

# Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el Proceso de Justicia y Paz

Autor por **ProFis**  
Juan Pablo Cardona Chaves

**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

 Embajada  
de la República Federal de Alemania  
Bogotá



Publicado por:  
Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)  
Agencia de Cooperación alemana – GIZ  
Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz – ProFis

***Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el Proceso de Justicia y Paz***

Autor:  
**Juan Pablo Cardona Chaves**

**Peter Luhmann**  
Director Agencia GIZ en Bogotá

**Andreas Forer**  
Director Proyecto ProFis

Diseño de carátula:  
**Mónica Cárdenas**

Corrección de estilo:  
**Felipe Alejandro Riveros Cendales**

Diagramación e impresión:  
**www.nomos.com.co**

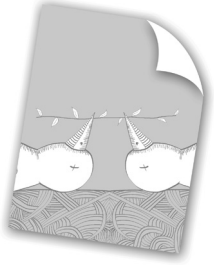
ISBN: 978-958-8438-68-9

Carrera 13 No. 97-51 Oficina 302  
Bogotá D.C., Colombia  
Teléfonos: (+57) (+1) 7430499  
Fax: (+57) (+1) 7430499  
www.profis.com.co  
www.giz.de

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

## Contenido

	pág.
Agradecimientos	4
Introducción	9
<b>1. La lucha contra la impunidad como marco y criterio de acción</b>	<b>15</b>
1.1. Antecedentes de la lucha contra la impunidad	16
1.2. Implicaciones del estándar internacional de la lucha contra la impunidad	23
<b>2. Los derechos de las víctimas y sus tensiones con instituciones jurídico penales en el proceso especial de justicia y paz</b>	<b>39</b>
2.1. Tensiones con el derecho a la reparación de las víctimas: aplicación de las medidas cautelares sobre bienes de los postulados	41
2.2. Tensiones a propósito de la vigencia de la Ley 975 de 2005	44
2.3. Exclusión y extradición de postulados como vulneración de los derechos de las víctimas	47
2.4. Tensiones con ocasión de la figura de las imputaciones parciales	51
<b>3. Tensiones en punto del principio de legalidad: imputación de los crímenes internacionales</b>	<b>55</b>
3.1. La imputación de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Colombia: decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso de Justicia y Paz	56
3.2. Concierto para delinquir: ¿crimen de lesa humanidad?	70
<b>Conclusiones</b>	<b>75</b>
Bibliografía	79



## Agradecimientos

*Este documento es resultado del proyecto de investigación titulado “Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional”, elaborado en el marco de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Su concepción y desarrollo contó con las ideas y los aportes de muchas personas a quienes se debe de una u otra forma su elaboración final. En especial, y corriendo el riesgo de omitir algunos nombres, a los constantes interlocutores en el Proyecto ProFis, Andreas Forer, Claudia López Díaz, Alejandro Guerrero, y Jorge Errandonea. A quienes desinteresadamente y por su vocación investigativa y académica brindaron un apoyo incondicional, Juan Carlos Arias Duque y Carlos Añberto López. A mis profesores en la Universidad Nacional, Rodrigo Uprimny Yepes, director del trabajo en la Universidad, Camilo Sánchez, Camilo Borrero, Oscar Mejía Quintana, Andrés Abel Rodríguez, Mauricio García, Juan Jaramillo y Bernd Marquardt. A Tania Luna y Nataly Guzmán, la mejor compañía y apoyo de un trabajo de investigación. A todos los mencionados, y a los ausentes, gracias...*

## Presentación

Cada proceso de paz que logra consolidarse en el mundo, constituye una nueva experiencia que brinda enseñanzas respecto de lo que es posible hacer y también respecto de aquello que no es admisible o al menos, recomendable.

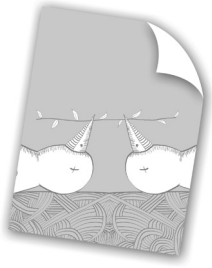
El proceso de paz en Colombia que involucró al gobierno nacional y a los principales grupos paramilitares entre 2003 y 2006, es sin lugar a dudas, una experiencia que poco a poco arroja nuevas lecciones a partir del particular camino elegido para su configuración, los múltiples desafíos que ha enfrentado y la manera como han venido resolviéndose.

Desde que Colombia escogió la “pena alternativa” como instrumento de negociación con los grupos armados en el que se ha dado a conocer como Proceso de Justicia y Paz, en lugar de las amnistías o los indultos empleados en el pasado, empezó a despuntar la particularidad del camino hacia la paz. Es el primer caso en el mundo donde un grupo decide entregar las armas a cambio de una pena que si bien, es pequeña y algunas veces simbólica en comparación con la magnitud de los crímenes cometidos, implica la conducción de los desmovilizados hacia los estrados judiciales y con ello, la expectativa viva para las víctimas de obtener verdad, justicia y reparación.

Una de las consecuencias, es que la negociación del gobierno, política por definición, llevó los casos hacia los jueces, hacia el Derecho, es decir, lo acordado entre gobierno y paramilitares debe ser aplicado por fiscales y jueces, situación que ha traído una multiplicidad de desafíos en otro tiempo, desconocidos y quizá ni siquiera previsibles.

Uno de los mayores y más evidentes retos para la Justicia ha sido el enfrentamiento entre derechos: los emergentes derechos de las víctimas en su proceso de consolidación han hecho trepidar estruendosamente la tradición de Occidente establecida desde la Revolución francesa que se volcó hacia la protección de las garantías judiciales de los procesados en el escenario del Derecho penal, es decir, en los términos del Proceso de Justicia y Paz, los derechos de los postulados.

Estas tensiones entre derechos en el proceso de Justicia y Paz ocupan el documento que se presenta a continuación. Se parten de dos premisas: por una lado, el Proceso de Justicia y Paz tiene una naturaleza procesal penal, de manera que, en principio, obedece a la tradición jurídica penal colombiana de tendencia garantista; y en segundo lugar, un escenario de vulneraciones masivas de los Derechos Humanos, como el que ha enfrentado Colombia y del que se ocupa ese procedimiento especial, no puede asumirse en el escenario jurídico únicamente desde esa tendencia garantista, aunque sea la dominante en el país.



Con base en esos dos supuestos, el documento analiza las consecuencias de esas crisis del garantismo penal en la justicia transicional colombiana, cuya máxima expresión se manifiesta en las tensiones entre los derechos de las víctimas y de los postulados.

En la primera parte se sustenta que esa confrontación de derechos en un proceso penal (aunque especial) es consecuencia de la consolidación de un paradigma que ha amparado el surgimiento de los derechos de las víctimas: la lucha contra la impunidad. Su surgimiento, la evolución de su definición, los hechos que marcaron su desarrollo en los escenarios político y jurídico, son objeto de estudio en ese primer apartado. Allí también se presentan las consecuencias que en diversos contextos ha representado ese fenómeno, entre las cuales se destaca la relativización de tres instituciones jurídicas penales tradicionales y aparente irrefutables: la prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad.

En la segunda parte, se proponen cuatro casos, como aquellos en los cuales esa tensión entre derechos se evidencia en el Proceso de Justicia y Paz. En el primero, se identifica una colisión a propósito de la imposición de medidas cautelares en el procedimiento. Allí la Corte se inclina por la protección del derecho de las víctimas a la reparación relativizando el debido proceso. En el segundo, se examina la vigencia de la Ley de Justicia y Paz, donde colisiona la legalidad con los derechos de las víctimas que esperan la verdad, la justicia y la reparación de la continuidad de los postulados en el procedimiento. Es el mismo caso de la tercera situación presentada, donde se estudia la exclusión y extradición de postulados. Sin embargo, en el tema de vigencia, la Corte favorece la legalidad estricta (que en el lenguaje de los derechos, se ubicaría en el debido proceso), no así en el de exclusión, donde argumenta la protección a las víctimas.

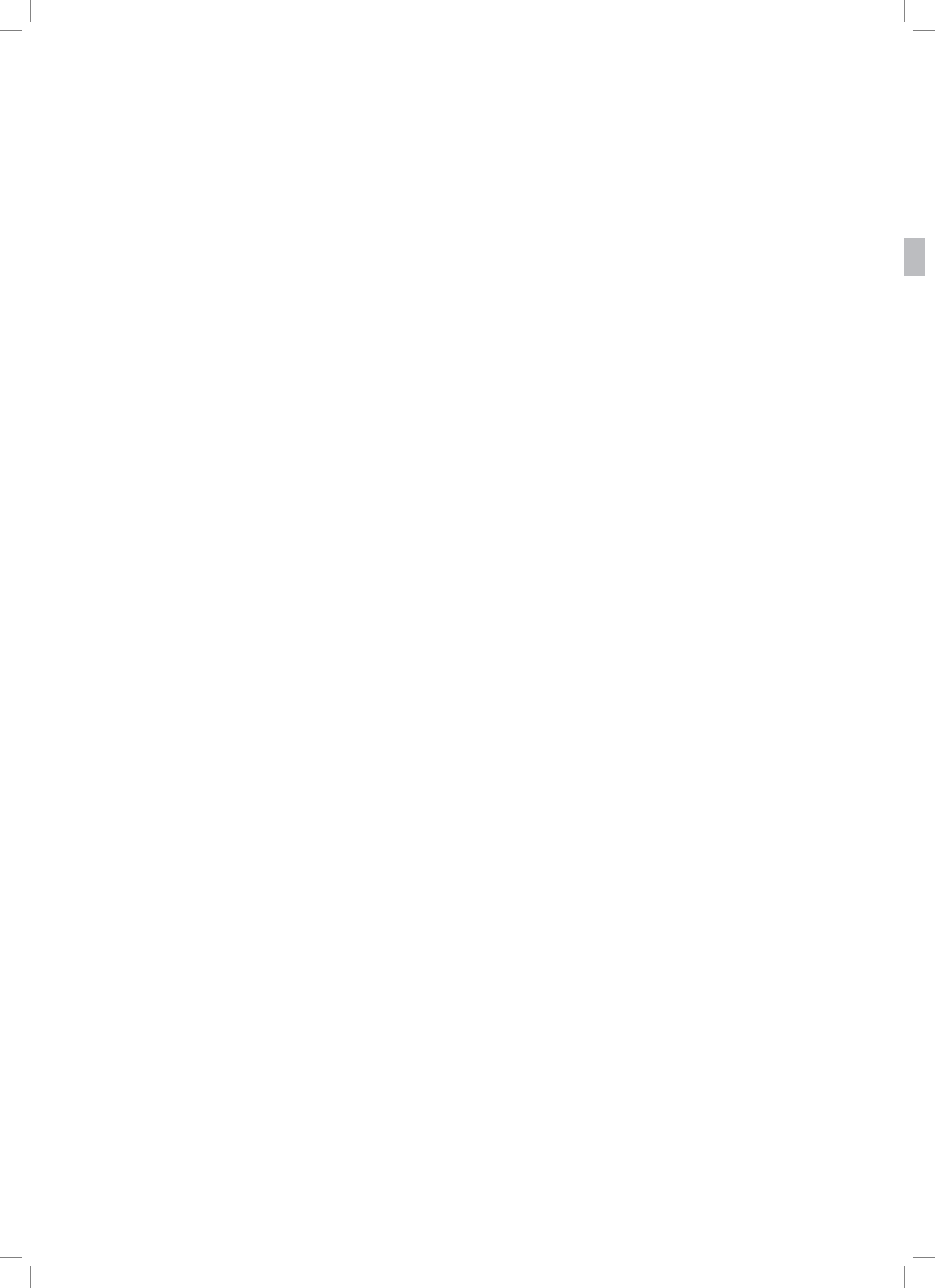
Finalmente, en la tercera parte, se mira un quinto caso en detalle: la imputación de crímenes internacionales que ha devenido en lo que la Corte ha llamado flexibilización del principio de legalidad, garantía judicial que, en principio, cobijaría irrestrictamente a los postulados.

Fruto de esas tensiones el documento, a modo de conclusión, da cuenta de la indefinición y oscilación de la Corte Suprema de Justicia en los casos de tensiones de derechos suscitados en Justicia y Paz, en cuanto a los criterios, los métodos y la corriente jurídica penal elegida para decidir, a partir de lo cual sugiere brevemente, algunas ideas que un Tribunal podría tener en cuenta en un escenario de justicia transicional como el colombiano.

Derechos de las víctimas y de los postulados:  
Tensiones en el Proceso de Justicia y Paz

El documento, constituye un insumo más para la construcción de aportes que puedan servir como reflexión y motiven cambios, en aquello que pueden mejorar dentro del proceso de paz en Colombia, y puedan ser referentes para nuevos escenarios transicionales.

**Andreas Forer**  
Director Proyecto ProFis-GIZ  
Bogotá, Junio de 2012



## Introducción

A pesar del hábito humanista de las sociedades contemporáneas y el armónico complemento que les brinda el auge de los derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, las múltiples experiencias violentas no han dejado de ser la constante; por el contrario, los regímenes autoritarios mutan en sofisticadas formas de vulneración de la dignidad humana, cuando no son los ejércitos que se forman reivindicando diversas causas que oscilan, generalmente, entre lo religioso y lo político<sup>1</sup>.

La multiplicidad de vejámenes que se suscitan con ocasión de las olas de violencia en sus diferentes expresiones, ha originado la necesidad de pensar mecanismos que permitan hacer transiciones hacia la paz o hacia la democracia, según el problema que se enfrente.

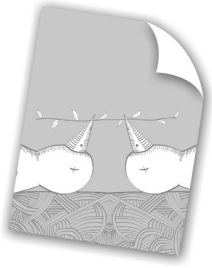
Colombia, como los demás países de América Latina y muchos otros en el mundo, ha sufrido diversos fenómenos de violencia que se extendieron también durante el siglo XX, que tuvo como alborada la llamada Guerra de los Mil Días. Más tarde, la agudización del enfrentamiento entre los partidos Liberal y Conservador desembocó en el homicidio de Jorge Eliécer Gaitán, abriendo un nuevo y cruento capítulo en la historia nacional que, a la postre, dio lugar a una negociación entre los actores –el llamado “Frente Nacional”– que, al excluir otros intervinientes políticos, suscitó, entre otras consecuencias, la creación de las guerrillas en los años sesenta.

Como reacción a las mismas, bajo el auspicio de organismos estatales y el auge del narcotráfico<sup>2</sup>, los años ochenta significaron el surgimiento del fenómeno paramilitar<sup>3</sup>,

1 Según la forma como se propicie la violencia, la misma puede clasificarse en vertical (cuando es un actor el dominante, como en el caso de las dictaduras) u horizontal (cuando son dos actores los enfrentados en condiciones de relativa igualdad, por ejemplo las guerras civiles). OROZCO, Iván. “La posguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación”. En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Análisis Político*. Bogotá: Unibiblos, No. 46, mayo-agosto de 2002, p. 84. Citado en: UPRIMNY, Rodrigo. “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006, p. 38.

2 Una introducción acerca de las tres hipótesis sobre el surgimiento del paramilitarismo en Colombia: como fenómeno espontáneo, campesino, antisubversivo; como brazo del narcotráfico; y como estrategia ilegal del Estado en la guerra contra las guerrillas, en: OTERO, Alfonso. *Paramilitares: la modernidad que nos tocó*. Bogotá: Quebecor World, 2008, pp. 14-15.

3 Mauricio Romero hace una importante diferenciación entre “autodefensas” y “paramilitares”, “(...)



cuyo poder se extendió a lo largo del territorio y escribió con la sangre y el dolor de miles de colombianos una nueva página de inmensurables atrocidades.

En medio del apogeo del paramilitarismo, “el 15 de julio de 2003, el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia (...), suscribieron el ‘Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir con la Paz de Colombia’”<sup>4</sup>, con el cual se inicia el proceso de desmovilización de las principales estructuras paramilitares<sup>5</sup>.

Con el fin de otorgarles un respaldo que fuera más allá de lo político, y en desarrollo del acuerdo con los grupos en proceso de desmovilización, el Gobierno impulsó en el Congreso de la República una legislación que brindara seguridad jurídica a la negociación, de manera que el 25 de julio de 2005 fue promulgada la Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”<sup>6</sup>.

El articulado de la Ley 975 de 2005 contiene el procedimiento penal mediante el cual son procesadas las personas desmovilizadas de los Grupos Armados al Margen de la Ley y que han sido postuladas por el Gobierno Nacional para obtener los beneficios que la misma ley prevé, entre ellos, acceder a una pena alternativa que oscila entre los cinco y ocho años<sup>7</sup>.

---

considerando *paramilitares* a los grupos armados para realizar operaciones de limpieza política y consolidación militar, previas al dominio territorial de un área, mientras autodefensa se refiere a las agrupaciones organizadas para defenderse de un agresor y mantener el control de un territorio, sin pretensiones de expansión”. ROMERO, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas*. 1982-2003. Bogotá: Planeta y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 38. En el presente documento se aludirá únicamente a los “paramilitares” por ser los grupos que, conforme la descripción de Romero y el relato histórico sobre su actuar, han sido los nefastos coprotagonistas de la violencia reciente en Colombia.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

5 Posibles hipótesis acerca de las razones por las cuales los principales grupos paramilitares decidieron desmovilizarse a pesar de atravesar un momento en el que parecían fuertes y consolidados, en: RANGEL, Alfredo. “Prólogo”. En: RANGEL, Alfredo [Ed.]. *Op. cit.*, p. 16; y PARDO, Rafael. *La historia de las guerras*. Bogotá: Ediciones B, 2004, p. 625.

6 Imprenta Nacional, Diario Oficial No. 45.980, del 25 de julio de 2005.

7 Ley 975 de 2005, art. 29, inc. 2º: “En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de

No obstante la claridad aparente de la cual se encuentra provisto el proceso establecido en la Ley 975 de 2005 –conocida como “Ley de Justicia y Paz”–, son múltiples los debates que se ciernen en torno al proceso, que incluyen discusiones políticas, jurídicas y éticas, o, como lo manifiestan los mismos involucrados en el tema: hay un debate fuerte entre el minimalismo pragmático y el maximalismo moral<sup>8</sup>.

La complejidad de las controversias que ha suscitado el Proceso de Justicia y Paz y la importancia que el mismo ha cobrado conforme cada vez más víctimas se acercan a él y concentran allí la esperanza de reivindicar sus derechos, motivan la reflexión académica y científica sobre el particular.

