3) del Estatuto que rige para el TPIR[60].

Estos eventos, y los contenidos en otras decisiones del TPIR, son el contexto y alcance de la VSBG. En el caso que ocupa el presente documento, como primera decisión y judicialización de genocidio,

> *"La decisión Akayesu del TPIR marcó el primer punto de discusión a este respecto [la relación entre conductas sexuales ilícitas y genocidio] ya que la Sala de Instancia afirmó que la violación y la violencia sexual son algunas de 'las peores formas de infligir daño a la víctima y de causarle sufrimiento perjudicial a su integridad mental o física"*[61]

Lo abordado en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, importa entonces como primera decisión de condena por genocidio; las violaciones y los embarazos forzados son métodos de genocidio[62], por su realización claramente intencionada para la destrucción de personas identificadas como tutsis, como también, el impedimento del nacimiento de niños en el seno del grupo, la mutilación sexual, esterilización, uso forzado de medios de anticoncepción, y la prohibición de los matrimonios[63].

---

58 *Ibídem,* Par. 6015.

59 *Ibídem,* Par. 6091.

60 *Ibídem,* Par. 6093. El Estatuto del TPIR hace parte de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

61 Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. (2010). "Evolución jurisprudencial del derecho penal internacional en el caso de de agresiones sexuales". *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia.* Edición No. 1. Pág. 6.

62 La conexión entre violencia sexual y genocidio se confirma con decisiones del TPIR de: 1999, May 21, *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana* (par. 114-118); 2000, January 27, *The Prosecutor versus Alfred Musema* (par. 155-159); 2004, January 22, *The Prosecutor versus Jean de Dieu Kamuhanda* (par. 634).
También por decisiones en el TPIY, entre otras: 2001, August 2, *Prosecutor versus Radislav Krstic* (par. 552); 2003, July 31, *Prosecutor versus Milomir Statić* (par. 513-519).

63 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 507.

Pero sus aportaciones en pro de la judicialización de conductas que comporten VSBG, pone la violencia sexual en consideración como crimen de guerra, de igual manera, señala otras formas de VSBG como la prostitución forzada en el lugar de afectación a la dignidad al permitir tratos humillantes y degradantes (con ello hay violaciones al art. 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II); además, se señala que la violación puede constituir tortura. Igualmente, en relación con los crímenes de lesa humanidad, se señala la violación y otros actos de VSBG como parte del ataque masivo o sistemático ejercido contra la población civil[64].

De manera pedagógica, y consecuentemente con lo tratado en la "*Barra Académica*" de la Defensoría del Pueblo en Barranquilla, el siguiente acápite realizará la exposición descriptiva sobre las decisiones judiciales presentes en el caso.

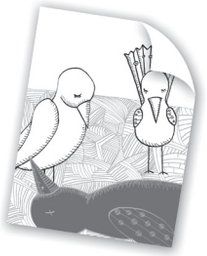
B. Descripción de las providencias en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*

En el presente acápite se describirán las providencias del TPIR que deciden sobre el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, comenzando por la decisión de la Sala de Primera Instancia I con la decisión del 2 de septiembre de 1998, luego la sentencia, por la misma Sala el 2 de octubre de 1998, que recae sobre *Akayesu*, y finalizando con la decisión sobre la apelación que realiza la Cámara de Apelaciones el 1 de junio de 2001.

I. El fallo de primera instancia

El fallo de fecha 2 de septiembre de 1998, es firmado en Arusha por los jueces Laïty Kama, Lennart Aspegren y Navanethem Pillay, actuando como secretario Agwu U. Okali, por la Oficina del Fiscal, Mr. Pierre-Richard Prosper y la defensa del acusado integrada por Mr. Nicolas Tiangaye y Mr. Patrice Monthé; se divide en ocho partes comenzando con la introducción, el contexto de los eventos sucedidos en Ruanda en 1994, y la respuesta a la

64 Barbero, Natalia (2011). "Crímenes de Lesa Humanidad. Especial referencia a las Agresiones Sexuales". En Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. Memorias del Tercer Seminario Internacional sobre los Desafíos en la Judicialización de Crímenes de Violencia Sexual Basado en Género. *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia* - Edición No. 3. Pág. 52-53.



pregunta por el genocidio en Ruanda; a partir del cuarto apartado se señalan aspectos en relación con la prueba, se realizan las conclusiones fácticas, la exposición del derecho aplicable y las consideraciones jurídicas por cada uno de los cargos, finalizando con el veredicto[65].

(i) Introducción

La introducción que contiene el fallo describe al TPIR creado por la ONU a través de la Resolución 955 del 8 de diciembre de 1994, dado que en Ruanda se cometió genocidio y violaciones flagrantes, generalizadas y sistemáticas contra el DIH. El anexo de la mencionada Resolución constituye el Estatuto del TPIR y las Reglas de procedimiento y prueba (Modificadas a la fecha de judicialización de *Jean-Paul Akayesu*, en 1996, 1997 y 1998)[66]. El Tribunal se integra por once magistrados distribuidos en dos salas de primera instancia (tres magistrados en cada una) y una sala de apelación (cinco magistrados). Los magistrados son elegidos por la Asamblea General de la ONU (artículo 12 (3) (c) del Estatuto del TPIR)[67].

El TPIR enjuicia a ruandeses por hechos cometidos entre el 01 de enero y 31 de diciembre de 1994. Su competencia *razone materiae* le da poder para perseguir personas que hayan cometido genocidio (artículo 2 del Estatuto del TPIR), crímenes de lesa humanidad (artículo 3 del Estatuto del TPIR), y a los responsables de violar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que protege a las víctimas en tiempos de guerra, y el protocolo II adicional a los Convenios del 8 de junio de 1977 (artículo 4 del Estatuto del TPIR)[68].

La Oficina del Fiscal es un órgano separado del Tribunal, y se encarga de la investigación y el enjuiciamiento de perpetradores que hayan cometido hechos tipificados en los artículos 2-4 del Estatuto del TPIR. Si considera *prima facie* presunciones que motiven la investigación de una persona sospechosa, la Fiscalía prepara una "*Acusación*" que contiene de manera concisa los crímenes que se imputan. Esta Acusación se envía a un magistrado de la Sala de Primera Instancia, quien la confirma. De acuerdo con el artículo 15 (3) del Estatuto

65 Ver: Judgement. Supra nota 1. Sin incluir el veredicto, el texto tiene 744 párrafos y, en la edición en Inglés, cuenta con 156 páginas.

66 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 2-3.

67 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 3.

68 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 4.

del TPIR, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia [TPIY] será también Fiscal del TPIR. Es asistido por un grupo de investigadores y abogados con base en Kigali (Ruanda) y se desplazan a Arusha (Tanzania) en donde se surten las audiencias del Tribunal[69].

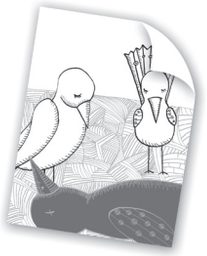
El párrafo 6 de la introducción contiene la Acusación realizada por la Fiscalía por los crímenes de competencia del TPIR, en contra de *Jean-Paul Akayesu*. Dicha Acusación se presentó el 13 de febrero de 1996, confirmada el 16 de febrero de 1996 y, en junio de 1997, le son adicionados los cargos 13-15 y tres párrafos (10A, 12A y 12B). La Fiscalía señala brevemente los antecedentes luego del 6 de abril de 1994, la distribución de la administración en Ruanda (once prefecturas, su subdivisión en municipios bajo la autoridad de un burgomaestre) y la función de *Jean-Paul Akayesu* como burgomaestre en el municipio de Taba. Luego, presenta los alegatos generales sobre los hechos encuadrados entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, en el municipio de Taba, Prefectura de Giratama en Ruanda, correspondientes al crimen de genocidio y lesa humanidad, sucedidos en el contexto del conflicto armado interno, sobre víctimas que no participaban en las hostilidades. El párrafo 10A adicionado, específicamente señala lo que se entiende por "violencia sexual".

Las acusaciones versan sobre la magnitud de las masacres que *Jean-Paul Akayesu* debió haber conocido en su condición de burgomaestre[70], que debió haber impedido por la autoridad que tenía y la responsabilidad para realizarlo. Con los adicionados párrafos 12A y 12B, se le acusa (por su presencia y por abstenerse a impedir que sucedieran) de haber instigado las violaciones sexuales, las golpizas y los homicidios que sucedieron dentro o en los alrededores del edificio de la comuna, lugar de despacho de *Akayesu* como burgomaestre.

Específicamente se le acusa de que el 19 de abril, o por esa fecha, tuvo en su oficina y no arrestó a François Ndimubanzi, presunto autor del homicidio de Sylvère Karera, profesor local acusado de estar asociado con el "Frente Patriótico Ruandés" [FPR]. Sobre el homicidio de Sylvère Karera, se le acusa de que en una reunión posterior celebrada en el sector de Gishyeshye, "aprobó" el homicidio, y pidió a la población eliminar los "cómplices" [colaboradores] del FPR, a través del nombramiento específico de tres personalidades tutsis: Ephrem Karangwa,

69 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 5.

70 Esto refuerza la tesis de Bernard Bruneteau sobre las características del proceder en el genocidio en Ruanda realizado de manera descentralizada y "microgestionada", dado que los burgomaestres o líderes de los lugares, regentaron los grupos de asesinos locales que estaban armados con machetes. Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. *Op. Cit*. Pag. 203.



Juvénal Rukundakuvuga (asesinado luego en Kanyinya) y Emmanuel Sempabwa (días después golpeado frente al edificio de la comuna del municipio).

Se le acusa de golpear y amenazar a miembros de la población, de quemar la casa y asesinar a familiares de Ephrem Karangwa cuando anduvo en su búsqueda. Se le acusa de la detención de ocho personas en su oficina y de haber dado la orden de asesinarlos. Se le acusa de haber ordenado la matanza de intelectuales –tutsi- influyentes, con ello, del homicidio de cinco profesores de la escuela secundaria de Taba, asesinados con machetes frente al edificio de la comuna, y de que en búsqueda de un profesor universitario, haya torturado a una mujer de 69 años, amenazado a otra con pasarle con el automóvil por encima si no proporcionaba información, y del homicidio de una víctima estrangulada con un pedazo de vestido –perteneciente a otra víctima que era objeto de interrogatorio-.

Con sustento en los hechos mencionados en las acusaciones[71] versan los cargos. En los cargos 1-3, la Fiscalía solicita hacer responsable a *Jean-Paul Akayesu* por "genocidio", punible por el artículo 2 (3) (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 1), complicidad en el genocidio, punible por el artículo 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR (Cargo 2), y autor de crímenes de lesa humanidad, punible por el artículo 3(b) del Estatuto del TPIR (Cargo 3).

El cargo 4, por los acontecimientos en torno al homicidio de Sylvère Karera y la reunión posterior, pide responsabilidad por instigación a cometer genocidio, punible por el artículo 2 (3) (a) del Estatuto del TPIR. Con los cargos 5-6, debido a las acciones de *Akayesu* frente a los homicidios de Juvénal Rukundakuvuga, Emmanuel Sempabwa, Simon Mutijima, Thaddée Uwanyiligira y Jean-Chrysostome Gakuba, la Fiscalía pide que sea reconocida la responsabilidad de *Akayesu* por el homicidio como crimen de lesa humanidad, punible por el artículo 3 (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 5), y por homicidio como violación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, punible por el artículo 4 (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 6).

Los cargos 7-8 se sustentan en los homicidios de las 8 personas detenidas en el edificio de la comuna, por lo que la Fiscalía pide sea reconocida la responsabilidad de *Akayesu* por homicidio como crimen de lesa humanidad, punible por el artículo 3 (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 7), y por homicidio como violación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, punible por el artículo 4 (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 8). En igual sentido versan los cargos 9-10, por los asesinatos de los cinco profesores frente al edificio de la comuna.

71 Párrafos 12-23 de la Acusación. Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 6.

Los cargos 11-12 versan sobre las golpizas a las víctimas, por lo que se pide se halle responsable a *Akayesu* por tortura como crimen de lesa humanidad, punible por el artículo 3 (f) del Estatuto del TPIR (Cargo 11), y tratos crueles como violación al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, punible por el artículo 4 (a) del Estatuto del TPIR (Cargo 12). Además de su responsabilidad individual señalada en el artículo 6 (1) del Estatuto del TPIR, la Fiscalía subsidiariamente y en virtud del artículo 6 (3), pide la responsabilidad de *Akayesu* como superior que debe responder por los hechos de sus subordinados, cuando sabía o tenía razones que los hechos iban a suceder, o que conociendo los hechos, no tomó las medidas para impedir que sucedieran, o castigar a los perpetradores.

Los cargos 13-15 versan sobre la violencia sexual cometida en el edificio de la comuna o en sus alrededores, por lo que la Fiscalía pide la responsabilidad de *Akayesu* por violación y otros tratos crueles e inhumanos como crimen de lesa humanidad, punibles por los artículo 3 (g) y 3 (i) del Estatuto del TPIR (Cargos 13 y 14). Por otra parte, frente a la violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se pide responsabilidad, porque los hechos revisten "*atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor*", punibles en el artículo 4 (e) del Estatuto del TPIR. La firma de la Acusación la realiza Loise Arbour quien reemplazó el 1 de octubre de 1996 a Richard Goldstone, Fiscal que llevaba el caso inicialmente.

El apartado introductorio del fallo continúa con el señalamiento de la competencia del Tribunal *ratione materia*, para perseguir los crímenes contenidos en los artículos 2-4 de su Estatuto[72], la definición de la responsabilidad penal individual[73] (artículo 6 del Estatuto del TPIR), y datos sobre el proceso en el que recuerda la captura de *Jean-Paul Akayesu* en Zambia el 10 de octubre de 1995[74], las actuaciones de la Fiscalía para presentar la Acusación el 13 de febrero de 1996 y su modificación el 17 de junio de 1997[75]; el inicio de las audiencias el 30 de mayo de 1996, en presencia de su abogado, audiencia en la cual *Akayesu* se declaró inocente de todos los cargos[76]. Continuando con los datos del proceso descritos en el fallo, se señala que inicialmente *Akayesu*

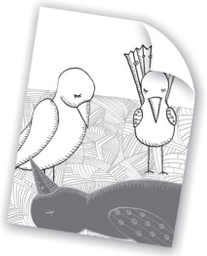
72 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 7.

73 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 8.

74 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 9.

75 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 10.

76 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 12. La interpretación simultánea en Inglés, Francés, y cuando fuera necesario en Kinyarwanda, se proporcionó en las audiencias.



contó con un abogado de oficio, Johan Scheers, luego reemplazado por Michel Karnavas, pero por nueva solicitud, la Secretaría del TPIR le permite el cambio para que su defensa fuera asumida por las abogadas Nicholas Tiangaye y Patrice Monthé. Los párrafos 14 y 16 del fallo señalan distintas peticiones realizadas por la defensa de *Akayesu*, que en general la Sala no aceptó.

El proceso de fondo comenzó el 9 de enero de 1997 en la Sala de Primera Instancia I, ante los magistrados Laïty Kama, presidente, Lennart Aspegren y Navanethem Pillay. Esta primera parte del proceso duró 26 días, finaliza el 24 de mayo de 1996. Allí se escuchan 26 testigos de cargo y la declaración de cinco peritos[77]. Sobre los testigos, se tuvo precaución con la identidad ante el público en general, pero el acusado y la defensa sí podrían verlos, y fueron autorizados para contrainterrogar[78]. Ahora bien, como se señaló, la Fiscalía modifica la Acusación, y esto tuvo lugar a través de la demanda del 16 de junio de 1997, con audiencia el 17 de junio de 1997, petición aceptada y que da comienzo a una segunda parte del proceso con audiencia programada para el 23 de octubre de 1997[79]. Frente a los nuevos cargos *Akayesu* se declara inocente, y la Fiscalía presentó a seis testigos nuevos; durante 31 días se presentó un total de 28 testigos. La defensa por su parte presentó 13 testigos. 155 pruebas fueron exhibidas en el proceso[80].

Compareció en el proceso, con la autorización del Secretario General de la ONU, el Mayor General Roméo Antonius Dallaire[81]. Sobre el particular, se denota que un representante del Secretario General de la ONU allegó un *amicus curiae* para referirse al levantamiento de la inmunidad del Mayor General para comparecer, dada su condición de excomandante de la MINUAR[82].

La línea de defensa de *Akayesu* comenzó con su declaración de inocencia frente a los cargos formulados por la Fiscalía en la versión original, y luego ante los nuevos cargos –adicionados-. Alega que no estaba en *Jean-Paul Akayesu* la posibilidad de evitar las acciones y masacres que no ordenó, porque precisamente en su situación las milicias de los *Interahamwe* sobrepasaban sus fuerzas, y no pudo poner fin a las masacres. Tampoco cometió ni permitió las

77 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 17.

78 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 18-19.

79 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 23.

80 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 24.

81 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 115. El Mayor General Roméo Antonius Dallaire funge como testigo de la defensa en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, con autorización del secretario de General de la ONU. Judgement. Supra nota 1. Par. 25.

82 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 25.

golpizas ni las violaciones a niñas y mujeres[83]. Para sustentar las afirmaciones, la estrategia de la defensa convocó al Mayor General excomandante de la MINUAR, para afirmar que éste no pudo con sus 2.500 hombres detener las masacres, lo cual señala que *Akayesu* con sus diez policías no podría haber hecho mayor cosa y, aún más, también sucede que en toda Ruanda ningún burgomaestre pudo detener los ataques[84]. Adicionado a los argumentos sobre el número de integrantes de las milicias que atentaban contra la población, versus las fuerzas limitadas de *Akayesu* como burgomaestre con sus pocos hombres, la defensa señala que en Ruanda existe una "*sindicato de informantes*" en el proceso ante el TPIR, y que su prohijado ha sido tomado como un "*chivo expiatorio*" por su condición de burgomaestre en la época de las masacres[85].

Sobre las acusaciones en específico, niega que en la reunión de Gishyeshye hubiese nombrado voluntariamente a quiénes se debía perseguir, porque lo hizo con una lectura de un documento bajo las amenazas de los *Interahamwe*[86]. En el caso de los homicidios de las cinco personas, señala que el único testigo (K), también había sido convocado por él mismo cuando estuvo detenido en Zambia para que testificara en su defensa, ahora bien, ¿cómo citaría a un testigo de hechos que le resultarían atribuibles a *Akayesu* mismo?[87] Frente a los homicidios de los hermanos del señor Karangwa, afirma la defensa que hay incertidumbre y solicita a la Sala la exhumación de los cadáveres –solicitud negada-[88]. De cara a las golpizas, la defensa solicita evidencia a través de exámenes médicos que las acrediten, y como no los hay, niegan que puedan imputarse esos casos[89]. Finalmente, ante los presuntos hechos de la violencia sexual, la defensa considera que corresponde a presiones de la opinión pública y por ello se motiva la modificación de la Acusación. Y en el caso de la testigo J presunta víctima de violencia sexual, sugiere que se realice un tratamiento psiquiátrico porque todo lo manifestado está en su fantasía[90].

La introducción del fallo termina con la presentación de quien en la sentencia ostenta la condición de "acusado" (revisión del párrafo 3 de la Acusación), y

83 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 30.

84 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 31.

85 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 33, 35.

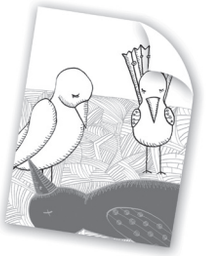
86 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 38.

87 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 39.

88 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 40.

89 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 41.

90 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 42.



sus funciones en calidad de "burgomaestre" en el municipio de Taba (revisión del párrafo 4 de la Acusación). Sobre lo primero, señala que nació en 1953, está casado, tiene cinco hijos, y que antes de ser burgomaestre era profesor y figura popular en la comunidad local[91]. Políticamente con la llegada del multipartidismo fue uno de los signatarios en la fundación del MDR, y ostenta el cargo de presidente del partido en Taba[92]. Entre cuatro candidatos resultó electo burgomaestre del municipio en abril de 1993.

La Sala realizó la distinción entre los poderes de *iure* y los poderes de *facto*, con ello, las facultades de *iure* como poder de un burgomaestre en Ruanda para ejecutar las leyes que adoptara el concejo municipal, su facultad para contratar, despedir, entre otras funciones administrativas, además del control sobre la policía a través de su competencia disciplinaria[93]. En tiempos de guerra o urgencia nacional, también el burgomaestre puede ordenar que sean evacuadas las personas, o su reclusión[94]. En cuanto al poder de *facto,* a través del perito Alison Desforges se manifiesta que el burgomaestre ostentaba un poder como de un jefe en la época precolonial, de tal forma que se siguen sus órdenes como se sigue a un "padre", sean estos mandatos legales o ilegales[95]. Para la Sala de Primera Instancia, se considera probado que "*en Ruanda, el burgomaestre es la figura más poderosa en la comuna*"[96].

(ii) El contexto de los eventos sucedidos en Ruanda en 1994

La elaboración del contexto en el fallo tiene por finalidad la ubicación de los hechos que están dispuestos en la Acusación contra *Jean-Paul Akayesu*. Este acápite en extenso aparece como contenido de la primera parte del documento, por lo tanto, solamente se realiza un recuento descriptivo de su contenido.

Para realizar el contexto, la Sala de Primera Instancia se vale fundamentalmente del Dr. Alison Desforges actuando como perito. Esto le permite ubicar históricamente los hechos de la historia ruandesa desde el período precolonial hasta 1994[97]. Para ello, realiza una descripción geográfica, demográfica y económica[98]; aprecia la complejidad política de la forma

91 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 50-51.

92 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 52.

93 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 61-66.

94 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 70-71.

95 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 73-74.

96 Judgement. Supra nota 1. Par. 77.

97 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 78.

98 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 79.

avanzada de monarquía gobernada por representantes y nobles tutsi en Ruanda, que permitía la comunicación del rey con las regiones[99]. Precisa las consideraciones en torno a las palabras "*hutu*" y "*tutsi*", y la responsabilidad del colonialismo europeo en su radicalización desde una lectura étnica[100]. Se señala la aparición de los partidos políticos a partir de la década de 1960 en Ruanda, el estallido de las primeras confrontaciones[101], y la manera como los hutus fueron haciéndose al poder[102]. Ya en la década de 1990, se señala la confrontación ante la contradicción tutsi representada fundamentalmente por las FPR, el uso de los medios y la propaganda, y la "política del espejo" utilizada por los grupos en contienda para atribuir a su contrario lo que se hace o deja de hacer[103]; las tensiones suscitadas a partir de los Acuerdos de Paz celebrados en Arusha[104]; la muerte del presidente de Burundí, Melchior Ndadaye[105], y como punto crucial, el suceso con el avión presidencial el 6 de abril de 1994[106].

A partir del párrafo 107 hasta el párrafo 111 se trae para el contexto, hechos relevantes sobre masacres, asesinatos de personalidades de la vida política y social en Ruanda, las confrontaciones entre el ejército y los rebeldes, la propaganda, los engaños para facilitar el exterminio convocando las personas en lugares como iglesias, escuelas, hospitales, o edificios de la administración, y la finalización de las masacres cuando el FPR entra victorioso a Kigali el 18 de julio de 1994. La Sala concluye el contexto afirmando que: "*El número estimado del total de víctimas del conflicto varía de 500.000 a 1.000.000 o más*"[107].

(iii) Respuesta a la pregunta por el genocidio en Ruanda

El marco en el que suceden los hechos objeto de la acusación, se encuadran en el fallo a partir de la respuesta a la pregunta que la Sala de Primera Instancia I se hace por el genocidio en Ruanda en 1994, para superar la tesis de quienes pueden pensar que los eventos trágicos "*eran solo una parte de la guerra entre*

99 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 80.

100 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 83-87.

101 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 88-89.

102 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 90-94.

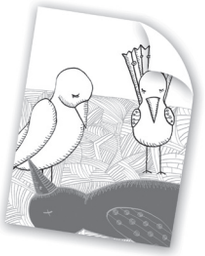
103 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 99-100.

104 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 102, 105-106.

105 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 103.

106 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 106.

107 Judgement. Supra nota 1. Par. 111.



las Fuerzas Armadas Ruandesas [FAR] y el Frente Patriótico Ruandés [FPR]"[108]. La Sala evalúa bajo esta connotación las masacres sucedidas entre abril y julio de 1994, así retoma analíticamente su interés frente a la definición de genocidio contenida en el Estatuto del TPIR, y que recoge la "*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*", adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948[109]. Así las cosas, en el segundo numeral del artículo 2 del TPIR define que:

> *"Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran 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) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
> *c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
> *d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;*
> *e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.*
> *3. Serán punibles los actos siguientes:*
> *a) El genocidio;*
> *b) La conspiración para cometer genocidio;*
> *c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;*
> *d) La tentativa de genocidio;*
> *e) La complicidad en el genocidio".*[110]

Frente a los hechos, no se podrían negar masacres generalizadas en Ruanda en 1994. Y esto se confirma en el fallo con los testimonios como el del Dr. Zachariah, médico de la organización no gubernamental "médicos sin fronteras", el testimonio –citado por la defensa- del Mayor General Roméo

---

108 Judgement. Supra nota 1. Par. 112. La Sala responde a ello negativamente. Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 127.

109 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 113.

110 El artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio", señala que *"se entiende por genocidio cualquiera 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 del 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 los nacimientos en el seno del grupo;
e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

Antonius Dallaire, las fotografías del camarógrafo británico Simon Cox, quien registra cadáveres en Remera, Biambi, Shangi, entre Cyangugu y Kibuye, y en Bisesero, y el mismo Cox menciona en el proceso que la documentación esparcida en el suelo, tenía marcado "*tutsi*". Con ello se cumple la primera condición para el genocidio[111], a saber, lo contemplado en el artículo 2 (2) (a) del Estatuto del Tribunal.

Frente a la segunda condición exigida para el genocidio, los hechos señalan la intención de lesionar física o mentalmente a los miembros de un grupo, para el caso, personas identificadas como tutsi. Alison Desforges actúa en calidad de "perito" y realiza su testimonio para señalar dicha intencionalidad a partir de las declaraciones de los políticos, las canciones y "slogans" populares de los *Interahamwe*, y señala que todo ello estaba claramente intencionado en manifestaciones expresas del querer aniquilar completamente a personas asociadas con el grupo tutsi[112]. Otros testigos confirman estas afirmaciones. Y resulta significativo, que el retorno de personas del grupo tutsi al río Nilo, cuando eran arrojadas al río Nyabarongo, afluente del mencionado Nilo, se da porque los genocidas pretendían hacer "*retornar los tutsis a su lugar de origen*", "*retorno a Abyssinia*"[113].

La intención genocida recayó también sobre los no nacidos hijos de tutsi, porque así sus madres fueran hutu se les asesinaba, y esto era atribuible también a *Jean-Paul Akayesu* de acuerdo con el testimonio de PP, quien manifestó que aquél hizo pública una declaración según la cual: "*si una mujer hutu fuera embarazada por un hombre tutsi, hutu, la mujer tenía que localizarse 'para que el embarazo sea abortado*"[114]. Si bien en la tradición ruandesa no se puede romper la calabaza usada como mantequera ("gisabo"), si en ella hay una serpiente, sí puede romperse[115]. En la década de 1990, las personas del grupo tutsi señaladas como "cucarachas", pasan a ser considerados como "serpientes"[116].