Aunque se debate si la experiencia de Justicia y Paz es un ejemplo de la llamada justicia transicional<sup>9</sup>, partiendo de la hipótesis de que constituye, al menos, un caso fragmentado de ese tipo de justicia, dicha experiencia presenta preocupaciones que comparte con otras parecidas, como que en la mayoría de los casos, los funcionarios judiciales tienen a su cargo un papel relevante por su responsabilidad en la adjudicación del derecho y el tratamiento punitivo ofrecido a los beneficiarios de las normas de transición. En el Proceso de Justicia y Paz, esos funcionarios tienen gran responsabilidad en la imposición de la pena alternativa, las medidas de reparación y la reconstrucción de la verdad judicial, es decir, deciden tanto sobre la situación del procesado como sobre los derechos de las víctimas.

La relevancia de su rol se reafirma al constatarse que el proceso de paz que se pretende consolidar a través de la Ley 975 de 2005, al no haber sido concebido como un proceso de justicia transicional desde sus inicios, pero incluir poco a poco sus instrumentos<sup>10</sup>, recarga sobre los hombros de los funcionarios judiciales todas

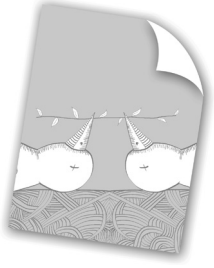
---

cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”.

8 Por minimalismo pragmático se entiende: privilegiar la paz y sacrificar totalmente la justicia. Y por maximalismo moral: privilegiar la justicia por encima de todo. PIZARRO, Eduardo. En el lanzamiento del libro: OROZCO ABAD, Iván, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2009. Septiembre 18 de 2009: Universidad de los Andes.

9 UPRIMNY, Rodrigo. “Introducción”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Op. cit., p. 14.

10 Acerca de la manera como se empezó a utilizar el discurso de la justicia transicional en Colombia de



las funciones que en un proceso mejor concebido estarían distribuidas entre diferentes entidades.

De esta manera, al no existir comisiones de la verdad u otro mecanismo extrajudicial<sup>11</sup>, el derecho a la verdad de las víctimas debe ser garantizado en el proceso penal consagrado en la Ley 975 de 2005. Lo mismo sucede con el derecho a la reparación, cuya satisfacción depende de las decisiones judiciales al haberse carecido durante años de un programa administrativo de reparaciones<sup>12</sup> dejando, entonces, en el proceso judicial, la carga de garantizar tanto los derechos de los procesados, como los derechos de las víctimas y de la sociedad.

Entonces, dada la importancia de tratar el rol de los funcionarios judiciales en procesos especiales y en particular, en el Proceso de Justicia y Paz, es preciso auscultar sobre los principales problemas que afrontan en sus decisiones, las causas de los mismos y elucubrar sobre las soluciones que han ofrecido.

De particular relevancia se encuentra revestido el problema sobre los derechos en el proceso, por una razón: la dogmática penal tradicional en Colombia obedece a un modelo liberal de tendencia garantista, propio del Estado de Derecho recogido en la Constitución Política de 1991, diseñado, como todo esquema penal ordinario, para responder a una criminalidad de excepción en sociedades estables y “bien ordenadas”<sup>13</sup>,

---

manera tardía, posterior a la desmovilización de los paramilitares y a la expedición de la Ley 975 de 2005, y no concomitante a ellos, ver: UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Anuario No. 4, junio de 2008, pp. 171 y 177.

11 La Ley 1424 de 2010 crea un “mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica”, pero sólo para quienes hayan cometido delitos de menor impacto como concierto para delinquir, de manera que no es un instrumento fuerte o del cual se espera la verdad sobre los hechos más relevantes o que revistan la calidad de crímenes internacionales.

12 Si bien el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1290 de 2008, el mismo constituye un programa de indemnizaciones selectivo, de manera que no puede concebirse como un verdadero programa que garantice la reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia. De otro lado, pese a que la Ley 1448 de 2011 (conocida como Ley de víctimas), contiene un programa de reparación, sólo se expidió seis años después de iniciado el Proceso de Justicia y Paz, de manera que el derecho a la reparación de las miles de víctimas acreditadas en este proceso, sigue dependiendo de éste.

13 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1973, párr. 69.

es decir, donde el cumplimiento de la norma es la regla y por tanto, la infracción sólo se concibe como eventual, de suerte que el sistema reacciona con cierta facilidad para reprimir el comportamiento disconforme.

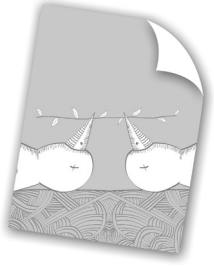
Sin embargo, la criminalidad a la cual se enfrenta el Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia, cuya pretensión es afrontar décadas de violencia masiva, implica una serie de particularidades que han suscitado desafíos jurídicos otrora no contemplados, y como consecuencia, sin reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico interno, de manera que los tribunales encargados de administrar justicia en el referido proceso, han generado aportes dogmáticos<sup>14</sup> -en ocasiones basados en experiencias transicionales de otros países-, que han causado tensiones con los postulados más básicos de la tradición jurídica en materia penal.

Así, la pregunta que surge es: ¿Cuáles han sido los principales desafíos jurídicos y los correspondientes aportes dogmáticos, que en materia penal han afrontado y elaborado los tribunales encargados de administrar justicia en el Proceso de Justicia y Paz en Colombia, y cuyas tensiones han sido manifiestas en relación con la dogmática tradicional?

En el presente documento se sostendrá la siguiente hipótesis: el carácter especial del Proceso de Justicia y Paz, ha devenido en la creación de criterios dogmáticos particulares por parte de los tribunales en Colombia, motivados, principalmente, por el estándar internacional de la lucha contra la impunidad, en punto de por lo menos, un problema jurídico cuyas soluciones han confrontado el paradigma normativo penal de tendencia garantista: las tensiones entre los derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales tradicionales como las garantías judiciales.

---

14 “Dogmática es, según Kant, ‘el procedimiento dogmático de la razón pura, *sin previa crítica de su propia capacidad*’. El dogmático parte de presupuestos que toma sin examen como verdaderos (...). El dogmático del derecho no pregunta qué es ‘en general’ derecho y si, bajo cuáles circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay ‘en substancia’ conocimiento jurídico”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. VILLAR BORDA, Luis y MONTTOYA, Ana María [Trads.]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 48. En un sentido similar, pero sobre dogmática penal en particular: “Al estudio de un ordenamiento jurídico penal determinado, se le denomina *Dogmática*”. AGUDELO BETANCUR, Nódier. “Estudio preliminar. La obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado”. En: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2ª. Ed., 1990, p. XXXIII.



Así, a continuación se presentarán los antecedentes y situación jurídica actual del paradigma de la lucha contra la impunidad, como marco que ha soportado en los últimos años la consolidación del estándar de respeto a los derechos de las víctimas en procesos de transición hacia la paz o hacia la democracia.

Más adelante, se verá cómo ese marco ha incidido en el Proceso de Justicia y Paz en Colombia, manifestándose, particularmente, en una serie de tensiones entre las instituciones penales como las garantías judiciales de los procesados y los derechos de las víctimas, en diversos temas sobre los cuales la jurisprudencia ha asumido sugestivas e innovadoras posturas, entre ellos: i) la aplicación de medidas cautelares reales en el proceso; ii) la vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) la exclusión y extradición de postulados; iv) la adopción de la figura de las imputaciones parciales; y, con especial énfasis, v) la imputación de crímenes internacionales.

Finalmente, se analizarán brevemente las bondades y dificultades de las soluciones que los tribunales nacionales han dado a los temas propuestos, y se sustentará que, algunas de ellas, pueden tenerse como aportes dogmáticos de la experiencia colombiana para otros procesos, vigentes o futuros, de justicia transicional.

## La lucha contra la impunidad como marco y criterio de acción

En escenarios de conflicto armado, o de dictadura, durante muchos años la impunidad de las graves vulneraciones a los derechos humanos fue considerada una especie de “mal necesario”, de manera que se consideró el precio a pagar para favorecer transiciones hacia la paz o hacia la democracia, como en efecto ocurrió durante buena parte del siglo XX<sup>15</sup>.

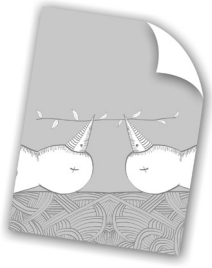
Sin embargo, esta situación fue cambiando paulatinamente, conforme se suscitaron dos fenómenos: i) la consolidación de dos ramas del derecho internacional público: el Derecho Penal Internacional (DPI), y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH); y ii) el debilitamiento del paradigma jurídico positivista, como a continuación se observará.

Estos dos hechos condujeron hacia un escenario jurídico en el cual se impusieron nuevas reglas para combatir la impunidad y que recayeron, tanto sobre los Estados como sobre las personas que cometan graves vulneraciones a los derechos humanos o crímenes internacionales, según la rama que se trate. Entre estas normas, se destacan como principales, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición<sup>16</sup>.

En este acápite se abordarán de forma sucinta algunos aspectos relevantes sobre la lucha contra la impunidad: la definición del fenómeno, sus antecedentes jurídicos e históricos, y el escenario actual del estándar en el DIDH, el DPI y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), y, finalmente, se presentarán los principales retos que esa lucha ha enfrentado con respecto a tres garantías judiciales clásicas en el derecho penal liberal: prescripción, cosa juzgada y no retroactividad.

15 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008, p. 3.

16 Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, también fungen como las obligaciones del Estado respecto de las víctimas de las violaciones graves a los derechos humanos, y, sin desconocer que hay antecedentes, lograron ser sistematizados en su forma más elaborada, por Louis Joinet en el *Informe Final del relator especial sobre la impunidad y Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (los Principios de Joinet), objeto de actualizaciones posteriores; la última, fue presentada el 8 de febrero de 2005 por Diane Orentlicher, experta independiente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, encargada de llevarla a cabo.



## 1.1. Antecedentes de la lucha contra la impunidad

Etimológicamente, el término “impunidad” proviene del latín *impunītas, -ātis*, que significa “falta de castigo”, noción que se ha proyectado, principalmente, en el escenario del derecho penal como ausencia de persecución y sanción penales de conductas punibles tipificadas<sup>17</sup>.

Sin embargo, el devenir de otras ramas del derecho, como el DIDH, ha contribuido a la definición de impunidad en términos más precisos y luego, más amplios, hasta llegar a acepciones que superan la esfera meramente punitiva.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido la impunidad como “(...) la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y condena de los responsables de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana (...)”<sup>18</sup>, concepto con el cual, se expande la noción hacia otro tipo de vulneraciones adicionales a las que se tipifican penalmente.

En la misma dirección, se ha considerado que si bien, la impunidad tiene su origen en la ausencia de una justicia retributiva, también abarca otros aspectos igualmente reprochables, como la ausencia de verdad y de reparación para las víctimas<sup>19</sup>, de manera que, en su acepción más elaborada, establecida en el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, promulgado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 8 de febrero de 2005, la impunidad constituye:

*(...) una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones*<sup>20</sup>.

17 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 15.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia del 8 de marzo 1998, párr. 173.

19 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo de castigo para los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Partenón, 2007, p. 427.

20 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. Febrero 8 de 2005, principio 1.

De esta acepción y atendiendo la apreciación citada en virtud de la cual, son diversas ramas del derecho las que se han ocupado del tema, se puede establecer una primera conclusión: el concepto de impunidad se expresa en dos sentidos, lato y estricto.

En sentido lato “(...) se relaciona con los hechos subordinados al derecho penal general, mientras que ‘impunidad’ en sentido estricto, se vincula (sólo) a la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos”<sup>21</sup>. De esta forma, el estudio que aquí se hace, se concentra, como se infiere de las fuentes citadas, en el segundo sentido de la impunidad.

Ahora, es posible establecer diferentes formas de impunidad en *sentido estricto*, a partir de las múltiples maneras como se ha suscitado el fenómeno:

En primer lugar, desde el punto de vista material, se tienen dos categorías interrelacionadas pero claramente diferenciables de impunidad: fáctica y normativa<sup>22</sup>.

La impunidad fáctica, alude a la existencia de situaciones de hecho que no hacen posible la persecución y sanción penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales. Entre los mecanismos que suelen emplearse para privilegiar este tipo de impunidad se cuentan “(...) la intimidación de gobiernos civiles a través de las Fuerzas Armadas, las amenazas directas a la justicia y sus representantes, así como contra partes en los procesos, la corrupción, falta de imparcialidad, voluntad o independencia de la justicia”<sup>23</sup>, entre otros.

Por su parte, la impunidad normativa es aquella que se origina en normas jurídicas que impiden la persecución y sanción penal de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales. Como formas más recurrentes de este tipo de impunidad, suelen citarse, las amnistías, los indultos, las jurisdicciones especiales como la militar, o los estados de excepción, aunque, en estos dos últimos casos, se trata de escenarios que no eximen directamente de responsabilidad, pero facilitan esa posibilidad<sup>24</sup>.

Hay que advertir que, de acuerdo a la definición ofrecida líneas atrás, en esta clasificación también se estaría hablando de la falta de verdad, reparación y de garantías de no repetición para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales, cuando fáctica o normativamente, perviven obstáculos que impiden la satisfacción de esos dos derechos.

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal, la doctrina ha clasificado la impunidad dependiendo del estado del proceso, de manera que se cuenta con cinco figuras: i) impunidad fáctica, por ausencia de denuncia de los hechos; ii) impunidad investigativa, por la insuficiente actividad investigativa; iii) impunidad por congestión, debida a la sobrecarga de la justicia penal; iv) impunidad legal, ocasionada por reglas

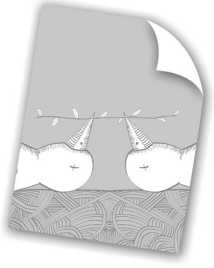
---

21 AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Bogotá: Dike, 1997, p. 31.

22 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. Op. cit., p. 430.

23 *Ibidem*, p. 430.

24 *Ibidem*, p. 431.



procesales; e v) impunidad delictuosa, generada por el desarrollo de actividades delictivas en contra de las partes procesales<sup>25</sup>.

Estas formas de impunidad, y otras tantas que sería posible citar<sup>26</sup>, han sido de gran recurrencia en la historia moderna de Occidente, en especial, como se mencionó atrás, en contextos de graves y masivas vulneraciones a los derechos humanos, siempre bajo diversos argumentos, como la necesidad de conseguir la reconciliación, o la conservación del *statu quo*<sup>27</sup>.

Sin embargo, un hito histórico suscitó dos fenómenos jurídicos: i) el desarrollo del DPI y del DIDH; y ii) el fin del positivismo como arquetipo jurídico absoluto, que devinieron en un nuevo paradigma en el derecho internacional: la lucha contra la impunidad.

Se trata de la Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), cuyo final, propició una evolución en materia de guerra y de paz en, por lo menos, dos sentidos: i) la conciencia de la gravedad de los acontecimientos acaecidos; y ii) la presencia de una convicción jurídica respecto de la necesidad de proteger internacionalmente la dignidad humana<sup>28</sup>.

Dicha evolución, puede resumirse como un rechazo a ultranza a la injusticia (idea que desde la teoría jurídica maduró Gustav Radbruch, como se observará), y una disposición para evitar que hechos semejantes se repitieran y quedaran impunes.

Bajo esas premisas, las potencias mundiales vencedoras en la guerra constituyeron dos instituciones con fines diversos, pero, complementarios: la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1945, y los Tribunales Penales Militares Internacionales (TMI) de Núremberg y Tokio, en 1945 y 1946, respectivamente. La primera, con la intención de prohibir la guerra y mantener la paz en el mundo<sup>29</sup>; y los segundos, con la pretensión de juzgar los crímenes cometidos por los vencidos.

Con Núremberg y Tokio se impulsa una nueva rama del derecho internacional público, el derecho penal internacional, pues, “(...) hasta el final de la segunda guerra, la comunidad internacional nunca había ejercitado la represión penal de los comportamientos individuales”<sup>30</sup>, en su lugar, se había ocupado de la responsabilidad de los Estados, como únicos sujetos de derecho internacional<sup>31</sup>.

25 AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Op. cit., pp. 36-37.

26 Acerca de otros factores y tipos de impunidad, ver: AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Memorial en derecho. Amicus curiae, presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Ceballos – Ecuador*. Diciembre 18 de 1997, párrs. 68 y 69. Citado en: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. Op. cit., p. 431.

27 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. Op. cit., p. 73.

28 *Ibidem*, p. 70.

29 ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007, p. 37. No obstante, este autor advierte la manera contradictoria como la Carta de las Naciones Unidas aborda la conservación de la paz, pues, mientras el cuarto párrafo del artículo 2° prohíbe el uso de la fuerza por los Estados, el artículo 39 faculta al Consejo de Seguridad para tomar medidas, incluso, el uso de la fuerza, contra Estados que amenacen violar la paz internacional. *Ibidem*, p. 37.

30 *Ibidem*, p. 42.

31 *Ibidem*, p. 42.

El primer referente, se sitúa tras el final de la Primera Guerra Mundial, cuando es incriminado el káiser Guillermo II de Hohenzollern –emperador de Alemania– como criminal de guerra, acusación contenida en el artículo 227 del Tratado de Versalles, contra él y sus colaboradores; sin embargo, el juicio nunca se llevó a cabo debido a que Holanda, país donde se encontraba refugiado, no accedió al pedido de extradición alegando, precisamente, que la responsabilidad internacional sólo era predicable de los Estados y no de los individuos<sup>32</sup>.

Después de Núremberg y Tokio, dicho precepto quedó definitivamente abolido, aunque su aplicación estuvo suspendida durante décadas, sólo hasta cuando se implantaron los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994)<sup>33</sup>, encargados de juzgar tres categorías de crímenes inspiradas –aunque no reproducidas de forma idéntica– en los estatutos de los mentados tribunales: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.

Posteriormente, se “normalizó” esta forma de justicia a través de la suscripción del Estatuto de Roma en 1998, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional como tribunal penal internacional permanente, no obstante que el uso de los Tribunales *ad hoc* continúa, como en el caso de Sierra Leona.

No podría dejar de citarse la naciente jurisdicción penal universal, de la cual, España ya ha hecho uso en casos como el juicio a Augusto Pinochet.

Si bien, son esfuerzos encaminados en la lucha contra la impunidad cuando de crímenes internacionales se trata –aunque concentrados en el punto de la justicia retributiva–, los mismos no han estado exentos de críticas, principalmente. Para autores como Hans Kelsen, resulta “(...) incompatible con la función judicial que sólo los Estados perdedores estuviesen obligados a someter a sus ciudadanos a la jurisdicción de una corte penal. También los Estados vencedores habrían debido aceptar que sus propios ciudadanos, responsables de crímenes de guerra, fueran procesados por una corte internacional”<sup>34</sup>.

Paralelo a la consolidación del DPI, también se tiene el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que, como se insinuó atrás, corresponde tanto con el espíritu de lucha contra la injusticia, como con el sentido de respeto a la dignidad humana, que se soliviantan en la segunda posguerra, y también contribuye en la consolidación del estándar de la lucha contra la impunidad.

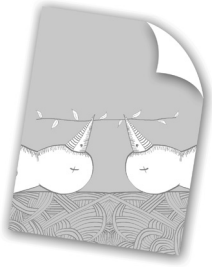
En el DIDH se tienen referentes anteriores a la creación de la ONU, y luego, otro tanto, fruto del papel de ese organismo en lo que hoy se conoce como Sistema Universal de Derechos Humanos. En su mayoría, estos antecedentes se relacionan con

---

32 *Ibidem*, pp. 43-44.

33 *Ibidem*, p. 50.

34 KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944, pp. 122 y ss. Citado en: ZOLO, Danilo. *Op. cit.*, p. 49.



la impunidad en su acepción primigenia, es decir, como fenómeno propio del escenario penal.

El primer ejemplo, es la *Convención sobre la Esclavitud*, del 5 de septiembre de 1926, que obligaba a los Estados a prevenir y reprimir la trata de esclavos (art. 2º), y, de manera más específica, a “adoptar las medidas necesarias” para que las infracciones de las normas dictadas para hacer cumplir la Convención se castigaran con penas severas<sup>35</sup>.

Posteriormente, ya en la segunda posguerra, se tienen los siguientes instrumentos<sup>36</sup>:

- La *Convención suplementaria* sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, del 7 de septiembre de 1956, que previó el compromiso de los Estados de consagrar como delito en los ordenamientos internos actos que impliquen formas de esclavitud (arts. 3º y 6º).
- La *Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, del 21 de diciembre de 1965, que obliga a los Estados a declarar como “acto punible” la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, entre otras prácticas discriminatorias (art. 4º), y también exige a los Estados garantizar a las víctimas de actos de discriminación racial el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 6º).
- La *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (CAT)*, del 10 de diciembre de 1984, que obliga a los Estados a investigar de manera pronta e imparcial la comisión de actos de tortura (art. 12º), a disponer lo necesario para tipificar en sus ordenamientos internos, el delito de tortura (art. 4º), y a instituir una jurisdicción sobre este delito, aún si no existe un punto de conexión territorial, es decir, se propicia la asunción de una jurisdicción universal (arts. 5º a 9º).
- El *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, del 20 de mayo de 2000, que mantiene el tipo de disposiciones de la CAT, aún en cuanto al establecimiento de una jurisdicción universal (arts. 3º a 10º).
- La *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Convención sobre Desapariciones Forzadas)*, del 23 de diciembre de 2006, que contiene un amplio listado de disposiciones que explicitan exigencias retributivas y reparatorias dirigidas a las víctimas de esta práctica (arts. 3º a 16 y 25 a 26).

Sin el carácter de convención, pero, como un hito en el desarrollo del DIDH en materia de lucha contra la impunidad, se tiene el ya mencionado *Informe final del relator especial sobre la impunidad y conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de 1997, conocido como los “principios

---

35 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. Op. cit., p. 33.

36 Ibidem, pp. 33-36.

de Joinet”, adoptados por resolución de Naciones Unidas<sup>37</sup>, y actualizados en 2005.

Paralelo a este recorrido, se encuentran los instrumentos relativos a la prohibición de amnistías, ampuloso listado que, por ahora, sólo se menciona, y que será desarrollado más adelante en el presente documento<sup>38</sup>.

Resta por indicar, que también algunos instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos han sido fundamentales en este proceso, y, para el caso nacional, debe mencionarse el papel de la Convención Americana de Derechos Humanos, que a través de cláusulas generales como el deber del Estado de respetar los derechos y garantizar su ejercicio (art. 1.1.) y la creación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, ha constituido también un baluarte en la lucha contra la impunidad.

Esta breve aproximación a una reconstrucción jurídica de los antecedentes de la lucha contra la impunidad, cimentados fundamentalmente en el DPI y en el DIDH, a partir de su consolidación en la segunda posguerra, quedaría incompleta si no se observara el fenómeno jurídico teórico que soportó, en gran medida, la posibilidad de que esas dos ramas del derecho emergieran.

Se trata del debilitamiento del positivismo jurídico como paradigma, que hasta la Segunda Guerra Mundial se erigía como dominante, al menos, en los países de tradición jurídica continental. En particular, el positivismo normativista de Hans Kelsen.

En la vieja disputa entre positivismo y *iusnaturalismo*, que también es la discusión entre el derecho y la moral, la primera corriente niega los postulados del derecho natural y de la justicia, arguyendo “(...) la imposibilidad de que existan normas jurídicas por fuera o por encima del correspondiente orden legal y que no sean producto de una voluntad, precisamente la de quienes ejercen el poder estatal”<sup>39</sup>. Es decir, se concentra en el problema de validez y la autonomización del derecho.

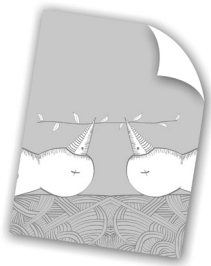
Sin soslayar las diversas las críticas a esta forma de positivismo<sup>40</sup>, se destaca que el hecho que realmente hizo trepidar sus cimientos fue “[l]a barbarie del nacional-socialismo,

37 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

38 Infra, num. 1.2.

39 VILLAR BORDA, Luis. “Introducción”. En: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 2009, pp. IX-X.

40 Entre las críticas más interesantes se tiene la expresada por Luigi Ferrajoli quien, desde el mismo positivismo, formuló la teoría jurídica del *positivismo crítico*, con el que se opuso al que denominó “positivismo dogmático”. Uno de sus comentaristas, la resumió así: “(...) los juicios de valor se han incorporado al derecho en los estados constitucionales permitiendo una crítica al derecho desde el propio interior del ordenamiento jurídico [-dirigida a los aspectos de ineficacia e invalidez-] y ello meramente cualifica, sin alterarla, la esencia de su positivismo jurídico. Por tanto, a diferencia de lo que el modelo ‘paleopositivista’ de derecho sostenía, no tendría por qué haber incompatibilidad entre la formulación de juicios de valor y la formulación de juicios de validez”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 104.



hecha a nombre de la ley (...). La idea kelseniana de que toda norma legal es derecho, sin consideración a su contenido, fue duramente combatida en la posguerra, y al positivismo se le adjudicó no poca responsabilidad (...) en la legitimación de la dictadura ('la ley es la ley')<sup>41</sup>.

Esta reflexión sobre la rigidez del positivismo normativista cuestionó a los mismos defensores iniciales de esa escuela en Alemania, como fue el caso Gustav Radbruch quien, otrora promotor de ideas como la superioridad del derecho en caso de conflicto con la justicia, y de la seguridad jurídica como primera misión del derecho<sup>42</sup>, hace un giro en sus postulados ante la abrumadora legalización de la crueldad durante el régimen nazi.

Para Radbruch, el principio *ley es ley*, expresión del positivismo jurídico que dominó durante décadas entre los juristas alemanes, propició una suerte de legalidad 'injurídica', una contradicción en sí misma que resultó avalando la criminalidad nazi<sup>43</sup>.

En su nueva concepción del positivismo, la ley positiva lleva un valor inherente independientemente de su contenido, de manera que siempre es deseable en lugar de la ausencia de ley, ya que crea *seguridad jurídica*; pero ésta, ya no es el único y decisivo valor que deba realizar el derecho; a su lado se ubican otros dos valores: *justicia* y, en último lugar, *conveniencia* para el bienestar de la comunidad<sup>44</sup>, eso sí, bajo el entendido de que sólo lo que es justo beneficia al pueblo<sup>45</sup>.

De esta forma, ese valor tan caro al positivismo, la seguridad jurídica<sup>46</sup>, "(...) toma una singular posición intermedia entre convivencia y justicia: ella es reclamada de una parte, por el interés público, pero, de la otra, también por la justicia. Es una exigencia de la justicia, que el derecho sea seguro (...) "<sup>47</sup>.

De un eventual enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, suscitado, por ejemplo, entre una ley positiva impugnable por su contenido, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, surge la conocida "fórmula de Radbruch", hito en la historia de la lucha contra la impunidad: "[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción

41 VILLAR BORDA, Luis. *Op. cit.*, p. XII.

42 *Ibidem*, p. XVI. En el mismo sentido, ver: VIGO, Rodolfo. "La axiología jurídica de Gustav Radbruch". En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. México, D.F.: Fontamara, 2008, p. 34.

43 RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 25.

44 *Ibidem*, pp. 33-34.

45 VIGO, Rodolfo. "La axiología jurídica de Gustav Radbruch". *Op. cit.*, p. 37.

46 La seguridad del derecho "(...) se apoya en cuatro condiciones: 1) que sea positivo o estatuido en leyes; 2) que el derecho se base en hechos y no en juicios de valor del juez; 3) que esos hechos sean practicables con el menor margen de apreciación; y 4) que el derecho no se someta a cambios frecuentes". VIGO, Rodolfo. "La axiología jurídica de Gustav Radbruch". *Op. cit.*, p. 33.

47 RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 34.

de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse ‘como falso derecho’ y ceder el paso a la justicia”<sup>48</sup>.

Con esta fórmula, que los seguidores y comentaristas de la obra de Radbruch han divulgado como “la injusticia extrema no es derecho”<sup>49</sup>, el autor invita a oponer a la arbitrariedad legal sufrida por doce años en Alemania, un nuevo derecho que realice las exigencias de la justicia con el mínimo posible de sacrificio de la seguridad jurídica<sup>50</sup>.

Son varios los efectos de este postulado<sup>51</sup>, en especial, el renacimiento: i) del *iusnaturalismo*; ii) de los principios generales del derecho; iii) de la supra legalidad del derecho; y iv) de los derechos humanos que se cimentarán en el concepto de dignidad humana propuesto por Kant<sup>52</sup> -el hombre como fin en sí mismo-, el cual irrigará, precisamente, toda la construcción posterior del DIDH.

Bajo la idea ‘radbruchiana’ de lucha contra la injusticia extrema, se pertrecha, como se ha esbozado hasta aquí, la lucha contra impunidad, soportada, en tres pilares principales<sup>53</sup>: el DPI, el DIDH y las teorías jurídicas no positivistas.

## 1.2. Implicaciones del estándar internacional de la lucha contra la impunidad

Hasta aquí, se han indicado las principales premisas teóricas y normativas que cimientan el paradigma de la lucha contra la impunidad. Sin embargo, dado que su

48 *Ibidem*, pp. 34-35.

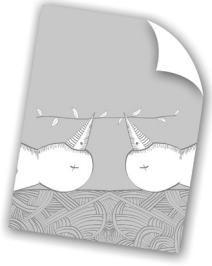
49 Cfr.: VIGO, Rodolfo. “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, p. 90.

50 RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, p. 37.

51 Como un ejemplo de la aplicación concreta que tuvo la fórmula de Radbruch, se tiene la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el caso de los centinelas del Muro de Berlín, donde conoció del recurso de amparo interpuesto por tres de los condenados, miembros del Consejo Nacional de Defensa de la R.D.A. (Kleber, Streletz y Albrecht), quienes argumentaban que en la revisión del caso, el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal, habían infringido el artículo 103.2 de la Ley Fundamental, que preveía la prohibición de retroactividad. Ante este alegato, el Tribunal Constitucional reafirmó la validez de la norma, pero, consideró que, dada la especialidad de la situación, había un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la prohibición absoluta de retroactividad, inclinando su decisión a la inaplicación de una regla que favorecía en demasía la injusticia, en este caso el artículo 103.2. de la Ley Fundamental, y con ello, negando el recurso. ALEXY, Robert. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, pp. 311 y ss.

52 GONZÁLEZ IBARRA, Juan. “Presentación”. En: VIGO, Rodolfo [Coord.]. *Op. cit.*, p. 10.

53 Se cuentan como “principales” con la pretensión de no soslayar el desarrollo del DIH, que tuvo su máxima expresión en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en sus dos protocolos adicionales de 1977; los cuales, a través de las siguientes cláusulas, también contienen elementos propios de la lucha contra la impunidad, en la interpretación inicial ligada con la ausencia de castigo penal, en este caso; con el deber de perseguir penalmente a quienes hayan cometido graves infracciones al DIH: Convenios de Ginebra de 1949 I (art. 49), II (art. 50), III (art. 129) y IV (art. 146).



desarrollo es bastante reciente, en comparación con otros postulados del derecho arraigados en la conciencia de Occidente desde el siglo XVIII, principalmente, en materia penal, no son pocos los retos que ha enfrentado y, como consecuencia, las tensiones que ha generado con, al menos, otros dos paradigmas: i) las instituciones penales clásicas como algunas garantías judiciales de los procesados<sup>54</sup>; y ii) la necesidad de la paz en contextos de graves vulneraciones a los derechos humanos.

En el primer escenario, es posible identificar tres instituciones penales (las dos últimas garantías clásicas) muy caras a la tradición penal liberal, que, de alguna manera han confrontado con la idea de combatir la impunidad, en la medida en que han sido usadas para favorecerla: *prescripción, cosa juzgada y no retroactividad*<sup>55</sup>.

Acerca de las garantías, siguiendo a Luigi Ferrajoli, se tiene una categorización entre *garantías penales o sustanciales y garantías procesales, jurisdiccionales o instrumentales*. Las primeras, en tanto “sustanciales”, corresponden a “las normas y cuestiones de derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena”<sup>56</sup>. Las segundas, como “instrumentales”, responden a las preguntas de cuándo y cómo juzgar y aluden a “las normas de derecho procesal relativas a los métodos y a las formas de comprobación de aquellos”<sup>57</sup>.

En concreto, son *garantías penales*: los principios de estricta legalidad, taxatividad de los delitos, lesividad, materialidad y culpabilidad. Son *garantías procesales*: los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa<sup>58</sup>, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la jurisdicción<sup>59</sup> y el principio de

54 Para el análisis que ocupa el presente documento, lo que se refiere al “procesado”, es asimilable, en su integridad, al término que se emplea en el Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia: *postulado*, expresión que se refiere al desmovilizado que se convierte en sujeto procesal en ese procedimiento. Acerca de la forma como los desmovilizados de Grupos Armados al Margen de la Ley se hacen elegibles (postulados) para acceder a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz), ver: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania, 2a. edición, 2011, pp. C5 y ss. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 129.

55 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; RUÍZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos; TERRADILLOS, Juan y CANTARERO, Rocío [Trad.]. Madrid: Trotta, 1ª ed. en español, 1995, p. 464.

57 *Ibidem*, p. 464.

58 A pesar de la confluencia de garantías en pie de igualdad que propone Ferrajoli, en punto del derecho de defensa, otro sector de la doctrina lo considera “especial” respecto de otras garantías, por cuanto es preciso que el procesado cuente con alguien a través de quien pueda controlar el cumplimiento de las garantías procesales y penales, de manera que la defensa se convierte en una especie de “motor” de las otras garantías. De hecho, ante el carácter estático de las demás garantías, en un proceso es la defensa quien tiene la posibilidad de ponerlas en marcha. BINDER, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, pp. 145-146.

59 Ferrajoli establece una subcategoría dentro de las garantías procesales: las garantías orgánicas, “relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc. Lllamaré, en cambio, procesales a las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción,

juez natural<sup>60</sup>. Entre garantías penales o sustanciales y garantías procesales o jurisdiccionales hay una especie de correlación<sup>61</sup>, o, para mayor precisión, una subsidiariedad de las segundas respecto de las primeras. Entre los dos sistemas de garantías existen nexos tanto estructurales como funcionales<sup>62</sup>. Así mismo, hay que precisar que el catálogo no es cerrado, de manera que otras garantías podrían enlistarse para perfeccionar el modelo garantista que propone Ferrajoli.

Ya que no es el objeto del presente documento ahondar sobre el punto, se parte de la hipótesis –en otros trabajos documentada<sup>63</sup>– en virtud de la cual Colombia recoge un sistema de fuerte tendencia garantista, en la medida en que por vía constitucional, legal o jurisprudencial, contempla un robusto listado de garantías, entre las que se cuentan, para lo que en el momento interesa: la imprescriptibilidad de las penas<sup>64</sup> (Const. Pol., art. 28, inc. 3°), el principio de legalidad (Const. Pol., art. 29, inc. 2°) –del cual se derivan, entre otros, el debido proceso, que a su vez implica, la no retroactividad–, y el *non bis in idem* (Const. Pol., art. 29, inc. 4°).

La primera institución que suele estar en tensión con la lucha contra la impunidad, la *prescripción de la acción*, no podría llamarse en estricto sentido una garantía, pero, ha hecho parte de manera casi incólume de la tradición penal liberal. No se encuentra expresamente prohibida por disposiciones del derecho internacional convencional, de manera que cabría inferir que los Estados no estarían obligados a reputar los tipos penales correspondientes a crímenes internacionales o graves vulneraciones a los derechos humanos, como imprescriptibles<sup>65</sup>.

Esta inferencia se soporta en dos hechos: en primer lugar, que “(...) la Convención sobre Desapariciones Forzadas reconoce expresamente la posibilidad de que los Estados Parte apliquen un régimen de prescripción a ese delito siempre que los actos de

---

las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción (...)”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 539.

60 FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006, p. 4.

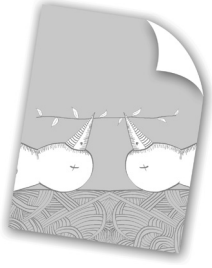
61 Desde otra perspectiva analítica –la epistemología garantista–, Ferrajoli ha sostenido que las garantías penales y procesales, corresponden a los dos elementos constitutivos del esquema epistemológico de identificación de la desviación penal de tipo garantista, a saber: un elemento referido a la definición legislativa (garantías penales) y el otro alusivo a la comprobación jurisdiccional (garantías procesales). FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 34.