Para conocer el *mens rea* o *dolus specialis*, la Sala necesita establecer si los hechos sucedieron contra un grupo particularmente diferenciado. Con sustento en testimonio del Mayor General excomandante de la MINUAR, con el peritaje del Dr. Zachariah y varios testigos más, pero sobre todo, con

111 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 116.

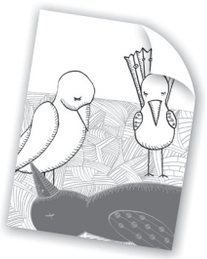
112 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 118.

113 Judgement. Supra nota 1. Par. 120.

114 Judgement. Supra nota 1. Par. 121.

115 *Ibídem*.

116 Ver: Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda. Op Cit.* Pag. 210.



el propio *Akayesu*, se confirma que fueron tutsi el objetivo de las masacres[117]. Se resaltan dos hechos para fundamentar estas afirmaciones. En primer lugar, en los retenes luego del accidente del avión presidencial se comprobaba en la documentación la mención de la "etnia" a la cual pertenecían quienes eran detenidos, para luego asesinarlos. El segundo hecho, tiene que ver con la propaganda. Al proceso se allegan documentos con caricaturas de medios impresos, también la orden a través de una carta del coronel Deofratas Nsabimana, en la que se define al enemigo principal y sus partidarios[118].

Una vez realizado el abordaje, la Sala de Primera Instancia advierte que aún establecido el genocidio en Ruanda, en el proceso se tendrá un mejor análisis sobre los hechos puntuales que soportan los cargos, en aras de respetar la "presunción de inocencia" de *Akayesu*[119].

(iv) De los elementos de prueba

Para la administración de los elementos de prueba, se advierte por la Sala de Primera Instancia algunos asuntos relacionados con (1) su valoración, (2) el impacto o trauma sobre los testigos, (3) cuestiones sobre la interpretación del *Kinyarwanda* traducido al Francés e Inglés, y (4) algunos factores culturales que afectan los testimonios[120].

Frente a la (1) valoración de los elementos de pruebas, para el TPIR, se señala que cada testimonio y 'exhibición' –de elementos probatorios- allegados al proceso, será evaluado de manera individual de acuerdo con la "credibilidad" y "relevancia" en consonancia con el caso. Aplica el principio de buena fe a las declaraciones y demás elementos probatorios, la no sujeción a uno u otro sistema jurídico, en especial, se menciona la adhesión al artículo 89 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR[121]. Por su parte, los párrafos 132-136, señalan el principio *unus testis, nulus testis* (un testigo no es testigo), exigiendo la corroboración de un testimonio con otros testimonios, principio de tradición en el derecho romano, pero que en el TPIR no vale para la violencia sexual, según lo dispuesto en la Regla 96(i) de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

117 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 122.

118 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 123.

119 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 129.

120 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 130.

121 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 131.

Ante las declaraciones que se hicieron fuera de las audiencias, algunas transcritas y traducidas del *Kinyarwanda* al Inglés o Francés, la Sala disminuye su valor frente a las que se hicieron en audiencia y tuvieron la oportunidad de contrainterrogatorio[122]. Por su parte, señala los criterios ante la posibilidad de "*Falso testimonio*" en el proceso, ajustado a la Regla 91 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR[123].

De cara a (2) los traumas e impactos sobre quienes presentan testimonio, dado que muchas personas presenciaron los vejámenes cometidos contra sus familiares, la Sala consideró el testimonio en el mismo día, y no desconoce que pueden tener afectaciones que los conlleven a inconsistencias e imprecisiones, pero, precisamente el Programa de Protección de Testigos coadyuva para mermar y aliviar el estrés. Igualmente, se provee la prohibición de revelar sus nombres en los medios, y durante las jornadas en las que acudían al Tribunal, recibieron atención médica y psiquiátrica, también como estrategia para disminuir el nivel de estrés[124].

Frente a (3) la interpretación del *Kinyarwanda* al Inglés o Francés, la mayoría de declaraciones fueron tomadas en la lengua hablada en Ruanda, traducidas al Francés y luego al Inglés. Cuando la Sala se percató de inconsistencia en las actas, toma la decisión de referir las traducciones en Francés. Con expresiones precisas se realizan anotaciones en *Kinyarwanda,* para lo cual contribuye el peritaje del Dr. Mathias Ruzindana, experto en lingüística[125].

Finalmente, frente a (4) los factores culturales que afectan los testimonios, con el peritazgo del Dr. Ruzindana se afirmó que en Ruanda se tiene, ante la poca cantidad de personas que saben leer y escribir, una tradición oral, y que por tanto muchos podrían confundir lo que oyeron con lo que realmente vieron. A la Sala le correspondió hacer constantemente esta distinción[126].

(v) Las conclusiones fácticas

El primer grupo de conclusiones fácticas versa sobre los párrafos 5-11 de la Acusación, en los que aparecen "*mezclados*" hechos y elementos de derecho sobre genocidio, crímenes de lesa humanidad y la violación al DIH. La Sala de Primera

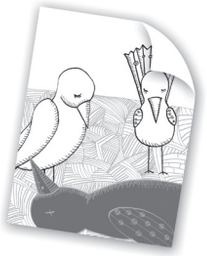
122 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 137.

123 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 138-141.

124 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 142-143.

125 Ver: Supra notas 35, 46, 49.

126 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 155.



Instancia I recibe varias declaraciones como la de Dr. Ronie Zachariah, de la señora Lindsey Hilson, del señor Simon Cox, y del Dr. Alison Desforges -quien actuó como perito experto-, también del General Roméo Dallaire ex comandante de las fuerzas de la MINUAR, además de tomar en cuenta informes de la ONU[127].

El Dr. Ronie Zachariah de la organización Médicos sin fronteras, manifiesta en su testimonio que observó masacres en el camino de Butare a Burundí, en sus palabras: "*pilas de cuerpos*"[128]. La señora Lindsey Hilson periodista de profesión, señala haber presenciado masacres de tutsis en la capital[129]. Simon Cox, camarógrafo y fotógrafo, filmó cuerpos flotando en el lago Victoria, igualmente, cadáveres en las carreteras y Kigali, filmaciones que se proyectaron ante la Sala[130]. El peritaje del Dr. Alison Desforges fue utilizado para la elaboración del "*contexto de los eventos sucedidos en Ruanda en 1994*"[131]. El General Dallaire, por su parte, relató que observó masacres, pero en especial, hace mención de la confrontación bélica entre las FAR y el FRP[132], testimonio fundamental para establecer en Ruanda la existencia de "conflicto armado". Los informes de la ONU se mencionan en el párrafo 165.

Lo anterior, y con sustento en otros testimonios, conlleva a las conclusiones de que los hechos se realizaron con la intención de destruir a la población tutsi[133], y en conexión están los actos cometidos en el municipio de Taba[134] correspondientemente con la judicialización adelantada en contra de *Jean-Paul Akayesu*. También, la distinción entre "hutu" y "tutsi" bajo el criterio étnico se demuestra con mención del Código Civil de Ruanda de 1988, artículos 57 y 118, y en normas de derecho consuetudinario[135].

Frente al carácter generalizado y sistemático del ataque dirigido contra la población civil para constituir crimen de lesa humanidad, señala el párrafo 173 lo significativo del gran número de masacres en todo el país, los ataques a tutsis en retenes y en sus propias casas, la importación excepcional de machetes, la dirección del ataque a personas específicas por la función que desempeñaban

127 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 157.

128 Judgement. Supra nota 1. Par. 158.

129 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 160.

130 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 161.

131 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 163.

132 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 164.

133 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 168.

134 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 169.

135 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 170-171.

(profesores e intelectuales), y la propaganda. Por su parte, el párrafo 174 señala, con sustento en la declaración del General Dellaire, las características de la confrontación entre las FAR y el FPR.

Los párrafos 178-180 se detiene en las afirmaciones de los testimonios frente a la autoridad que como burgomaestre ejercía *Akayesu*, mientras que a partir del párrafo 184 al 186 se señalan testimonios de la defensa que niegan la participación del acusado en la comisión de las masacres, y que tomó las medidas que estaban a su alcance, todo por su imposibilidad de actuar en contra de los *Interahamwe*. Pero con sustento en otros testimonios, se señala un cambio de actitud a partir del 18 de abril de 1994, de tal forma que el *Akayesu* es vinculado con el accionar de los *Interahamwe*[136]. Aunque esto es objetado por la defensa, la conclusión de la Sala lleva a aquélla afirmación, dado que *Akayesu* no solamente "sabía" y era "testigo", sino que también "participó" y "ordenó" los homicidios[137].

Por el homicidio de Sylvère Karera se formularon los cargos 1-3. Se escuchan testimonios que confirman haber visto el cadáver del profesor Karera, asesinado por los *Interahamwe*[138]. Del mismo modo, en la Acusación se señala que *Akayesu* aunque tuvo en su despacho a uno de los perpetradores, la Fiscalía no aporta elemento alguno para probar el número e identidad de los responsables[139], ni tampoco demuestra, más allá de toda duda razonable, que hayan sido remitidos ante *Jean-Paul Akayesu*[140].

Frente a los hechos que vinculan a *Akayesu* y a Ephrem Karangwa, éste renuncia a la protección y comparece con su nombre ante el Tribunal. Señala que era inspector de policía, y huyó del municipio[141] hacia una montaña desde la cual vio a *Akayesu* ingresar su casa y a la de su madre, y destruirlas. Para acreditarlo, aportó fotografías de las edificaciones en ruinas[142]. Manifestó que escuchó al acusado decir que sus hermanos debían ser golpeados, y que después oyó disparos e infirió que habían sido asesinados[143]. Por su parte, en el testimonio de S, se señala que los policías ante la huida de los hermanos de

136 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 187.

137 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 193.

138 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 196-202.

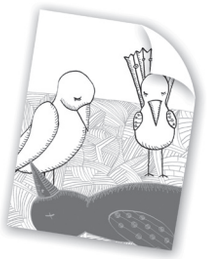
139 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 204, 217.

140 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 213, 218.

141 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 225.

142 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 226.

143 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 229.



Karangwa, dijeron "*detengan esos 'inyenzi'*"[144], perseguidos por la muchedumbre y ultimados por dos de los policías[145].

Con sustento en estos testimonios, la Sala concluye que *Jean-Paul Akayesu* estuvo presente en las dos casas; que estaba en búsqueda de Ephrem Karangwa; que las dos casas fueron destruidas en su presencia por hombres bajo su control; que buscó a Karangwa en la casa de su cuñado en Musambira; y que participó estando presente en los homicidios de sus hermanos de nombres Simon Mutijima, Thadee Uwanyiligira y Jean Chrysostome Gakuba, dando la orden a hombres bajo su mando en calidad de burgomaestre del municipio de Taba.

Las conclusiones fácticas por la muerte de las ocho personas al frente del edificio de la comuna, y la orden de asesinar a los intelectuales que terminó con el homicidio de cinco profesores[146], se sustenta en testimonios que afirman que *Akayesu* dio la orden de asesinar con la expresión "*hazlo rápido*", para que los ocho retenidos fueran llevados por los *Interahamwe* al frente de la edificación y ejecutarlos[147]. En el mismo testimonio se señala que *Akayesu* liberó a los prisioneros por delitos comunes a quienes asignó la tarea de recoger los cadáveres y enterrarlos[148], y que había estado presente en el momento en el cual se dio la orden para asesinar a los profesores[149], afirmación corroborada por otro testigo[150].

Llama la atención que para soportar las conclusiones, la versión de la Fiscalía se ve respaldada por un testigo de la defensa que señala que *Jean-Paul Akayesu* estaba en el edificio de la comuna en donde sucedían masacres. Esto contradice la declaración hecha por él, de que en el edificio de la comuna no se cometían homicidios y que solo había visto los cadáveres de dos niños. Por lo tanto, *Akayesu* no solamente sabía de los homicidios, sino que estaba presente[151]. Esto llevó a que el acusado admitiera luego que sí estuvo presente, y vio masacres en el edificio de la comuna, lugar de su despacho[152]. También, que estaba en capacidad

144 Judgement. Supra nota 1. Par. 243.

145 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 244.

146 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 272.

147 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 276.

148 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 277.

149 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 283.

150 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 288. Sobre la corroboración, ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 299.

151 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 304.

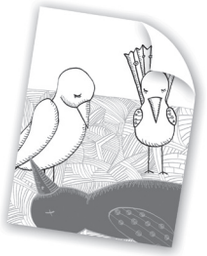
152 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 306.

de distinguir a quienes eran intelectuales[153]. Para la Sala, *Akayesu* liberó a los ocho retenidos, los dejó en manos de los *Interahamwe* y ordenó matarlos[154]. De igual forma, ordenó el asesinato de los profesores, pero no se demuestra que haya sucedido por ostentar una función especial, sino, por ser tutsis[155].

En las conclusiones sobre la reunión en el sector de Gishyeshye el 19 de abril de 1994, en la cual *Jean-Paul Akayesu* se refiere al homicidio de Sylvère Karera, la Sala señala que el acusado no convocó la reunión, sino que se unió a una reunión ya formada, empero, por su condición de burgomaestre y la autoridad que el cargo le proveía, él la dirigió[156]. Sin embargo, no se concluye más allá de toda duda razonable, que en ella se haya "aprobado" el homicidio de Sylvère Karera[157], pero sí, que en dicha reunión –luego de los aportes del perito en lingüística sobre menciones despectivas para referir a las personas del grupo tutsi- que *Akayesu* instigó para realizar homicidios -de tutsis-[158], y por tanto, existe conexión entre esta reunión con las matanzas generalizadas en Taba[159]. En la reunión referida, se acusa a *Akayesu* de haber nombrado tres personalidades tutsi. Él mismo acepta haber recibido un documento por parte de un integrante de las milicias *Interahamwe*, y haber nombrado a Ephrem Karangwa, situación corroborada por varios testigos[160], pero no se tiene probado que haya nombrado a Juvénal Rukundakuvuga y a Emmanuel Sempabwa[161].

Las conclusiones sobre las golpizas y la violencia asociadas con interrogatorios ordenados por *Jean-Paul Akayesu*, llevan a la aceptación, más allá de toda duda razonable, de lo sucedido con la víctima U interrogada y amenazada por el acusado en el edificio de la comuna[162], lo que no sucede con la víctima X golpeada en el interrogatorio por la ubicación de Ephrem Karangwa, porque en este caso no se permite la corroboración del testimonio, al ser un único testigo cuya credibilidad fue puesta en duda por la defensa que demostró graves inconsistencias entre la declaración escrita y lo afirmado en la audiencia[163].

153 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 307.
154 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 309.
155 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 313.
156 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 359.
157 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 360.
158 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 361.
159 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 362.
160 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 383-384.
161 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 385.
162 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 405-406.
163 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 407-408.



En otros hechos de golpizas los testimonios son consistentes y permiten conclusiones que atribuyen la responsabilidad del acusado[164]. Por otra parte, los alegatos y conclusiones sobre VSBG, serán objeto de análisis en el tercer acápite del presente documento.

(vi) El derecho aplicable

El fallo comienza por señalar la "acumulación de cargos" y considera que los crímenes contenidos en los artículos 2-4 del Estatuto del TPIR, protegen distintos intereses[165], lo que autoriza múltiples condenas[166]. De otra parte, revisa la "responsabilidad penal individual" contenida en el artículo 6 del Estatuto del TPIR, con los principios básicos (artículo 6 (1)) y la responsabilidad de un superior (artículo 6 (3))[167], suficientemente acreditada si tan solo tuviera razones para haber conocido lo que iban a cometer, o cometieron sus subalternos, y no haya tomado las medidas para prevenir o sancionar a los autores[168].

Como forma de responsabilidad derivada del artículo 6 (1) del Estatuto del TPIR, se encuentra en primer lugar el "*planear*" el crimen[169], en segundo lugar, la "*instigación*"[170], en tercer lugar, por "*ordenar*"[171], también por "ayudar" o "apoyar"[172]. Por su parte, resulta interesante que la responsabilidad del superior, si bien se predica naturalmente para estructuras militares, para el caso de un civil –ostentado por *Jean-Paul Akayesu*-, lleva al TPIR a la necesaria evaluación del poder de autoridad que se atribuye al acusado, para tomar las medidas que impidieran la comisión de los crímenes o para castigar a quienes los perpetraron[173].

Los párrafos 492-562, comprenden el desglose del artículo 2 del Estatuto del TPIR que contiene el crimen de genocidio, su definición, el requerimiento de un *dolus specialis*, la necesidad de que el acto sea dirigido contra un grupo específico, que se causen lesiones graves a la integridad física o mental de

164 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 414-415.

165 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 469.

166 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 469.

167 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 471.

168 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 479.

169 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 480.

170 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 481.

171 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 483.

172 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 484.

173 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 491.

los miembros del grupo, la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo, el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, la complicidad en el genocidio y la instigación directa y pública a cometer genocidio.

Por su parte, los párrafos 563-598 abordan los crímenes de lesa humanidad, su génesis, su inclusión en el artículo 3 del Estatuto del TPIR, los requisitos de generalidad y sistematicidad del ataque, la dirección de los actos contra la población civil, los motivos discriminatorios de los actos cometidos, la enumeración de los actos en homicidio intencional, exterminio, tortura y violación. La enumeración de lo relacionado con las violaciones al DIH (artículo 4 del Estatuto de TPIR), están contenidas en el fallo entre los párrafos 599-637.

(vii) Las consideraciones jurídicas

Frente a las violaciones al DIH (artículo 4 del Estatuto de TPIR), la Fiscalía debe demostrar en *Akayesu* su autoridad tanto de *iure* como de *facto* para apoyar los esfuerzos de la guerra[174]. La Fiscalía se detiene en señalar que el acusado portaba fusil, chaqueta militar, pero esto no demuestra que apoyara la guerra[175], por lo tanto, para los cargos 6, 8, 10, 12 y 15 de la Acusación, en relación con las violaciones al DIH, no hay responsabilidad penal individual atribuible a *Akayesu*[176].

Frente al crimen de lesa humanidad [homicidio intencional], no se considera que Akayesu en la reunión en el sector de Gishyeshye el 19 de abril de 1994, haya nombrado a Juvénal Rukundakuvuga o a Emmanuel Sempabwa[177], pero si le es atribuible responsabilidad por el caso del homicidio de los hermanos de Ephrem Karangwa, tres civiles (Simon Mutijima, Thaddée Uwanyiligra y Jean Chrysostome), asesinados intencionalmente[178]. Por los ocho retenidos en el edificio de la comuna que luego fueron entregados para ser asesinados por las milicias de los *Interahamwe*, con la orden de matarlos, se constituye un homicidio intencional[179] y la Sala encuentra responsabilidad del acusado. Consideraciones jurídicas muy similares se dan en el caso de los cinco profesores[180].

174 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 640.

175 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 640.

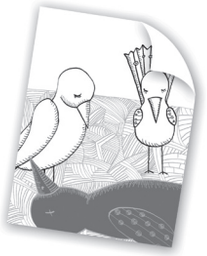
176 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 643.

177 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 647.

178 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 648.

179 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 656-661.

180 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 664-671.



Por los discursos en la reunión en el sector de Gishyeshye el 19 de abril de 1994, para la Sala, más allá de toda duda razonable, es claro que *Akayesu* cometió instigación directa y pública a cometer genocidio[181]. Frente a la "tortura" como crimen de lesa humanidad, el párrafo 682 discrimina una serie de actos cometidos por *Jean-Paul Akayesu* que fueron cometidos por él, por personas a sus órdenes y en su presencia, o por instigación suya[182].

Frente a los cargos por genocidio, la sala señala que son dos crímenes distintos cuando a aquél se le compara con la complicidad. No puede alguien ser autor y cómplice al mismo tiempo y por los mismos hechos[183]. En su evaluación versa sobre los hechos que, dada la condición de *Akayesu* como autoridad local, no se opone a la comisión de los crímenes y por ello, de allí deduce "*una forma tácita de estímulo*"[184].

Sobre la responsabilidad de *Akayesu* frente al genocidio, para la Sala importa la evaluación del "dolo específico" como intención de destrucción de un grupo, a partir del "número de hechos", deducido en el caso por (1) los hechos y declaraciones de *Akayesu*, y en especial, (2) del "contexto" de perpetración de hechos contra el mismo grupo[185]. Sobre los hechos y declaraciones, la Sala encuentra en los discursos de *Akayesu* la instigación directa y pública a cometer genocidio[186]. Igualmente, el "contexto" permitió encontrar la generalidad de hechos sucedidos en Taba y en Ruanda, como la sistematicidad en la selección de personas tutsi con exclusión de otros grupos[187]. Las consideraciones jurídicas sobre la violencia sexual se tendrán en la tercera parte del presente documento.

(viii) El veredicto

La Sala de Primera Instancia I del TPIR, decide por unanimidad luego de analizar las pruebas y los argumentos de las partes, que *Jean-Paul Akayesu* es culpable de genocidio (cargo 1) e instigación directa y pública a cometer genocidio (cargo 4), de crímenes de lesa humanidad, exterminio (cargo 3), homicidio intencional (cargos 5, 7 y 9), tortura (cargo 11), violación (cargo 13) y otros actos inhumanos (cargo 14).

181 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 673-675.

182 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 682.

183 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 468, 700.

184 Judgement. Supra nota 1. Par. 705.

185 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 728.

186 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 729.

187 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 730.

Por otra parte, *Jean-Paul Akayesu* es inocente de complicidad en el genocidio (cargo 2), de violación de artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, homicidio (cargo 6, 8, 10), trato cruel (cargo 12) y del artículo 4(2)(e) del Protocolo Adicional II (cargo 15).

II. La sentencia

Un mes después del fallo, el 2 de octubre de 1998 los jueces Laïty Kama, Lennart Aspegren y Navanethem Pillay, pronuncian la sentencia en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*[188]. El documento señala luego de los saludos y la presentación de las partes (*Akayesu* dentro de ellos), que la sentencia se proferirá con sustento en el veredicto del fallo de la misma Sala en el cual se encuentra culpable al acusado por (1) genocidio, (2) instigación directa y pública a cometer genocidio y por crímenes de lesa humanidad (exterminio, homicidio intencional, tortura, violación y otros actos inhumanos).

Se señala que de acuerdo con la Regla 101(A) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR, si una persona es declarada culpable por los delitos perseguidos de acuerdo con los artículos 2-4 del Estatuto del TPIR, tendrá penas de prisión hasta por cadena perpetua. Igualmente se señala que el Estatuto excluye los castigos como la servidumbre, la pena de muerte y la multa, y se advierte que no hay determinación específica sobre la sanción, tanto en la citada Regla 101 como en el artículo 23 del Estatuto del TPIR, por lo que se deja a discreción de la Sala la determinación de la sanción, atendiendo a (i) la gravedad del crimen, (ii) las condiciones personales del condenado y las situaciones agravantes o atenuantes, y (iii) la cooperación del condenado antes y después del proceso[189].

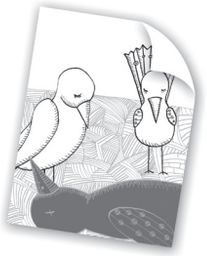
(i) La gravedad de los crímenes

La gravedad de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, luego de las experiencias en los tribunales de *Nüremberg* y *Tokio*, se da por la afectación del "consciente colectivo"[190]. Específicamente para el genocidio, se cita del preámbulo de la *Convención contra el Genocidio* al señalar que la historia ha padecido este flagelo y que por ello se convoca a las naciones para que luchen contra él. La

188 Ver: Sentence. Supra nota 2.

189 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 2-3.

190 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 3.



mención sobre el genocidio de cara a la determinación de la pena, se da en la gravedad al requerir *dolus specialis,* y para la Sala, el genocidio es considerado como "*el crimen de los crímenes*"[191], determinante al momento de la sentencia.

Por su parte, el crimen de lesa humanidad choca a la conciencia de la humanidad al ser cometido contra la población civil, con una base discriminatoria. Pero, para la Sala no se presenta un argumento como corresponde frente a la gravedad de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, por lo cual señala que en la normatividad interna de Ruanda, estos crímenes reciben las penas más severas[192] y que importaría la revisión de sentencias en este país proferidas, para tener una referencia. Encuentra que se considera la aplicación de penas de muerte (proscrita por el Estatuto del TPIR), y en los casos de cadena perpetua, al no poseer información suficiente, no conoce las razones que subyacen a dichas sentencias.

De otra parte, recuerda que la instauración del TPIR corresponde a un interés de disuasión (teoría de la prevención general de la pena), para que las infracciones cometidas en Ruanda no vuelvan a suceder, porque no serán toleradas por la comunidad internacional[193]. Entonces se señala que se tomarán por criterios los agravantes y atenuantes, como las condiciones personales del procesado.

(ii) las condiciones personales del condenado y las situaciones agravantes y atenuantes,

La Fiscalía argumenta que los crímenes cometidos por *Jean-Paul Akayesu* deben tenerse como de "extrema gravedad", y como situaciones agravantes, (1) la autoridad y su deber de protección de la población; (2) el haber traicionado la confianza de quienes lo eligieron como burgomaestre, haber utilizado la policía y por haber abusado de sus poderes; (3) por haber actuado con premeditación y planeado sus crímenes; y porque (4) las conductas se extienden por más de cuatro meses en el tiempo con mayor intensidad[194].

No es considerada por la Fiscalía cualquier posibilidad de atenuante, y solicita que por cada uno de los cargos se presenten las condenas por separado, de tal forma que se evidencie la gravedad de los crímenes así: por el genocidio (cargo 1), instigación directa y pública a cometer genocidio (cargo 4) y crimen de lesa

191 Sentence. Supra nota 2. Pag. 3.

192 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 4.

193 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 4.

194 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 6.

humanidad, exterminio (cargo 3) y violación (cargo 13), cadena perpetua; por el crimen de lesa humanidad, homicidio intencional (cargos 5, 7 y 9), cadena perpetua o un mínimo de treinta (30) años en prisión; por el crimen de lesa humanidad, tortura (cargo 11), mínimo veinticinco (25) años en prisión; por el crimen de lesa humanidad, otros actos inhumanos (cargo 14), diez (10) años en prisión[195].

Akayesu, actuando a nombre propio se reafirma en su declaratoria de inocencia, pero señala que la Sala debería considerar como atenuantes que: (1) se opuso a los asesinatos, inclusive fue perseguido y que uno de sus policías fue asesinado y otro herido: (2) que no disponía de la fuerza para contradecir y oponerse a las milicias, ni siquiera lo había hecho el Mayor General Dallaire comandante de la MINUAR. También pidió disculpas, no por su responsabilidad, sino porque en general no pudo actuar y cumplir su función en el municipio de Taba durante la época de los hechos.

Sobre las condiciones personales de *Jean-Paul Akayesu* se recuerda su fecha de nacimiento (1953), que es casado y padre de cinco hijos, profesor con antelación a su elección como burgomaestre en el municipio de Taba en 1993. En la evaluación de las circunstancias agravantes y atenuantes, la Sala considera que aquéllas son de mayor peso, toda vez que *Akayesu* decide participar en el genocidio[196].

(iii) La cooperación del condenado y determinación de la pena

La cooperación es tomada como uno de los criterios para la determinación de la sentencia, y aunque se nombra por la Sala, llama la atención que sobre este punto no hay mención alguna para realizar alguna apreciación.