62 *Ibidem*, p. 537. Otros autores, llaman la atención sobre la necesidad de mitigar las diferencias entre garantías penales y procesales, pues este ejercicio, hace perder de vista la perspectiva global de lo que en últimas se trata el fenómeno de las garantías: “(...) una serie de ‘escudos protectores de la persona’, que procuran regular el ejercicio del poder penal por parte del Estado, de modo que tal ejercicio no acabe por convertirse, a su vez, en un nuevo delito”. BINDER, Alberto. *Op. cit.*, p. 145.

63 Un análisis acerca del grado en el cual el ordenamiento jurídico nacional recoge las citadas garantías, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional* [Tesis de Maestría]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 49 y ss.

64 Es oportuno llamar la atención sobre la diferencia entre la prescripción de la pena, prohibida a nivel constitucional en tanto garantía fundamental, y la prescripción de la *acción penal* que no constituye per se una garantía judicial.

65 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 38.



desaparición forzada no integren un crimen contra la humanidad –art. 8.1 en relación con el art. 5–, aun cuando establece ciertas condiciones<sup>66</sup>, como que el plazo de la prescripción sea prolongado y proporcional a la extrema gravedad del delito, y que se compute a partir del cese de la situación de desaparición forzada (art. 8.1)<sup>67</sup>.

En segundo lugar, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, principal instrumento internacional que regula específicamente la materia<sup>68</sup>, tiene dos particularidades que hacen controvertida su aplicación: i) restringe su alcance a un contexto situacional concreto dado por el listado y la definición que otorga a los crímenes –ligadas al Tribunal de Núremberg–: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, *apartheid* y genocidio (art. 1°); y ii) su naturaleza es consuetudinaria, no convencional, como lo han expresado el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doudou Thiam<sup>69</sup>, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>70</sup>.

No obstante, si bien no es clara la existencia de una obligación internacional de carácter convencional en materia de imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes internacionales, sí existe una tendencia general a reconocer la importancia de dicho precepto, que se apoya en el derecho consuetudinario y en las decisiones de órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales<sup>71</sup>.

Así, se cuenta con recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del PIDCP y del Comité contra la Tortura, en el sentido de instar a los Estados a ampliar los plazos<sup>72</sup> o derogar las leyes sobre prescripción<sup>73</sup>.

A nivel jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que

*[S]on inadmisibles (...) las disposiciones de prescripción (...) que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>74</sup>.*

66 *Ibidem*, pp. 38-39.

67 *Ibidem*, p. 39.

68 También se encuentra a nivel regional europeo, la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, del 25 de enero de 1974.

69 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). *Cuarto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Documento de Naciones Unidas A/CN.4/398, del 11 de marzo de 1986, párr. 172. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.

70 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 153. Citada en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.

71 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 39.

72 *Ibidem*, p. 39.

73 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 138.

74 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41. Ver igualmente: Caso de Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia (interpretación de

Finalmente, este principio de imprescriptibilidad de ciertos crímenes bajo el derecho internacional, ha sido recogido también por tribunales nacionales. Son emblemáticos los casos de Eichmann (Distrito Tribunal de Jerusalén, Sentencia del 12 de diciembre de 1961), y de Klaus Barbie (Corte de Casación de Francia, Sentencia del 20 de diciembre de 1985)<sup>75</sup>.

En Colombia, la prescripción de la acción penal se encuentra establecida en los artículos 83 a 86 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). En síntesis, la normativa señala que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena prevista en la ley, si se trata de pena privativa de la libertad, pero, no podrá ser inferior a cinco años ni superior a veinte, salvo que se trate de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, casos en los cuales, será de treinta años.

También se consagran disposiciones especiales cuando el perpetrador sea servidor público (art. 83.5), cuando la comisión de la conducta se hubiere iniciado en el exterior (art. 83.6), y cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos en menores de edad (art. 83.3).

Es de resaltar que las disposiciones que extienden los términos de prescripción han sido integradas recientemente con ocasión de nuevas leyes como la 1154 de 2007 y la 1426 de 2010. Es decir, Colombia, a pesar de no ser Estado Parte en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ha venido favoreciendo las recomendaciones citadas arriba en la materia.

Sin embargo, aunque legalmente parece pacífico el tema, la jurisprudencia constitucional se ocupó de la posibilidad que la acción penal por el delito de desaparición forzada fuera imprescriptible:

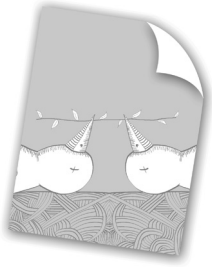
En la sentencia C-580 de 2002, donde se estudia la constitucionalidad de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (Belem do Pará, julio 9 de 1994), la Corte examina el artículo 7° de la Convención, que establece: “tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario (...)”.

Para el efecto, precisa el alcance del artículo 28 de la Constitución, que expresamente consagra la prohibición de imprescriptibilidad para las penas, pero no dice nada respecto de la acción penal.

---

la sentencia de fondo); del 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, párr. 15; Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, Sentencia (Reparaciones) del 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92, párr. 106; Caso del Carachazo Vs. Venezuela, Sentencia (Reparaciones) del 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, párr. 119; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, Sentencia del 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 190; Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 152; Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 172; Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 130; y Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 276. Citadas en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 139.

75 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 135.



La Corte parte de la siguiente consideración: el vacío respecto de la acción penal no quiere decir, per se, que la misma sea imprescriptible en Colombia, de manera que se ocupa del instituto de la imprescriptibilidad de la acción penal a nivel nacional.

Para empezar, identifica la clara tensión entre la prohibición de imprescriptibilidad de las penas o las acciones penales, que se erige como una garantía del debido proceso, y la posibilidad de que el Estado ejerza de forma intemporal el *ius puniendi*. Al respecto, arguye que esta garantía no puede ser absoluta. “Su alcance depende del valor constitucional de los intereses protegidos mediante la acción penal específica frente a la cual se pretenda oponer (...)”<sup>76</sup>, es decir, resulta razonable que el legislador le dé un trato diferenciado al término de prescripción de la acción penal, dependiendo del delito, entre otros motivos, en razón a la necesidad de erradicar la impunidad frente a delitos en los cuales resulta especialmente difícil recopilar pruebas o juzgar efectivamente a los responsables<sup>77</sup>.

Pasa a ocuparse específicamente de la desaparición forzada, caso en el cual, la prohibición consagrada en el artículo 12 de la Convención, impone al Estado un deber especial de protección, deber que implica, a su vez, una ampliación del conjunto de facultades de que dispone el legislador para satisfacer el interés en erradicar la impunidad. Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción<sup>78</sup>.

Las razones que aduce para sustentar esa facultad del legislador se basan en tres consideraciones: i) el interés en erradicar la impunidad; ii) la necesidad de que se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; y iii) la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurrir en la conducta de desaparición forzada<sup>79</sup>.

Volviendo a la tensión planteada, la Corte procura su resolución a través de un test de proporcionalidad en el cual examina si la imprescriptibilidad de la acción penal en el caso de la desaparición forzada “(...) es un medio adecuado para lograr los fines propuestos y si estos no se pueden satisfacer a través de mecanismos que afecten menos los derechos del inculgado”<sup>80</sup>.

Obviando de momento los argumentos de la Corte, en síntesis, la solución es planteada de la siguiente manera: “(...) frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas”<sup>81</sup>.

76 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-580 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Consideraciones, num. 3.2.

77 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

78 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

79 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

80 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

81 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

Así, como conclusión “(...), la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7° de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso”<sup>82</sup>.

Así, la Corte Constitucional privilegia la lucha contra la impunidad, y con ella, los derechos de las víctimas en un escenario de conflicto con instituciones tradicionales del derecho penal que implican garantías, como la prescripción, lo que disminuye la importancia de las mismas que, otrora, era incuestionable.

La segunda institución del derecho penal aludida, que también ha sido usada como medio para favorecer la impunidad, es *la cosa juzgada*, inherentemente asociada al principio *non bis in idem*<sup>83</sup> y definida por éste.

El principio *non bis in idem se* “(...) formula como la prohibición de someter al inculcado absuelto o condenado por sentencia firme a un nuevo juicio o a una nueva pena por los mismos hechos”<sup>84</sup>.

En esos términos es reconocido por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho penal internacional, como los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4); Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 4°); Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 19); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 22); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 10); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art. 9°); y Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 9°)<sup>85</sup>.

Como se observa en la definición presentada, para que el principio *non bis in idem* sea aplicable, es necesario que la segunda (o posterior) persecución penal se refiera al mismo hecho que fue objeto de la primera. “El concepto de identidad de hecho implica, a estos efectos, la existencia de una triple identidad: identidad de persona (*idem personam*), identidad de objeto (*idem re*), e identidad de causa de persecución (*idem causa petendi*). Si alguna de ellas falla, no regirá el principio”<sup>86</sup>.

El examen de esta garantía ha sido abordado desde dos dimensiones: “su validez a la luz de los estándares internacionales del debido proceso legal; y su validez en relación a la

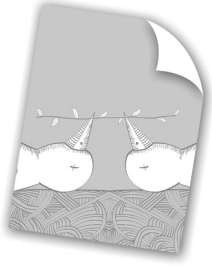
82 *Ibidem*. Consideraciones, num. 3.2.

83 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 140.

84 CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000, p. 100.

85 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 142.

86 CAFFERATA NORES, José. *Op. cit.*, p. 101.



obligación de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos”<sup>87</sup>.

Desde la primera dimensión, la jurisprudencia interamericana, entre otras fuentes, ha establecido criterios para examinar la aplicación material de la cosa juzgada y el principio non bis in idem, que se pueden resumir así: que la actuación se haya adelantado ante un tribunal competente, independiente e imparcial, con la plena observancia de las garantías judiciales y de los derechos de los justiciables como de las víctimas y causahabientes que se han hecho parte en el proceso<sup>88</sup>.

La vulneración de este postulado ha provocado decisiones de la Corte IDH, como la tomada en el caso de civiles condenados por un tribunal militar peruano, donde declaró inválido el proceso “por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y ordenó a las autoridades garantizar un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal<sup>89</sup>.

En la misma línea de disertación, la Corte IDH ha elaborado el concepto de “cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”<sup>90</sup>.

La segunda dimensión –la obligación de los Estados de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos–, se encuentra más ligada a la lucha contra la impunidad, de manera que la validez de la cosa juzgada está condicionada a que el proceso no haya sido enderezado a consagrar la impunidad o sea incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia<sup>91</sup>.

De esta dimensión se desprenden postulados como: i) la cosa juzgada no puede ser invocada cuando el autor de un crimen bajo el derecho internacional no ha sido debidamente juzgado o castigado por ese mismo crimen, o el proceso tenía como fin exonerar de responsabilidad penal internacional a la persona<sup>92</sup>; y ii) las causas penales instruidas con una “falta de diligencia tal que esté calculada para permitir que el acusado eluda su responsabilidad real”, constituye un “simulacro de proceso”,

---

87 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 143.

88 *Ibíd.*, p. 143.

89 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo resolutive 13. Citada en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 144.

90 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 131. Ver igualmente: Caso La Cantuta vs. Perú, *Op. cit.*, párr. 153; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, *Op. cit.*, párr. 154; y Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia del 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 98. Citadas en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 144.

91 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 145.

92 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Documento de Naciones Unidas, Suplemento No. 10 (A/51/10), págs. 74 y ss. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 145.

respecto del cual no puede invocarse el principio *non bis in idem* y la cosa juzgada<sup>93</sup>, entre otros.

En Colombia, la figura del *non bis in idem* se encuentra prevista en la Constitución Política (art. 29.4), y en la Ley 599 de 2000 (art. 8º)<sup>94</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha referido al carácter relativo y no absoluto de esta garantía:

*(...) así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del non bis in idem (...), es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la **relativización de la mencionada garantía**, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano<sup>95</sup>. (Negrillas fuera del texto original).*

En decisión posterior, la misma Corte enfatizó la necesidad de relativizar el principio de *non bis in idem* atendiendo valores y principios que también son relevantes y que, como consecuencia, pueden colisionar con aquel y hasta superarlo; en particular, alude a que este supuesto se configura tratándose de los derechos de las víctimas y la obligación del Estado de investigar juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos, así:

*Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in idem, a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo, son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in idem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado (...)<sup>96</sup>.*

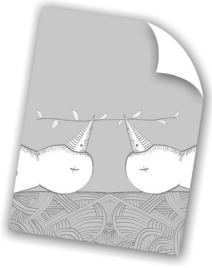
De esta forma, se evidencia que tanto a nivel nacional como internacional, las garantías fundamental del *non bis in idem*, y por contera, la cosa juzgada, han confrontado

93 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones - 2 de mayo a 22 de julio de 1994, Documento de Naciones Unidas, Suplemento No. 10 (A/49/10), pág. 86. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 146.

94 “Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.

95 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-554 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Fundamentos, num. 4.10.

96 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-004 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre. Consideraciones y Fundamentos, num. 13.



con intereses propios de lucha contra la impunidad, de suerte que, el efecto, ha sido su limitación, aunque, no por ello, puede afirmarse que han perdido su vigencia.

Finalmente, la no *retroactividad de la ley penal* (principio de irretroactividad) es la tercera institución clásica del derecho penal –también erigida históricamente como garantía judicial del procesado bajo la lógica del pensamiento liberal–, cuyo uso, al igual que el de los dos preceptos ya tratados, ha favorecido, en ciertos contextos, la impunidad.

Como lo ha precisado el Comité de Derechos Humanos, este principio se traduce en “(...) el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por la ley posterior se imponga una pena más leve”<sup>97</sup>.

De lo anterior, es claro que la no retroactividad se deriva del principio de legalidad penal y es, en general, y bajo esa forma, que se encuentra reconocido en el DPI<sup>98</sup>, en el DIH<sup>99</sup>, y en el DIDH<sup>100</sup>.

De manera específica, y como cláusula general aplicable también en materia penal, se cuenta con la consagración del principio *sub examine* en el derecho de los tratados, toda vez que la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, dispone: “**Irretroactividad de los tratados.** Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

En el mismo sentido se encuentran otros instrumentos internacionales que regulan materias específicas pero aluden, directamente a la irretroactividad; por ejemplo, la Convención sobre Desapariciones Forzadas dispone que: “Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado” (art. 35.2.).

No obstante, la jurisprudencia de los sistemas regionales de derechos humanos, en este caso, tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana, han propendido

97 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general No. 29, Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (art. 4º), párr. 7. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 129.

98 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 24)

99 Convenio III de Ginebra (art. 99); Convenio IV de Ginebra (art. 67); Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 75.4); y Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (art. 6.2). Citados en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

100 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15); Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 7º); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7.2); Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 15); y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9º). Citados en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

por distinguir los “actos instantáneos” de las “situaciones continuadas de vulneración de los derechos humanos” (lo que en derecho penal se llaman tipos penales de ejecución instantánea y de ejecución permanente). Los primeros, perpetrados de una sola vez en un momento temporal, y las segundas, aquellas en las cuales la vulneración del derecho se prolonga en el tiempo, de manera que si la conducta que afecta al derecho continúa cometiéndose después de la entrada en vigencia del correspondiente instrumento internacional, el Estado podría responder por tales hechos<sup>101</sup>.

Esta distinción claramente favorece las situaciones de desaparición forzada, aunque también se ha extendido a casos en los cuales se vulnera el acceso a la administración de justicia<sup>102</sup>.

Ahora bien, ya que mediante la no *retroactividad* se puede llegar a favorecer la impunidad, al dejarse de enjuiciar a personas cuyos comportamientos no eran punibles en la legislación interna del respectivo país para la época de su comisión, múltiples tribunales penales nacionales e internacionales, así como los órganos de los sistemas universal, americano y europeo de protección de derechos humanos, han establecido que sí es posible juzgar y sancionar a personas por hechos cometidos sin ley que los tipificara en su momento, cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional o de graves violaciones a los derechos humanos<sup>103</sup>.

Como ejemplos primigenios se tienen los ya citados Tribunales Penales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, así como los juicios celebrados por los tribunales de los Aliados, en virtud de la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, en los cuales se juzgaron conductas que no eran consideradas delito en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, esto es, crímenes tipificados *ex post facto*, esgrimiéndose argumentos como que “(...) los actos perpetrados por los acusados vulneraron principios generales reconocidos por todas las naciones civilizadas y vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos”<sup>104</sup>.

Con posterioridad se tiene variedad de casos fallados conforme el mismo criterio en procesos internos como en Argentina (caso Simón), Israel (caso Eichmann), Francia (caso Barbie), Alemania (caso Kleßer, Streletz y Albrecht); y en procesos de Tribunales *ad hoc* (TPIY caso Tadic)<sup>105</sup>, entre otros; así como también se cuenta con jurisprudencia de sistemas regionales de DDHH<sup>106</sup>.

101 BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 41.

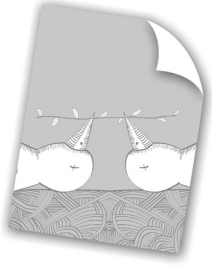
102 *Vgr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C No. 27, párr. 39. Citada en: BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Op. cit.*, p. 41.

103 FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania y Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pp. 40-41.

104 *Ibíd.*, p. 42.

105 *Ibíd.*, p. 41.

106 *Vgr.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros



A nivel convencional, la posibilidad de juzgar y sancionar a personas por la comisión de conductas que no eran típicas en la normatividad interna para el momento de su realización se soporta, al menos, en tres instrumentos internacionales, a saber<sup>107</sup>:

- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 15,1: “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho nacional o internacional**”. (Negrillas fuera del texto original).
- Y, en especial, su artículo 15.2: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los **principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**”. (Negrillas fuera del texto original).
- *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, art. 7º: “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el **derecho nacional o internacional**”. (Negrillas fuera del texto original).
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 9º: “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el **derecho aplicable**”. (Negrillas fuera del texto original).

Esta última, siempre que el aparte “derecho aplicable” se interprete en un sentido amplio, similar a los otros dos instrumentos citados, es decir, como derecho nacional, internacional, o principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Así, a pesar de la fuerte tradición que en materia penal inviste al principio de legalidad y con él, a la *retroactividad*, la lucha contra la impunidad lo ha mermado, a partir de los desarrollos convencionales y jurisprudenciales del DPI y del DIDH, hasta formular un nuevo estándar, que podría resumirse de la siguiente forma:

*(...) la ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el derecho internacional no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el derecho internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*<sup>108</sup>.

---

Vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre del 2006, Serie C No. 154, párr. 151; CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Papon c. Francia, Sentencia del 15 de noviembre del 2001, 54210/00, párr. 5, entre otras. Citadas en: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 41.