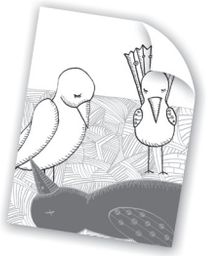
De otra parte, la determinación de la pena según la Sala, toma como criterio esencial la magnitud de los crímenes, proporcionalmente con la responsabilidad del infractor[197], y señala para cada uno de los cargos en los cuales *Akayesu* fue hallado culpable en el fallo del 2 de septiembre de 1998:

- (Cargo 1 de la Acusación). Por el crimen de genocidio, cadena perpetua.
- (Cargo 3 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, exterminio, cadena perpetua.
- (Cargo 4 de la Acusación). Por la instigación directa y pública a cometer genocidio, cadena perpetua.

195 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 6-7.

196 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 8.

197 Ver: Sentence. Supra nota 2. Pag. 9.



- (Cargo 5 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, homicidio, quince (15) años en prisión.
- (Cargo 7 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, homicidio, quince (15) años en prisión.
- (Cargo 9 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, homicidio, quince (15) años en prisión.
- (Cargo 11 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, tortura, diez (10) años en prisión.
- (Cargo 13 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, violación, quince (15) años en prisión.
- (Cargo 14 de la Acusación). Por el crimen de lesa humanidad, otros actos inhumanos, diez (10) años en prisión.

La Sala de Primera Instancia I del TPIR, luego de presentar las condenas individuales por cargo, decide concurrentemente una única sentencia para *Jean-Paul Akayesu*: cadena perpetua.

III. La Apelación

El 1 de junio de 2001, la Sala de Apelaciones de TPIR compuesta por los magistrados Claude Jorda como presidente, Lal Chand Vohrah, Mohamed Shahabuddeen, Rafael Nieto-Navia y Fausto Pocar, se manifiesta frente a las apelaciones presentadas por *Jean-Paul Akayesu* y el Fiscal, en contra del fallo del 2 de septiembre de 1998 y la sentencia del 2 de octubre de 1998 proferidas por la Sala de Primera Instancia I del TPIR[198] en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*[199]. Comienza con una (i) introducción y continúa con las cuestiones generales planteadas en la apelación, luego presenta los (ii) fundamentos de la apelación de *Akayesu*, los (iii) fundamentos de la apelación de la Fiscalía, y (iv) la decisión. A continuación se describen.

(i) Introducción y cuestiones generales de la apelación

En la introducción se recuerdan los cargos presentados en la Acusación, la modificación de la misma por parte de la Fiscalía el 17 de junio de 1997[200]

198 Ver: Judgement. Supra nota 1, y Sentence. Supra nota 2.

199 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3.

200 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 2-3.

para incluir los hechos y cargos por violencia sexual. Sobre todos los cargos *Jean-Paul Akayesu* se declaró inocente. Igualmente, se resume el proceso que termina con el fallo del 2 de septiembre de 1998, y se señalan los cargos en los que se halla culpable a *Akayesu*, y por los que es inocente[201]. La responsabilidad penal se realiza de acuerdo con el artículo 6(i) del Estatuto del TPIR, y se recuerda que en la sentencia del 2 de octubre de 1998, concurrentemente se señala por condena, cadena perpetua[202].

Las decisiones de la Sala de Primera Instancia I fueron apeladas por las partes. Por *Akayesu* porque manifiesta que (ante el fallo del 2 de septiembre de 1998), (1) no tuvo el derecho de elegir su abogado defensor, (2) no tuvo el derecho de un abogado competente, (3) el Tribunal no fue imparcial, (4) se presentaron errores para invalidar la condena, (5) se violó el principio de legalidad, (6) se trató de manera impropia los testigos de oídas, (7) hubo irregularidades en la forma del interrogatorio directo y contrainterrogatorio, (8) se divulgó ilegalmente el contenido de declaraciones testigos de la defensa, (9) la carta del testigo DAAX a los magistrados, y (10) la detención ilegal.

Contra la sentencia condenatoria (del 2 de octubre de 1998), manifiesta *Akayesu* que (1) se le negó el derecho de defensa en la audiencia precondenatoria del 28 de septiembre de 1998, de la misma forma, (2) se le negó el derecho de defensa en la audiencia del 2 de octubre de 1998, y que (3) la sentencia es irrazonable y sin garantías[203].

Por parte de la Fiscalía la apelación versa sobre (1) el error en la aplicación del "test" del "*funcionario público representante del gobierno*", para determinar la responsabilidad en la violación del artículo 3 común y al Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra, por lo cual se equivocó al señalar que (2) *Jean-Paul Akayesu* no encaja en la categoría de personas responsables por el artículo 4 del Estatuto del TPIR; además, la Sala de Primera Instancia I (3) incurre en error de derecho al señalar una intención discriminatoria requerida para el artículo 3, y (4) que la instigación a cometer genocidio tiene que ser directa y pública[204].

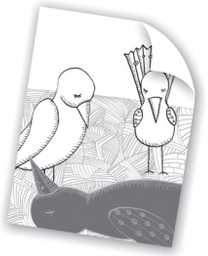
El apartado sobre las cuestiones generales de la apelación se refiere a la admisibilidad y los criterios establecidos por el artículo 24 del Estatuto del TPIR, sobre la invalidación de la decisión por errores de derecho o error fáctico

201 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 6-7.

202 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 8.

203 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 10.

204 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 11.



que ocasione un error judicial[205]. Más adelante, se revisa en la estrategia de la apelación por parte de *Akayesu*, su cuestionamiento sobre "*la integridad de los procedimientos*" en el Tribunal[206], para proceder a organizar aquellos argumentos de acuerdo con un error que pueda haber influenciado en el veredicto de Primera Instancia así: (1) la modificación impropia de la Acusación inicial, (2) el tratamiento inadecuado de las declaraciones previas, (3) la no aplicación del estándar "más allá de toda la duda razonable" que resulta en errores de hecho, y (4) las pruebas extraproceso[207].

(ii) Fundamentos de la apelación expuestos por Akayesu

El primer argumento de *Akayesu* señala que no tuvo el derecho de elegir su abogado defensor, y de defenderse en persona. Frente a lo primero, la Sala de Apelaciones considera que este derecho debe ser "*real y efectivo*"[208], y la Fiscalía, que no existe como tal el derecho a elegir al abogado tanto en las Reglas como en el Estatuto del TPIR[209], y que la asignación de la defensa para comenzar las audiencia en los tiempos, no constituye un perjuicio en su contra[210]. Sobre el derecho a defenderse personalmente, *Akayesu* lo contrasta con la obligación de ser defendido por un abogado, pero la Fiscalía le reconoce los eventos en los cuales pudo él mismo contrainterrogar a testigos, y ante todo, no había claridad en su posición al querer defenderse a sí mismo y contar también con la representación de un abogado[211]. En la discusión la Sala de Apelaciones desvirtúa los dos argumentos, porque pudo *Akayesu* en dos eventos cambiar sus defensores autorizado por la Sala de Primera Instancia[212], y sobre el derecho a realizar por sí mismo la defensa, esto contradice su deseo de elección de un abogado[213].

El segundo punto señalado por *Akayesu* para fundamentar su apelación, señala que no tuvo el derecho de un abogado competente. Por falta de preparación y errores durante el proceso, alegaba su incompetencia y negligencia que para la

205 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 16.

206 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 29.

207 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 36.

208 Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 51.

209 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 56.

210 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 57.

211 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 59.

212 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 63.

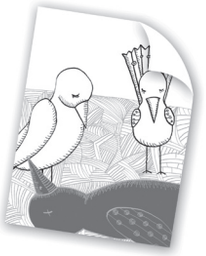
213 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 65.

Fiscalía no son probados por *Akayesu*[214]. En la discusión, la Sala de Apelaciones señala el derecho a tener un abogado competente[215] que se presume, y que, para señalar lo contrario, es necesario aportar pruebas que desvirtúen tal presunción[216], cosa que no sucede en el caso[217]. Igualmente sucede con el tercer fundamento de la apelación por parte de *Akayesu*, que versa sobre la no imparcialidad de la Sala de Primera Instancia. Se deben aportar pruebas que señalen tal afirmación, y *Akayesu* solamente presentó argumentos generales y abstractos[218].

El cuarto fundamento para la apelación versa sobre la ausencia del principio de legalidad. Como primer subargumento, desde la perspectiva de *Akayesu* se debe a un error de derecho la modificación de la Acusación inicialmente presentada por la Fiscalía, conduciendo a una violación a su derecho de contradicción y defensa[219]. En la discusión, la Sala de Apelaciones evalúa si la modificación causó un perjuicio a *Akayesu*, pero lo realizado no modifica la Acusación para llegar a ser una "*completamente nueva*"[220]. Además, se soporta la modificación de la Acusación con hallazgos de la investigación[221].

Por otra parte, como segundo subargumento *Akayesu* somete a duda la valoración que realiza la Sala de Primera Instancia acerca de las declaraciones previas, sobre las cuales no presentó prueba que demuestre la equivocación en dicha valoración, a la par, sobre las dificultades en la traducción e interpretación, y el tiempo transcurrido entre el hecho y el testimonio[222]. Pero, para la Sala de Apelaciones resultan válidos y razonables los criterios que tuvo en cuenta la Sala de Primera Instancia para valorar los testimonios, atendiendo la falibilidad de la percepción humana, lo que no significa precisión absoluta, sino, puede suceder que entre una declaración previa y el testimonio en audiencia bajo juramento, sean tolerables algunas imprecisiones que no invalidan ni hacen que se esté ante un falso testimonio[223].

214 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 75.
215 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 76.
216 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 78.
217 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 83.
218 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 92.
219 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 106.
220 Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 119.
221 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 120.
222 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 142-143.
223 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 146-147.



Con el tercer subargumento se somete a duda la aplicación del estándar "*más allá de toda la duda razonable*", que resulta en errores de hecho. *Akayesu* se refiere a la violencia sexual contenida en los párrafos 12A y 12B de la Acusación. La Sala de Apelaciones discute la alusión a temas de interpretación que relaciona *Akayesu*, reafirmando que la versión original del texto de la sentencia en inglés, frente a la traducción, sobre el párrafo 460 del fallo desestima que tanto en un idioma como en otro se esté dudando de la culpabilidad de *Akayesu*[224], también, que el testimonio del acusado no llevara a la conclusión de su negativa sobre los hechos de violencia sexual[225].

En perspectiva de la fundamentación de la apelación según *Akayesu*, existen errores sobre el uso de un experto para la definición de violación a partir de palabras en Kinyarwanda[226]. En igual sentido de fundamentación, *Akayesu* objeta el párrafo 14 y 18 de la Acusación. Sobre el párrafo 14 que contiene la reunión en Gishyeshye y la incitación para cometer los asesinatos de tutsis en Taba, se argumenta que faltan pruebas consistentes que concluyan "*más allá de toda duda razonable*"[227]. La Sala de Apelaciones señala que en Primera Instancia se demostró el nexo causal entre las declaraciones de *Akayesu* y el comienzo de las masacres generalizadas en Taba[228]. El párrafo 18, por su parte, se refiere al asesinato de los hermanos de Ephrem Karangwa y la destrucción de su casa, de acuerdo con *Akayesu* presenta inconsistencias entre los testimonios, pero para la Sala de Apelaciones, la lectura en conjunto de los testimonios demuestra consistencias sobre muchos aspectos en relación con los hechos[229].

Finalmente, el cuarto subargumento hace mención de las pruebas extrajudiciales sobre las cuales se basa la Sala de Primera Instancia para la decisión. Según *Akayesu*, se traen de un testigo que declaraba en otro juicio[230], pero no demostró que esto hubiese sucedido para que las conclusiones de la Sala de Primera Instancia hubiesen sido tomadas de un testimonio adelantado en un juicio diferente[231].

El quinto fundamento de la apelación de *Akayesu* estima que hay ausencia total de derecho, y refiere la costumbre de un policía contratado por el Fiscal

224 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 183-187.

225 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 189-193.

226 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 208-214.

227 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 215.

228 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 237.

229 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 244.

230 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 251.

231 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 265.

Loise Arbour para fabricar pruebas. El argumento no se discute y se rechaza por la Sala de Apelaciones[232].

El sexto fundamento versa sobre el trato impropio a los testigos de oídas, pero, según la Fiscalía, también *Akayesu* solicita que para su defensa sean tomadas en cuenta afirmaciones de testigos de oídas[233], y para la Sala de Apelaciones, el testimonio debe evaluarse desde la discrecionalidad, por su confiabilidad que garantice la admisibilidad[234].

El séptimo fundamento de la apelación señala irregularidades en el interrogatorio y contrainterrogatorio, porque *Akayesu* argumenta que le fue negado el derecho de contrainterrogar, a lo cual la Sala de Apelaciones responde que en la situación específica alegada, el magistrado [Laïty Kama] no se refería a una restricción específica en su contra, sino, a todas las partes para evitar comentarios extraños o de naturaleza muy general[235]. El octavo fundamento de su apelación, a saber, la divulgación ilegal del contenido de declaraciones de testigos, por el mismo *Akayesu* se estima como una "irregularidad menor"[236]. Por esto, y por el procedimiento explicado por la Sala de Apelaciones para reunir los temas a discutir, se pasa al noveno fundamento de la apelación por parte de *Akayesu*, la carta escrita por el testigo DAAX a los magistrados y entregada con anterioridad al fallo de Primera Instancia, que según su posición, vicia el proceso y le perjudica. La Sala de Apelaciones señala que los argumentos sobre la afectación del proceso por dicha carta, parten de la especulación[237] y evidentemente no se llegó a comprobar.

El décimo fundamento de la apelación, para *Akayesu* se da en la detención ilegal, tema que para la Sala de Apelaciones no se presentó ante la Primera Instancia[238], y frente al derecho de ser informado por la naturaleza de los cargos, lo mismo sostiene la Sala de Apelaciones[239].

Frente a la sentencia del 2 de octubre de 1998, la apelación de *Akayesu* presentada en tres temas, reúne con los dos primeros aspectos de supuestas violaciones a sus derechos en las audiencias del 28 de septiembre de 1998,

232 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 274-276.

233 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 282.

234 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 290.

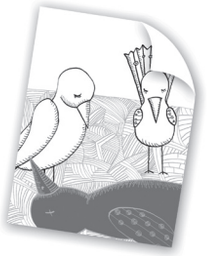
235 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 318.

236 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 327.

237 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 337.

238 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 370.

239 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 374.



y 2 de octubre de 1998. El tercer tema versa de manera general sobre la sentencia proferida el 2 de octubre de 1998[240]. *Akayesu* alega que se le negó el derecho a tener un abogado para las audiencias del 28 de septiembre de 1998, y 2 de octubre de 1998. La Fiscalía señala que fue de su escogencia renunciar a la presencia de un abogado en las audiencias referidas, y la Sala de Apelaciones recoge lo discutido en la audiencia para desvirtuar el fundamento por parte de *Akayesu*. Frente al fundamento de la apelación que alega en la sentencia irracionabilidad y carencia de garantías, aunque no se presentaron argumentos, se realizó la evaluación dada la libertad de la Sala de Apelaciones[241]. Se revisó la discrecionalidad de la que goza la Sala de Primera Instancia, y si se tomaron en cuenta los factores para la determinación de la sentencia.

(iii) Fundamentos de la apelación de la Fiscalía

Los fundamentos primero y segundo de la apelación de la Fiscalía, versan sobre la aplicación del test del "*funcionario público representante del gobierno*" que determine la responsabilidad en la violación del artículo 3 común y al Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra, y que con ello, se da una equivocación al señalar que *Akayesu* no encaja en la categoría de personas responsables por el artículo 4 del Estatuto del TPIR[242].

La Fiscalía insiste en que solamente se requiere la conexión entre los delitos con el conflicto armado, y no la calidad de civil o no del perpetrador[243]. Para la Primera Instancia hay limitación de la aplicación a una categoría de personas[244], situación que permite a la Sala de Apelación encontrar un error de derecho en lo determinado por el *a quo*.

El tercer fundamento de la apelación por parte de la Fiscalía, obliga en la evaluación del exterminio como crimen de lesa humanidad, a la determinación del conocimiento por parte del perpetrador, de que sus acciones evidentemente corresponden a un ataque sistemático y generalizado sobre la población civil por razones discriminatorias[245]. Para la Sala de Apelaciones,

240 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 378.

241 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 404.

242 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 425.

243 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 428.

244 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 444.

245 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 459.

las razones discriminatorias según las conclusiones del caso *Tadic* en el TPIY, no se requieren para el crimen de lesa humanidad, a excepción de la "persecución". Pero, dada las situaciones del contexto en Ruanda, la población civil se convierte en objeto de ataque con un trasfondo discriminatorio, lo que conllevó al Consejo de Seguridad, a limitar la persecución del tipo de crímenes de lesa humanidad[246] como competencia del TPIR[247].

El cuarto fundamento de la apelación por parte de la Fiscalía, tiene que ver con la instigación directa y pública a cometer genocidio. Se evalúa del Estatuto del TPIR el término "instigar" en sus acepciones en Inglés y Francés, y se concluye que en ningún caso presupone la conexidad con el que sea "directo" y "público"[248], por lo cual, no son requisitos.

(iv) La decisión

La Sala de Apelaciones del TPIR, en virtud del artículo 24 del Estatuto, y la Regla 118 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y luego de atender las declaraciones escritas y los argumentos en audiencias del 1 y 2 de noviembre de 2000, ordena la vigencia del fallo inmediatamente según la Regla 119; niega unánimemente los fundamentos de la apelación planteados por *Jean-Paul Akayesu*; confirma el fallo sobre la culpabilidad contra *Jean-Paul Akayesu* en los cargos por los cuales fue sentenciado a cadena perpetua; y considera el primero, tercero y cuarto fundamento de la Fiscalía, además de señalar que las cuestiones de derecho sobre lo planteado en la apelación por la Fiscalía, en el fallo de apelación quedan aclarados.

El magistrado Mohamed Shahabuddeen anexó una declaración al fallo de apelación. Por su parte, el magistrado Rafael Nieto-Navia una opinión disidente.

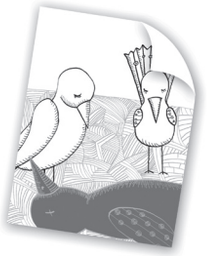
C. Puntualización de aspectos en el caso *Akayesu,* en relación con la judicialización de la VSBG

Al puntualizar algunos elementos que coadyuven con la comprensión de la manera como se realizó la judicialización de la VSBG en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu*, se destaca: I. la adición que realiza la Fiscalía en la Acusación,

246 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 464.

247 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 469.

248 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 478.



II. la dilucidación sobre la "violencia sexual", III los temas probatorios en relación con la VSBG, para terminar con las IV. conclusiones fácticas y V. las consideraciones jurídicas.

I. La adición en la Acusación

Llama la atención en el caso, que la Acusación se modifica por solicitud de la Fiscalía el 17 de junio de 1997, al añadir tres cargos y tres párrafos, de tal forma que se prosiguiera el juzgamiento, además de los cargos inicialmente dispuestos, por violación como crimen de lesa humanidad, punible de acuerdo con el artículo 3 (g) del Estatuto del TPIR (señalado como cargo 13), igualmente por actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad sancionados por el artículo 3) (1) del Estatuto del TPIR (cargo 14), y, que se añadiera un decimoquinto cargo por cuanto constituye violación al Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, los ultrajes a la dignidad personal, los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente, punibles el artículo 4 (e) del Estatuto del TPIR[249].

La precisión de que los actos de violencia sexual incluye la penetración forzada de la vagina, el ano o la boca por el pene, o la vagina o el ano por algún otro objeto, se realiza en el párrafo 10A adicionado, en el cual también se señala que constituyen violencia sexual el abuso sexual y la desnudez forzada.

Aunado, el párrafo 12A insiste en que entre el 7 de abril y finales de junio de 1994, centenares de "desplazados civiles" miembros de la comunidad tutsi fueron en búsqueda de refugio al edificio de la comuna (a cargo de *Jean-Paul Akayesu*), y que allí, adentro o afuera, las "desplazadas" regularmente fueron objeto de violencia sexual, de golpizas o asesinadas. La violencia sexual en ocasiones fue cometida por más de un perpetrador, acompañadas de amenazas contra la vida e integridad, y que muchas mujeres civiles desplazadas sufrieron deterioro físico y psicológico como resultado de la violencia sexual (también por las golpizas y los asesinatos).

De acuerdo con el párrafo 12B, *Akayesu* conocía (sabía) sobre los actos de violencia sexual (las golpizas y los asesinatos), y a veces estaba presente durante su comisión. Facilitó la perpetración de la violencia sexual, al permitir que se realizaran adentro o afuera del edificio de la comuna. Por presenciar y por no evitar que sucediera, *Jean Paul Akayesu* fomentó dichas actividades.

249 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 23.

Los cargos consecuentemente señalados por la Fiscalía en correspondencia con los hechos de violencia sexual, no fueron aceptados por *Akayesu*. En su defensa considera que la inclusión de estos hechos en la Acusación, corresponde a presiones de la opinión pública[250]. Pero la motivación para que la Fiscalía realizara la adición en la Acusación, se da luego de profundizar en la investigación y conocer testimonios sobre la ocurrencia de hechos de VSBG en o cerca de del edificio de la comuna, despacho de *Jean-Paul Akayesu*[251]. Por otra parte, se argumenta que por la necesidad de prueba, la Acusación en su versión inicial no podría haber incluido VSBG que, a juicio de la Fiscalía, estaba ausente por la "vergüenza" connotada por este tipo de violencia, y por la insensibilidad en la investigación de este tipo de hechos[252].

Dentro de los argumentos de la apelación, *Akayesu* alega que la modificación de la Acusación no le permitió la posibilidad de contrainterrogar y, con ello, el derecho de defensa. Por esta razón solicita la anulación de las condenas relacionadas con la violencia sexual[253]. La Fiscalía sostiene por su parte que de acuerdo con las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Regla 50 permite hacer modificaciones a la Acusación presentada por el Fiscal. En el caso, señala que la violencia sexual en el edificio de la comuna, tuvo mayor soporte probatorio luego de los testimonios, con lo que se tiene una justificación que permite hacer dicha modificación. Ahora bien, en la audiencia en la cual se adicionan a la Acusación, hubo un receso, y la defensa contó con cuatro meses para preparase, por lo cual no habría violación al derecho de defensa (además, la modificación no genera una acusación "*completamente nueva*")[254].

II. Dilucidación sobre la "violencia sexual"

Uno de los grandes aportes que se tiene frente al caso *Fiscal versus Jean Paul Akayesu*, tiene que ver con la exposición que aclara lo que debe entenderse y judicializarse como violencia sexual.

Para comenzar, en la intención de la Fiscalía al adicionar el párrafo 10A se dilucida lo que debe entenderse por "violencia sexual". En el mencionado párrafo se precisa la naturaleza violenta de la penetración de la vagina, el

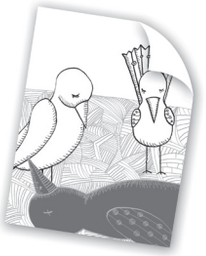
250 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 42.

251 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 417.

252 *Ibídem*.

253 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 102-106.

254 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 108, 111, 120.



ano o la cavidad oral por el pene, y/o la vagina y el ano por cualquier otro objeto. Hasta este lugar en la definición, la Sala de Primera Instancia reconoce una "*descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo*"[255] en la definición de "violencia sexual", pero retornando al párrafo en comento de la Acusación modificada, se adiciona "el abuso sexual" y "la desnudez forzada". En sentido estricto, el párrafo 10A no aporta por la Fiscalía un hecho[256], sino que dispone lo que debe considerarse frente a los hechos adicionados en los párrafos 12A y 12B. Hasta aquí la intencionalidad y aclaración por parte de la Fiscalía.

La dilucidación sobre violencia sexual se realiza por la Sala de Primera Instancia, cuando pone la "violación" como una "forma de agresión". Señala que en el caso de *Convención contra la tortura* no se catalogan situaciones específicas -de tortura-, y que también la violación se usa con "*el propósito de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona*"[257]. De la misma forma, la violencia sexual atenta contra la dignidad de la persona, y puede constituirse como tortura si se inflige por o debido a la instigación o con consentimiento o aquiescencia de un funcionario público o persona en ejercicio de funciones públicas[258].

Como crimen de lesa humanidad, la dilucidación comienza con la definición de violación yendo más allá de la descripción mecánica de introducción de objetos y partes del cuerpo, a su asocio con la tortura[259], o a partir de eventos como el sucedido en el edificio de la comuna, en el cual una mujer es obligada a desvestirse y exponerse en público, se tiene como "otros actos inhumanos" y "ultrajes a la dignidad personal", señalados por el artículo 4 (e) del Estatuto del TPIR[260].

La definición de violación en la sala se realiza en los párrafos 598 y 688. Analíticamente refiere la invasión física de naturaleza sexual, la forma coercitiva de dicha invasión, y la inclusión de la violación [especie] dentro de la violencia sexual [género]. Para que corresponda con un crimen de lesa humanidad, se señalan tres supuestos: (a) el hacer parte de un ataque generalizado o sistemático, (b) sobre la población civil, y (c) catalogados de manera discriminada por razones de nacionalidad o por razones nacionales, étnicas, políticas, religiosas, raciales o religiosas[261].

255 Judgement. Supra nota 1. Par. 597.

256 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 176.

257 Judgement. Supra nota 1. Par. 597.

258 *Ibídem*.

259 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 687.

260 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 688.

261 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 598.

La violencia sexual en un sentido no restrictivo al contacto físico, implica otros actos -que no incluyen penetración o contacto físico-[262], llevados a cabo en situaciones de coerción con intimidaciones, extorsiones u otras formas de coacción, más aún, la coerción en un contexto de conflicto armado. En el párrafo 688, reglón seguido de las afirmaciones expuestas, se pone la "violencia sexual" [especie] como perteneciente a la categoría "otros actos inhumanos" [género].

Finalmente, la dilucidación de la violencia sexual se conecta, según el párrafo 731 del fallo, con el genocidio al cometerse con la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo. La violencia sexual es una de las "peores formas" de provocar lesiones a la integridad física y mental de las víctimas.

III. Temas probatorios en relación con la VSBG

Además de lo anunciado sobre la valoración de los elementos probatorios en el fallo[263], el análisis de la forma como se judicializó la VSBG en el caso *Fiscal versus Akayesu,* permite enfatizar (i) la no corroboración del testimonio único y (ii) la importancia del lenguaje.

(i) No corroboración del testimonio único

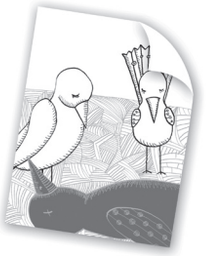
En la presentación de la valoración de la prueba realizada por la Sala de Primera Instancia, se destaca que ante cada testimonio y 'exhibición' de elementos probatorios que se alleguen al proceso, la evaluación será de manera individual de acuerdo con la "credibilidad" y "relevancia" en consonancia con el caso, que se aplicará el principio de buena fe, la no sujeción a uno u otro sistema jurídico, y la adhesión en el procedimiento de valoración de los elementos probatorios al artículo 89 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR[264].