107 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 130.

108 *Ibíd.*, p. 133. En contra de este estándar, principalmente, por lo indeterminado e impreciso de las normas de derecho internacional, y en especial, de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, de manera que, a partir del Derecho Internacional consuetudinario no sería posible crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales nacionales, ver: FORER,

En Colombia, el tema de la no retroactividad ya ha sido objeto de discusión y análisis, principalmente en sede del Proceso Especial de Justicia y Paz, de manera que el desarrollo de la discusión a nivel interno se tratará más adelante en el presente documento<sup>109</sup>.

Visto el primer escenario que se presentó como conflictivo, respecto de la posibilidad de consolidar la lucha contra la impunidad (las instituciones penales clásicas, como algunas garantías judiciales de los procesados, que en Justicia y Paz serían las garantías de los postulados), a continuación, se examinará, de manera resumida, el segundo escenario de confrontación que ha encarado dicho paradigma: la necesidad de la paz en contextos de graves vulneraciones a los derechos humanos.

Los contextos de graves y masivas vulneraciones a los derechos humanos, favorecidos históricamente por situaciones de guerra y de dictadura, tendieron a solucionarse, por ejemplo durante el siglo XX, a través de la concesión de amnistías u otras medidas de clemencia a los perpetradores de la violencia.

El concepto de “amnistía” varía según el contenido de las disposiciones que contenga, de manera que, aunque en términos generales puede concebirse como un medio de extinción de la responsabilidad penal, se distingue entre “amnistías generales o particulares”, según cobije o no a todos los sujetos que han cometido un hecho; “amnistías propias o impropias” en la medida en que incluyan o no a los condenados con sentencia en firme (y no constituya un indulto); o “amnistías condicionales o incondicionales” dependiendo de los requisitos o condiciones que imponga para su concesión<sup>110</sup>.

Las amnistías, en sus diferentes expresiones, fueron empleadas con gran recurrencia en los años ochenta durante las transiciones vividas en América Latina –sin ser éste el único ejemplo<sup>111</sup>–, en una clara evidencia de la tensión entre dos valores de gran importancia para la humanidad: justicia y paz<sup>112</sup>.

Así ocurrió en Uruguay con la “Ley de caducidad”, en Argentina con la “Ley de punto final”<sup>113</sup>, y en Centroamérica, donde se promovieron iniciativas como el *Acuerdo de Esquipulas II de agosto de 1987, adoptado en desarrollo del Acuerdo sobre procedimientos para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica (Esquipulas I)* y suscrito por los gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, en el que los presidentes centroamericanos acordaron emitir “decretos de amnistías”, como en efecto ocurrió en los procesos salvadoreño (Decreto No. 805 del 27 de octubre de 1987),

---

Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, pp. 44-46.

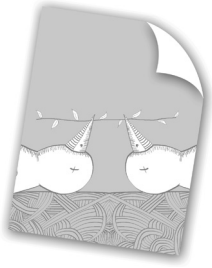
109 *Infra*, num. 3.1.

110 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 438.

111 En años posteriores también se han aplicado amnistías en diferentes partes del mundo como en Uganda, la República Democrática del Congo, Croacia y Libia, entre otros.

112 Un análisis de esta tensión a través del test de proporcionalidad, en: AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008, p. 75.

113 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Op. cit.*, p. 439.



guatemalteco (Decreto No. 32/88 del 23 de junio de 1988), hondureño (Decreto No. 199/87 del 26 de noviembre de 1987) y nicaragüense (Ley de amnistía de 1987)<sup>114</sup>.

Sin embargo, paralelo a este proceso, el DIDH a nivel convencional, y mediante decisiones de organismos internacionales jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales, inició una campaña contra ese tipo de medidas, toda vez que han sido funcionales a la impunidad, principalmente en escenarios donde se busca una transición a la democracia y a la paz, consolidando como estándar, la inaplicabilidad de amnistías o medidas análogas en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y crímenes internacionales como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.

En este proceso, se cuenta con algunos instrumentos, como los siguientes<sup>115</sup>:

Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, cuyo principio 19 prescribe que: “En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”.

La *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, cuyo artículo 18 establece: “Los autores o presuntos autores [de desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.

Así mismo, el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, establece, en el principio 24, “Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía”, entre ellas, que la amnistía y otras medidas de clemencia no afecten el derecho de las víctimas a la reparación.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que las amnistías otorgadas a los autores de graves violaciones a los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados, así:

*(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía (...) que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*<sup>116</sup>.

A nivel del DPI, se cuenta con decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona, que ha afirmado que es “una norma cristalizada del derecho internacional

114 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 4.

115 *Ibidem*, pp. 93-94.

116 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 101.

que un gobierno no puede conceder amnistía para serios crímenes bajo derecho internacional”<sup>117</sup>. En sentido similar, para el caso de la tortura, se ha pronunciado el TPIY<sup>118</sup>.

También las normas del DIH admiten un análisis en este punto: si bien el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, señala en su artículo 6.5. que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha elaborado una interpretación restrictiva del artículo, indicando que la amnistía a la cual alude no puede cobijar los crímenes de guerra y las infracciones al derecho internacional humanitario<sup>119</sup>.

Según el CICR: “[l]os trabajos preparatorios del artículo 6 (5) indican que este precepto tiene el propósito de alentar la amnistía (...) como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No (...) para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional”<sup>120</sup>.

Así, las normas y decisiones en materia de DIDH, DIH y de DPI dan cuenta de una prohibición genérica de conceder amnistías u otras medidas de clemencia en casos de graves violaciones a los derechos humanos, y de crímenes internacionales, según el estatuto que los recoja, aunque es claro también que se trata de vulneraciones o delitos graves, de manera que no podría aducirse per se que las amnistías o los indultos están proscritos en el derecho internacional, eso sólo es así atendiendo la entidad de las conductas.

En Colombia, el tema de las amnistías y los indultos ha tenido un desarrollo propio.

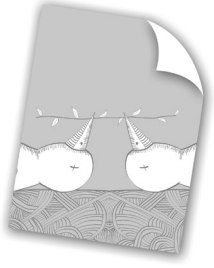
Históricamente, los diversos procesos de paz vividos en Colombia durante los años noventa se apoyaron en leyes de amnistía e indulto, de manera que la figura no es extraña en el contexto nacional, pero, conforme ha evolucionado la normatividad internacional en la materia, su uso se ha restringido hasta el punto de que la última negociación de paz con ocasión de la desmovilización de las principales

117 Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, Sentencia sobre excepciones preliminares del 13 de marzo de 2004, Prosecutor against Morris Kallon, Brima Bazy Kamara (Case No. SCSL-2004-15-PT, Case No. SCSL-2004-16-PT), párr. 84, Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 97.

118 TPIY. Sentencia del 10 de diciembre de 1998, Caso El Fiscal c. Anto Furundzija, Expediente No. IT-95-17/1-T 10 párr. 155. Citado en: AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. *Op. cit.*, p. 88.

119 COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 104.

120 Carta del CICR dirigida al Fiscal del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en el año 1995 (Original en inglés, traducción libre). El CICR reiteró esta interpretación en otra comunicación fechada 15 de abril de 1997. Citado en: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Op. cit.*, p. 104.



estructuras paramilitares, no contempló esa fórmula, y, en su lugar, se optó por las penas alternativas.

Constitucionalmente, se prevén las figuras de amnistía e indulto en los artículos 150.17 y 102.2. En el primero, se establece que el Congreso, mediante Ley podrá “[c]onceder por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos”. El segundo artículo, dispone que el Gobierno podrá “[c]onceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad”.

Legalmente, La Ley 418 de 1997, prorrogada y parcialmente modificada y adicionada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, contiene en su Título III sobre “causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos”, las disposiciones sobre la posibilidad de conceder indultos (arts. 50 y ss.) y amnistías (arts. 60 y ss.) por la comisión de delitos políticos y conexos.

Como se observa, han sido diversos los retos que ha enfrentado la lucha contra la impunidad en su desarrollo como estándar durante la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, como se verá en el siguiente acápite, en contextos de transición hacia la democracia o hacia la paz, aún son muchos los desafíos que dicha lucha enfrenta y, así mismo, son múltiples las salidas que a nivel jurídico la dinámica de cada proceso ha propuesto. El caso colombiano es un ejemplo más, cuyos aportes también son una contribución insoslayable.

## Los derechos de las víctimas y sus tensiones con instituciones jurídico penales en el proceso especial de justicia y paz

Hasta aquí se han mencionado algunas tensiones que el paradigma de la lucha contra la impunidad (que como se definió, es igual a la lucha por los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición) ha librado con otros arquetipos como instituciones penales tradicionales, entre las que se cuentan garantías judiciales, y con valores tan caros a la humanidad como la paz.

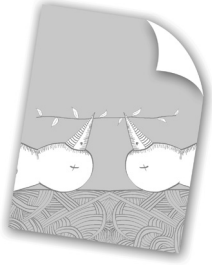
Dichos desafíos, poco a poco han encontrado respuesta y salida a través del derecho convencional y consuetudinario, y mediante decisiones de organismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales del sistema universal y de los sistemas regionales de DDHH, así como de tribunales penales nacionales e internacionales, y del órgano que interpreta oficialmente las normas del DIH.

Sin embargo, un escenario de justicia transicional, aunque fragmentado, como lo es el colombiano<sup>121</sup>, cimentado principalmente en un procedimiento penal que obedece a la tradición garantista propia del modelo penal ordinario, ha demostrado que las mencionadas, no son las únicas tensiones entre derechos o principios que pueden suscitarse, de manera que los nuevos retos, y las particularidades de otros desafíos ya trabajados, han propiciado criterios de solución especiales, como los que a continuación se presentarán.

Como ejemplos, a través de la metodología del análisis de caso, se tratarán los siguientes temas que han sido examinados por la jurisprudencia nacional proferida por la Corte Suprema de Justicia en el Proceso Especial de Justicia y Paz, en los cuales se evidencian, específicamente, tensiones entre los *derechos de las víctimas* e instituciones jurídico penales propias de la tradición garantista como las garantías judiciales, que en Justicia y Paz son los llamados *derechos de los postulados*: i) la aplicación de medidas cautelares reales en el proceso; ii) la vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) la adopción de la figura de las imputaciones parciales; iv) la exclusión y la extradición de postulados; y, el que será tema del siguiente acápite, vi) la imputación de crímenes internacionales.

En general, puede considerarse que un criterio orientador utilizado por la Corte Suprema para la solución de los debates que se plantearán, y con base en el cual se ha

121 Si Colombia constituye o no una experiencia de justicia transicional, es un debate entre quienes consideran que tal escenario no es factible en medio del conflicto armado, como el profesor Rodrigo Uprimny, y quienes opinan que, aun en medio del conflicto es posible que ese modelo de justicia se implemente, como el profesor Kai Ambos. Una síntesis al respecto, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Op. cit.*, pp. 122 y ss.



erigido una nueva propuesta dogmática a pesar de la tradición de tendencia garantista sobre la cual se cimienta el modelo procesal penal recogido por la Ley de Justicia y Paz, ha sido el siguiente:

*El modelo de justicia transicional colombiano, implica el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico convencional de solución de los diversos conflictos sociales, para dar paso a una nueva propuesta de reconciliación que facilite el proceso de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la ley<sup>122</sup>.*

Es posible realizar un análisis preliminar de este criterio, y con él, examinar los casos que se presentarán.

Se considera deseable que los tribunales nacionales, en cualquier instancia y tipo de proceso, respeten los presupuestos del Estado de Derecho en la forma que sugiere Ferrajoli<sup>123</sup> (como *rule of law* o *statu di diritto*), a *Fortiori*, cuando es ésta la forma de Estado que prevalece en Colombia, y porque a través de ella se satisfacen de mejor manera los derechos fundamentales.

Ahora, el modelo normativo penal de tendencia garantista que recoge Colombia –en un alto grado–, se encuentra en armonía con el referido tipo de Estado, de manera que es defendible afirmar que debería ser aquel el que primara en las diversas decisiones judiciales.

Sin embargo, no es desproporcionado ni contrario a la legalidad, pensar en la aplicación de fórmulas jurídicas que se separen de la tendencia garantista en materia penal, principalmente, debido a que dos motivos la hacen inaplicable en forma absoluta o plena: i) la paz, como presupuesto necesario para dicho modelo, no se satisface en el escenario nacional; y ii) hay una apertura legal hacia otros modelos normativo penales como el “punitivismo humanitario”<sup>124</sup>,

122 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33494 del 14 de abril de 2010. M.P.: Javier Zapata. Consideraciones, num. 3.

123 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 856.

124 Principalmente, a partir del reconocimiento legal y jurisprudencial de los derechos de las víctimas en Colombia, se habla del “punitivismo humanitario” (término empleado por Iván Orozco Abad) como tendencia jurídico normativo penal que acompaña al garantismo (e incluso al eficientismo) en el ordenamiento jurídico nacional. Sin duda, otra de las consecuencias del paradigma de lucha contra la impunidad. Algunos autores, procurando definir este modelo, se han referido a él como “neopunitivismo” –aunque en forma peyorativa–, en los siguientes términos: “(...) corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social (...)”. PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 240-241. Otros, por su parte, lo defienden como política que privilegia la aplicación del derecho penal para la solución de problemas sociales y **la perspectiva de la víctima en el proceso**. ABRAMOVICH, Víctor. “Epílogo”. En: TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008, p. 261.

Lo anterior, con mayor razón, cuando se trata de un proceso como el de Justicia y Paz, cuyos antecedentes, marco normativo nacional e internacional y naturaleza, lo hacen especial<sup>125</sup> y constituyen un desafío al paradigma dominante.

En síntesis, aunque sí es deseable que la tendencia garantista sea la que rijan las decisiones judiciales pertinentes, toda vez que domina en el ordenamiento jurídico y se encuentra en armonía con el modelo de Estado vigente en Colombia que a su vez, privilegia los derechos fundamentales, no es exigible para los tribunales nacionales con competencia en el Proceso Especial de Justicia y Paz, su aplicación a ultranza y estricta por cuanto: i) no están dadas plenamente las condiciones para su aplicación; ii) hay una apertura legal en Colombia que se separa de él; y iii) los tribunales se ocupan de un proceso con carácter especial.

Así las cosas, cuando el criterio citado de la Corte Suprema, se refiere al “abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas”, es posible inferir que alude a la separación de algunas de las instituciones propias del sistema dominante de tendencia garantista, de suerte que, en principio, resulta justificable y acertado como parámetro de revisión de los casos que conoce la Corporación en el marco del proceso de Justicia y Paz.

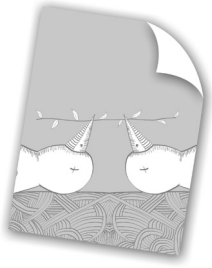
## 2.1. Tensiones con el derecho a la reparación de las víctimas: aplicación de las medidas cautelares sobre bienes de los postulados

Una de las tensiones de derechos en el Proceso Especial de Justicia y Paz, se ha suscitado en punto de la garantía del derecho a la reparación de las víctimas. En el caso que se cita a continuación<sup>126</sup>, la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de segunda instancia en este proceso, resuelve sobre el momento procesal para imponer medidas cautelares reales sobre bienes de los postulados.

La Sala de Casación Penal de la Corte resolvió recurso de apelación interpuesto contra la decisión de un magistrado con funciones de control de garantías que, en audiencia preliminar anterior a la formulación de imputación, impuso medidas cautelares sobre catorce bienes de propiedad del postulado Salvatore Mancuso.

125 Acerca de la estructura y funcionamiento del Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia, ver: FORER, Andreas. *Justicia Transicional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Sinú, 2012, pp. 31 y ss. Y VARGAS, Álvaro y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coords.). *Manual de Procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, pp. 119 y ss.

126 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 28040, agosto 23 de 2007. M.P.: María del Rosario González.



Si bien la apelación se fundamenta en diversos puntos, el problema jurídico más llamativo que resuelve la Corte es el siguiente: ¿Es procedente la imposición de medidas cautelares reales, antes de iniciarse el trámite de la audiencia preliminar de formulación de imputación?

Para la Sala, la decisión del magistrado constituyó una irregularidad basada, fundamentalmente, en el hecho que la Ley 975 de 2005 es clara en señalar que “(...) sólo es posible el decreto o imposición de medidas cautelares una vez se ha formulado imputación por parte del Delegado de la Fiscalía respecto de las hipótesis delictivas que obran en contra de la persona postulada a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz”<sup>127</sup>.

Así se desprende de su artículo 18:

*Artículo 18. Formulación de imputación. Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.*

*En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. **Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación a las víctimas.** (...). (Negrillas fuera del texto original).*

Entonces, no es objetable que la imposición de medidas cautelares sobre bienes en el Proceso de Justicia y Paz es ulterior al acto de la formulación de imputación, ya sea en la misma audiencia preliminar o en una posterior<sup>128</sup>, de manera que, en el caso bajo examen se reconoce un proceder contrario al descrito en la ley, que compromete el *derecho al debido proceso*, pero, al mismo tiempo, se constata que la medida se impone como única fórmula para preservar los derechos de las víctimas<sup>129</sup>, en particular, la reparación.

Así, la Sala encuentra una tensión entre el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y 6° de la Ley 906 de 2004<sup>130</sup>, y el derecho de las víctimas a obtener una reparación integral<sup>131</sup>, dado que se ha desconocido la estructura del proceso especial consagrado en la Ley de Justicia y Paz, al disponerse la realización de la audiencia de imposición de medidas cautelares sin haber llevado a cabo formulación de la imputación al postulado, para favorecer la reparación de las víctimas.

127 *Ibíd.*, p. 18.

128 *Ibíd.*, p. 19.

129 *Ibíd.*, p. 27.

130 “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio”.

131 *Ibíd.*, pp. 42-43.

Para resolver la tensión hallada, la Sala arguye el carácter “(...) prevalente que han adquirido los derechos de las víctimas en el ámbito penal, [que], cobra mayor significado dentro del marco de la justicia transicional, porque la concesión de beneficios a los integrantes de los [GAOML] (...), está supeditado a que reparen integralmente a sus víctimas (...)”<sup>132</sup>.

Con base en ello, procede a aplicar lo que llama un “criterio objetivo de ponderación”<sup>133</sup>, que arroja como resultado que el choque planteado debe solucionarse a favor del derecho de las víctimas a la reparación, por el siguiente motivo:

*(...) pues el perjuicio que se ocasiona a las víctimas consecuente con aplicar stricto sensu el rito legal consagrado en la Ley 975, esto es, imponer las medidas cautelares sólo hasta cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte del fiscal para iniciar la investigación, según lo refiere el artículo 17 de dicha normatividad, es mayúsculo y puede ser prácticamente irremediable, ante la posibilidad de actos de disposición o de enajenación posteriores que complicarían la reparación*<sup>134</sup>.

De esta forma, la Sala confirma la decisión impugnada.

Este criterio ha sido reiterado por la Corte en providencias posteriores, en las que ha conocido de casos semejantes, como cuando decidió sobre la necesidad de poner a disposición de Acción Social-Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes ofrecidos por los postulados antes de decretar las medidas cautelares sobre los mismos, en causa contra Diego Fernando Murillo, alias “don Berna”<sup>135</sup>, y ha servido para insistir en la necesidad de surtir el trámite de imposición de medidas cautelares “(...) con la mayor celeridad y [conforme] la pedagogía que la Sala ha venido realizando en torno a la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (...)”<sup>136</sup>.

De lo anterior, se colige que la Corte Suprema de Justicia, al enfrentar un escenario de confrontación entre un derecho propio de la tradición garantista que orienta, en general, el ordenamiento jurídico nacional, como lo es el debido proceso —estrechamente ligado al principio de legalidad, pilar en la concepción del Estado de Derecho—, ha optado por un criterio basado en lo siguiente: i) el método de la ponderación como mecanismo para solucionar la tensión entre derechos; y ii) una posición no garantista.

Acerca del método de la ponderación o juicio de proporcionalidad, si bien no es el centro de la observación en este documento, hay que decir que la Corte no hizo un análisis que permita inferir suficientemente su adecuación a lo que la doctrina sobre el tema ha formulado.

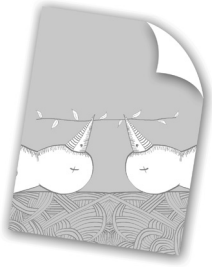
132 Ibidem, p. 38.

133 Ibidem, p. 43.

134 Ibidem, p. 43.

135 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30360, septiembre 8 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

136 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33257, marzo 24 de 2010. M.P.: Javier Zapata Ortiz, p. 19.



Si bien dejó claro el carácter de derechos de los preceptos en contienda y en ese sentido, los revistió con la posibilidad de que su cumplimiento se mida en grados y no como sucede con las reglas (todo o nada), la Corte no agotó el examen mínimo que exige el juicio de proporcionalidad: las condiciones fácticas del caso (juicios de adecuación y necesidad), y las condiciones jurídicas de aplicación del mismo (juicio de proporcionalidad)<sup>137</sup>, de suerte que es censurable la forma como llegó a la conclusión.

Como se trata de una discusión sobre derechos, resulta afortunado el método de la ponderación elegido por la Corte para la solución del caso, pero no la forma como lo desarrolló.

La decisión de proteger el derecho de las víctimas a la reparación sobre el debido proceso, como derecho per se de los procesados, implica una renuncia a los criterios propios del garantismo penal. Aunque la Corte no elucubra sobre los sistemas garantista, eficientista y “neopunitivista”, su decisión puede catalogarse, al menos, como no garantista, dando cuenta de la insuficiencia de dicho modelo para dar respuestas satisfactorias para sí, en el escenario de la justicia transicional.

Si bien se afirmó que es deseable la aplicación de la tendencia garantista en la solución de los casos que arriban a instancias judiciales, éste es un ejemplo de la posibilidad que existe de emplear criterios que se aparten de dicha tendencia y, en su lugar, bajo consideraciones como la colisión con derechos provenientes de otra corriente y de igual rango jurídico, es decir, también en respeto de la legalidad, elegir otra solución que se orienta hacia paradigmas normativo penales como el llamado “punitivismo humanitario”, sin que se encuentre una afectación material –sólo formal– sobre los derechos de los procesados, y se favorezcan de manera razonable los derechos de las víctimas.

## 2.2. Tensiones a propósito de la vigencia de la Ley 975 de 2005

La vigencia de la Ley 975 de 2005 también ha sido un tema debatido en las instancias judiciales, motivado por el mandato de protección de los derechos de las víctimas en el proceso.

En el caso de Omar Enrique Martínez Ossias, alias “Maicol”<sup>138</sup>, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema conoció de la apelación interpuesta contra la decisión que adoptó una magistrada de la Sala Penal de la jurisdicción de Justicia y Paz del Tribunal

137 ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

138 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999, febrero 24 de 2009. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Superior de Barranquilla, en función de control de garantías, por medio de la cual se declaró sin competencia y no impartió aprobación a la imputación parcial que la Fiscalía realizara por conductas punibles ejecutadas el 28 de febrero de 2006.

Es de recordar, que el artículo 72 de la Ley 975 de 2005 dispone que la misma se “(...) aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación”, esto es, 25 de julio de 2005, de manera que, al modo de ver de la magistrada, la disposición excluye la posibilidad de imputar hechos que se hayan cometido con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley.

El problema jurídico que ocupó a la Corte consistió en lo siguiente: ¿Proceden las imputaciones en el marco de la alternatividad penal cuando se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a la promulgación de la Ley 975 de 2005?<sup>139</sup>.

En este caso, el Ministerio Público, uno de los recurrentes, planteó la tensión entre el derecho a la justicia de las víctimas y la legalidad estricta de la norma (debido proceso), argumentando que, aplicar exegéticamente el artículo 72, implicaría dejar de investigar las conductas cometidas por el postulado, en el caso concreto, que fueron cometidas con posterioridad al 25 de julio de 2005, lo cual significaría atentar contra los derechos de las víctimas en la medida en que se les dejaría “(...) al albur de los procesos penales de la justicia ordinaria, porque la experiencia enseña que éstos terminan con decisiones inhibitorias o preclusiones por la incapacidad de la justicia para investigar y sancionar delitos de lesa humanidad”<sup>140</sup>.

Sin embargo, la Corte en este caso no encuentra precisamente una tensión de derechos:

*La interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte al artículo 72 de la Ley 975 de 2005, no puede desconocer su tenor literal, posición que consulta no sólo el querer del legislador, tal como se infiere de la claridad del texto legal y de las discusiones del proyecto de ley en el Congreso, sino que atiende la política criminal especial de justicia restaurativa concebida por el Estado para la transición hacia el logro de una paz sostenible, y privilegia ante todo los derechos fundamentales de los residentes en Colombia<sup>141</sup>.*

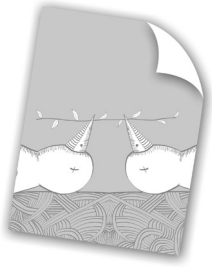
También se apoya la Corte Suprema en la decisión de constitucionalidad proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible el artículo 72 de la Ley 975 de 2005, aduciendo, entre otros argumentos que “(...) dada la ausencia de precepto constitucional que regule el tema, la determinación acerca de la fecha de entrada en vigencia de una ley es un asunto que compete de manera privativa al legislador, por lo que en principio no es dable que el juez constitucional u otra autoridad cuestionen el alcance de esta decisión”<sup>142</sup>.

139 Ibidem, p. 36.

140 Ibidem, p. 12.

141 Ibidem, p. 57.

142 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1199 de 2008. M.P.: Nilson Pinilla. Citada en: CORTE



En este caso, la Corte falló confirmando la decisión del *a quo*.

Sobre el mismo tema y planteando nuevas tensiones entre derechos, se suscitó otro debate con ocasión del caso de Walter Ochoa Guisao<sup>143</sup>, en el que la Corte conoció de la apelación interpuesta contra la decisión de un magistrado con funciones de control de garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual manifestó su incompetencia para conocer (parcialmente) de la imputación parcial de cargos por hechos sucedidos con posterioridad al 25 de julio de 2005.

Uno de los argumentos de los apelantes, consistió en advertir la vulneración del derecho a la verdad de las víctimas derivada de otro derecho vulnerado: el debido proceso de los postulados que se socava, según el recurrente, porque se incumplen las condiciones o “reglas de juego” que fueron acordadas en la desmovilización<sup>144</sup>.

Conforme este particular argumento, el derecho a la verdad de las víctimas se afecta en la medida en que la falta de garantías para el postulado deviene en una afectación a la espontaneidad de su confesión, de manera que la verdad no será completa si se afecta el debido proceso del postulado.

Otro argumento se basó en considerar las consecuencias cuantitativas de la decisión que conllevaría una afectación a los derechos de las víctimas, pues, para la fecha del Auto, la Unidad Nacional de Información de Justicia y Paz reportaba la comisión de 7.197 hechos ejecutados después de la fecha de la vigencia de la Ley<sup>145</sup>, de manera que, dejar de investigar ese número de hechos, implicaría una vulneración a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La Corte reiteró lo sostenido en la decisión examinada con antelación, en cuanto la Ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que la norma aplica para hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia (artículo 72)<sup>146</sup>.

Respecto de los argumentos del impugnante, adujo que ninguna razón le asiste, dado que soslaya que los derechos de las víctimas que no se satisfagan en Justicia y Paz por cuanto hay conductas que escapan a su ámbito temporal de aplicación, “(...) **se satisfarán** en el proceso ordinario, donde el procesado cuenta con las garantías fundamentales del debido proceso, del derecho de defensa, de juez y de fiscal imparciales”<sup>147</sup>.

---

SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999. *Op. cit.*, p. 64.

143 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

144 *Ibidem*, p. 11.

145 *Ibidem*, p. 10.

146 *Ibidem*, p. 13. Un tema adicional que tuvo solución en este caso respecto de la vigencia de la Ley 975 de 2005, se trató de los delitos de ejecución permanente. Al respecto, la Corte precisó que, tratándose de dichas conductas, la Ley de Justicia y Paz sí sería aplicable cuando las conductas continuaran cometiéndose después de su entrada en vigencia, siempre que “la consumación materializada con el primer acto, se haya cometido con antelación a la entrada en vigencia de la misma”. *Ibidem*, p. 14.

147 *Ibidem*, p. 31.

Aunque la Sala no aludió específicamente a la posible vulneración al debido proceso de los postulados ocasionada con un supuesto incumplimiento de los acuerdos de negociación, es fácil inferir que tal afectación no existe, si se recuerda, como ya se ha mencionado, que el debido proceso es de raigambre legal y no política, es decir, su eventual vulneración se ocasiona con el desconocimiento de la Ley, no de un acuerdo político o instrumento de naturaleza semejante.

Así, en las dos decisiones citadas, la Corte privilegia la legalidad estricta mediante la interpretación exegética de la Ley, sujetándose a su tenor literal, y, esta vez, a diferencia de otros intervinientes en el proceso que hallaron sugestivas tensiones de derechos en punto de la vigencia de la Ley, la Sala consideró que no había tales, de suerte que falló de acuerdo a lo que esperaría un modelo garantista de fuerte respeto al principio de legalidad.

Con esta decisión, si bien no habría un aporte innovador de la jurisprudencia nacional en el marco de la justicia transicional, como en el tema anterior, es de resaltar que la Corte demuestre la posibilidad de resolver situaciones particulares acaecidas en dicho tipo de justicia, acudiendo a la tradición garantista, manifestada, en este caso, en el carácter absoluto de la legalidad como principio.

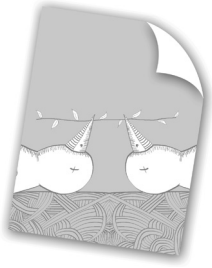
Así, aunque hubiera sido deseable un método de solución que debatiera sobre la eventual afectación de otros derechos y no se redujera a la interpretación exegética de la norma, es afortunado que aparezca el garantismo como criterio a emplearse en procesos excepcionales como los transicionales, y que su uso se entienda, como normalmente acaece, como un desarrollo de la legalidad.

### 2.3. Exclusión y extradición de postulados como vulneración de los derechos de las víctimas

Una institución no regulada expresamente en la Ley 975 de 2005, pero, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través de un número plural de pronunciamientos<sup>148</sup>, es la exclusión de los postulados del Proceso Especial de Justicia y Paz.

En uno de los casos más emblemáticos del proceso de Justicia y Paz, en razón a consideraciones de la Corte en temas exclusión, extradición y concierto para delinquir (como se verá más adelante), la Sala de Casación Penal conoció en segunda instancia del recurso

148 Cfr.: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Autos Rad. No. 27873, agosto 27 de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha; Rad. No. 30998, febrero 12 de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa; Rad. No. 31325, marzo 4 de 2009; Rad. No. 31162, marzo 11 de 2009, Julio Enrique Socha; Rad. No. 31234, abril 20 de 2009, M.P.: María del Rosario González; y Rad. No. 33494, abril 14 de 2010, M.P.: Javier Zapata, entre otros.



de apelación presentado por la Procuradora Judicial II contra la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz, del 12 de marzo de 2008, a través de la cual se abstuvo de decretar la exclusión de la lista de postulados a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, del desmovilizado Manuel Enrique Torregrosa Castro<sup>149</sup>.

La exclusión del postulado del Proceso de Justicia y Paz había sido solicitada por la Fiscalía en razón a que encontraba configurada la vulneración del requisito de elegibilidad previsto en el artículo 10.4 de la Ley 975 de 2005<sup>150</sup>, debido a que las autoridades de Estados Unidos de América tenían información sobre la participación del postulado en una organización criminal que desde 2002 hasta abril de 2007 importaba cocaína a ese país, motivo por el cual el 7 de mayo de 2007 había sido impartida orden de captura en su contra, y el 24 de septiembre de 2007 había sido radicada por la Embajada de los Estados Unidos de América la Nota Verbal, en la que se solicitaba su extradición<sup>151</sup>.

Por diversas razones, el *a quo* negó la solicitud de exclusión del postulado del Proceso de Justicia y Paz. De especial interés, resulta un argumento aducido en virtud del cual, la exclusión perjudica a las víctimas porque se reduce la posibilidad de satisfacer su derecho a la verdad, en tanto no se conseguiría una verdad completa sobre las circunstancias y motivos que llevaron a la ejecución de los graves delitos que se atribuyen a los paramilitares.<sup>152</sup>

La Corte enfrentó el siguiente problema jurídico: la existencia de una investigación penal contra un postulado por la posible comisión de conductas punibles después de la fecha de vigencia de la Ley 975 de 2005 ¿configura un incumplimiento de los requisitos de elegibilidad que implique su exclusión del procedimiento especial?

La Sala resuelve el problema planteado reivindicando la importancia y firmeza del principio de presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera que rechaza la pretensión del recurrente argumentando que la investigación abierta o, como en este caso, la solicitud de extradición, sólo indica que la persona enfrentará un juicio en el cual deberá ser desvirtuada la citada garantía<sup>153</sup> y no implica *per se*, responsabilidad penal que acarree su exclusión del Proceso de Justicia y Paz.

Para lo que interesa al presente trabajo, llama la atención la argumentación de la Corte acerca de la tensión que se genera entre el instituto de la exclusión, reglado jurisprudencialmente, y los derechos de las víctimas, relación mediada, en este caso, por la figura de la extradición que ha jugado un papel relevante en el Proceso de Justicia y Paz.

149 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

150 “10.4. Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita”.

151 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Antecedentes, num. 2.

152 *Ibidem*, p. 4.

153 *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, nums. 20-21.

En punto de la extradición, es necesario mencionar que la Corte Suprema de Justicia, ente encargado de conceptuar definitivamente sobre el pedido de extradición que hace un país extranjero<sup>154</sup>, ha oscilado bastante en los conceptos emitidos en relación con desmovilizados postulados en el Proceso de Justicia y Paz.

En todas las decisiones tomadas en 2008<sup>155</sup>, asintió al pedido de extradición, no obstante que en algunos de los conceptos expedidos, aclaró que se concedía “(...) condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas y al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado”<sup>156</sup>.

Sin embargo, en las últimas decisiones<sup>157</sup>, la Corte Suprema ha proferido conceptos desfavorables sustentados en la siguiente tesis: “por vulneración al espíritu de la Ley 975, el desconocimiento de los derechos de las víctimas, la preponderancia del funcionamiento de la administración de justicia colombiana y la gravedad de los delitos investigados en Colombia”<sup>158</sup>.

En el citado caso Torregrosa, la Corte reconoce la citada tensión, de la siguiente forma: en primer lugar, recuerda que la Ley le indica cuáles son los criterios que debe tener en cuenta para emitir un concepto en los casos de solicitud de extradición, a saber:

- (i) *Que se trate de hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);*
- (ii) *Que no se trate de delitos políticos (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);*
- (iii) *Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años (Ley 906 de 2004, artículo 493-1);*
- (iv) *Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente (Ley 906 de 2004, artículo 493-2)*<sup>159</sup>.

En segundo lugar, aduce que esos criterios no son suficientes, y que se hace necesario observar las normas constitucionales y la normatividad internacional en materia de lucha

---

154 Ley 906 de 2004, arts. 501-502.

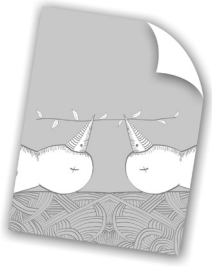
155 En suma, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en cinco casos: Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; Rad. No. 29559, abril 22 de 2008 M.P.: Julio E. Socha; Rad. No. 29299, mayo 15 de 2008, M.P.: Luis Quintero; Rad. No. 28503, julio 31 de 2008, M.P.: Javier Zapata y Rad. No. 29298, septiembre 23 de 2008, M.P.: María del Rosario González.

156 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

157 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. No. 30451, agosto 19 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

158 *Ibíd.*

159 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. Op. cit., Consideraciones de la Corte, num. 22.



contra la impunidad y de derechos y garantías, tanto de los extraditados, como de los asociados<sup>160</sup>

En tercer lugar, tras relacionar el carácter vinculante de los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para Colombia, resalta la trascendencia de la justicia en los siguientes términos:

*(...) como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen sólo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico<sup>161</sup>.*

Con base en lo anterior, la Sala concluye que “(...) existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas (...), [pues] la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos, resulta siendo una forma de impunidad”<sup>162</sup>.

En otro de los casos donde conceptuó desfavorablemente, la Corte señaló que en los casos de extradición:

*(...) se deben privilegiar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del accionar de los grupos armados al margen de la ley, máxime si la gravedad de los delitos imputados en el extranjero, palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura y otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados<sup>163</sup>.*

De esta forma, la Corte encuentra una nueva tensión entre legalidad y derechos de las víctimas ponderando los últimos frente a otras disposiciones y consideraciones jurídicas en casos de exclusión de postulados al Proceso de Justicia y Paz con ocasión de las solicitudes de extradición.