En la presentación del apartado en la sentencia sobre la forma de valoración de los elementos probatorios, se denota la atención sobre el principio *unus testis, nulus testis* (un testigo no es testigo). De acuerdo con el principio mencionado, un único testimonio exige la corroboración con otro[s] testimonio[s]. Así se hereda de tradición en el derecho romano, pero, para la violencia sexual, en las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR se señala taxativamente que no vale, según la Regla 96(i).

262 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 688.

263 Ver: Supra, Apartado B. I. (iv).

264 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 131.



La condición para que un testimonio sea válido, está en la "relevancia" y la "credibilidad"[265], valorado en circunstancias individuales por parte de la Sala[266], sobre la cual existe discrecionalidad para dicha evaluación, toda vez que con ello se permite la admisibilidad[267].

(ii) La importancia del lenguaje

El lenguaje conlleva a la comprensión de las "formas de vida", esto es, las expresiones culturales que otorgan los significados al uso de las palabras[268]. Por esta razón, la atención que en el caso se tiene sobre el lenguaje, puede develar dos elementos en relación con la judicialización de la VSBG, a saber, la atención específica por el significado de palabras precisas que en *Kinyarwanda* refieren "violación", y (ii) las expresiones de las cuales se vale la Sala de Primera Instancia para probar la VSBG y la responsabilidad de *Jean-Paul Akayesu*.

(i) Sobre las palabras que en *Kinyarwanda* significan "violación", la Sala de Primera Instancia exige su análisis puesto en "contexto"[269]. En el párrafo 152 se presentan los términos "*gusambanya, kurungora, kuryamana y gufata ku ngufu*" [270], como las palabras usadas por los testigos y traducidas para referir "violación", y sobre las cuales se analiza el "sentido" que coadyuve con la interpretación realizada por la Sala. En específico, "*kurungora*" significa, "*tener relaciones sexuales con una mujer*", sin que importe su condición de casada o no, y que haya o no dado su consentimiento[271]. "*Kuryamana"* por su parte, significa "*compartir la cama*" o "*tener relaciones sexuales*"[272], mientras que "*gufata ku ngufu*", significa en su contexto, "*tomar (algo) por la fuerza*" y "violación" [273].

265 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 135.

266 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 135.

267 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 290.

268 Wittgestein, Ludwig (1997). *Investigaciones filosóficas*. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, trads. México: Universidad Autónoma de México.

269 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 146.

270 Judgement. Supra nota 1. Par. 152.

271 *Ibídem*.

272 *Ibídem*.

273 *Ibídem*.

La Sala de Primera Instancia insiste en la comprensión de las palabras puestas en contexto, ejemplifica con una oración[274] y debate –contra *Akayesu*- en una situación, la fuerza que tiene la expresión "*babafata ku ngufu*" para significar "violación" en el uso de las expresiones que hace la testigo JJ[275].

En la Apelación, los párrafos 208-214 presentan y rebaten los argumentos de *Akayesu* sobre la referencia a las palabras que en *Kinyarwanda* significan "violación". Como fundamento de la apelación, *Akayesu* señala que el peritaje lingüístico realizado por Mathias Ruzindana, contenido en el párrafo 146 del fallo, no menciona en su testimonio las palabras relacionadas con violencia sexual[276]. La Sala de Primera Instancia había señalado que en la traducción participaron "intérpretes" (en plural)[277], y la Sala de Apelaciones desvirtúa que solamente los significados de las palabras sobre "violación", hayan sido tomados única y exclusivamente con el peritaje del Dr. Ruzindana[278].

(ii) En consonancia con la exigencia de la interpretación del lenguaje puesto en contexto, el uso de las palabras permitió llegar a conclusiones fácticas sobre la ocurrencia de VSBG. Por esta razón, a continuación se ejemplifica con algunas expresiones puestas en el contexto[279], la manera como en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* se refieren intencionalidades y la responsabilidad del acusado en la comisión de hechos de VSBG, a saber:

- La testigo JJ señaló que escuchó a *Akayesu* decirle a los *Interahamwe*: "*No me pregunten otra vez a qué sabe una mujer tutsi*"[280]. La expresión, para la Sala de Primera Instancia, prueba "*más allá de la duda razonable*" que *Akayesu* tenía razones para saber, y que en realidad sabía que hechos de violencia sexual sucedían[281], además, que los fomentó[282].

274 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 153.

275 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 154.

276 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 208.

277 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 154.

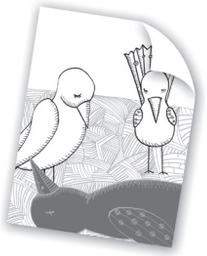
278 Ver: Judgement (Appeal). Supra nota 3. Par. 210-212.

279 Además de los ejemplos aquí recreados, en las consideraciones jurídicas puntualizadas para la VSBG se resaltan otros hechos del caso. Ver: Infra, apartado C. V.

280 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 422, 452, 706.

281 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 452.

282 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 706.



- En el caso de la testigo OO, una vez fue aprehendida por los *Interahamwe* junto con dos mujeres más, estos manifestaron que irían a "dormir con ellas"[283], y *Akayesu* dijo: "llévenlas"[284]. Con esto la Sala de Primera Instancia prueba que *Akayesu* ordenó e instigó la VSBG[285].

IV. De las conclusiones fácticas

Las conclusiones fácticas refieren el genocidio en Ruanda[286], y como se verá en las consideraciones jurídicas, en el caso *Fiscal versus Jean-Paul Akayesu* se conecta el genocidio con la violencia sexual. En el proceso aparece por primera vez con el testimonio de J, al referir que tres *Interahamwe* violaron a su hija de seis años[287], y de allí en adelante, coinciden las menciones sobre la existencia de violencia sexual negada por *Jean-Paul Akayesu*, pero que lleva a la Sala de Primera Instancia a las conclusiones fácticas sobre las cuales fundamentó su culpabilidad.

En aras de la puntualización de estos aspectos, se organizarán, para efectos del presente documento, en tres "patrones" significativos tomados de la sentencia *sub examine*.

(i) Patrón sobre las calidades de las víctimas y del victimario

La primera condición para padecer violencia sexual, estaba en la condición de vulnerabilidad por género, de víctimas mujeres y niñas que tuvieran identificación como tutsi. La testigo PP describe sobre la violación de Alexia, esposa de Ntereye, y sus dos sobrinas, que fueron llevadas por órdenes de *Jean-Paul Akayesu* en un automóvil perteneciente a la administración, a Kinihira. Fueron forzadas a desnudarse y a mostrar "*los muslos de las mujeres tutsi*"[288]; y también en su testimonio señala que cuando los *Interahamwe* tiran al suelo a Alexia, le manifestaron: "*ahora vamos a ver cómo se siente la vagina de una mujer tutsi*"[289]. Nótese la constante expresión de violencia sobre la condición especial

283 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 424. La misma expresión es utilizada en el testimonio de KK (Par. 429)

284 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 424.

285 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 454.

286 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 168.

287 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 416.

288 Judgement. Supra nota 1. Par. 437.

289 *Ibídem*.

de la víctima. También, las personas que buscaron refugio en el edificio de la comuna, mayormente eran mujeres, niños y niñas[290].

Para la Sala de Primera Instancia, más allá de toda duda razonable, fueron mujeres y niñas objeto de violencia sexual[291]. Y, frente a la condición de los victimarios, la identificación como militantes de *Interahamwe*[292].

Sobre el número, hay casos de múltiples perpetradores y múltiples víctimas. JJ fue violada en un grupo de 15 niñas y mujeres en una ocasión, en un grupo de diez mujeres en la segunda ocasión[293].

(ii) Patrón sobre los lugares de perpetración

La Sala de Primera Instancia presta atención a los "lugares" en los cuales se cometieron los hechos de VSBG. En primer lugar, y como referencia, está el edificio de la comuna. Las violaciones sucedían dentro del edificio comunal en el centro cultural y en los alrededores[294]. KK vio que los *Interahamwe* escogían a las niñas y mujeres y las llevaban al edificio comunal en el cual eran violadas[295]. H y NN declaran haber visto violaciones cerca del edificio comunal[296]. NN encontró a su hermana menor moribunda y luego de haber sido violada en el edificio comunal[297].

Pero esto no descarta que la VSBG haya sido cometida en otros lugares de la comuna de Taba. JJ fue llevada a un bosque cercano, igualmente la testigo OO[298]. Por otra parte, J, H, OO, KK, NN y PP declaran haber visto violaciones en caminos, en casas o justo fuera de ellas[299]. En el caso de NN, fue violada en el patio de su casa[300].

Por el lugar de los hechos, se deduce por la Sala que el Acusado sabía o debía saber lo que sucedía en relación con las violaciones, y que no tomó medidas

290 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 418, 422.

291 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 449.

292 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 450.

293 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 449.

294 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 452.

295 *Ibídem*

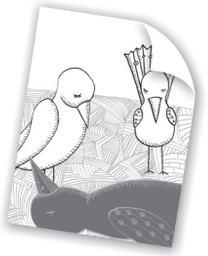
296 *Ibídem*.

297 *Ibídem*.

298 *Ibídem*.

299 *Ibídem*.

300 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 430.



para evitarlo o castigar a los perpetradores. Esto pone a *Jean-Paul Akayesu* presente junto con los oficiales policiales durante su perpetración[301], además, vio a dos *Interahamwe* arrastrar a una mujer para violarla entre el edificio de la comuna y el centro cultural[302].

(iii) Violaciones sexuales en público, la constante

La magnitud de los hechos de violencia sexual y la intencionalidad que subyace a los hechos, permite que en los testimonios se señale que fueron cometidos en presencia de niños[303], frente a gran cantidad de personas[304]. Y esta es la conclusión de la Sala de Primera Instancia, como parte fundamental de la violencia sexual, a saber, el que se desarrollaron los hechos ante un gran número de personas[305].

(iv) La constante negativa de Akayesu

Jean-Paul Akayesu niega la ocurrencia de hechos de violencia sexual. Así sucede desde la audiencia en la cual conoce la Acusación con los cargos adicionados. En la declaración se presenta sorprendido por los alegatos sobre violación en Taba, manifestando que no sucedió en el edificio de la comuna o en sus perímetros[306].

Ya en los casos, frente a la testigo J, presunta víctima de violencia sexual, *Akayesu* sugiere que se realice un tratamiento psiquiátrico porque todo lo manifestado está en su fantasía[307]. Frente a otros casos, señala que no conoció suceso alguno en el cual los *Interahamwe* hubiesen llevado mujeres y niñas al centro cultural para violarlas[308]. Afirmó que solamente escuchó de violaciones en Kigali una vez salió del país.

Significativamente atribuye que los nuevos cargos adicionados a la Acusación, corresponden a presiones de movimientos de mujeres quienes han

301 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 416.

302 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 452.

303 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 423.

304 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 437.

305 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 449.

306 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 446.

307 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 42.

308 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 447.

sido "trabajadas" para estar de acuerdo en que han sido violadas[309]. Pero ya en el interrogatorio, *Akayesu* acepta que hubo violaciones en el municipio de Taba, e insiste que ninguna fue perpetrada en el edificio de la comuna[310].

V. De las consideraciones jurídicas

Señala la Sala de Primera Instancia que *Akayesu* tenía razones para saber que dentro o cerca del edificio de la comuna se cometían hechos de violencia sexual, y que no hizo, desde la función y su cargo, cosa alguna para impedir que se cometieran, o castigar a los perpetradores, situación que conllevaría a la responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 6(3) del Estatuto del TPIR. Pero la Fiscalía en la Acusación no alega que los *Interahamwe* estuvieran bajo la subordinación de *Jean-Paul Akayesu,* por esta razón no se considera la adecuación de la responsabilidad bajo los presupuestos del mencionado artículo del TPIR[311].

De otra parte, para el Tribunal, *Akayesu* "ordenó", "instigó", "ayudó" y "apoyó", y por eso es responsable, de acuerdo con el artículo 6 (1) del Estatuto del Tribunal, por actos de violencia sexual en los siguientes hechos: (i) de múltiples violaciones a diez jóvenes y mujeres (incluyendo la testigo JJ) por numerosos *Interahamwe* en el centro cultural del edificio de la comuna; (ii) de la violación de la víctima y testigo OO por parte de un *Interahamwe* de nombre Antoine, en un campo cerca del edificio de la comuna (iii); de Chantal quien fue forzada a desvestirse y marchar desnuda en público en el edificio de la comuna[312].

Akayesu específicamente "ayudó" y "apoyó" (de acuerdo con el artículo 6 (1) del Estatuto del Tribunal) la comisión de la violencia sexual, estando presente en el edificio de la comuna cuando quince *Interahamwe* violaron la testigo JJ; cuando en los alrededores del edificio de la comuna una mujer observada por el testigo NN fue violada por los *Interahamwe*; y cuando, facilitando a otros con las palabras que pronunció, provocó que la esposa de Tarcisse fuera forzada a desvestirse y sentarse en el lodo a las afueras del edificio de la comuna, hecho presenciado por la testigo KK[313].

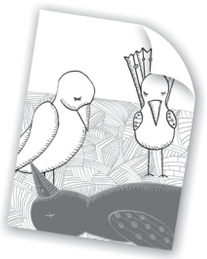
309 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 448.

310 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 448.

311 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 691.

312 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 692.

313 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 693.



De acuerdo con el artículo 6 (1) del Estatuto del Tribunal, para la Sala, *Akayesu* es responsable penalmente porque "tenía razones" para saber que sucedían actos de violencia sexual, también porque "ayudó" y "apoyó" a que se cometieran hechos de violencia sexual dentro y fuera del edificio de la comuna, y porque "facilitó" a través de sus palabras, la violación de la testigo JJ por un *Interahamwe* quien la llevó a un bosque cercano; la violación de la hermana de la testigo NN dentro del edificio de la comuna, por un *Interahamwe*; las violaciones múltiples de Alexia, esposa de Ntereye y de sus sobrinas Louise y Nishimwe, por *Interahamwe* cerca del edificio de la comuna, (estas víctimas también fueron forzadas a desvestirse y desfilar desnudas)[314].

Por los anteriores hechos la Sala de Primera Instancia I, encuentra penalmente responsable a *Jean-Paul Akayesu*, de acuerdo con el artículo 3 (g)[315] y 3 (i)[316] del Estatuto del TPRI.

Frente a los cargos por genocidio, la sala señala que son dos crímenes distintos cuando a aquél se le compara con la complicidad. No puede alguien ser autor y cómplice al mismo tiempo y por los mismos hechos[317]. En su evaluación, considera que desde la condición de *Akayesu* como autoridad local, al no oponerse a la comisión de los crímenes, de allí se deduce "*una forma tácita de estímulo*"[318]. De la misma manera, la Fiscalía demostró, más allá de toda duda razonable, que en Taba, dentro o en los alrededores del edificio de la comuna al cual población del grupo tutsi había acudido en búsqueda de refugio, fueron cometidos homicidios, golpizas, y muchas mujeres tutsis fueron objeto de violencia sexual. En palabras de una víctima: "*cada vez que encontrabas a los asaltantes, te violaban*"[319]. Policías y el mismo *Jean-Paul Akayesu* estaban presentes. Además de la presencia, sobre el acusado la Sala destaca su "actitud" y sus "declaraciones" para alentar los actos de violencia sexual[320].

En el párrafo 731 del fallo se señala que los actos de violencia sexual constituyen genocidio al considerarse como actos perpetrados con la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo. Con la violación y la

314 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 694.

315 Con sustento en la mención de los incidentes de "violación". Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 696.

316 Con sustento en la mención de "otros actos inhumanos". Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 697.

317 Ver: Judgement. Supra nota 1. Par. 468, 700.

318 Judgement. Supra nota 1. Par. 705.

319 Judgement. Supra nota 1. Par. 706.

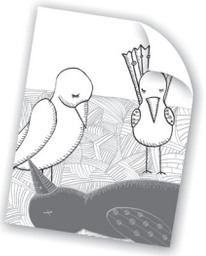
320 *Ibídem*.

violencia sexual se constituyen lesiones a la integridad física y mental, que para la Sala, es una de las "peores formas" de dañar el cuerpo y la salud mental de las víctimas. En el caso, la Sala señala que el ataque se dirigía contra mujeres identificadas como tutsi quienes eran humilladas públicamente, violadas dentro, en los alrededores del edificio de la comuna, despacho del acusado como burgomaestre, y en otros lugares, además, en muchas ocasiones por más de un perpetrador. Por esta razón: "*La violencia sexual es parte integral del proceso de destrucción, específicamente dirigidos a las mujeres tutsis, y específicamente contribuyendo a su destrucción y a la destrucción del grupo tutsi en su conjunto*"[321].

Las categorías "generalidad" y "sistematicidad" de la violencia sexual, se describen en el párrafo 732 del fallo, al señalar que se tenía por campaña para movilizar a los hutu contra población tutsi, y las mujeres eran violadas por el hecho de ser tutsi. *"La violencia sexual fue un paso en el proceso de destrucción del grupo tutsi –destrucción de su espíritu, de la voluntad de vivir, de la vida misma-"*[322].

321 Judgement. Supra nota 1. Par. 731.

322 Judgement. Supra nota 1. Par. 732.



Referencias bibliográficas

Amnistía Internacional (2005). *Hacer los derechos Realidad. La violencia contra las mujeres en conflictos armados.* Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

-------- (2011). *Violación y violencia sexual. Leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional.* Madrid: Editorial Amnistía Internacional [EDAI].

Ávila, Sandra. *et al.* (2005). *Akayesu. La primera condena internacional por genocidio*. Trabajo de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Recuperado el 16 de agosto de 2012, de: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2021.pdf

Barbero, Natalia (2011). "Crímenes de Lesa Humanidad. Especial referencia a las Agresiones Sexuales". En Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. Memorias del Tercer Seminario Internacional sobre los Desafíos en la Judicialización de Crímenes de Violencia Sexual Basado en Género. *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia* - Edición No. 3.

Bruneteau, Bernard (2004). *Le siècle des génocides. Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*. Paris: Armand Colin.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional [CEJIL] (2010). *Sumarios de Jurisprudencia / Violencia de Género*. Liliana Tojo, comp. Center for Justice and International Law – CEJIL.

Colletta, Nat J. & Cullen, Michelle (2000). *Violent Conflict and the Transformation of Social Capital. Lessons from Cambodia, Rwanda, Guatemala, and Somalia*. Washington: The World Bank.

Consejo Noruego para Refugiados [NRC]. (2010). "Evolución jurisprudencial del derecho penal internacional en el caso de de agresiones sexuales". *Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia* - Edición No. 1.

Corporación Humanas (2009). *Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos*

en el marco del conflicto armado colombiano. Bogotá: Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

Corporación Sisma Mujer (2007). *Violencia Sexual, Conflicto Armado y Justicia en Colombia*. Bogotá: Sisma Mujer/InterPares/PCS/Canadian International Development Agency.

-------- (2010). *Reparación para las Mujeres Víctimas de Violencia en el Conflicto Armado*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Cooperación Alemana al Desarrollo Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (FortalEsDer).

Eltingham, Nigel 2006. "Debating the Rwandan Genocide". In Kaarsholm, p. (ed.). *Violence political culture & development in Africa. Congo. Rwanda. Darfur. Liberia. Sierra Leone. Ethiopia. Matabeleland. Kwazulu-Natal*. Great Bretain: Woolnough.

Gourevich, Philip (1998). *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families. Stories from Rwanda*. New York: Picador.

Hatzfeld, Jean (2006). *Life Laid Bare: The Survivors in Rwanda Speak*. L. Coverdale, trad. New York: Other Press.

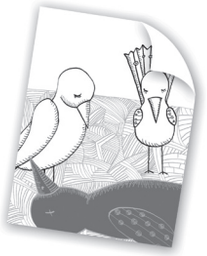
International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. (1994). *Rules of procedure and evidence. Adopted on 11 February 1994*. United Nations. Second session. The Hage, 17 January – 11 February 1994.

Mamdani, Mahmood (2002). *When Victims Become Killers. Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*. 3a ed. Princeton: University Press.

Newbury, Catharine (1988). *The cohesion of oppression. Clientship and ethnicity in Rwanda, 1860-1960*. New York: Columbia University Press.

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1994, noviembre 8). *Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda*. Consejo de Seguridad en su 3453ª sesión. S/RES/955 (1994)

-------- (1998, Septiembre 23). *Informe del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones*



de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. Consejo de Seguridad en su Quincuagésimo tercer año. Tema 50 del programa. A/53/429, S/1998/857.

United Nations [UN] (1998, June 1-8). *Rules of procedure and evidence. ICTR.* Arusha, Tanzania.

Ramelli Arteaga, Alejandro (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis.

Wilches, Ivonne (2011). "Conceptos en violencias de género". En Bernal, Gloria (comp.). *Visibilizar la Violencia de Género, sistematización de la experiencia en género*. pp. 41-50. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) Gmbh. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis.

Wittgestein, Ludwig (1997). *Investigaciones filosóficas*. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, trads. México: Universidad Autónoma de México.

Jurisprudencia

Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR] (ICTR - International Criminal Tribunal for Rwanda-).

ICTR (1998, September 2). *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*. Judgement. ICTR-96-4-T. Trial Chamber I.

ICTR (1998, October 2). *The Prosecutor of the Tribunal against Jean-Paul Akayesu*. Sentence. ICTR - 96 - 4 - T. Trial Chamber I.

ICTR (2001, June 1). *The Prosecutor v. Jean- Paul Akayesu*. Judgement. HAG(A)01-001. Appeals Chamber.

ICTR (1999, May 21). *The Prosecutor versus Clement Kayishema and Obed Ruzindana*. Judgement. ICTR-95-1-T. Trial Chamber II.

ICTR (2000, January 27). *The Prosecutor versus Alfred Musema*. Judgement and Sentence. ICTR-96-13-A. Trial Chamber I.

ICTR (2004, January 22). *The Prosecutor versus Jean de Dieu Kamuhanda*. Judgement and Sentence. ICTR-95-54A-T. Trial Chamber II.

ICTR (2011, June 24). *The Prosecutor versus Pauline Nyiramasuhuko et al*. Judgement and Sentence. ICTR-98-42-T. Trial Chamber II.

Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia [TPIY] (ICTR – International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia –).

ICTY (2001, August 2). *Prosecutor versus Radislav Krstic. ("Srebrenica-Drina Corps").* Judgement. IT-98-33-T. Trial Chamber.

ICTY (2003, July 31). *Prosecutor versus Milomir Statić. (Prijedor).* Judgement. IT-97-24-T. Trial Chamber II.

Jurisprudencia Colombiana

Corte Constitucional (2008, Abril 14). Auto N° 092 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Tribunal Superior del Distrito Judicial (2011, Diciembre 7). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Léster María González Romero. Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores Radicación: 110016000253-200681366.

Tribunal Superior del Distrito Judicial (2012, Septiembre 4). Sala de Justicia y Paz de Bogotá, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López. Postulados: Miguel Ángel Melchor Mejía Munera y otros. Radicación: 11001 6000 253 2008 83612.

Autoría mediata en aparatos organizados de poder, concurso de delitos y delitos sexuales en el conflicto armado

Teddy E. Llanos Sarmiento

"Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica"
Cesare Beccaria (1764)

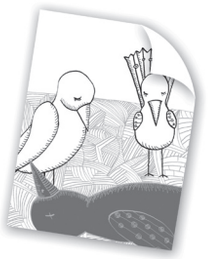
Sumario: **A.** El auto de procesamiento en la normatividad penal adjetiva Argentina. **B.** Sobre el Auto *sub examine*. I. Lo fáctico. II. De los procesados. III. Sobre la apelación. IV Apelación de la vinculación como querellante a asociación que protege DDHH. V. Lo probatorio. VI. Problemas Jurídicos planteados en el Auto. *(i) Aplicación de la Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*. *(ii) Consideraciones dogmáticas*. *(iii) Atribución de autoría mediata*. VII. Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder en Delito de Acceso Carnal Violento en Persona Protegida. *(i) Consideraciones.* VIII. Concurso Aparente entre Tortura y Delitos Sexuales. *(i) Consideraciones.*

Esta ponencia retoma la providencia judicial proferida por la justicia penal Argentina que resuelve apelación del auto de procesamiento sobre la probable responsabilidad penal de *Luciano Benjamín Menéndez*, *Orlando Oscar Dopazo*, *Tamer Yapur* y *Juan Agustín Oyarzabal*, así mismo, de *Eduardo Smaha* y *Armando Osvaldo Fernández,* como ex integrantes de la Fuerza Armada y de la Policía Argentina [D2][1].

También se resuelve lo pertinente a la solicitud del *Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos*, en cuanto a que haga parte de la presente actuación en calidad de querellantes. Se analiza de igual forma, en cuanto a la decisión del *a quo* de declarar que no hay mérito suficiente para dictar auto de procesamiento, ni sobreseimiento de los imputados en cuanto a los hechos por las violaciones sexuales (acceso carnal violento en persona protegida) sufridas por Silvia Susana Ontiveros, Vicenta Olga Zarate y Stella Maris Ferrón.

Antes de abordar el análisis sobre los aspectos fácticos y jurídicos de la providencia que resuelve las impugnaciones ya anotadas, es importante primero, establecer dentro de la legislación procesal penal Argentina lo referente

1 Argentina. Poder Judicial de la Nación (2011, Noviembre 23). *Resolución confirmando el procesamiento y prisión preventiva del Gral. Menéndez y otros oficiales como responsables del delito de violación sistemática*. Mendoza. Autos N° 86.569-F-20.868, caratulados: "Compulsa en Autos 86-F, "F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P. por apelación".



al "auto de procesamiento" y de su finalidad en el derecho adjetivo, para tener conciencia y ubicar al lector en la etapa procesal pertinente de acuerdo con dicha reglamentación procesal.

A. El auto de procesamiento en la normatividad penal adjetiva Argentina

El "auto de procesamiento" consiste en una decisión del instructor, de establecer la existencia de hechos criminosos y de atribuir grado participación criminal a un imputado, con el respectivo juicio de probabilidad que indique, si este ha intervenido en los mismos, después de haber rendido indagatoria y después de haberse valorado el material probatorio suficiente para llegar a tal conclusión.

Dicho auto es proferido dentro de los diez (10) días siguientes, después de que el imputado haya rendido indagatoria, o desde el día en el cual haya negado a la misma. Es importante que en este auto, esté totalmente identificado el imputado, tenerse clara la participación criminal del mismo, así mismo, relacionar los hechos de los cuales se desprende dicho procesamiento con una calificación del delito que se atribuye, y con la relación de las normas punitivas transgredidas.

En el evento de que no haya convencimiento del juez y pasare el término anterior, la autoridad instructora podrá sobreseer, lo cual es equivalente a la 'preclusión de investigación' respecto al derecho procesal colombiano, o al existir duda, podrá sin perjuicio de seguirse la investigación, declarar la falta de mérito para dictar auto de procesamiento ordenando la libertad de los detenidos.

El procesamiento se podrá dictar sin detención preventiva, o con la misma, de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos del artículo 312 del Código adjetivo de Argentina, y se profiere en auto que resulta ser un requisito indispensable para clausurar la instrucción, lo cual se da con el auto de elevación a juicio, resultando este inapelable, o el sobreseimiento en firme, siendo que este último es apelable por la agencia fiscal o la parte querellante dentro de los tres días a su expedición.