No obstante, las consideraciones manifestadas por la Corte, podrían ser extensibles a otros casos de exclusión.

Esta vez, el criterio empleado por la Sala tuvo un claro hálito ‘radbruchiano’, en la medida en que, para resolver la tensión presentada acudió a la importancia de la justicia

160 *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 24.

161 *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 26. Criterio reiterado posteriormente en el Auto Rad. No. 31539, julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez. Consideraciones, num. 2.

162 *Ibidem*, Consideraciones de la Corte, num. 26.

163 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

como valor supremo del ordenamiento que debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de fallar, tanto como la “corrección jurídica”.

Así, al equiparar la legalidad a la justicia, en aras de evitar la impunidad, la Corte se separa del positivismo crítico que inspira el garantismo y se aproxima más hacia fórmulas iusnaturalistas, dando a entender que las mismas, pueden ser más funcionales en escenarios de justicia transicional.

Con esta decisión se respalda el criterio presentado arriba según el cual, aunque el garantismo debería ser, en principio, el modelo a aplicar, hay consideraciones adicionales, en este caso la justicia, que admiten su dimisión en algunos casos, y con ello también se respeta la legalidad –dado que hay un reconocimiento normativo de los derechos de las víctimas–, aunque no en la forma que dicho modelo normativo la privilegiaría.

#### 2.4. Tensiones con ocasión de la figura de las imputaciones parciales

La formulación de imputación es un acto de comunicación formal de una investigación que comprende “(...) el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia”<sup>164</sup>.

Esta institución que proviene del sistema ordinario procesal penal acusatorio, ha sido objeto de “adecuaciones” especiales por parte de la Corte Suprema de Justicia, en sede del Proceso Especial de Justicia y Paz. En especial, se destaca la posibilidad de realizar *imputaciones parciales* en el marco de dicho procedimiento.

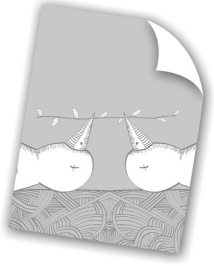
Este criterio ha sido reiterado por la Sala de Casación Penal en múltiples oportunidades<sup>165</sup>, aunque con aclaraciones que poco a poco lo han precisado hasta concebirlo como hoy se tiene: una excepción y no una regla en el Proceso de Justicia y Paz<sup>166</sup>.

164 Artículos 17 Ley 975 de 2005, 5º del Decreto 4760 de 2005 y 9º del Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006.

165 Cfr.: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Autos Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez; No. 30120, julio 23 de 2008. M.P.: Alfredo Gómez Quintero; No. 30995, febrero 9 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos; No. 31115, abril 16 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos; No. 31582, mayo 22 de 2009. M.P.: María del Rosario González; No. 31539, julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez; No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa; No. 32575, diciembre 14 de 2009. M.P.: María del Rosario González; entre otros.

166 “(...) la Sala debe precisar que, a pesar de que las imputaciones parciales pretenden dar agilidad al proceso y no afectan de manera concreta ni con intensidad importante los derechos del justiciable y de las víctimas, no pueden convertirse en una práctica común a todos los procesos de justicia y paz.

En efecto, lo ideal es que la imputación sea completa, esto es, que abarque todos los delitos que se deriven de la versión libre rendida por el desmovilizado, de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y



La primera decisión en la cual la Corte abordó el tema, fue en la causa contra Wilson Salazar Carrascal<sup>167</sup>, en la que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, consistente en declarar la legalidad de la aceptación de los cargos formulados al imputado.

La apelación, entre otros aspectos, atacó el hecho que no se hubiera imputado el delito de concierto para delinquir, lo que podría conllevar una nulidad de lo actuado<sup>168</sup>. Ese fue uno de los problemas jurídicos que resolvió la Corte: si la Fiscalía debía imputar el delito de concierto para delinquir agravado al señor Wilson Salazar Carrascal<sup>169</sup>.

Las consideraciones sobre el punto específico se revisarán más adelante, cuando se hable del concierto para delinquir como delito base en el Proceso Especial de Justicia y Paz<sup>170</sup>. Por ahora, basta con mencionar que la respuesta al cuestionamiento fue positiva, con lo cual la Sala identificó una nueva tensión de derechos: “(...) el conflicto que surge si se optara por invalidar el trámite a causa de las graves omisiones procedimentales de la primera instancia, o se decidiera mantener la actuación para preservar los derechos, entre otros, el de las víctimas”<sup>171</sup>.

Es decir, la Sala encuentra que la no imputación del delito de concierto para delinquir en el caso, constituyó una sustracción de la Fiscalía de su deber de emprender una instrucción propia y compleja contra la delincuencia organizada —omisión trascendente porque impide que se cumplan las finalidades de la Ley—<sup>172</sup>; y, así mismo, una omisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Barranquilla, en cuanto no realizó un verdadero control material de la actuación<sup>173</sup>. Situaciones que afectarían la legalidad del proceso.

Se infiere que la tensión hallada por la Corte se centra nuevamente en el debido proceso y los derechos de las víctimas, en tanto proceder a anular lo actuado sería fallar conforme la legalidad, pero, implicaría un afectación a las víctimas que esperan la materialización de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, mediante la continuación y terminación del proceso.

En especial, la Sala encuentra una posible afectación del derecho a la reparación, por cuanto la nulidad conllevaría de manera directa la postergación indefinida en el tiempo de la apertura del incidente de reparación integral<sup>174</sup>.

---

de la información legalmente obtenida, en tanto permite que la fiscalía, el magistrado de control de garantías y la Sala de conocimiento tengan una visión íntegra, completa y común sobre sus actividades y las del grupo al que pertenece. Por ello, las imputaciones parciales no pueden convertirse en una herramienta usual por parte de la fiscalía, sino extraordinaria”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.3.

167 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560. *Op. cit.*

168 *Ibidem*, p. 7.

169 *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

170 *Infra*, num. 3.2.

171 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560. *Op. cit.*, num. 3.

172 *Ibidem*, p. 24.

173 *Ibidem*, p. 28.

174 *Ibidem*, p. 34.

Para resolver la tensión planteada, la Sala acude nuevamente a la ponderación, aunque basada en el precepto de la “modulación de la actividad procesal” establecida en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, así: “[e]n el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

En los términos de la Corte: “[l]os conflictos jurídicos planteados en la alzada, convocan a la Sala a un ejercicio de ponderación en la aplicación de los principios que colisionan en este asunto (...)”<sup>175</sup>.

La tensión es resuelta a través de la aplicación de la figura de la *imputación parcial*, extraña para la tradición procesal penal, pero que la Sala encuentra pertinente en los siguientes términos: “(...) se mantendrá la actuación examinada pero, por cuerda paralela y subsiguiente, se formulará la imputación (...) relativa al concierto para delinquir agravado, y las otras que surjan de las indagaciones (...)”<sup>176</sup>.

En consecuencia, la Corte decidió no decretar la nulidad de la actuación y disponer que, por cuerda paralela y subsiguiente, se formule la imputación relativa al concierto para delinquir agravado<sup>177</sup>.

La discusión sobre las imputaciones parciales, en punto de los derechos, se ha concentrado en que con esa figura se socavan los derechos de las víctimas por dos motivos: i) se dilata su reconocimiento; y ii) se fragmenta su materialización.

Esto se agudiza en el escenario de la verdad, pues, en el trámite del proceso se está admitiendo que la confesión de los postulados no sea completa, de manera que con tan sólo algo de verdad puedan adelantarse actuaciones sin que el derecho sea plenamente satisfecho.

En decisiones posteriores, la Corte ha cavilado sobre el punto, pero, no ha encontrado ninguna afectación dado que, por un lado, es una figura que se ajusta perfectamente a la legalidad procesal, de manera que su implementación es acorde con la ley, y, por otro lado: “[n]inguna afectación sufren la verdad y justicia porque se investiguen separadamente las conductas olvidadas por el desmovilizado, ya que esa omisión no afecta su consecución; al contrario, lo que persigue es precisamente evitar que hechos graves dejados de lado por razones distintas al propósito de callar u ocultar la verdad, puedan conocerse, verificarse y repararse”<sup>178</sup>.

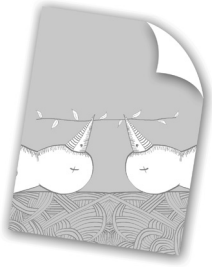
De lo anterior se infiere que la Corte, ante una nueva tensión entre legalidad y derechos de las víctimas, como la del primer caso citado, se inclina por una fórmula que, a su modo de ver, no afecta ninguno de los principios en juego, pero, genera nuevas tensiones: las imputaciones parciales.

175 *Ibidem*, p. 34.

176 *Ibidem*, p. 34.

177 *Ibidem*, p. 38.

178 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30120. *Op. cit.*, pp. 32-33.



Sin embargo, las nuevas colisiones no son reconocidas y, en su lugar, se aplica una figura que atiende la legalidad –y en ese sentido, un esquema garantista–, y la particularidad del proceso, en tanto se propone agilizar trámites procesales, pero, no de manera integral, lo que abre el espacio para que se pongan en riesgo los derechos de las víctimas, en especial, la verdad, que también es derecho de la sociedad.

No podría considerarse el criterio más afortunado que ha empleado la Corte, por dos motivos: i) soslaya la existencia de tensiones entre derechos con lo cual se disminuye la posibilidad de encontrar una solución acertada o satisfactoria para los involucrados; y ii) impide la generación de mecanismos procesales adicionales al mismo Proceso de Justicia y Paz que disminuyan los previsibles riesgos de dilación y fragmentación de los derechos de las víctimas.

Es decir, si bien se ha concluido que las imputaciones parciales son figuras que se aproximan a la tendencia garantista, la Corte, para su uso, no parte de reconocer una posible afectación de los derechos de las víctimas, con lo cual, se habría podido discutir sobre la posibilidad de emplear otro método de decisión, y no tomar partido por uno de los derechos en conflicto, en presencia de éste.

Adicionalmente, la figura empleada crea las condiciones para la dilación y fragmentación de los derechos de las víctimas y, con ello, la insatisfacción de los mismos, y aunque podría esgrimirse como estrategia de priorización de conductas punibles en la investigación<sup>179</sup>, lo cierto es que la inexistencia de criterios para este efecto, reduce la fórmula de la imputación parcial a un mecanismo para favorecer la eficacia, aunque sólo de forma aparente, pues la cantidad de procesos por investigar mantiene represada la administración de justicia.

En suma, las tensiones vistas hasta aquí se centraron en el principio de legalidad en general, y, en particular, en el derecho de los postulados al debido proceso, constatándose que se trata del principio más caro al Estado de Derecho y a la tradición jurídica garantista, el que con mayor frecuencia se confronta con los derechos de las víctimas en un escenario de justicia transicional como el colombiano.

Las soluciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia no han sido uniformes, han variado entre privilegiar los derechos de las víctimas (medidas cautelares y exclusión) y respetar a ultranza la legalidad (vigencia de la ley e imputaciones parciales).

Así mismo, los métodos empleados para resolver las tensiones cuando han sido expresamente reconocidas (medidas cautelares y exclusión) han sido disímiles. En un caso (medidas cautelares), se acudió al método de la ponderación; y en otro (exclusión) se acudió al argumento de la justicia como valor equiparable a la legalidad.

179 Acerca de la selección y priorización de conductas punibles y de responsables, como estrategia de investigación en procesos de justicia transicional, ver: AMBOS, Kai [Coord.]. *Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Georg-August-Universität Göttingen y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

## Tensiones en punto del principio de legalidad: imputación de los crímenes internacionales

Si bien ya se han abordado tensiones relativas a la legalidad y, de hecho, se ha concluido que es éste el principio más cuestionado en los desafíos que Justicia y Paz ha experimentado en relación con los derechos de las víctimas, la imputación de crímenes de sistema (o crímenes internacionales) ha retado de manera especial la legalidad, en particular, en cuanto al principio de no retroactividad de la ley penal.

Ya se ha relacionado la manera como a nivel internacional dicho principio ha sido relativizado para favorecer la lucha contra la impunidad<sup>180</sup>. En Colombia, esa problemática también se ha presentado y ha sido abordada por la jurisprudencia nacional, particularmente, con ocasión del Proceso Especial de Justicia y Paz, y más recientemente, en los procesos de la llamada “parapolítica”.

Así mismo, se ha suscitado un nuevo debate también relacionado con los crímenes internacionales. Se trata de la tesis de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual, el delito de concierto para delinquir puede adquirir la categoría de crimen de lesa humanidad bajo ciertas consideraciones.

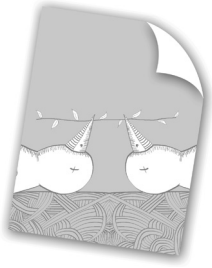
Esta posición también se encuentra motivada por el combate a la impunidad, pues darle a un delito consagrado en el ordenamiento interno el carácter de crimen internacional tiene implicaciones como la imprescriptibilidad, esto es, la posibilidad de investigarlo en cualquier tiempo, de manera que se extiende el plazo que en Colombia da la ley para investigar la posible comisión de conductas punibles y, con ello, reducir el posible margen de impunidad.

El tema no ha sido pacífico y ya ha habido pronunciamientos en contra de esa tesis, precisamente, por no corresponder con la legalidad, entre otros argumentos, como se verá.

Así, en las siguientes páginas se tratarán dos problemas jurídicos que se han suscitado en el Proceso Especial de Justicia y Paz relacionados con los crímenes internacionales o crímenes de sistema: la posibilidad de imputarlos en el proceso penal especial, y la posibilidad de arrojar dicha categoría a un tipo penal consagrado en la legislación interna que, en principio, no la posee.

---

180 *Supra*, num. 1.2.



### 3.1. La imputación de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Colombia: decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso de Justicia y Paz

Como se observó páginas atrás, el derecho penal internacional ha tenido un desarrollo reciente, fundamentalmente, a partir de la segunda posguerra, cuando se crean tribunales militares internacionales y con ellos, se codifican crímenes que, en adelante, tendrán un amplio desarrollo y evolución hasta alcanzar un consenso internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

Si bien no es el espacio para desarrollar todo lo relativo a los llamados crímenes internacionales, es oportuno recordar que esa noción se ha construido con el tiempo, y las conductas que se consideran como tales, han variado según los estatutos que las contengan, de manera que no es idéntica su consagración en los Tribunales de Núremberg, Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona, por ejemplo.

Sin embargo, sí ha habido una constante en el reconocimiento de tres tipos de crímenes de especial relevancia, a saber: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad<sup>181</sup>.

Hoy, su máxima expresión se encuentra en el Estatuto de Roma de la CPI, que recoge los tres crímenes mencionados (arts. 6°, 7° y 8°) y suma el crimen de agresión (art. 5.1, d))<sup>182</sup>.

La incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico colombiano fue aprobada mediante la Ley 742 de 2002<sup>183</sup> y por la modificación de la Constitución Política<sup>184</sup> con el fin de ajustar las disposiciones del Estatuto que podrían generar

181 FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.*, p. 11.

182 En principio, el crimen de agresión no fue definido por el Estatuto, sólo hasta la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, llevada a cabo en Kampala (Uganda), entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010; se aprobó por consenso la Resolución RC/Res. 6, que contiene las enmiendas al Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión, entre ellas, su definición incorporada con un nuevo texto en el artículo 8bis, así: “1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas (...)”.

No obstante, la enmienda sólo entrará a regir cuando haya sido ratificada o aceptada por 30 Estados Parte. La Corte ejercerá su competencia respecto de los crímenes de agresión cometidos un año después de que la enmienda entre en vigor. SALMÓN, Elizabeth [Coord.]. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011, pp.30-31.

183 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

184 Para el efecto, se profirió el acto legislativo 2 de 2001: Artículo 1°. Adiciónese el artículo 93 de la

contradicciones o antinomias con las normas nacionales como la admisión de la cadena perpetua en el Estatuto (art. 77.1, lit. b)) que Colombia prohíbe (Const. Pol., art. 34).

Posteriormente, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del Tratado y de su Ley aprobatoria en la sentencia C-548 de 2002, y en la sentencia C-488 de 2009 realizó importantes consideraciones en relación con la jerarquía que ocupan los tratados de derecho penal internacional en Colombia y, en especial, el Estatuto de Roma de la CPI, de las cuales se puede concluir que:

*(...) la Corte Constitucional no ha afirmado que todo el Estatuto de Roma de la CPI haga parte del bloque de constitucionalidad, ni que sus disposiciones se apliquen de manera automática en el orden interno colombiano, por cuanto 1) la incorporación de disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad se realiza “caso por caso”; y 2) el instrumento internacional consagra determinados “tratamientos diferentes”, los cuales sólo serán aplicados en el ámbito de la CPI, mas no en Colombia<sup>185</sup>.*

Con este marco, la Corte Suprema de Justicia en sede del Proceso de Justicia y Paz, se ha pronunciado sobre la posibilidad de investigar y juzgar a personas en Colombia por la posible comisión de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, oscilando bastante en sus posiciones, a lo largo de los cuatro Autos en los cuales se ha referido al tema, como a continuación se presentará.

El primer caso en el cual la Corte se refirió al tema, fue en el de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, en el auto<sup>186</sup>, en el que decidió el recurso de apelación interpuesto contra la primera sentencia proferida en el Proceso Especial de Justicia y Paz<sup>187</sup>.

En la providencia, la Corte decide declarar la nulidad de la actuación a partir de la formulación de cargos, por cuanto dicha actuación carecía de un componente esencial en el Proceso de Justicia y Paz: el delito de concierto para delinquir<sup>188</sup>.

---

Constitución Política con el siguiente texto:

“El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

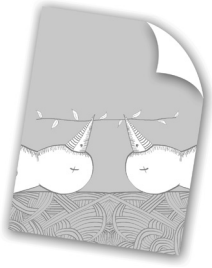
La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

185 RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Universidad de Los Andes y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011, p. 43.

186 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, *Op. cit.* M.P.: Augusto Ibáñez.

187 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 200680526, marzo 19 de 2009.

188 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.2.