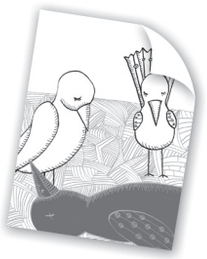
El profesor Caferatta Nores nos dice en su texto "*La prueba en el proceso penal*", que teniendo en cuenta los elementos de convicción, así será la decisión jurisdiccional en lo concerniente a resolver la situación legal del imputado, por eso, según este autor se podrán dictar las siguientes resoluciones:

- Si hay certeza negativa, deberá ordenarse el sobreseimiento del imputado, por carecer de fundamento fáctico, jurídico el vincularlo, con existencia de causales para sobreseer.
- Si hay probabilidad deberá ordenarse el procesamiento del imputado, soportada tal decisión con elementos de convicción necesarios para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe del mismo.
- Si existe duda por no haber mérito para ordenar el procesamiento ni para sobreseer, se dictará un auto que se conoce como auto de falta de mérito[2].

Para soportar jurídicamente el entendimiento de dicha figura, se transcribe lo reglamentado en el Código Penal Argentino, Ley N° 23.984 Sancionada: 21 de agosto de 1991 y Promulgada: 4 de septiembre de 1991:

> *"PROCESAMIENTO*
>
> *Término y requisitos*
>
> *Art. 306.- En el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste.*
>
> *Indagatoria previa*
>
> *Art. 307.- Bajo pena de nulidad no podrá ordenarse el procesamiento del imputado sin habérsele recibido indagatoria, o sin que conste su negativa a declarar.*
>
> *Forma y contenido*
>
> *Art. 308.- El procesamiento será dispuesto por auto, el cual deberá contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una somera enunciación de los hechos que se le atribuyan y de los motivos en que la decisión se funda, y la calificación legal del delito, con cita de las disposiciones aplicables.*
>
> *Falta de mérito*
>
> *Art. 309.- Cuando, en el término fijado por el art. 306, el juez estimare que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer, dictará un auto que así lo declare, sin perjuicio de proseguir la investigación, y dispondrá la libertad de los detenidos que hubiere, previa constitución de domicilio.*

2 Caferatta, José (1998). *La prueba en el Proceso Penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma. Pág. 11.



Art. 310.- (según ley Nº 24.417) Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad. En los procesos por alguno de los delitos previstos en el Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III, V y VI, y Título V, Capítulo I del Código Penal, cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer, como medida cautelar, la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al asesor de menores para que se promuevan las acciones que correspondan.

Carácter y recursos

Art. 311.- Los autos de procesamiento y de falta de mérito podrán ser revocados y reformados de oficio durante la instrucción. Contra ellos sólo podrá interponerse apelación sin efecto suspensivo; del primero, por el imputado o el ministerio público; del segundo, por este último y el querellante particular".[3]

Se puede observar que es una figura propia del derecho procesal penal argentino, y que en dicha base normativa se dicta el auto objeto de análisis, y que posteriormente se explica en cuanto a lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio.

B. Sobre el Auto *sub examine*

Después de haberse señalado lo referente al auto de procesamiento como figura relativa a la definición de situación legal de un imputado, el presente acápite analiza la importancia de la providencia *sub examine*, a saber, la *Resolución confirmando el procesamiento y prisión preventiva del Gral. Menéndez y otros oficiales como responsables del delito de violación sistemática*[4], en la cual se ordena el procesamiento en contra de los ex militares y ex policías argentinos mencionados al inicio de este artículo.

3 Argentina. (1991, Septiembre). *Código procesal de la Nación*. Ley N° 23.984.

4 Ver: Auto. Supra nota 1.

I. Lo fáctico

Antes de trasegar lo fáctico desde la óptica del auto objeto de análisis, se puntualiza un marco histórico de Argentina.

Según Celso Ramón Lorenzo en su texto "*Manual de historia constitucional Argentina*", en el lapso de la dictadura militar no hubo una guerra civil, ni conflicto internacional. El autor enfatiza en la existencia de terrorismo de Estado[5], en el cual la organización administrativa del país estaba dispuesta a conseguir sus propósitos militares y políticos, valiéndose de la maquinaria estatal para cometer crímenes atroces.

En dicho terrorismo se daba de forma prominente el cometimiento reiterado de los superiores frente a las desapariciones forzadas de personas, como más delante se resaltará, las cuales recaían en mayor número sobre obreros, sindicalistas, estudiantes, religiosos, dirigentes, protestantes o judíos, personas e instituciones defensoras de derechos humanos y demás individuos que para el gobierno constituían la denominada "subversión". En este contexto, la justicia no desempañaba un papel importante, en el entendido de que a pesar de la tipificación en el Código Penal Argentino del delito de terrorismo, nunca hubo un solo detenido por este delito durante el proceso de reorganización nacional iniciado por la Junta Militar de 1976, conformada por el Teniente General Jorge Rafael Videla, el Almirante Eduardo Emilio Massera y el Brigadier General Orlando R. Agosti[6].

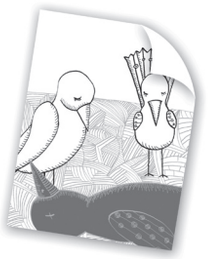
La iglesia católica ante los hechos terroristas fue opositora de forma parcial, ya que una parte de la cúpula encubría las prácticas gubernamentales de los dictadores, y solo ante lo agudo de dichas prácticas tuvo que emitir la conocida "*Reflexión cristiana para el pueblo de la patria*"[7], lo que denota que en este tiempo muchos sectores de la sociedad -la iglesia inclusive-, estaban de acuerdo con el gobierno de facto.

También existieron presiones por la comunidad internacional por parte de las políticas sobre derechos humanos que defendía James Carter como mandatario estadounidense de la época, de quien se afirma, siempre fue opositor a tales actos. Por otra parte, resultan relevantes las presiones ejercidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] como órgano del

5 Lorenzo, Celso Ramón (2000). *Manual de historia Constitucional Argentina*. Rosario: Juris. Pág. 364.

6 *Ibídem*, Pág. 363.

7 *Ibídem*.



Sistema Interamericano [SIDH], que instalados en Buenos Aires condensaron lo observado en un lapidario informe[8].

Las madres de los desaparecidos crearon para 1977 un movimiento denominado "*Las Madres de Mayo*", madres de personas desaparecidas durante la última dictadura en Argentina, quienes protestan y son opositoras de las políticas del gobierno. En 1979 se sancionó la Ley 22.068, en la cual se declaraba la presunción de fallecimiento de aquellas personas desaparecidas entre el 6 de noviembre de 1974 y el 6 de septiembre de 1979, ante lo cual, muchos organismos de protección de derechos humanos se opusieron en lo que establecía esa norma, como también se recibe el rechazo por parte de los familiares de las personas desaparecidas y parte de la jerarquía en la iglesia católica, quienes catalogan esta ley como un ejemplo de que la mentira oficial se derrumbaba, y que solo era una salida ante la existencia de la problemática de las personas desaparecidas y la continua violación de los derechos humanos[9].

Al final de la dictadura (abril 1983), en un agónico documento donde se marca el fin de la Junta Militar, se explica y se defiende la presunción de fallecimiento de las personas desaparecidas, negándose la existencia de los centros de reclusión clandestinos en donde se dice que no hubo durante tal gobierno personas detenidas ni torturadas. El documento fue criticado enérgicamente por el papa Juan Pablo II en la plaza de San Pedro el 4 de Mayo de 1983[10].

Luego de la breve contextualización realizada, resumidamente se relacionan los hechos de la providencia que no pueden ser ajenos a la historia de la Argentina, como el sexto golpe de Estado que esta Nación recibe, enmarcado entre los años 1976 y 1983, lapso en el cual las fuerzas armadas tomaron el poder ante el fracaso de las políticas militares contra la subversión, y las políticas económicas implementadas por el último gobierno constitucional.

Dichas políticas fueron de primera mano facilitadas por el gobierno, con el fin de que las fuerzas armadas tuvieran herramientas necesarias para luchar contra la subversión, siendo este el detonante para que se dictaran una serie de decretos que se extienden en todo el territorio nacional como lucha antisubversiva.

La forma de ejecutar el plan por el gobierno militar, fue comandado por el Teniente General Jorge Rafael Videla, en primera medida con la división del país en cinco zonas, las cuales eran compatibles con los cuerpos del ejército, en cada una de las poblaciones destinadas para tal fin, así: *Zona 1*: Capital

8 *Ibídem*, Pág. 364.

9 *Ibídem*, Pág. 365.

10 *Ibídem*.

Federal, Buenos Aires, La Pampa. *Zona 2*: Santa Fe y otras provincias anexas. *Zona 3*: Córdoba y otras provincias anexas. *Zona 4*: Comando de institutos militares y guarnición de Campo de Mayo. Y la *Zona 5*: comprendiendo el cuerpo del ejército en provincias de Neuquén, Chubut y Santa Cruz.

Dentro de las políticas antisubversivas se implementó, según la causa 13 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, lo siguiente:

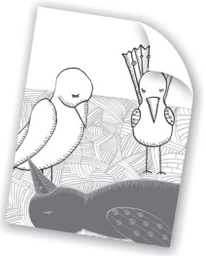
> *"a) La captura de quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) La privación ilegal de la libertad a través de la conducción de los detenidos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) Una vez allí, someter a los detenidos a interrogatorios con agresión física y psíquica, a saber, aplicación de picana eléctrica, golpes de todo tipo, agresiones sexuales, insultos, intimidaciones, todo ello con el fin de obtener datos sobre otras personas o determinadas circunstancias – información operativamente útil-; d) Someter a los prisioneros a condiciones de vida inhumana, destinándolos en lugares sucios, insalubres, oscuros, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) Realizar todo lo descripto anteriormente en la clandestinidad, para lo cual los agentes encargados de ello ocultaban su identidad, ya sea realizando operativos en horas de la noche, incomunicando totalmente a las víctimas, dejándolos con los ojos vendados y negando su existencia a cualquiera que reclamase por el secuestrado, amén de los eventuales lugares de alojamiento; f) Amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del detenido que podía ser liberado o ser eliminado físicamente; g) En caso de eliminación física, proceder a desaparecer los cuerpos, o falsificar el destino de las víctimas, todo ello mediante distintas técnicas y métodos".*[11]

La desaparición forzada de personas, como en páginas anteriores se anotaba, fue la herramienta clave para las fuerzas militares de Argentina en la aplicación de la doctrina de seguridad colectiva que resume una violación de todos los derechos y el ataque a todos los valores, teniéndose como derrotero la 'supremacía' de la seguridad colectiva[12].

Sobre las desapariciones en la dictadura Argentina que contextualiza la decisión *sub examine*, históricamente se menciona una cifra aproximada en cinco mil (5000), lo cual, por la escala, por el volumen, y por la gravedad de los mismos, en el auto se consideran como *Crímenes de Lesa humanidad*, así como también las torturas, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias que recaían sobre las personas detenidas ilegítimamente. Dicha catalogación se da por la calidad de los victimarios, por la violación de los derechos humanos y el derecho de gentes o *ius cogens*, principios y normas que regulan la vida organizada de la humanidad.

11 Auto Supra nota 1. §V.

12 Ver: Auto Supra nota 1. §V.



Numerosas son las normas de derecho internacional a las que la nación Argentina se ha comprometido a acatar, tales como la *Carta de las Naciones Unidas* del 26 de Junio de 1945; la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* del 30 de Abril de 1948; la aprobación de la *Declaración de los Derechos Humanos* del 10 de Diciembre de 1948; del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* del 19 de diciembre de 1966; y entre otros, la adhesión desde 1948 de Argentina ratificando la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* del 9 de julio de 1994, tratados que desde 1994 integran la Constitución Argentina e ingresan al orden jurídico interno, normas que reputan las aberraciones cometidas dentro del gobiernos militar de 1976, para constituir conductas que van en contra de la humanidad, incluyendo también el Estatuto de Roma, que también configura, sobre todo, delitos de asesinato, exterminio, desaparición forzada, la tortura, entre otros, como delitos de lesa humanidad.

En el Auto se hace hincapié en la importancia de estas conductas, en las cuales se le da la connotación de lesa humanidad, porque no solo se comete un crimen de forma común y que las sociedades han elevado a la categoría de delito, sino, la importancia de estos en la medida de que son llevados a cabo por aquellos que tienen por finalidad defender o garantizar la convivencia pacífica en sociedad, a saber, por el Estado. Son conductas atroces el asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada de personas, es decir, son actos de extrema crueldad, que han sido llevados como parte de un ataque generalizado y sistemático con políticas de grupos altamente organizados y orquestadas de acuerdo con un plan, también dirigidos contra la población civil y con una política derivada de Estado o de una organización.

Estos actos violan el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal, a la seguridad e integridad personal, a la justicia y a un proceso regular. Ya que el accionar de las fuerzas armadas parte, en la experiencia Argentina, de tomarse el control absoluto de los resortes del Estado en el cual se secuestraron muchas víctimas que luego eran recluidas en los centros clandestinos de detención existentes en el país (alrededor de 340 centros), puestas en condiciones infrahumanas, las personas eran sometidas a toda clase de vejámenes, violaciones, humillaciones y tormentos para ser exterminadas con ocultamiento de la identidad, cometidos por la mayoría de las veces por subalternos de la organización estatal y, en efecto, donde hubo participación criminal[13].

13 Ver: Auto Supra nota 1. §VI.

II. De los procesados

Luciano Benjamín Menéndez fungió como comandante del III cuerpo del ejército a la fecha de los hechos y Jefe de la zona 3 Córdoba, en lucha contra la subversión. Respondía al comandante en jefe integrante de la junta militar, Teniente General Jorge Rafael Videla. Controlaba una zona de población de 7.263.000 habitantes, según censo de 1980[14].

Juan Agustín Oyarzabal, jefe del departamento de informaciones de la policía de Mendoza, dio órdenes para que se cometieran tormentos y ataques sexuales contra las detenidas en el centro clandestino de detención del D2[15].

Dentro del auto materia de estudio, se encuentra que se suspende la actuación judicial respecto de *Tamer Yapur*, al encontrarse en curso de la causal[16] que consiste la incapacidad mental del imputado, y solamente volverá a ser materia de proceso en el evento de que se cure. Fue interventor militar en la Provincia de Mendoza y actuó como segundo comandante de la VIII brigada, ostentando un rol de mando.

Asimismo, a *Orlando Dopazo Colón* se le declara la extinción de la acción penal por fallecimiento, previo certificado de defunción presentado por el defensor oficial; dicho deceso se dio el 22 de febrero de 2010[17].

Eduardo Smaha Borzuk y *Armando Osvaldo Fernández*, se tiene que ambos cumplían funciones en el departamento de informaciones de la policía (D-2) de Mendoza, con la jerarquía de oficial subalterno y sub comisario respectivamente.

III. Sobre la apelación

La apelación, es relacionada con los siguientes puntos:

- Tener como querellante, al *Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos* -Regional Mendoza-, recurren para este caso los defensores de los imputados[18].

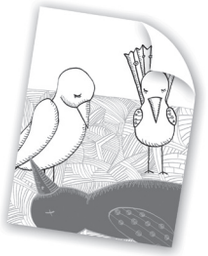
14 Ver: Auto Supra nota 1. §XII G).

15 Ver: Auto Supra nota 1. §XII G).

16 Ver: Auto Supra nota 1. §XII G).

17 Ver: Auto Supra nota 1. §XII G).

18 Ver: Auto Supra nota 1. §I.



- Los defensores de los imputados respectivos, formulan apelación a favor de los mismos argumentando que no existe mérito probatorio para endilgarle las conductas investigadas[19].
- La Fiscal Federal subrogante, apela la decisión del *a quo* porque falta mérito para sobreseer el procesamiento de los imputados *Yapur, Menéndez*, *Dopazo*, *Smaha*, y *Fernández*, en relación a los hechos en los cuales sufrieron violaciones sexuales, Silvia Ontiveros, Olga Vicenta Zarate y Stella Maris Ferrón y en su lugar, se dicte procesamiento de los mismos[20].

IV. Apelación de la vinculación como querellante a asociación que protege DDHH

Antes de la formulación de los problemas jurídicos planteados en la presente providencia, se analiza el porqué se vincula como querellante al *Movimiento Ecuménico de Derechos Humanos*, Reg. Mendoza, porque dicha vinculación se hace teniendo en cuenta la institución del *amicus curiae*, expresión latina que significa "*amigos de la corte*", la cual tiene su antecedente más remoto en el Derecho Romano a comienzos del siglo IX, aplicada en Inglaterra como elemento característico del *Common Law* para resolver las causas de interés público, y se ha extendido más allá del derecho anglosajón.

La institución del *amicus curiae* pasó a ser corriente en las más diversas instancias internacionales. Hoy es un lugar común que presentaciones de este tipo se hagan, por ejemplo, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], así como ante sus similares en Europa o África. El motivo de esta difusión es tan simple como la especial naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos, y el interés generalizado que rodea cualquier causa en la que esté en juego el ejercicio de algún derecho fundamental.

Por ello, comúnmente son presentados por importantes organizaciones no gubernamentales [ONG's] de defensa o promoción de los derechos humanos locales, nacionales o internacionales, o de asociaciones o corporaciones sin fines lucrativos. En el caso que nos ocupa, se tiene como querellante particular al *Movimiento Ecuménico de los Derechos Humanos* de Mendoza, por los siguientes motivos:

19 Ver: Auto Supra nota 1. §I.

20 Ver: Auto Supra nota 1. §I.

1. Los delitos cometidos durante la dictadura militar Argentina, son de lesa humanidad, traducidos en daños graves a los seres humanos en donde se golpea la vida, la libertad, la integridad personal, la salud y la dignidad[21].
2. Son actos que tienen la connotación de gravedad en demasía, en el sentido de que quienes los cometen hacen parte del Gobierno organizado, y violan sistemáticamente derechos, cuando él mismo tiene la obligación de proteger a la ciudadanía de tales vulneraciones[22].
3. Estas transgresiones no son dañinas de forma individual, ya que al ser dirigidas en contra la humanidad, hacen interesarle a cualquier institución, ONG, o persona que se dedique a la protección de los derechos humanos.
4. El *Movimiento Ecuménico*, dentro de su finalidad, propende por los fines de protección de los mismos, siendo o constituyéndose en justificado, según el Tribunal en su intervención procesal en dichas causas, de conformidad con la Ley 26.550 que modifica el Código Procesal Penal Argentino (artículo 82), dando facultad a las asociaciones y fundaciones registradas, para constituirse como querellantes en procesos donde se investiguen crímenes de lesa humanidad, siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa a los derechos humanos que se consideren lesionados[23].

V. Lo Probatorio

Otro aspecto para referir del Auto *sub examine*, tiene que ver con lo probatorio, porque debe ser coherente con la exigencia que se da para que se pueda proferir un auto de procesamiento.

Vélez Mariconde, autor citado en el auto, sostiene que cuando el juez ordena el procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad, donde los elementos afirmativos sean muchos más que los negativos, llegando no necesariamente a la certeza, pero sí, que lo recaudado apunte y oriente a donde iría endilgada la responsabilidad penal[24].

En el auto estudiado resulta importante, según las características de los hechos, lo relativo a la prueba testimonial, llamándole prueba necesaria[25]. Ante la perpetración de conductas punibles en las cuales no se dejan rastros, huellas, o

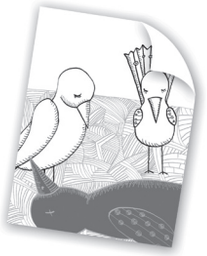
21 Ver: Auto Supra nota 1. §IX.

22 Ver: Auto Supra nota 1. §IX.

23 Ver: Auto Supra nota 1. §IX.

24 Ver: Auto Supra nota 1. §VIII.

25 Ver: Auto Supra nota 1. §VIII.



cuando se destruyen los documentos etc., el testimonio es el medio probatorio adecuado para sostener la decisión de procesamiento a los imputados dentro de este proceso.

VI. Problemas Jurídicos planteados en el Auto

Los problemas jurídicos hallados tienen directa relación con el aparato organizado de poder, el cual se define como un engranaje estructurado y jerarquizado que toma decisiones provenientes del dirigente o del mando principal, para ser obedecidas por mandos medios y ejecutores materiales que se encuentran en las extremidades y son los brazos ejecutores de la organización criminal. Las organizaciones pueden ser estatales o particulares, y obedecen a una relación de verticalidad en cuanto a las órdenes emitidas según la jerarquía que se da en las mismas[26].

Es vital y es tema neurálgico del derecho penal actual, revisar si es procedente adecuar la autoría mediata a la conducta de los miembros de estos aparatos según el rol dirigente dentro de la organización, de conformidad con el caso Argentino (artículo 45 del Código Penal Argentino), como también dentro de la normatividad penal colombiana (artículo 29 del Código Penal Colombiano), según los elementos propios de las figuras jurídicas mencionadas.

(i) Aplicación de la Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder

La autoría mediata como figura jurídica, y según se considera, se le atribuye a la persona que realiza actos dirigidos a la ejecución y consumación de una actividad ilícita y típica en la ley penal. Tales actos configuran lo que se conoce como conducta punible, sobre la cual está sujeta una pena. En palabras de Jescheck, el autor es quien comete el hecho por sí mismo[27], sin descartar que el autor se sirva de otras personas para realizar su designio criminoso, como el caso de coautoría y de los partícipes.

Esta mención es importante para dar a entender que en el devenir histórico del derecho penal, se han creado figuras jurídicas que tienen como propósito el abarcar a todas las personas que participan en la actividad delictual, y es

26 Llanos, Teddy (2012). *Autoría mediata en aparatos organizados de poder en el derecho penal colombiano*. Monografía de grado. Bogotá: Universidad Libre. Pág. 39.

27 Jescheck, Hans Heinrich (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5ª ed. Granada: Comares. Pág. 692.

por eso que se dan las alternativas, sobre todo en Alemania donde emergen respuestas, en cuanto al hecho de que haya personas que se aprovechen de otras para cometer hechos delictivos, siendo esta la fuente de la autoría mediata que parte de la necesidad de implicar a aquellos "sujetos de atrás", desconocidos aparentemente en la escena, y que son los verdaderos hacedores, planificadores y conocedores del actuar delictivo. Por eso como dato histórico se establece en el Código Penal Alemán de 1871, lo siguiente en su artículo 25: "*Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro*"[28].

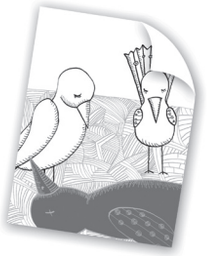
Revisando lo anterior, se tiene que ya en este tiempo no solo se hablaba del concepto de autor, sino que subsiste de manera inmersa, mas no literal, el concepto de autoría mediata cuando reza: "*a través de otro*". Con esto se gana terreno y se deja de un lado aquel concepto restrictivo de autor para abarcar a más personas, lo que está en consonancia con las teorías formales objetivas. Pero dicha definición se va subjetivizando en la medida en que se observa el interés en la comisión de la conducta, y de quien desea que sea consumada; por eso no solo hay que detenerse en quien la realiza de "propia mano" la conducta, sino, en quien desea la realización de la misma[29].

Claus Roxin en desarrollo de la "teoría del dominio del hecho", en el sentido y sistematización distinta a la teoría en lo que corresponde al dominio de la acción, en coautoría como dominio funcional y en la autoría mediata como dominio de la voluntad, tiene en cuenta que se considera autor, según el dominio de la acción, a la persona que controla las circunstancias del delito y según el dominio de la voluntad que se predica. El autor mediato controla el hecho, al instrumento que lo realiza mediante coacción insuperable o engaño, y en lo que respecta al dominio funcional del hecho, en lo relativo a la coautoría que se da cuando varias personas co-dominan las situaciones y sucesos criminales, de conformidad a las tareas definidas y que se configuran en el aporte de cada uno de los sujetos que cometen el ilícito.

Refiriéndonos específicamente al dominio de la voluntad, el estudio sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder fue presentado en 1963 por Roxin, como consecuencia de la barbarie Nazi. Toma como punto de partida el amoldamiento del derecho penal frente a autores individuales, y lo adapta a nuevas formas de criminalidad, en la cual se estructura o se crean

28 López Díaz, Claudia (1999). *Código Penal Alemán* 1871. Disponible en Internet: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

29 Llanos, Teddy (2012). *Autoría mediata en aparatos organizados de poder en el derecho penal colombiano*. *Op. Cit*. Pág. 31.



organizaciones o maquinarias dispuestas al crimen y a las órdenes y caprichos de quien dirige la misma -y por ende domina la organización-.

Al formular su tesis, Roxin citado por Thomas Rotsch, lo hizo teniendo como base el caso de teniente coronel *Adolf Eichmann* en hechos durante la Segunda Guerra Mundial en contra de población judía, en los cuales actuó como mando medio, entre los dirigentes del crimen y los ejecutores de tales conductas. *Eichmann* fue juzgado entre el 11 de abril y el 15 de diciembre de 1961 ante el juzgado del distrito de Jerusalén. El caso expuesto por Roxin sirve de ejemplo para aplicar la autoría mediata por dominio de la organización desarrollada por este, lo cual tuvo como fundamento lo concerniente a que la "*estructura del aparato en funcionamiento, que no es perturbada por la pérdida de algún miembro, la que diferencia el comportamiento de los hombres de atrás, de la instigación y lo transforma en autoría*"[30], por eso, para el profesor alemán resulto ser una delimitación entre autoría mediata e instigación. Lo cual sirvió como base en su conferencia de 1963:

> *"Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963 con motivo del inicio de mis clases en Hamburgo.*
> *En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente, existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y (…) puede dar la orden a través de un aparato de poder en el cual asegure, de órdenes, incluso sin coacción y sin engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza su ejecución".*[31]

En Sevilla [España], el 23 de Marzo de 2006, Roxin amplía a cuatro las condiciones para el dominio de la organización, las cuales fueron analizadas dentro de la sentencia por el cual se le atribuye al ex presidente peruano *Alberto Fujimori*, responsabilidad como dirigente del órgano estatal. Las condiciones fueron: (1) poder de mando, (2). apartamiento del derecho, (3). fungibilidad del autor directo y (4) la predisposición del autor directo para la realización del hecho.

Poder de mando: Son los que dirigen la organización y dictan las pautas a seguir por todo el engranaje, como en el caso del ex presidente del Perú, de

30 Rotsch, Thomas *et al.* (2011). *La autoría mediata*. Bogotá: Axel. Pág. 34.

31 Roxin, Claus (2002). "Autoría mediata por dominio en la organización". Conferencia en la Universidad Lusiada de Lisboa. 6 y 7 de noviembre de 2002. En *Revista Peruana de ciencias penales*.

Abimael Guzmán, líder del grupo subversivo *Sendero Luminoso*, como también se puede predicar poder de mando de niveles inferiores o mandos intermedios, emergiendo la existencia de autoría mediata en cadena, donde otros a nivel inferior del principal, también dan órdenes para ejecutar conductas, como es el caso de *Eichmann*, en el cual también se predica este elemento.

Apartamiento del derecho: Los aparatos organizados de poder ya sean estatales o no, deben actuar apartados del ordenamiento jurídico a nivel interno o externo, actuando de manera ilegal separada del margen jurídico y creándose un Estado dentro de otro Estado, siendo de más connotación el apartamiento del derecho de un aparato que nace de la legitimidad.

Fungibilidad del autor directo: Presupuesto importante en la teoría de Roxin, en la medida que hace relación a que los ejecutores materiales son ruedecillas intercambiables en la estructura, lo cual hace que cualquier integrante subalterno del engranaje pueda ejecutar el hecho y, así un ejecutor desobedezca la orden dada por el superior, no importaría porque sería ejecutada por otro integrante; es más, el superior por lo general no se entera quién cumple la orden, solo confía en que la misma será realizada[32].

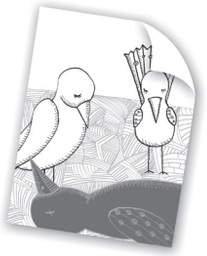
La Corte Suprema de Justicia del Perú en el fallo contra el ex presidente Fujimori, distingue la fungibilidad *negativa* y fungibilidad *positiva*. La primera consiste en una negación o abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización, la cual no se impiden, ya que serán realizados por otro ejecutor. La fungibilidad positiva otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir para la comisión de la conducta punible desde el inicio, la mejor opción entre la pluralidad de ejecutores que tiene a disposición el aparato[33].

Predisposición del autor directo a la realización del hecho: Este presupuesto novedoso y controvertido es originario de la teoría de Schroeder, el cual consiste en la disposición que tiene el ejecutor material, dejando este de actuar como ente individual para pasar a ser parte de un engranaje, de una estructura llena de ideologías y de políticas de ejecución que integra un aparato organizado de poder, lo que implica la no actuación como un ciudadano normal sino como integrante de una asociación que tiene permanencia, identidad y una finalidad definida.

---

32 Roxin, Claus (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons. Pág. 177.

33 Perú. Corte Suprema del Perú. Sala Penal Especial (2009, Abril 9). *Sentencia. Acusado: Alberto Fujimori Fujimori*. Expediente N° AV-19-2001. Parte II capítulo III. Párr. 738.



Según el Auto materia de estudio, se plantea por parte de autores como Kai Ambos, la aplicación de dicha teoría, para el caso de Argentina, en el entendido de que *Jorge Rafael Videla*, *Eduardo Massera* y *Ramón Agosti*, poseyeron dominio directo sobre la planificación y preparación del terrorismo de Estado de forma sistemática y generalizada para la eliminación de seres humanos, desapariciones forzadas y demás tratos crueles a los gobernados y a los supuestos subversivos[34].

Se colige, que en el caso de *Videla* en condición de comandante en jefe y en su política de acabar contra los elementos subversivos, y con la planificación de lucha contra el terrorismo, que tuvo que influenciar en el aparato para que secuestraran, asesinaran, desaparecieran y se cometieran los demás crímenes, a tales elementos, por la realización de contribuciones al hecho con el querer de que tales atrocidades se dieran en el marco del conflicto.

Es por estas razones que se acoge por parte del Poder Judicial de la Nación en Argentina, dicha forma de participación.

(ii) Consideraciones dogmáticas

Para que se llegara a definir lo relativo a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, los estudiosos del derecho Penal han trasegado y estudiado las teorías siguientes:

Tesis de la Coautoría: En materia de delitos cometidos por organizaciones criminales se ha desarrollado la posibilidad de que puedan ser coautores en la medida que se cumpla un co-dominio del hecho funcional en el entendido de que exista un propósito criminal común, en donde todos quieran la realización de la conducta delictiva y aportando a la misma, existiendo manifestaciones de voluntades de los dirigentes, las cuales son aceptadas por los ejecutores cumpliéndose un acuerdo de voluntades entre estos para el cumplimiento de los fines propuestos.

Esta teoría ha tenido críticas ya que el plan común es diseñado solo por los dirigentes de la organización quienes ordenan, y al ejecutor solo le resta cumplir y no opinar acerca de tal decisión; siendo una relación vertical y no horizontal como en la coautoría, existe desigualdad de roles en cuanto a lo jerárquico. A veces no existe ni conocimiento de quien asumirá la función de ejecutar por parte del dirigente, por eso, no podría existir dicho acuerdo de voluntades según el sector crítico de la teoría[35].

34 Ver: Auto Supra nota 1. §VII.

35 Velásquez, Fernando (2011). "Los líderes paramilitares ¿autores mediatos por medio de

Tesis de la Inducción: En cuanto a esa relación dirigente- subalterno se ha querido encuadrar la inducción, en virtud de la relación de verticalidad en donde hay alguien que instiga y otro que cumple con dicha instigación.

Las críticas de esta postura radican en que quien domina el hecho en los aparatos organizados de poder, es el que da la orden, y no tiene porqué buscar un determinado ejecutor dado que confía en que si alguien no la cumple, la cumplirá otro; mientras que en la inducción, quien domina es el inducido o ejecutor, y dicho inductor tendría que influenciar a ese ejecutor que sería determinado de convencerlo y motivarlo de la comisión de una conducta criminal precisa[36].

Tesis de la Autoría Accesoria: Definida por el profesor Jacobo López Barja de Quiroga citado por Márquez Cárdenas. Dicha figura consiste en que dos o más personas sin común acuerdo, actúan cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la otra -o de las otras-, y producen el resultado típico. Caso que no puede tratarse como coautoría, por faltarle precisamente la decisión común[37].

Dicha figura no se puede adecuar a las organizaciones tratadas en el entender de cada acción independiente y autónoma, en donde no se puede ni se exige la fusión de actos entre los autores, mientras que en los aparatos organizados las actuaciones de los participantes en el hecho se enlazan para que cumplan la finalidad prevista por estos.

Tesis de la Complicidad Necesaria: Esta tesis carece de sentido al aplicársele a un jefe de un aparato organizado de poder, en la medida que un cómplice no domina, ni quiere el hecho como propio, ya que actúa como cooperante en el hecho ajeno, o sea, el hecho que quiere el autor.

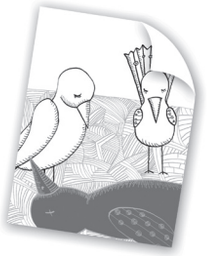
Ahora bien, en los aparatos organizados de poder quien domina el hecho es quien da la orden para que sea cumplida por sus subalternos, siendo un hecho propio de la organización, la cual encabeza y dirige de acuerdo con su idea criminosa. Para su aplicación, resulta absurdo en la legislación colombiana adecuar esta forma de participación a los dirigentes, toda vez que la complicidad tiene una pena menor en comparación con los casos de autoría o coautoría.

---

aparatos criminales organizados de poder?" En *Revista de derecho penal*. 2011-1. Pág. 87

36 *Ibídem*, Pág, 88

37 Márquez Cárdenas, Álvaro (2009). *La autoría mediata en el derecho penal*. Bogotá: Doctrina y Ley. Pág. 217.



(iii) Atribución de autoría mediata

Ante lo complejo del tema, es importante acotar que en los delitos ocurridos dentro de un aparato organizado de poder, es difícil en primera medida solo atribuir autoría mediata sin probar el verdadero vínculo o relación en cada caso concreto, entre un dirigente y el resto de la organización, o entre un mando medio y sus subalternos.

Para el efecto, se toma como fundamento la teoría de Niklas Luhmann en lo concerniente a la *autopoiesis*, basada tal teoría en los biólogos chilenos H. Maturana y F. Varela, aplicada a los sistemas sociales. Luhmann adopta tal conceptualización y los define también como *sistemas autopoiéticos*, capaces ellos mismos de crear sus componentes o sus acciones, siendo que sus actuaciones deben ser constituidas por el mismo sistema social[38]. O sea, el mismo sistema tiene que tener la capacidad para reproducirse, defenderse y crear su propio sistema de reglamentación, para efectos de que no se requieran legislaciones y teorías foráneas, porque existe una violación de la soberanía jurídica.

En el mismo sentido Herbert Hart plantea que la norma pertenece y es identificable como del sistema, si reconoce las normas propias del sistema complejo, y relaciona estas normas porque a su vez hacen parte del sistema jurídico. Vale esta afirmación para los jueces que tienen que justificar jurídicamente sus decisiones en las normas que pertenecen al sistema[39].

Siendo coherente con la teoría hartiana, los estados en la conformación de su ordenamiento jurídico deben plantearse dentro del mismo, una relación de normas o reglas que sean coherentes con las normas superiores y que no invadan normatividades por fuera del sistema jurídico, siendo que las normas del ordenamiento jurídico de Estado, incluyendo el *bloque de constitucionalidad* –para el caso de Colombia-, son las únicas que deben aplicarse de conformidad con el principio de legalidad y de una verdadera seguridad jurídica, sin incluir las reglas que desestabilicen el aparato estatal de justicia en su operación judicial.

Estas posturas se analizan en la medida de que no podemos adecuar teorías foráneas a nuestro ordenamiento jurídico, mas donde no se adecuan al ordenamiento interno, como es el caso del artículo 45 del código Penal Argentino y el artículo 29 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), no encuentra encaje con la teoría de autoría mediata desarrollada por el profesor Roxin.

---

38 Luhmann, Niklas (1997). *Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos. Pág. 105-106.

39 Hart, Herbert (1961). *The concept of law*. 2nd ed. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, eds. Oxford: University Press. Pag. 132-133.

Por ejemplo, el artículo 45 del Código Penal Argentino y en el auto en estudio encontramos lo referente al determinador, así reza:

> *"Artículo 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o Prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".* [Destacado fuera del original]

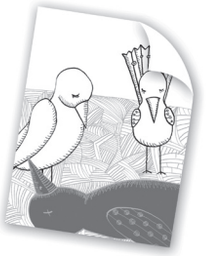
Y de esta norma los magistrados se sirven para atribuir autoría mediata por compatibilidad con la determinación, pero dicha reglamentación no es como la alemana ni peruana, que pueden admitir la participación de un autor mediato que se sirva de otro, y no de un determinador (como el caso de Argentina o de un instrumento como en el caso de Colombia).

En el caso colombiano, el artículo 29 del Código Penal (Ley 599 de 2000) reza: "*o utilizando a otro como instrumento*". Para interpretar lo relativo a la autoría mediata, esto permite establecer que la clase de autoría es de exclusión, o sea, que exime de responsabilidad para quien actuó como instrumento, coaccionado, mediante inimputable, o por error, pero no se puede colegir dicha clase de autoría por organización.

Entonces, según lo anterior no es procedente de conformidad con la reglamentación Argentina y de Colombia, la adopción de tales figuras, no estando de acuerdo con lo expuesto en el Auto *sub examine* en razón de lo explicado.

VII. Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder en Delito de Acceso Carnal Violento en Persona Protegida

La aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, ha sido tenida en cuenta en el Auto *sub examine* para ser aplicada a los dirigentes en los casos de delitos que vulneran el pudor y la integridad sexual de las personas, en el caso de Argentina, en la época de la última dictadura, por hechos cometidos en centros clandestinos de reclusión en los cuales se violaron mujeres, se les desnudaban y se practicaban todo tipo de actos, vejámenes contra su integridad sexual que iban desde tocamientos, hasta la violación y la introducción en la vagina u ano, de artefactos como bolillos, revólveres y todo lo que se les ocurriera, así como la implementación de la 'picana eléctrica' en los genitales, y la violación masiva de una mujer por hasta veinte perpetradores en la misma escena.



Toda esta forma de violencia fue tenida en cuenta en el Auto, probada según el mismo, con los respectivos testimonios, y tenida en cuenta en definitiva como delito de lesa humanidad[40], pero según los *Convenios de Ginebra* de 1949 y sus *Protocolos Adicionales*, lo tienen como conductas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario [DIH], y también se tiene como crimen de guerra en el Estatuto de Roma.

En el Auto se analiza lo concerniente a que según las directrices de los imputados se comunicaron mandatos, y dichas ordenes verticalmente estaban erigidas, como metodología establecida, para hacer parte de ataques sexuales en un plan sistemático y represivo con el fin de reeducar a los detenidos y disciplinar a la población, doblegando la voluntad, y para quebrar tanto anímica como sicológicamente la moral del adversario, de tal forma que los demás supieran lo que les espera si continuaban con sus prácticas subversivas en contra del régimen dictatorial[41].

Respecto a la esencia del problema jurídico, se tiene dogmáticamente que los delitos sexuales son "*delitos de propia mano*", sobre todo porque exigen tocamientos, penetración, placer, lascivia, lo cual solo se consigue de forma individual, pero es analizable lo relativo a que también se cometan por personas que tengan interés en que se hagan y puedan participar con el fin de que alguien sea violado, con ello se comparte la teoría de que en los delitos sexuales puede admitirse la coautoría, la determinación, la complicidad etc.

Se colige, en la providencia que también se da la autoría mediata, en la medida que el autor mediato no ejecute directamente el tipo, pero le pertenece su propio injusto y así no solo será autor quien acceda carnalmente la víctima, sino quien ejerza fuerza sobre ella. En el Auto se determina la calidad de autores mediatos a los imputados, por razón de las órdenes verbales y secretas retransmitidas para que se cometan tales violaciones y ataques sexuales en los centros clandestinos de reclusión, contra las detenidas como parte del ataque criminal, y en el contexto generalizado y sistemático en que fueron cometidos. Adecuándose, según lo esbozado en el Auto, el dominio del hecho que se tenía y la responsabilidad del superior jerárquico.

En conclusión, se dicta el Auto de procesamiento en contra de los imputados, desvirtuándose lo que tiene que ver con la catalogación de 'delitos de propia mano' frente a los delitos sexuales, y se tienen como actos derivados de las ordenes y del dominio de la organización por parte de los mismos.

40 Ver: Auto Supra nota 1. §XII A).

41 Ver: Auto Supra nota 1. §XII A).

(i). Consideraciones

De manera breve se comparte lo relativo a que en los delitos sexuales se pueda ser coautor, autor mediato, determinador, cómplice, en el marco de la demostración de los vínculos antes establecidos.

Es diferente el tratamiento que se le pueda dar, y la aplicación en lo interno de una organización criminal estatal o privada, porque depende de la política de la organización. Por ello es vital saber cuál es la política de la organización, y si esta política incorpora la violación y demás vejámenes sexuales, para atribuir responsabilidad penal al dirigente. En lo que no se está de acuerdo, es en el manejo de la tesis del autor detrás del autor, siendo que en la legislación Argentina no lo establece -como anteriormente lo hemos predicado-.

Lo otro, es que dentro de las organizaciones no es posible hablar de responsabilidad del superior en hechos de violación aislados, porque se pierde el nexo entre lo querido en la orden y lo realmente ejecutado, en detrimento de lo dicho sobre las omisiones del dirigente en el derecho penal, en este caso, de Argentina.

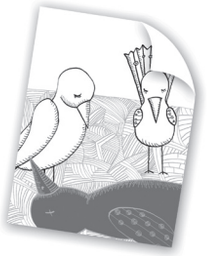
VIII. Concurso Aparente entre Tortura y Delitos Sexuales

Dentro de la fundamentación de la apelación por parte de los defensores de los imputados, se recurre que los hechos de violencia sexual se subsumen en el delito de tortura como parte de la misma[42], y por lo tanto, estos padecimientos de connotación sexual no quedarían impunes ya que los encartados se encuentran procesados -en la presente causa por los tormentos agravados en perjuicio de Silvia Susana Ontiveros, Stella Maris Ferrón y Vicenta Olga Zarate-.

La jurisprudencia Argentina, ha sostenido lo manifestado por la defensa, pero este cuerpo judicial cambia de norte en la medida en que el delito de "*tormentos*" no puede desplazar las figuras específicas de los delitos que protegen la integridad sexual de los ciudadanos. Por eso, este problema jurídico se define para el caso de las víctimas citadas, con la calificación de "violación sexual agravada" *stricto sensu*, según el artículo 122, con relación al artículo 119 inciso 3 del Código Penal de Argentina[43], siendo delitos ocurridos dentro del plan de represión vigente y calificados de manera autónoma e independiente del delito de tormentos, situación que requiere, según lo dicho en el Auto, que

42 Ver: Auto Supra nota 1. §XII B).

43 Ver: Auto Supra nota 1. §XII C).



haya tipos penales que protejan específicamente lo relativo al pudor sexual, la libertad sexual y la integridad sexual, bienes jurídicos que no se pueden proteger con el delito de tortura.

(i) Consideraciones

Se comparte con la motivación resumida por parte del *ad quem*, lo concerniente a la forma como desatan y aclaran el concurso aparente formulado que hace parte del problema jurídico esbozado. Por ello, ante la aparente tipificación de conductas punibles en uno u otro tipo, se acude a los principios que rigen el concurso aparente de delitos en lo cual habría que afirmar, en primera medida, que un concurso aparente en sí no existe, por eso, la doctrina y la jurisprudencia han resaltado y han creado los principios que se conocen como: *Principio de Subsidiariedad*, *Principio de Alternatividad*, *Principio de Especialidad* y de *Consunción*, los cuales se encuentran esgrimidos en la doctrina de muchos países, y que son los que ayudan a identificar sobre qué tipo penal aplicar.

En el caso que nos ocupa, dentro del marco de la dictadura Argentina se dio la tortura y la ocurrencia de delitos sexuales de forma paralela, pero muy sabiamente en el Auto se determina y trabaja como delitos autónomos que no pueden conectarse, por tratarse de protección de bienes jurídicos distintos. Esto no es compatible para computar, por no caber la violencia sexual en los tormentos, y al pasar dicho problema jurídico por el rasero de los principios comentados, resulta que en ningún principio se amolda como a continuación se verá.

El profesor Posada Maya en su texto Delito Continuado y Concurso de delitos nos ilustra y en síntesis se maneja la siguiente conceptualización al respecto:

Principio de Especialidad. (*Lex especialis derogat lex generalis*). Aplicación del tipo especial supone, en consecuencia, una necesidad lógica inderogable que tiene ocasión por la derivación o la subordinación del tipo más general, aunque su penalidad sea inferior[44].

Según la jurisprudencia, este principio debe tener: (a) Que la conducta que describe esté en un tipo básico. (b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie. (c) Que protejan el mismo bien jurídico.

44 Posada Maya, Ricardo (2012). *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá: Universidad de Los Andes/Grupo Editorial Ibáñez. Pág. 218.

A manera de ejemplo, se aplica por especialidad el homicidio preterintencional, cuando el homicidio se da en la medida en que el resultado excede la intención del agente, descartando el homicidio simple como tipo penal general.

En el caso que nos ocupa, no se aplica dicha figura, porque se trata de bienes jurídicos distintos que son protegidos de forma distinta y con sus tipos básicos propios para tal menester.

Principio de Subsidiariedad (*Lex primaria derogat legi subsidiariae*). Se refiere a que después de un juicio de valor sistemático sobre la jerarquía de la protección existente entre las diversas tipicidades penales concurrentes, en apariencia atiende a la neutralización valorativa sustancial que ejerce un supuesto de hecho frente al otro[45], lo cual permite determinar la primacía de la descripción comportamental, que será en efecto aplicada al caso en concreto al señalar una tipicidad que protege mejor al bien jurídico.

No depende de la estructura de los tipos, sino, de lo que disponga la ley cuando supedita la aplicación de un tipo para que no resulte otro más severamente penado. Mientras que, en la relación de especialidad, la impunidad que concurre con el tipo especial excluye también la impunidad del tipo general, en la relación de subsidiariedad, la impunidad de uno de los tipos no excluye la del otro. Se puede dar de forma expresa y tacita.

*Expresa***.** Cuando el legislador así lo dispone y subordina el orden de aplicación preferente del tipo en la respectiva norma jurídico penal. Como por ejemplo, en el artículo 447 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), la *receptación* y el *enriquecimiento ilícito* (artículo 412). También en el artículo 166 numeral 7, respecto al delito de tortura, lesiones personales (en el Código Penal Colombiano), y es aún complejo el asunto por posible adecuación de un tipo básico por otro y el posible concurso aparente entre el agravante de la desaparición y el constreñimiento ilegal. También, otro ejemplo, en la falsa denuncia en el artículo 438 del Código Penal Colombiano, como agravante de tales conductas.

Tácita. Se da cuando ocurren los actos copenados o delitos de paso. En los delitos progresivos de *minus ad maius* (de lesiones a homicidios, *animus laendi a animus necandi*).

En definitiva no puede recogerse la violación sexual en la tortura por razón de que el desvalor de cada una, no se absorbe ni impiden su aplicación, siendo conductas que óntica y jurídicamente son diferentes, puesto que toda violación no conlleva a actos de tortura, ni los actos de torturan conllevan siempre actos de violación sexual.

45 *Ibídem.* Pág. 222.

Principio de Consunción. Cuando la realización de un supuesto de hecho más grave ya incluye por su configuración o amplitud material el juicio social valorativo que supone la afectación del bien jurídico que protege otro tipo menos grave y vago, se aplica el primero y no el último, siempre que operen principios como el de subsidiariedad y el de especialidad[46].

El ejemplo de consunción en el delito de hurto con violencia que consume la coacción, amenaza o constreñimiento ilegal; cuando se priva a la víctima para facilitar la huida y cuidar el botín, y se deje a la víctima amarrada y se pueda ver libre de sujeción con facilidad. El contrabando de drogas frente a los delitos de salud pública, otro ejemplo.

Principio de Alternatividad. Es un principio subsidiario de los demás y se aplica en la medida que los antes establecidos llegaren a fracasar ante la propuesta de un concurso aparente de tipos. Se aplica cuando dos supuestos de hecho diferentes contienen al mismo tiempo elementos comunes y excluyentes, y modalidades distintas de ejecución de la acción que cobijan a plenitud el comportamiento material del autor frente al mismo bien jurídico, con lo cual, los tipos en apariencia concurrentes se presentan como supuestos de hechos paralelos, aunque solo uno de ellos se aplique atendido el principio de preferencia por exclusión y predominio de la ley[47].

En estos casos el tipo preferente establece un marco penológico más severo que el preferido, que traduciría mejor la voluntad de protección jurídica del legislador penal frente al bien jurídico tutelado en el caso concreto.

Al no existir y descartar por las consideraciones anteriores un concurso aparente y constituyéndose la existencia de delitos autónomos respecto a las violaciones sexuales de las víctimas relacionadas y la tortura sobre las mismas, se demuestra un acuerdo entre lo establecido en el Auto *sub examine* con lo tratado en este artículo.

46 *Ibídem,* Pág. 234.

47 *Ibídem,* Pág. 248.

Referencias bibliográficas

Ambos, Kai (2008). *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caferatta, José (1998). *La prueba en el Proceso Penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma.

Hart, Herbert (1961). *The concept of law*. 2nd ed. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, eds. Oxford: University Press.

Jakobs, Gunter (1997). *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.

Jescheck, Hans Heinrich (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5ª ed. Granada: Comares.

Llanos, Teddy (2012). *Autoría mediata en aparatos organizados de poder en el derecho penal colombiano*. Monografía de grado. Bogotá: Universidad Libre.

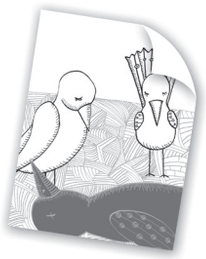
López Díaz, Claudia (1999). *Código Penal Alemán* 1871. Disponible en Internet: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf.

Lorenzo, Celso Ramón (2000). *Manual de historia Constitucional Argentina*. Rosario: Juris.

Luhmann, Niklas (1997). *Organización y decisión, autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos.

Márquez Cárdenas, Álvaro (2009). *La autoría mediata en el derecho penal*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Posada Maya, Ricardo (2012). *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá: Universidad de Los Andes/Grupo Editorial Ibáñez.



Rotsch, Thomas *et al.* (2011). *La autoría mediata*. Bogotá: Axel.

Roxin Claus (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons.

-------- (2002). "Autoría mediata por dominio en la organización". Conferencia en la Universidad Lusiada de Lisboa. 6 y 7 de noviembre de 2002. En *Revista Peruana de ciencias penales*.

Velásquez, Fernando (2011). "Los líderes paramilitares ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?" En *Revista de derecho penal*. 2011-1.

Providencias Judiciales

Argentina. Poder Judicial de la Nación (2011, Noviembre 23). *Resolución confirmando el procesamiento y prisión preventiva del Gral. Menéndez y otros oficiales como responsables del delito de violación sistemática.* Mendoza. Autos N° 86.569-F-20.868, caratulados: "Compulsa en Autos 86-F, "F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P. por apelación".

Perú. Corte Suprema del Perú. Sala Penal Especial (2009, Abril 9). *Sentencia. Acusado: Alberto Fujimori Fujimori.* Expediente N° AV-19-2001.

Leyes

Argentina. (1991, Septiembre). *Código procesal de la Nación*. Ley N° 23.984. Argentina. Código penal de la Nación.

Colombia. (2000, Julio 24). *Código Penal Colombiano*. Ley 599 de 2000.

Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos

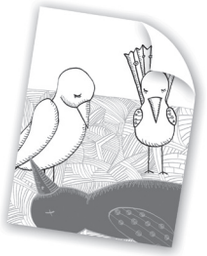
Milton A. Gómez Cardozo

Sumario. **A.** Reconocimiento parcial por parte del Estado de Guatemala. **B.** Cumplimiento de las obligaciones de respeto protección y garantía de los derechos amparados por la Convención Americana. **C.** Garantías judiciales y protección judicial de la Convención Americana. **D.** Debido proceso legal. I. Plazo razonable, II. Verdad. III. Sanción y reparación. **E.** Análisis comparativo de la sentencia con el caso colombiano. I. Debido proceso legal. II. Plazo razonable, III. Verdad. IV. Sanción y reparación.

En el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, la pregunta recurrente de los postulados, operadores judiciales y las partes, se refiere a un eventual trámite ante las instancias internacionales para llevar temas del conflicto colombiano, y juzgar las acciones del Estado en relación con las violaciones de los derechos humanos en el accionar de las autodenominadas Autodefensas Unidas de Colombia [AUC]. Como respuesta a esa inquietud, los expertos aseveran que la única manera de blindar el proceso, está en constitucionalizar los procedimientos.

Pero ¿qué es constitucionalizar un proceso? La respuesta está en que el Estado representado por servidores que integran las diferentes instituciones, exige el cumplimiento con lo dispuesto en la ley. Esto expresa el principio de democracia constitucional o de derecho, definido por Luigi Ferrajoli de la siguiente manera:

> *"De aquí se desprende una noción cuatri-dimensional de la democracia como modelo normativo. Las dos primeras dimensiones son "formales", puesto que tienen que ver con la forma democrática (el "quien" y el "cómo") de las decisiones, y con los derechos-poder de autonomía política y civil que la aseguran. Las otras dos son "sustanciales", y tienen que ver con la sustancia de las decisiones (el "qué" no está permitido decidir o dejar de decidir) y con los derechos sustanciales de libertad y sociales que la garantizan. En este sentido, el garantismo, explicado en sus cuatro dimensiones (política, civil,*



liberal y social, dependiendo de la clase de los derechos garantizados) es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia".[1]

La defensa de los derechos fundamentales constituye un reto para la humanidad. El principio de soberanía popular ubica a la persona humana como el fin último de toda acción estatal, dado que el poder político se justifica solo si sus acciones transforman positivamente la realidad social -contrato social-[2]. Un Estado debe velar por la satisfacción de los derechos que se consagran en la constitución, de tal forma que cualquier discordancia en este sentido se entiende como una violación o un incumplimiento de los valores principios y derechos consagrados en la constitución política.

A partir de la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos como cuerpo normativo, se deben construir las relaciones sociales. Norberto Bobbio en un encuentro de derechos humanos en 1964 expreso: "… el problema grave de nuestro tiempo, respecto a los derechos humanos, no es el de fundamentarlos sino el de protegerlos"[3]. La cuestión se centra en lo jurídico y político, esto sin desconocer la importancia de la fundamentación filosófica de los derechos. Bobbio afirma que el problema de la discusión en torno a los derechos humanos se resolvió con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, porque con ello se representa un sistema de valores humanamente fundados y, por tanto, reconocidos.

La aprobación a través de los gobiernos, de manera libre y expresa de un sistema de principios fundamentales de la conducta humana, es un hecho consensuado sobre la 'validez' e 'idoneidad' para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres. Con la *Declaración* se llega a la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer en su universalidad y legitimidad.

---

1 Ferrajolli Luigi (s.f.) *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías*. Disponible en Internet: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espa%F1ol(1).pdf

2 El contrato social como teoría de la filosofía política, consiste en manifestar en contra de la filosofía que con Aristóteles argumentaba que el hombre era naturalmente sociable, que la sociedad es un constructo artificial, resultado del acuerdo real o hipotético realizado en el interior de un grupo por sus miembros. Parte de la idea de que todos los miembros del grupo, por voluntad propia realizan el contrato social, para admitir la existencia de una autoridad, de unas normas morales y leyes a las cuales se someten. Así resulta una hipótesis explicativa sobre el origen de la autoridad política y del orden social. La formulación más conocida sobre el Contrato Social resulta del texto de Jean-Jacques Rousseau, aunque el primer filósofo moderno que articuló una teoría contractualista fue Thomas Hobbes.

3 Bobbio, Norberto (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Madrid: Sistema. Pág. 63.

Los derechos humanos son universales respecto a su contenido, en cuanto se dirigen a un ser humano racional fuera del espacio y el tiempo, pero son extremadamente limitados respecto a su eficacia, en cuanto que son, en la mejor de las hipótesis, propuestas para un legislador futuro.

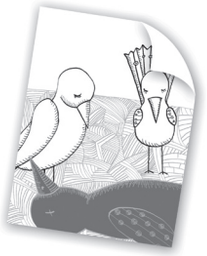
Gregorio Peces Barba[4] en su teoría dualista de los derechos, afirma que la construcción de la doctrina de los derechos humanos tiene un alto contenido histórico, que se nutre fundamentalmente de la moral, un escenario en donde confluyen todas las dinámicas sociales, las cuales a través del consenso deben ser llevadas al ordenamiento jurídico de una nación, a fin de que a través de valores, principios, derechos y deberes, se regulen las relaciones humanas. Ese contenido moral no es más que la suma de facultades, prestaciones y libertades del ser humano y su relación con el otro y el medio ambiente.

Por otra parte, y como tema de análisis en el presente documento, la denominada Ley de Justicia y Paz en Colombia (Ley 975 de 2005), recibe la noción de *justicia transicional* referida a un paso de un contexto de violaciones a derechos humanos en un Estado, a un escenario democrático que garantice los derechos y la dignidad de sus ciudadanos. Para ello, es imperioso garantizar los derechos de las víctimas, velar por el cumplimiento de los estándares de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, enmarcadas en la entramada de valores, principios, derechos y deberes que se consagran en el texto constitucional, complementados con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El tema, desde el año 2005, ha estado en permanente discusión entre los interesados en el proceso, organizaciones no gubernamentales [ONG´s] de derechos humanos, universidades y estudiosos del proceso y, aunque no se refieren a la cuestión como la misma vehemencia que algunos quisieran, tienen espacio las víctimas. El tema cobra mayor incertidumbre con la expedición de la reforma a la mencionada Ley de Justicia y Paz, con la Ley 1592 de 2012, en donde se ha homologado por parte del legislador la reparación judicial con la administrativa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], como órgano regional de defensa de los derechos humanos, sería el escenario donde eventualmente acudirían las víctimas del conflicto armado en Colombia, una vez agotados los mecanismos de defensa internos, al no encontrar una respuesta institucional y porque están insatisfechas sus expectativas frente a

4 Peces Barba Gregorio (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: BOE-UCBM.



la garantía sus derechos. La parte judicial en el proceso colombiano hoy se enmarca en el Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), y la administrativa regida por la Ley 1448 de 2011.

Para la exposición, ha parecido importante enriquecer la discusión sobre la sentencia[5] del 4 de septiembre de 2012, proferida por la Corte IDH. Los hechos se refieren a la destrucción de la comunidad maya de Río Negro, a través de una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y por miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, en los años 1980 y 1982. De igual manera, se tiene en cuenta la persecución y eliminación de sus miembros y las posteriores violaciones en contra de los sobrevivientes, como también se incluye la falta de investigación de los mencionados hechos.

Los sucesos son similares a los acaecidos en Colombia. En especial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] presentó este caso debido a la denegación de justicia y la consecuente impunidad que persiste hasta la fecha, e indicó que:

> *"…dentro de los hechos [que se ponen] en conocimiento de la Corte [se incluyen], entre otros, los relativos a las desapariciones forzadas, el desplazamiento forzado, la integridad personal de los familiares y sobrevivientes, la destrucción del tejido social de la comunidad, la falta de identificación de las personas ejecutadas y desaparecidas […], la consecuente falta de entierro de las mismas con base en las tradiciones mayas, la imposibilidad de los sobrevivientes de regresar a sus tierras, la falta de protección a los niños y niñas, el señalamiento como "guerrilleros, base social de la guerrilla, enemigos internos y subversivos", la discriminación [y] la [supuesta] falta de investigación imparcial y efectiva de la multiplicidad de violaciones ocurridas durante y después de las masacres".*[6]

La CIDH alegó que los hechos del caso "[…] se enmarcan en un contexto más general de masacres en Guatemala, las cuales fueron planificadas por agentes estatales dentro de una política de "tierra arrasada" dirigida por el Estado guatemalteco contra el pueblo maya, calificado como "enemigo interno", en un contexto de discriminación y racismo […]"[7]. Por ello, la CIDH solicita que se declare la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala de la siguiente manera:

---

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2012, septiembre 4). *Caso Masacres de Rio Negro Vs Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

6 *Ibídem*, Pár. 2.

7 *Ibídem*, Pár. 57

> *"Por la presunta violación de los derechos reconocidos en los siguientes artículos de la Convención Americana: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Integridad Personal), 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), 7 (Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 16 (Libertad de Asociación), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial), en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los miembros de la comunidad de Río Negro".*[8]

Además, la CIDH solicitó la declaración sobre incumplimiento del Estado de Guatemala, ante las obligaciones frente a:

> *"los artículos I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención de Belem do Pará'".*[9]

El presente documento abordará, con sustento en la sentencia de la Corte IDH, los siguientes temas: (A) El reconocimiento parcial por parte del Estado de Guatemala. (B) El cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos, amparados por la *Convención Americana*. (C) Las obligaciones de garantía judicial, y protección judicial consagrada en la *Convención Americana*. Finalmente, (D) un análisis comparativo de la sentencia *sub examine* con el caso de Colombiano.

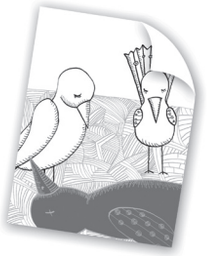
A. Reconocimiento parcial por parte del Estado de Guatemala

En la contestación de la demanda, el Estado de Guatemala impugna la competencia de la Corte IDH para conocer de las violaciones "que ocurrieron antes de que el Estado reconociera la competencia contenciosa del Tribunal, porque 'no son de carácter continuado' […]"[10]. Pero, llama la atención que "el Estado [de Guatemala] reconoció su responsabilidad internacional en relación

8 *Ibídem*, Pár. 3.

9 *Ibídem*.

10 *Ibídem*, Pár. 3.



con algunas de las violaciones alegadas por la Comisión y los representantes, y aceptó algunas de las pretensiones de reparación formuladas por éstos"[11]. Se refiere el caso de un listado de víctimas "presuntamente ya indemnizadas mediante el Programa Nacional de Resarcimiento [PNR]"[12].

Al referirse a la competencia de la Corte IDH, se reconoce a Guatemala como Estado Parte de la *Convención Americana* desde el 25 de mayo de 1978, y la competencia contenciosa de la Corte IDH a partir del 9 de marzo de 1987. Por tal razón, tal reconocimiento sería aplicable a "casos sucedidos con posterioridad a la fecha [en] que esta declaración fuera presentada al Secretario de la Organización de Estados Americanos", lo cual ocurrió el 9 de marzo de 1987"[13].

Por la razón argumentada, y teniendo en cuenta el artículo 62.3 de la *Convención Americana*, la Corte IDH es competente para conocer algunos hechos y violaciones que se alegan en la sentencia, pero en especial, el párrafo 16 señala que:

> *"la Corte también es competente para conocer de algunos hechos y presuntas violaciones de derechos humanos relacionados con el incumplimiento de algunas disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada por Guatemala el 29 de enero de 1987; de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Estado el 4 de abril de 1995, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por Guatemala el 25 de febrero de 2000, en términos del reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado".*[14]

En las consideraciones menciona que, no obstante el Estado no hace referencia expresa al concepto de excepción preliminar, en los alegatos de la contestación de la demanda el Estado controvierte la competencia temporal de la Corte, determinando las características jurídicas esenciales que corresponden a una excepción preliminar de incompetencia *ratio temporis*, por tanto, se considera inhibida de conocer los hechos de violaciones de derechos humanos anteriores al 9 de marzo de 1987, fecha en que Guatemala aceptó la competencia del Tribunal, que no sean de carácter continuado o permanente, en donde la Corte IDH tiene competencia así los hechos hayan sucedido con anterioridad a la fecha señalada. De esta manera no se infringe el principio de irretroactividad[15].

11 *Ibídem,* Pár. 17.

12 *Ibídem*, Pár. 19.

13 *Ibídem*, Pár. 15.

14 *Ibídem*, Pár. 16.

15 *Ibídem*, Pár. 37.

La Corte IDH tiene competencia para conocer los hechos y presuntas violaciones a los derechos humanos relativos a desaparición forzada en los siguientes casos: la falta de investigación imparcial y efectiva de los hechos; la afectación a la integridad personal de los familiares de los familiares y sobrevivientes en relación con la investigación de los hechos; la falta de identificación de las personas ejecutadas y desaparecidas; la "destrucción del tejido social de la comunidad"; y el desplazamiento forzado.[16]

B. Cumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos amparados por la *Convención Americana*

La Corte IDH, estableció que entre los años 1962 y 1996 hubo un conflicto armado interno en Guatemala que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. Durante dicho conflicto:

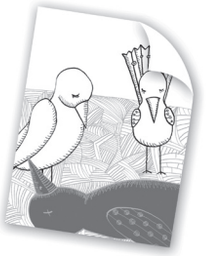
> *"el Estado aplicó lo que denominó "Doctrina de Seguridad Nacional", acrecentando la intervención del poder militar para enfrentar a la "subversión", concepto que incluía a toda persona u organización que representara cualquier forma de oposición al Estado, con lo cual dicha noción se equiparaba a la de "enemigo interno". La Comisión concluyó que en aplicación de esta Doctrina, el 91% de las violaciones registradas se produjo entre los años 1978 y 1983, bajo las dictaduras de los generales Romeo Lucas García (1978-1982) y José Efraín Ríos Montt (1982-1983)".*[17]

Durante estos años, operativos militares consistentes principalmente en matanzas de población, conocidas como "masacres" u "operaciones de tierra arrasada", se concentraron en las regiones del Quiché, Huehuetenango, Chimaltenango, Alta y Baja Verapaz, la costa sur y Ciudad de Guatemala. De acuerdo con el Informe de la CIDH, alrededor de 626 masacres fueron ejecutadas mediante actos de extrema crueldad destinada a eliminar a las personas o grupos de personas, "definidos como enemigo", y a "aterrorizar a la población".

Posteriormente, en el año 1990 se inició un proceso de paz en Guatemala que culminó en 1996. Dentro de este período fueron firmados doce acuerdos, entre ellos, uno para el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, la cual inició su labor en el año 1997. Dicha Comisión conoció de

16 *Ibídem*, Pár. 38.

17 *Ibídem*, Pár. 57.



numerosas masacres, incluidas las del Municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz, Guatemala, lugar en el que tuvieron lugar los hechos del presente caso.

Cada derecho humano supone unos deberes para el Estado: respeto, protección, garantía, prevención y promoción,[18] que constituyen obligaciones para incorporarse y ser desarrolladas en el derecho interno, con fundamento el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados en el ámbito internacional.

El deber de respeto por los derechos humanos es universal y vincula a todos los miembros de la humanidad independientemente del papel que ocupen dentro de la sociedad o del Estado. Toda persona está obligada a obrar siempre de manera respetuosa en relación con los derechos iguales e inalienables de los demás seres de su especie[19].

La obligación de respeto en principio implica la no intervención, la abstención del Estado de penetrar en el núcleo esencial de los derechos, en un escenario jurídico y político donde los ciudadanos y ciudadanas puedan desarrollar sus derechos de manera autónoma, conforme a su dignidad, sin intromisión alguna. En el evento de presentarse tensiones entre los derechos, en gracia de la convivencia, el Estado debe dirimir ese conflicto con apego a los principios constitucionales de ponderación de derechos, donde en un análisis hermenéutico por parte del operador estatal, dé una salida al conflicto dentro del ordenamiento jurídico.

El deber de protección recae sobre el Estado, quien detenta dos monopolios, la administración de justicia y la fuerza armada, circunstancia que le da una posición dominante para amparar los bienes jurídicos de las personas. A diferencia del deber de respeto que recae sobre el Estado y los ciudadanos, el deber u obligación de garantía por el contrario, exige una actividad proactiva del Estado para alcanzar los mayores niveles de exigencia y exigibilidad de los derechos y políticas públicas que deben, en esencia, inspirarse en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Toda acción del Estado debe de reconocerse como una dinamización de un derecho y alejarse del concepto de servicio público, con el cual, en muchas ocasiones, se instrumentaliza a la persona humana.

La prevención y promoción se desarrollan a partir de los tres deberes citados, en suma, la conjugación de todos los deberes exigen del Estado políticas

18 Artículo 1.1. *Convención Americana de Derechos Humanos*.

19 Ponencia del señor Michael Fruhling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ante el Foro: *Panel Internacional Sobre Acuerdo Humanitario y los Niños en la Guerra* (Salón Elíptico del Capitolio Nacional), 15 de mayo de 2003.

públicas en todos los ámbitos para velar por condiciones de dignidad en la vida de los hombres y mujeres que componen la sociedad, apelando al carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

La Constitución de Colombia consagra el principio a la soberanía popular, la dignidad humana, el Estado Social de Derecho, los cuales en consonancia con los valores, principios, derechos y deberes deben realizar los fines esenciales del Estado. De hecho, el artículo 2 preceptúa: "…*La autoridades de la república están instituidas para proteger a todas la personas…, derechos y libertades*…".

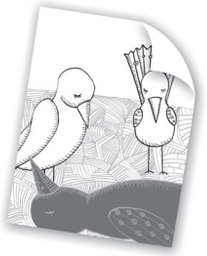
La estructura del Estado democrático, encierra la exigencia de control y autocontrol de las ramas del poder público, es así como corresponde a cada rama, a través del mecanismo de frenos y contrapesos, vigilar las acciones estatales que se desarrollen. La rama judicial es la guardiana de la legalidad, deber dentro del Estado moderno, humanista y racional, para dirimir los conflictos y corregir las eventuales fallas que se puedan presentar.

La protección de los derechos a nivel interno se refuerza en el ámbito externo con los instrumentos internacionales ratificados por los Estados, la *Declaración de los Derechos Humanos*, los pactos internacionales que constituyen, en suma con la constitución, el *bloque de constitucionalidad* que en el caso colombiano se consagra en los artículos 53, 93, 94 y 214 superiores.

La Corte IDH constató que la ocurrencia de las masacres de la comunidad de Río Negro se enmarcaron en un contexto sistemático de violaciones graves y masivas de los derechos humanos en Guatemala. Un contexto de graves violaciones de los derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, fueron cometidas, lo que acreditó una ineludible responsabilidad del Estado de Guatemala.

C. Garantías judiciales y protección judicial de la *Convención Americana*

El Estado de Guatemala reconoció su responsabilidad por la falta de investigación de los hechos. Se cita en la sentencia los artículos 1.1 de la *Convención Americana* y los Artículos 1 de la *Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas*, 1,6 y 8 de la *Convención para Prevenir la Tortura* y el artículo 7.B de la *Convención sobre Violencia Contra La Mujer*. La Corte, no obstante, reitera su jurisprudencia sobre el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos.



La obligación de investigar, dice la Corte, las violaciones de derechos humanos, es una medida positiva enmarcada en el deber de garantía que el Estado debe adelantar en pro de velar por los derechos de la *Convención*. En el caso examinado, se trata de violaciones masivas y sistemáticas cuya indagación no puede sustraerse o condicionarse por disposiciones normativas internas. Los artículos 8 y 25 de la Convención obligan a los estados a suministrar recursos judiciales efectivos.

En síntesis, podemos decir que las garantías juridiciales y la protección judicial, comporta el "debido proceso legal" como elemento que constituye el núcleo esencial del derecho.

D. Debido proceso legal

Todo el desarrollo constitucional del Estado de derecho, el sometimiento a la ley, y ésta como resultado de su concertación e incursión en el texto constitucional, exige a los ciudadanos y ciudadanas someterse a los preceptos aprobados en la carta constitucional, para con ello dirimir los conflictos sociales bajo su imperio. Así se edifica el concepto de democracia constitucional[20], en el cual la minoría se convierte en el principal sujeto de protección.

Uno de los elementos más importantes contenidos en el debido proceso legal, es la investigación, que podemos decir, es la puerta de ingreso al acceso a la justicia. Sin ella los funcionarios judiciales no tendrían la posibilidad de procesar los hechos que los ciudadanos consideren que lesionan o amenazan sus derechos fundamentales, por lo cual debe tener en cuenta: la complejidad del hecho; la estructura en la cual se ubican las personas presuntamente involucradas; la planeación, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación; y la colaboración de las autoridades estatales en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación; y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo.

El deber de investigar, dice la Corte, no puede ser "una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"[21]. Al respecto, el Tribunal ha establecido que "cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad

20 Ferrajoli, Luigi (2001). "Garantías y Derecho Penal" En *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.* N° 31. Pág. 169.

21 Corte IDH (2012, septiembre 4). *Caso Masacres de Rio Negro Vs Guatemala*. *Op. Cit*. Pár. 192.

específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos"[22].

La investigación debe ser realizada con todos los medios legales disponibles, y debe comprender la responsabilidad tanto de los autores intelectuales como materiales, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Los temas en relación con el debido proceso legal, se relacionan con (1) el plazo razonable, (2) la verdad, (3) la sanción y (4) la reparación.

I. Plazo razonable

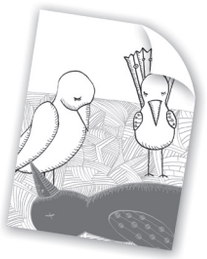
En cuanto a la celeridad del proceso en general, la Corte ha señalado que el "plazo razonable" al que se refiere el artículo 8.1 de la *Convención* se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva. El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de respuesta estatal es un elemento determinante al valorar si se han violado los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

La Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: (a) la complejidad del asunto. (b) la actividad procesal del interesado. (c) la conducta de las autoridades judiciales, y (d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

El artículo 8.1, relacionado con el 1.1 de la misma *Convención Americana*, establece la responsabilidad de los estados en garantizar el derecho de las víctimas y sus familiares a participar de todas las etapas del proceso: hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos. La participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios.

Por ello, en ocasiones anteriores la Corte ha considerado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, como los sucedidos en el presente caso.

22 *Ibídem*.



La Corte en el análisis e interpretación de los elementos mencionados, los aborda de manera sistemática entendiendo el carácter, como derecho fundamental, indivisible e interdependiente del acceso a la justicia.

II. Verdad

Frente a la Verdad, igualmente en un derecho de la sociedad democrática que le corresponde al Estado satisfacerlo, por un lado, mediante la obligación de investigar de oficio las graves violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige al Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones, sus correspondientes responsabilidades, y reparar a las víctimas del caso.

El derecho a la verdad ha sido desarrollado suficientemente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte IDH asevera en la sentencia:

> *"…La investigación de los hechos sucedidos durante las cinco masacres del presente caso es una obligación que debe ser llevada a cabo de oficio por el Estado, y que dicha investigación no debe depender del impulso procesal de los particulares y, mucho menos, de la sola prueba que éstos puedan aportar. La investigación de los hechos es un deber jurídico propio del Estado, por lo que cada acto procesal que lleve a cabo debe reflejar el compromiso asumido por Guatemala a fin de erradicar la impunidad de los hechos, obligación de garantía que se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana"*[23].

El Estado tiene que "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[24]. La Corte ha considerado que "la realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones"[25].

Por otra parte, ha establecido que "cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar

23 *Ibídem,* Pár. 260-261.

24 *Ibídem,* Pár. 261.

25 *Ibídem,* Párr. 240.

orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de los hechos"[26]. La investigación debe ser realizada con todos los medios legales disponibles y debe comprender la responsabilidad tanto de los autores intelectuales como materiales, especialmente cuando están, o puedan estar, involucrados agentes estatales.

En el proceso de investigación, donde se enmarca la búsqueda de la verdad, la Corte ha dispuesto que la debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez de la causa toda la información que requiera, y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo. En cuanto a las masacres de Río Negro y en los Encuentros, la Corte aseveró en relación con la verdad y la sanción[27]:

> *"1. El Estado no investigo los hechos (…), no se ha iniciado investigación alguna de oficio, generándose impunidad que se define por la Corte como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena…*
> *2. El Estado ha realizado ciertos esfuerzos para la investigación (…) la mayoría de las pruebas han sido aportadas por las víctimas. (…). En gran medida, el impulso de la investigación se ha dejado a las propias víctimas.*
> *3. Las sentencias de 8 de noviembre de 1998 y 28 de mayo de 2009 no refleja la gravedad, la multiplicidad ni la magnitud de los hechos sucedidos durante las masacres de Pacoxom y Agua Fría"[28].*

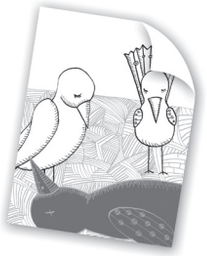
La Corte IDH valora la publicación del Informe de la CIDH, *Guatemala: Memoria del Silencio*, el cual incluye el caso de las masacres de Río Negro, como un esfuerzo que ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico de Guatemala. Sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en ese Informe, no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales a través de los procesos pertinentes.

---

26 *Ibídem,* Pár. 192. La sentencia cita los casos *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. E *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*.

27 *Ibídem*, Pár. 196 y ss.

28 *Ibídem*, Pár. 2003.



III. Sanción y reparación

En cuanto a la sanción y la reparación, la Corte señala que es un deber de los estados frente a las violaciones de los derechos humanos, reglado en el artículo 63.1 de la *Convención*, que todo daño debe ser reparado adecuadamente, constituyendo un principio consuetudinario del Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado.

Las reparaciones deben tener los siguientes elementos:

- Nexo causal con los hechos del caso
- Las violaciones declaradas.
- Los daños acreditados
- Las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos
- Siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior.
- De no ser posible el restablecimiento, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron
- Otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[29].

Por otro lado, la Corte por las características particulares del caso, expresó que no ha sido posible identificar e individualizar a la totalidad de las víctimas. Por lo anterior considera:

> *"1. La aplicación de la excepción prevista en el artículo 35.2 del Reglamento del Tribunal a efecto de incluir a otras personas como víctimas aun cuando no hayan sido previamente identificadas e individualizadas por la Comisión Interamericana.*
> *2. En un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la Sentencia, otros miembros de la comunidad de Río Negro posteriormente puedan ser considerados víctimas de alguna violación de derechos humanos declarada en este Fallo y reciban reparaciones individuales y colectivas.*
> *3. Concede un el plazo máximo de un año, para que las víctimas presenten ante la instancia pertinente del Estado a fin de solicitar y recibir las reparaciones que correspondan, previa aportación de las pruebas que sean pertinentes para su identificación.*

29 *Ibídem*, Pár. 247 y ss.

4. Debido a la falta de representación activa ante este Tribunal de dichas personas, el Estado deberá velar de buena fe por el derecho a la reparación de tales víctimas".[30]

La reparación implica según la jurisprudencia de la Corte IDH, una indemnización compensatoria por daños materiales e inmateriales. Por esta razón, el caso Río Negro contribuye a la discusión que se ha generado en Colombia a partir de la homologación que plantea la Ley 1592 de 2012, de la reparación administrativa y la judicial. La Corte IDH en el caso de Guatemala, resuelve la controversia sobre supuestas indemnizaciones ya concedidas a través del Programa Nacional de Resarcimiento [PNR].

El Estado de Guatemala solicitó que se tuvieran en cuenta las indemnizaciones efectuadas a través del PNR, indicando que las víctimas incluidas en él, se tengan por "debidamente indemnizadas". Asimismo, el Estado expresó su voluntad de "resarcir económicamente" a las víctimas del presente caso que no fueron indemnizadas previamente. La CIDH solicitó a la Corte IDH que ordene "reparar adecuadamente las violaciones de derechos humanos declaradas en el Informe de fondo tanto en el aspecto material como moral, incluyendo una justa compensación". Según la CIDH, el PNR no ofrece garantías de que se logre reparar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos de manera consistente con los estándares interamericanos. De este modo, solicitó:

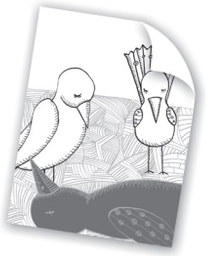
"una vez comprobada la efectiva recepción de ciertos montos indemnizatorios por algunas de las víctimas a través del PNR, la Corte los tome en cuenta al momento de ordenar las indemnizaciones para restarlo del monto final dispuesto […] para las víctimas que se encuentren en idéntica situación".[31]

Los representantes de las víctimas indicaron que:

"- Algunas de las personas señaladas no son víctimas de las masacres de Río Negro y no fueron individualizadas como presuntas víctimas del presente caso;
- *Otras personas son víctimas y ya han recibido cierta cantidad como indemnización,*
- *Otras personas son víctimas pero no han recibido indemnización aún. Asimismo, los representantes señalaron que el Programa Nacional de Resarcimiento sólo otorga reparación a algunas categorías de víctimas-*
- *No da reparación a víctimas de violaciones de los derechos a la protección y garantías judiciales.*

30 *Ibídem*, Pár. 251.

31 *Ibídem*, Pár. 298.



- *Dispone "que el monto máximo otorgado por núcleo familiar será de Q44,000.00[,] sin importar la cantidad de víctimas que hayan existido en su familia, y debiendo dividirse entre los distintos beneficiarios dicha cantidad".*
- *Además, manifestaron que el resarcimiento "de carácter económico-individual" no puede considerarse como reparación "integral".*[32]

La Corte IDH observa:

> *"1. Que el Estado ha manifestado su disposición de resarcir económicamente a las víctimas del presente caso de conformidad con los rubros de reparación del Programa Nacional de Resarcimiento.*
> *2. El Estado remitió, junto con su escrito de contestación, una lista de 102 personas o núcleos familiares que aparentemente fueron resarcidos económicamente mediante el PNR.*
> *3. Recuerda que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, corresponde a ésta velar por que se reparen las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos declarados en esta Sentencia, así como disponer el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, de conformidad con estándares internacionales y su jurisprudencia constante en la materia.*
> *4. Los montos que ya han sido entregados a víctimas del presente caso a nivel interno mediante el PNR deben ser reconocidos como parte de la reparación debida a éstas y descontado de las cantidades que fije el Tribunal en esta Sentencia por concepto de indemnización".* [33]

De todo lo anterior se desprende que existe una diferencia entre la reparación planteada en el art 63.1 de la *Convención* y la otorgada por vía administrativa por el PNR para calcular y asignar los montos indemnizatorios a las víctimas.

La indemnización ordenada por la Corte IDH, no excluye el derecho de aquellos miembros de la comunidad de Río Negro no presentados como víctimas por los representantes o la CIDH, de renunciar a las reparaciones dispuestas en su sentencia, y demandar, conforme al derecho interno, las medidas resarcitorias correspondientes a su favor.

El Tribunal ha establecido que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Por otra parte, el daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[34].

32 *Ibídem*, Pár. 299.

33 *Ibídem*, Pár. 300.

34 *Ibídem*, Pár. 307.

Asimismo, la Corte ha sostenido "que es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación de sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño inmaterial resulta evidente"[35]. En el caso, la Corte sostuvo que los representantes no indicaron a favor de quienes solicitaron la indemnización por concepto de daño material. La Corte no contó con elementos para acreditar las pérdidas de ingresos y el lucro cesante que sufrieron las víctimas del presente caso, a raíz de los hechos que se encuentran dentro de la competencia del Tribunal.

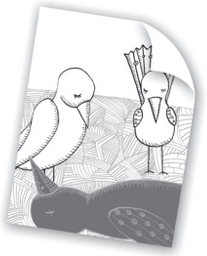
En atención a los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas, el daño generado por la impunidad, así como los sufrimientos ocasionados a las víctimas en su esfera física, moral y psicológica, estimó fijar en equidad, por concepto de daño material e inmaterial, las cantidades señaladas a continuación. En gracia discusión, y para avanzar hacia el siguiente acápite del presente documento, se comparan con las cantidades dispuestas en la reparación administrativa en Colombia:

Violación a derechos humanos. Convención americana	**Sentencia Corte IDH**	**Reparación Administrativa colombiana**
Desaparición Forzada	USD $ 30.000.00	$22.668.000.oo
Adicional masacre más desaparición forzada	USD $ 10.000.00	
Masacre	USD $ 15.000.00	$22.668.000.oo
Adicional masacre con actos esclavitud y servidumbre	USD $ 10.000.00	
Adicional masacre con violencia sexual	USD $ 15.000.00	

E. Análisis comparativo de la sentencia con el caso colombiano

Un proceso de Justicia transicional, aspira a generar unos espacios de discusión donde los procesos contribuyan a la búsqueda de la verdad de hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional

35 *Ibídem*.



Humanitario; procesar y juzgar a los responsables de esos hechos; reparar integralmente a las víctimas y garantizar que en el futuro no se repetirán hechos similares. Todo esto con un objetivo mayor, la reconciliación en una sociedad, el perdón por los hechos que son contrarios a lo que modernamente se conoce como un Estado democrático, la búsqueda de la paz, la defensa de los derechos humanos, la separación y control efectiva de los poderes públicos, el respeto por las minorías, un espacio para la oposición política, políticas públicas que transformen la realidad social en búsqueda de una igualdad material, en fin, toda una oferta institucional en donde el hombre y la mujer sean los sujetos y fin de la acción estatal.

En Colombia hemos asistido durante estos siete años a un proceso de Justicia y Paz, en el que se ha intentado garantizar los derechos de la víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, con sustento en el análisis hecho por la Corte IDH en la sentencia, en relación con el acceso a la justicia y las garantías judiciales, observamos en relación con el caso Colombia el debido proceso legal.

I. Debido proceso legal.

En Colombia se han dispuesto escenarios legales que pretenden dar un marco judicial a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el país durante varias décadas. La Ley 975 de 2005 marca un procedimiento para que los grupos al margen de la ley se sometan a la justicia, y a partir del cumplimiento de unos requisitos, como es contribuir a la verdad y la reparación de las víctimas de los hechos en los cuales participaron en su actuar delincuencial, sean objeto de una sanción con unos beneficios que ley determina.

Esta reglamentación, a nuestro juicio, es una evidencia de la imposibilidad del Estado de judicializar la gran cantidad de hechos en donde los derechos de los ciudadanos han sido amenazados y violados por los grupos violentos. La Corte IDH juzga a los Estados, y se observa en el acceso a la justicia el núcleo esencial desarrollado por el "debido proceso legal", con una serie de connotaciones jurídicas, cuyo fin último es la realización de los derechos, la vigencia de la justicia material, el principio de legalidad, expresado en el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

La participación de la víctima inicia con el diligenciamiento del "Registro de hechos atribuibles a grupos organizados al margen de la ley" y / o "Formato de Víctimas de Desaparición Forzada". En este sentido se expresan los

memorandos No. 10, 7 y 11 de febrero 25 de 2005, marzo 26 y abril 16 de 2006, emanados de la Unidad Nacional de Fiscalías Justicia y Paz [UNFJYP], de la Fiscalía General de la Nación [FGN][36]. En ellos se plantea la necesidad de diligenciar los formatos antes señalados, después de haber surtido un procedimiento previo de convocatoria a las víctimas mediante un edicto emplazatorio ampliamente difundidos por los medios posibles, el cual debería contener: nombres y apellidos del postulado; tipo de documento de identidad del postulado y su número; alias utilizado por el postulado; bloque o frente del cual se desmovilizó, con la indicación de los demás bloque y frentes a los cuales perteneció; número de radicado del proceso, asignado por la UNFJYP; fotografía del postulado; además, se indicará la fecha en la cual ese postulado rendirá versión libre.

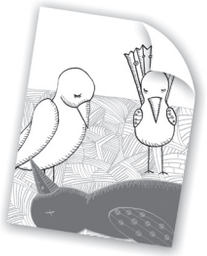
Una vez las víctimas identifiquen que la información suministrada, sobre la georeferenciación del postulado, coincide con las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho padecido, debe comparecer ante la Unidad de Justicia y Paz. El paso a seguir, el Fiscal debe de reconocer provisionalmente la condición de víctima dentro del proceso especial de Justicia y Paz, mediante orden escrita, con lo cual el caso cumpliría con la"vocación de reconocimiento"[37], la cual se puede denominar como la aptitud o condiciones mínimas de que el caso sea objeto de reconocimiento por parte de algún postulado, y por ende objeto de trámite en Justicia y Paz. Esta actividad nos parece indispensable para la optimización de los recursos y elevar el grado de eficacia en la atención a las víctimas, por parte de las entidades responsables del proceso.

El método aplicado por la mayoría de las fiscalías de Justicia y Paz es ineficiente, ante la gran cantidad de registros de hechos atribuibles, por lo cual se generan falsas expectativas a las víctimas, ocasionando un efecto revictimizador, desesperanza y falta de credibilidad del ciudadano frente al Estado. El trámite de la Ley 975 de 2005 es especial, subsidiario, de justicia transicional, en la medida que ya los hechos objeto de investigación, en la mayoría de los casos tienen denuncias radicadas, e incluso sentencias en la justicia ordinaria.

La radicación de reportes de hechos atribuibles dentro del proceso especial de Justicia y Paz, sin que los casos tengan vocación de reconocimiento, y pone

36 Forer, Andreas (2012). *Justicia Transicional*. Colección El Saber Penal. No.1. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Universidad del Sinú. Pág. 124.

37 Parafraseando la denominación establecida en el artículo 7 de la Ley 1592 de 2012, que adiciona el artículo 11 C a la Ley 975, se entiende por vacación reparadora la aptitud que deben tener los bienes entregados por los postulados para reparar efectivamente a las víctimas.



en peligro la efectividad del proceso de Justicia y Paz. La Unidad de Justicia y Paz asumirá los casos que eventualmente van a ser objeto de reconocimiento en la diligencia de versión libre, donde, de la misma manera actuara el Defensor Público una vez se logre el reconocimiento del hecho por el postulado, y se dé tramite al proceso.

Estos fenómenos implican la necesidad de un cambio en la investigación y seguimiento de los casos por parte de la FGN y su Policía Judicial. así:

- La elaboración del programa metodológico. Ayuda a la búsqueda de la verdad y el brindar una información certera al usuario.

- Análisis de la información. Consiste en el cotejo del hecho reportado y las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió, con la georeferenciación del actuar delincuencial de los postulados asignados a la unidades de la Fiscalía. En caso afirmativo, es decir si coinciden la información en términos de tiempo y lugar se le indicará a la víctima las posibilidades reales de que su hecho sea tramitado en el proceso de la Ley 975 de 2005, y se procederá a realizar el reconocimiento sumario de la condición de víctima dentro del proceso. Los casos que no cumplan este requisito deberán ser registrados y sistematizados en una base de datos, a fin de quedar en suspenso cuando se reciban nuevos postulados, realizar el cotejo antes mencionado y, en caso positivo, proceder al reconocimiento antes anotado.

Con el anterior procedimiento se garantizaría el consentimiento informado de las posibilidades de trámite procesal de las víctimas en el proceso de la Ley 975 de 2005, y la optimización de los recursos estatales con que se cuenta para una mayor agilidad del proceso.

II. Plazo razonable.

Los parámetros que la Corte IDH ha enunciado, a fin de determinar si se ha superado un término procesal razonable para la investigación y juzgamiento de un hecho constitutivo de una violación o amenaza a un derecho humano, en primera medida, señala la complejidad del asunto en el proceso de Justicia y Paz. Si bien es cierto, los asuntos que se conocen son de extrema gravedad, no lo es tanto el trámite procesal, toda vez que la prueba reina en el proceso es la confesión.

En este sentido se observa cómo la demora de los procesos en la mayoría de los casos se suscita por el exceso en la ritualidad procesal, y no por la controversia argumentativa y probatoria del caso. En cuanto a la actividad procesal del interesado, la víctima no tiene mayor posibilidad de impulso al

proceso. Depende, en la primera fase, de los fiscales de Justicia y Paz, y en la segunda, de los magistrados. Por esta razón, la demora en el proceso de Justicia y Paz de manera alguna se puede atribuir a las víctimas.

En lo relativo a la conducta de las autoridades judiciales, se ve con preocupación la falta de continuidad en el trámite de las audiencias. El ideal sería que se evacuara la audiencia ininterrumpidamente hasta su finalización, concentrando él trámite (hay audiencias que han durado hasta dos años y aún no se han terminado).

Sobre la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, se ha visto en el proceso que los postulados y sus representantes en la mayoría han adelantado su rol dentro del proceso -conforme a sus estrategias sin afectar el trámite procesal-.

El cumplimiento del plazo razonable como elemento del acceso a la justicia, debe reflejar el compromiso del Estado a través de los órganos competentes, para garantizar la agilidad de los procesos iniciando desde la comisión del hecho que vulneró o amenazó los derechos fundamentales.

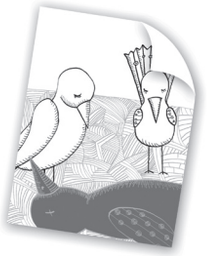
En el trámite de Justicia y Paz, los servidores públicos se ubican en la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, pero hay que tener en cuenta que los hechos que se investigan o procesan son anteriores, incluso, muchos tienen varias décadas de ocurrencia, y la mayoría de investigaciones ordinarias ya han sido archivadas (en muchos casos los expedientes originarios extraviados).

Con estos argumentos, el plazo ya ha superado cualquier vestigio de razonabilidad, y el Estado Colombiano está en mora con las víctimas en relación con la eficacia del derecho al acceso a la justicia.

III. Verdad

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU establece en sus *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas. 'El acceso a información fáctica sobre las violaciones'*, el derecho de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido. No puede haber justicia sin verdad, ni verdad sin justicia. Conocer la verdad y acompañarla de impunidad, es una nueva agresión a las víctimas. Para cumplir con dicha obligación, el Estado tiene que combatirla por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares"[38].

38 Corte IDH (2012, septiembre 4). *Caso Masacres de Rio Negro Vs Guatemala*. *Op. Cit*. Pár. 261.



En el proceso de Justicia y Paz, los operadores se han acostumbrado en la asesoría a las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005, a decir que el proceso no avanza sin la confesión de los postulados a la Ley. Esta situación se constituye en un requisito para el impulso procesal, trasladando la carga investigativa a la víctima o al procesado. Según las cifras de la misma Fiscalía General de la Nación[39], las víctimas participan en la versión libre con 1.24 preguntas por cada una, de 60.929 víctimas que asisten a las versiones libres, 25.601 realizan preguntas a los postulados.

En el transcurso de las audiencias, la Fiscalía en su alegaciones hace una escasa referencia a la verificación y documentación de los hechos, y en los interrogatorios de las versiones, se parte de la entrevista hecha por el postulado ante la Policía Judicial, la cual debería reportar una base de datos alimentada con las indagaciones preliminares que el ente investigador conoció en la zona y fechas en donde el postulado afirma haber delinquido, de acuerdo con la georeferenciación del actuar criminal de la organización. Finalmente ser cruza la información con los reportes de las víctimas, y así generar programas metodológicos que impulsen la investigación.

La defensa de las víctimas debe solicitar información al fiscal, sobre cuáles son los programas metodológicos que se están ejecutando en pro de esclarecer los hechos de sus representados, con el objeto de velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos de una investigación: planeación, recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación, colaboración de las autoridades estatales en la recaudación de la prueba para lograr el fin, esto es, determinar la identidad de todos los presuntos autores materiales e intelectuales de los hechos que han sido reportados por las víctimas, y judicializarlos.

IV. Sanción y Reparación

Preocupa la expedición de la Ley 1592 del 3 de diciembre de 2012, porque en su artículo 23, párrafo 4, dice: "*…las afectaciones causadas a las víctimas en ningún caso serán tasadas*". Luego ordena remitir la actuación a la Unidad Administrativa Especial para La Atención y Reparación de las Víctimas y/o a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras.

Las sentencias de Justicia y Paz no pueden constituirse en una aplicación formal de justica y reducirse a la simple calificación de una conducta punible, y a la aplicación de una sanción con beneficios de pena alternativa. La reforma

39 Forer, Andreas (2012). *Justicia Transicional. Op. Cit*. Pág. 127.

viola, en nuestro concepto, los principios constitucionales de división de poderes, la autonomía del juez y los derechos de las víctimas.

La división de poderes pretende una especialización de las labores estatales, pero le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas, recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos –los denominados frenos y contrapesos-.

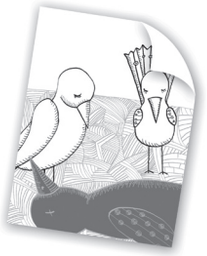
El artículo 113 de la Constitución Política, desarrolla el modelo flexible de separación de poderes, la colaboración armónica de los diferentes órganos del poder público que cumple dos funciones: primero, garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos a través de la protección frente a la conformación de poderes omnímodos; segundo, racionalizar la actividad del Estado y el ejercicio del poder político, mediante la instauración de órganos especializados, autónomos, independientes y con competencias definidas en la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional ha establecido que el principio de separación de poderes tiene una connotación organizativa, que no parte de la definición de la titularidad de la soberanía, sino, de lo ordenado por la Constitución adoptada por el soberano, que ordena el ejercicio de la soberanía por distintos agentes y con determinadas finalidades. En este sentido:

> *"(…) la distinción entre rama legislativa, encargada de la producción del Derecho, rama ejecutiva, responsable de cumplir la función administrativa y la rama judicial, autorizada para resolver conflictos mediante la aplicación del derecho; responde a un propósito básico de racionalización del poder, (…) ante todo, busca afianzar la moderación en el ejercicio del poder" (Sentencia C-141 de 2011).*

Si el Juez no puede en su sentencia reparar el daño material y moral de una víctima, deja de ser juez para convertirse en otra figura. Con la reforma en comento, se está retrocediendo en la garantía de los derechos, dado que en el caso del acceso a la justicia concretado desde la *Declaración Universal* de 1948 como derecho civil y político, se exige su aplicación inmediata al estar dotado de todas las garantías constitucionales.

Sobre la autonomía del juez, el artículo 230 de la Constitución Política señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y la jurisprudencia ha comprendido esta cláusula como un límite a los otros poderes y a los particulares, lo que exige que los jueces no sean condicionados o inducidos al momento de adoptar sus decisiones. Allí radica el deber de imparcialidad de los jueces:



> *"la independencia, como su nombre lo indica hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder…" (Sentencia C-037 de 1996).*

Francesco Carnelutti, sobre la independencia del juez afirmó:

> *"(…) Y, sobre todo, cuidad mucho sobre la dignidad, del prestigio, de la libertad del Juez, y no de atarle demasiado en corto las manos. Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante si al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Y solo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la institución de la justicia".*[40]

Un Estado Social y Democrático de Derecho divide el poder político con el objeto de establecer frenos y contrapesos, y limitar la acción del Estado de tal manera que los órganos o ramas se controlen mutuamente. El ejecutivo tiene metas a corto plazo que, no en pocas ocasiones, ven en la constitución y sus metas a largo plazo, un obstáculo para concretar sus políticas. El legislativo permeado por la presión del ejecutivo, emite leyes que en algunas ocasiones cambian desfavorablemente las condiciones en la sociedad.

Un panorama de violaciones masivas de derechos humanos, obliga a repensar el papel del juez en una sociedad democrática, y en el sistema acusatorio, el principio de inmediación, concentración, y la exigencia de que el juez llegue a la audiencia de juzgamiento sin ningún tipo de información sobre el caso a fin de que no se contamine su criterio. No obstante, en el proceso de Justicia y Paz, de antemano se sabe que existe una confesión de un hecho execrable.

El contexto en que se desarrollaron los crímenes fue de violencia generalizada, en donde el poder político del Estado se sustituye por el poder de las armas, el miedo, terror, la desolación y la muerte. La confesión de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, implica una acusación en donde queda demostrada la negligencia del Estado. Por estas razones, el magistrado de Justicia y Paz no puede ser imparcial, debe estar del lado de las víctimas. En palabras de Juan Pabón Arrieta:

---

40 Recasens Siches, Luis (1980). *Nueva Interpretación de la Filosofía del Derecho*. México: Porrúa. Pág. 130. Citado por Pabón Arrieta, Juan Antonio (2010). "El Juez como historiador: Memoria, fuentes y derechos humanos". En *Nueva Era*. Universidad Libre. Pág. 135.

> *"El papel del Juez en las sociedades de Occidente, particularmente en aquellas que han padecido tan graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, que pueden ser calificadas de verdaderas catástrofes sociales, obliga a reflexionar acerca del modelo de Juez imparcial y neutral diseñado por la modernidad como expresión de los conceptos de justicia, imparcialidad e igualdad entre los hombres. El Juez ante tales catástrofes, tiene que participar en forma activa en el proceso de la construcción de la verdad, no como mera correspondencia entre los hechos pasados y el relato como testimonio queda en el archivo del proceso, pues su labor debe ir más allá, debe contribuir a la dignificación de las víctimas aún después de fallecidas, debe ponerse del lado de las víctimas, no puede ser imparcial, su justicia debe enmarcarse a favor de las víctimas"*[41].

Lo anterior, con apego al derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. El juez es la figura central del derecho, Luis Recasens Siches afirma: "el Juez es más importante que el legislador"[42]; Francesco Carnelutti "no os dejéis seducir por el mito del legislador" [43]; es preferible tener malas reglas legislativas con buenos jueces y a la inversa. El factor preponderante es la independencia del juez frente a los demás poderes y su consolidación como garantía procesal, ofrece seguridad jurídica a los derechos.

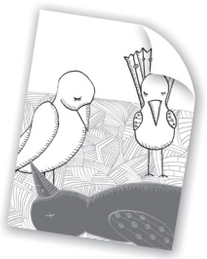
En relación con los derechos de las víctimas, el derecho humano de "acceso a la justicia" encierra la defensa de la justicia material, donde uno de los elementos esenciales es el derecho a la reparación integral, que implica la restitución del daño y varias categorías previstas por la obligación de respetar y hacer respetar las normas internacionales, entre otras: (1) el reconocimiento del daño, (2) la aceptación de responsabilidad, (3) el pedir perdón, (4) el que haya justicia en lugar de impunidad, (5) la compensación e indemnización monetaria o por servicios por los daños físico y moral sufridos, los gastos, las oportunidades y los proyectos de vida sufridos, (6) resarcir los daños, (7) la restitución o restablecimiento, (8) la restitución de trabajos, pensiones, estado legal, propiedades, reputación, (9) el restablecimiento de la situación que existiría si la violación no se hubiere cometido, y (10) la rehabilitación y readaptación médica, psicológica, legal.

La Asamblea General de la ONU consagró los *Principios y Directrices Básicos Sobre Violaciones Manifiestas de Normas Internacionales de D.H y D.I.H. a*

41 Pabón Arrieta, Juan Antonio (2010). "El Juez como historiador: Memoria, fuentes y derechos humanos". *Op. Cit.* Pág. 141.

42 *Ibídem.*

43 Carnelutti Franceso, citado por Pabón Arrieta, Juan Antonio (2010). "El Juez como historiador: Memoria, fuentes y derechos humanos". *Op. Cit*.



Interponer Recursos y Obtener Reparaciones[44] donde en relación con la reparación expresa que las normas internacionales deben ser incorporadas en el derecho interno y adoptar procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces, y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia. Se deben disponer para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados, incluida la reparación, asegurando que en el derecho interno se proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas como lo imponen las obligaciones internacionales. Los principios y directrices señalados consagran sobre la reparación:

- Que debe ser "adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario".
- Proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales.
- Los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.
- Cuando se determine que una persona física o jurídica, u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.
- Establecer en el derecho interno, mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños. Una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23,[45] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La Ley 1592 de 2012 equipara la reparación judicial a la administrativa, lo que preocupa con lo observado en el caso *sub examine* por parte de la Corte IDH, cuando en el fallo en sus consideraciones hace la diferencia y únicamente reconoce la buenos oficios del Estado, pero en relación con el monto de la

44 Organización de las Naciones Unidas (2005, Diciembre 16). Principios y Directrices Básicos Sobre Violaciones Manifiestas de Normas Internacionales de D.H y D.I.H. a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Resolución No. 60/147.

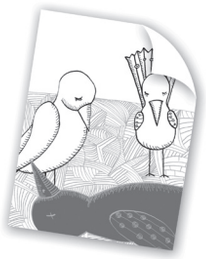
45 *Ibídem*.

reparación, ordena descontar del total de la reparación judicial lo pagado por vía administrativa.

Impedir que el magistrado de Justicia y Paz no tase los daños, con el fin de que la reparación integral de las víctimas sea asumida por el Estado a través de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, está exonerando a los victimarios de asumir la responsabilidad de reparar a las víctimas, ya que ellos son los principales obligados, y el Estado responde de manera subsidiaria.

La tragedia humanitaria no puede equipararse a través de un decreto o una ley. Es necesario que el juez perciba a través de la actuación procesal, el dolor de las víctimas, y trate de reivindicar dicha tragedia en el texto de la sentencia; y consecuentemente atribuya una justa indemnización que repare los daños morales, materiales y al proyecto de vida.

El llamado "Incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas" de la reforma con la Ley 1592 de 2012, reemplaza el "Incidente de reparación", lo que permite intuir que el cambio de nombre obedece a criterios económicos y no a la defensa de los derechos de las víctimas. Los representantes de las víctimas deben aprovechar el espacio y dejar consignadas las peticiones referidas a los daños materiales, morales, a la vida y todas aquellas consideraciones que deseen alegar, presentando sus aspiraciones económicas, sociales, espirituales, morales para que los jueces en su sabio entender administren justicia.



Referencias bibliográficas

Bobbio, Norberto (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Madrid: Sistema.

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2012, septiembre 4). *Caso Masacres de Rio Negro Vs Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Ferrajoli, Luigi (2001). "Garantías y Derecho Penal" En Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N° 31.

-------- (s.f.*) Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías*. Disponible en Internet: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espa%F1ol(1).pdf

Forer, Andreas (2012). *Justicia Transicional*. Colección El Saber Penal. No.1. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Universidad del Sinú.

Organización de las Naciones Unidas (2005, Diciembre 16). Principios y Directrices Básicos Sobre Violaciones Manifiestas de Normas Internacionales de D.H y D.I.H. a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Resolución No. 60/147.

Pabón Arrieta, Juan Antonio (2010). "El Juez como historiador: Memoria, fuentes y derechos humanos". En *Nueva Era*. Universidad Libre.

Peces Barba Gregorio (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: BOE-UCBM.

Los autores

Andreas Forer

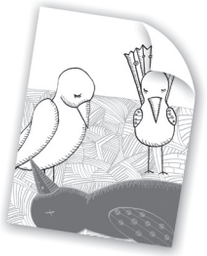
Abogado alemán, consultor internacional. Actualmente director del Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (ProFis), ejecutado por la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (GIZ).

Gloria Bernal Acevedo

Vicedirectora en el Proyecto "Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis (*DeutscheGesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ) Gmbh). Abogada, docente universitaria e investigadora. Doctora en Educación en la Universidad de La Salle de San José de Costa Rica; título de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Externado de Colombia; especialista en Docencia Universitaria y en Nuevas Tecnologías. Tiene publicados cuatro (4) textos jurídicos, cuatro (4) literarios y dos (2) jurídicos-literarios; fue directora regional del CTI de la Fiscalía General, abogada de casación penal en la Defensoría del Pueblo y abogada litigante.

Edwin Mauricio Cortés Sánchez

Consultor en el proyecto ProFis de la GIZ -Cooperación Internacional Alemana-, en materia de análisis de datos, contexto y teoría de la argumentación para la judicialización de delitos de Violencia Basada en Género [VBG]. Abogado. Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad de La Salle. Magíster en Filosofía Latinoamericana de la Universidad Santo Tomás. Docente y asesor de proyectos de investigación en universidades colombianas. Autor y coautor de obras y artículos en temas de derecho penal, derechos humanos, género y filosofía de la educación.



Teddy Llanos Sarmiento

Abogado. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre (Seccional Barranquilla). Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre (Seccional Bogotá). Representante judicial de víctimas, área de Justicia y Paz en la Defensoría del Pueblo (Regional Atlántico).

Milton Armando Gómez Cardozo

Abogado de la Universidad Libre de Colombia (Seccional Barranquilla). Magíster en Derechos Humanos y Democratización, Universidad Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Docente en la Universidad de la Costa [CUC] y Simón Bolívar de Barranquilla, Coordinador Administrativo y de Gestión del Área de Defensoría Pública de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo (Regional Atlántico).

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES S. A. S.
en el mes de abril de 2013.

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

ProFis
Carrera 13 No. 97-51 oficina 302
Bogotá D.C., Colombia
T. (+57) (+1) 636 1114
F. (+57) (+1) 635 155
www.profis.com.co