En una breve alusión dentro de sus consideraciones, la Corte, citando de nuevo la necesidad de armonizar la corrección jurídica y el valor de la justicia como criterio orientador en el trámite de los procesos de Justicia y Paz, indica que, dada la particularidad del tipo de delincuencia que se investiga en dichos procesos, y la valoración jurídica de las conductas punibles, no sólo debe consultar la tipicidad estricta, sino también el bloque de constitucionalidad, y los postulados del derecho internacional y del derecho internacional humanitario<sup>189</sup>.

La argumentación de la Corte se basa en el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que a nivel internacional se encuentra consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vigente en Colombia a partir de la expedición de la Ley 74 de 1968) “(...) pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo, y le otorga preponderancia a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad multilateral”<sup>190</sup>.

Para demostrar lo argüido, la Sala cita la disposición y subraya el aparte que mejor respalda su argumento, indicando a la vez, que la misma, es obligante dado que forma parte del bloque de constitucionalidad:

*Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

*2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. (Subraya la Sala)<sup>191</sup>.*

De esta forma, la Corte se sumó a los intérpretes de la legalidad extendida citados arriba, para quienes es suficiente que una conducta sea contraria a derecho —entendiendo por éste tanto el derecho nacional, como el internacional, y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional—, para que haya lugar a un reproche penal.

Si bien la Corte no ahonda en las implicaciones de su decisión, puede inferirse que ella contiene varios efectos: i) se abrió la puerta para realizar imputaciones y condenar a personas por delitos que no hubieran sido reconocidos como tales en la legislación interna para el momento de su comisión; ii) se extendió la interpretación del bloque de constitucionalidad en el sentido que, mediante él, es posible crear tipos penales que

---

189 *Ibidem*, Consideraciones, num. 1.7.

190 *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

191 *Ibidem*, Consideraciones, num. 2.1.

rijan en el ordenamiento interno; iii) no sería necesario que haya un “tipo penal” para que se investigue y condene a alguien por su posible comisión, sería suficiente que la conducta contradijera cualquier tipo de norma que prohíba el comportamiento; y iv) no haría falta que la norma infringida estableciera una pena determinada para el comportamiento, bastaría que contenga la mera prohibición.

Los argumentos que podrían oponerse a esta interpretación se ciñen a la reivindicación del principio de estricta legalidad en la forma concebida por Ferrajoli<sup>192</sup>, esto es: aquel donde confluyen todas las garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).

Esta interpretación está más acorde con el contenido y alcance del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico colombiano que la Corte Constitucional ha desentrañado de la siguiente forma:

*Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera:*

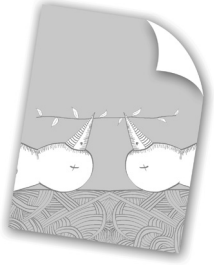
*“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”<sup>193</sup>*

En el caso examinado, ante la tensión entre legalidad y lucha contra la impunidad –en la cual encuentran contenidos los derechos de las víctimas–, la Corte Suprema de Justicia se inclinó por la segunda, apoyada en una particular interpretación del bloque de constitucionalidad, que le da alcance para crear tipos penales o permitir que normas internacionales incorporadas en el ordenamiento jurídico interno que contienen un principio de legalidad amplio, superen la forma estricta de dicho principio concebida en normas de origen interno.

La decisión de la Corte, si bien no corresponde con la forma como se encuentra concebido el principio de legalidad en el ordenamiento interno –que se identifica con

192 “Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. *Op. cit.*, p. 95.

193 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada. Tomo II Filosofía y Ley Penal, 1950. Citado en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 739 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz. Consideraciones de la Corte, num. 3.



la tradición garantista—, apartándose de la misma, es importante en la medida que recuerda la necesidad de encontrar salidas jurídicas que consulten no sólo la legalidad, sino la justicia, e invita a revisar la integralidad del ordenamiento jurídico, en escenarios particulares como el de Justicia y Paz.

Sin embargo, no es del todo afortunada, por cuanto la argumentación resulta desproporcionada en cuanto a la interpretación que pretende de instituciones como el bloque de constitucionalidad y la relación entre el derecho nacional e internacional.

Como se ha mencionado, no es censurable *per se*, que la Corte se aparte de la legalidad estricta, en particular, tratándose de decisiones tomadas en sede de Justicia y Paz, pero, cuando ello suceda deben esgrimirse razones suficientes como la justicia, apoyarse en la legalidad —como cuando se han privilegiado los derechos de las víctimas, constitucionalmente consagrados—, y acompañarse con métodos que respeten los derechos de todos los involucrados y adviertan su riesgo, como cuando se ha empleado la ponderación.

En el caso bajo examen, la Corte no ha desarrollado ninguno de los criterios, de manera que no es admisible forzar la norma amparándose en la justicia cuando otros derechos se soslayan.

El segundo caso en el cual la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la imputación de crímenes internacionales, fue el auto proferido en la causa contra Gian Carlo Gutiérrez, alias “Carlos” o “El Tuerto”<sup>194</sup>, en el que conoció de la decisión mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, resolvió legalizar los cargos formulados por la Fiscalía en contra del postulado.

Los recurrentes, en particular, los representantes de víctimas<sup>195</sup>, arguyeron que no compartían la adecuación típica de algunos delitos que habían sido considerados crímenes de guerra, por cuanto, a su modo de ver, los crímenes cometidos por el postulado “(...) no se cometieron en el marco de operativos militares desarrollados por la estructura paramilitar, no se cometieron en el marco de atacar a una supuesta parte atacante (...) sino que se ejecutó como parte de un ataque generalizado, de un ataque sistemático, (...) y por tanto deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad”<sup>196</sup>.

Así, la Sala encuentra que uno de los problemas jurídicos a resolver en el caso, es hallar la “[n]aturaleza de los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley”<sup>197</sup>.

Para resolver el punto, la Corte cavila acerca de la historia y la definición de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, hasta hacer las siguientes afirmaciones sobre su vigencia en Colombia:

---

194 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

195 *Ibidem*, p. 84.

196 *Ibidem*, p. 84.

197 *Ibidem*, p. 173.

Respecto de los crímenes de guerra, la Corte indica que las normas del derecho internacional humanitario han sido incorporadas a la legislación interna mediante dos vías, una legal y otra constitucional, a saber: i) la aprobación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 5ª de 1960, y vigentes desde el 8 de Mayo de 1962. Igualmente, la aprobación de los Protocolos Adicionales I y II, mediante las Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente<sup>198</sup>; y ii) el artículo 214, num. 2º de la Constitución Política, en virtud del cual “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, “(...) lo cual significa que en Colombia, independientemente de la adhesión a tales instrumentos internacionales, operó una incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional”<sup>199</sup>.

A esto suma el carácter de normas de *ius cogens* que le ha sido reconocido a las normas del DIH, en el caso colombiano, por parte de la Corte Constitucional<sup>200</sup>, de lo cual se colige su fuerza vinculante independientemente de la ratificación o adhesión que un Estado realice respecto de ellas.

De lo anterior deviene una obligación del Estado colombiano de garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas, en cumplimiento de lo cual, el Código Penal de 2000 introdujo al ordenamiento jurídico un catálogo de conductas punibles, que castigan las infracciones graves contra las personas y los bienes protegidos por el DIH, las cuales fueron plasmadas en el Libro 2º, Título II, Capítulo único, de la Ley 599 de 2000<sup>201</sup>.

De esta forma, la Corte da cuenta de la manera como el ordenamiento interno expresamente castiga la comisión de crímenes de guerra.

De otro lado, respecto de los crímenes de lesa humanidad, la Sala aduce que los mismos tienen fundamento constitucional y legal a nivel interno<sup>202</sup>, por dos motivos:

En primer lugar, “(...) la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad”, ellos son, los artículos 11 (derecho a la vida), 12 (prohibición de desaparición forzada, torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (derecho a la igualdad), y 17 (prohibición de esclavitud, servidumbre y cualquier forma de trata de seres humanos)”.

En segundo lugar, el bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, en palabras de la Corte Suprema, “(...) consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional

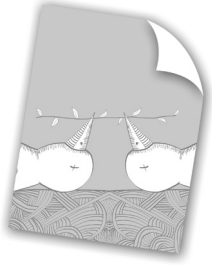
198 *Ibidem*, pp. 173-174.

199 *Ibidem*, p. 174.

200 Cfr.: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-574 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

201 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, p. 176.

202 *Ibidem*, p. 199.



humanitario (...)”<sup>203</sup>, de lo cual se deriva la fuerza vinculante del conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad<sup>204</sup>.

Como ejemplo de dichas normas, se citan la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y el Estatuto de Roma, todas aprobadas internamente mediante la expedición de leyes de la república<sup>205</sup>.

Con base en los referidos supuestos normativos, la Sala aduce que si bien, en principio, en Colombia no se encuentran tipificados como tales los delitos de lesa humanidad, ello no es óbice para que sean reconocidos a nivel nacional, ya que los fundamentos constitucionales y legales citados, en especial, el bloque de constitucionalidad, obligan a acudir a los instrumentos internacionales en punto de la interpretación y aplicación de las normas en el país<sup>206</sup>.

A lo anterior agrega que, en todo caso, sí podría considerarse que algunos de los llamados crímenes de lesa humanidad fueron tipificados en la legislación interna, pero, bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, como ocurrió con la expedición de la Ley 589 de 2000<sup>207</sup>, que consagró como delitos, graves vulneraciones a los derechos humanos, que son, desde la perspectiva internacional, delitos de lesa humanidad: el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura<sup>208</sup>.

De esta manera, según la Sala:

*(...) para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad (...) los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos*<sup>209</sup>.

La Corte atribuye a esta interpretación la siguiente consecuencia: “[e]s perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible”<sup>210</sup>.

---

203 *Ibidem*, p. 199.

204 *Ibidem*, p. 200.

205 *Ibidem*, pp. 200-204.

206 *Ibidem*, p. 208.

207 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”.

208 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, pp. 209 y 213.

209 *Ibidem*, p. 213.

210 *Ibidem*, p. 216.

A esta conclusión llega, tras extender los efectos de la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002, presentada páginas atrás<sup>211</sup>. Allí, se estudió la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y se concluyó que “(...) la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7º de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito”.

De lo dicho por la Corte Constitucional no se desprende lo que arguye la Corte Suprema, de manera que ésta extiende la interpretación de la primera en punto de la imprescriptibilidad, llevando esa institución a los que ha denominado en la decisión bajo examen, como delitos de lesa humanidad.

Finalmente, el problema jurídico planteado en el caso, acerca de la naturaleza de los crímenes cometidos por los grupos armados ilegales de que conoce el Proceso de Justicia y Paz, es resuelto por la Sala de Casación Penal al indicar que “(...) las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad (...)”<sup>212</sup>. La razón es, según la Sala, por cuanto “(...) el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante”<sup>213</sup>.

Con este razonamiento, la Corte anula la decisión de primera instancia mediante la cual resolvió legalizar los cargos formulados por la Fiscalía en el caso de Gian Carlo Gutiérrez<sup>214</sup>, accediendo a las pretensiones de los recurrentes representantes de víctimas.

Al menos tres son las conclusiones que se pueden extraer de la decisión de la Corte: i) hay conductas punibles tipificadas en Colombia que constituyen crímenes de lesa humanidad, a pesar de que la norma penal, no los describa como tales; ii) la calificación de las conductas punibles cometidas por los GAOML que constituyen crímenes de lesa humanidad, debe corresponder con el Estatuto de Roma de la CPI y concordarse con las normas del código penal interno; y iii) en Colombia, los crímenes de lesa humanidad, que bajo la argumentación de la Corte existen, pueden ser considerados imprescriptibles.

Estos tres ítems, que bajo cierta lógica pueden considerarse nuevos aportes de la jurisprudencia nacional para resolver las tensiones atinentes a la lucha contra la impunidad y el principio de legalidad, tienen, sin embargo, algunas objeciones:

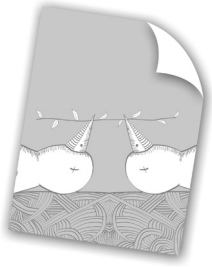
---

211 *Supra*, num. 1.2.

212 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32022, *Op. cit.*, p. 222.

213 *Ibidem*, p. 222.

214 *Ibidem*, p. 227.



En primer lugar, no es correcta la interpretación que la Sala de Casación Penal hace del carácter vinculante del Estatuto de Roma. Ya se dijo páginas atrás, que en Colombia no se ha reconocido que el mismo haga parte del bloque de constitucionalidad, ni que sus disposiciones se apliquen de manera automática en el orden interno colombiano, por cuanto: i) la incorporación de disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad se realiza “caso por caso”; y ii) el instrumento internacional consagra determinados “tratamientos diferentes”, los cuales sólo serán aplicados en el ámbito de la CPI, mas no en Colombia.

De manera que, con este que la Corte Suprema ha llamado “fundamento constitucional” para permitir la imputación de crímenes de lesa humanidad, como un medio de lucha contra la impunidad dadas las consecuencias de esa categorización, lo que ha hecho en realidad es deformar la cláusula de reenvío normativo consagrada en el artículo 93 de la Carta Política y darle un alcance jurídico al Estatuto de Roma que no tiene en el ámbito nacional.

En segundo lugar, resulta excesiva la conclusión que la Sala extrae de la sub regla elaborada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002, acerca de la imprescriptibilidad de la acción en penal en Colombia. Esto, por dos motivos: primero, la sub regla ya transcrita se concentra en el caso de la desaparición forzada y no alude a una consideración genérica que implique también los crímenes de lesa humanidad, como lo pretende la Corte Suprema, tribunal que extiende la conclusión de la citada interpretación a escenarios que ella no ha dispuesto. Segundo, la sub regla se refiere a la posibilidad que tiene el legislador de declarar la imprescriptibilidad de la desaparición forzada y no, como lo insinúa la Corte Suprema, a la posibilidad de que los crímenes de lesa humanidad aparentemente reconocidos en Colombia, sean imprescriptibles.

En suma, la Sala Penal, favorece una interpretación que no privilegia la legalidad, y, con ello, se separa nuevamente de lo que sería una solución garantista de las tensiones entre legalidad y lucha contra la impunidad, pero, esta vez, la forma como resuelve las tensiones implica forzar sub reglas constitucionales consolidadas en Colombia en materia del bloque de constitucionalidad y de imprescriptibilidad de la acción penal.

A pesar de separarse de la legalidad estricta, lo que resulta censurable no es ese hecho, sino la manera como lo hace, los argumentos que emplea, pues se ha visto que resulta admisible oponer diversos razonamientos a las instituciones jurídico penales tradicionales, pero no bajo consideraciones que fuercen o desvirtúen la normatividad vigente o la interpretación constitucional que de la misma se ha elaborado.

En comparación con el caso de alias “El Loro”, la Corte insiste en la imputación de conductas punibles vía bloque de constitucionalidad, pero, amplía esa posibilidad, ya no a las disposiciones del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino a las del Estatuto de Roma.

El tercer caso en el cual la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la imputación de crímenes internacionales en el marco del proceso de Justicia y Paz, fue el auto proferido en el caso del Jorge Iván Laverde, alias “El Iguano”, en el que la Sala de Casación

Penal conoció del recurso de apelación interpuesto contra la decisión mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, resolvió legalizar formal y materialmente los cargos formulados por la Fiscalía contra el postulado<sup>215</sup>.

En el caso, el Tribunal calificó cuatro de las conductas como “homicidios agravados” en respeto del principio de legalidad, en razón a que habían tenido ocurrencia con anterioridad a la vigencia de la Ley 599 de 2000, hecho que fue motivo de apelación.

Así, la Sala se enfrentó al siguiente problema jurídico: ¿Pueden calificarse como crímenes de guerra, conductas cometidas con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000 que consagró por primera vez los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH?

La tensión que se presentaría en este caso entre legalidad y derechos de las víctimas se asocia a que éstos últimos se entienden mejor satisfechos si la imputación de un delito corresponde con la verdad, es decir, con las causas y el contexto reales en los cuales se cometieron, de manera que, en principio, no es lo mismo calificar un hecho como homicidio agravado desconociendo el marco del conflicto en el cual se perpetró.

Sin embargo, la Corte en este caso no ahonda en la aparente tensión que se presenta y, por el contrario, declara con contundencia la vigencia del principio de legalidad, aduciendo que “(...) los hechos (...) sucedidos antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000 no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta; en cambio, sí admiten la definición de crimen de guerra (...) los casos (...) sucedidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal (25 de julio de 2001)”<sup>216</sup>.

Con base en esta argumentación, la Corte confirma la decisión impugnada.

Es afortunado que la Corte se sujete a la legalidad, más aun cuando de esa forma no se vulneran derechos, pues en este caso, el derecho a la justicia se garantiza imputando y juzgando a los responsables; sin embargo, ya que en decisiones anteriores se ha separado de la misma, sería deseable que aludiera a su jurisprudencia previa con el fin de desentrañar y justificar la evolución de los criterios, algo que hasta aquí, se echa de menos.

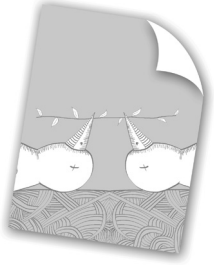
Otro punto del Auto que resulta interesante, es acerca de las llamadas “acciones de limpieza social”. La impugnación obedeció a “(...) solicitar que se determinara que, además de ser crímenes de guerra, también lo fueron ‘delitos de lesa humanidad’, por tener carácter sistemático y generalizado, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores de droga, etc., como lo definió la fiscalía en la audiencia de imputación”<sup>217</sup>.

Este asunto le permitió a la Corte hacer tres precisiones en punto de: i) ¿Quién determina si un acto puede ser considerado crimen de lesa humanidad?; ii) ¿Qué tipo

215 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

216 *Ibidem*. Consideraciones, num. 2.

217 *Ibidem*. El Recurso de apelación, num. 1.1.



de crimen son los actos de “limpieza social”; y iii) ¿Cuál es la relevancia de calificar una conducta como crimen de lesa humanidad?

Según la Corte, la calificación de una conducta como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad es de competencia judicial, es decir, que le corresponde a cualquier autoridad judicial que bien puede ser “(...) el funcionario de la Fiscalía General de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez de conocimiento en cualquier oportunidad, a instancia del Ministerio Público o por petición de un ciudadano”<sup>218</sup>.

Para la Corte, los llamados actos de “limpieza social”, “(...) revisten las características de ser conductas sistemáticas, generalizadas, que tuvieron por fin acabar con personas de la población civil, expendedores de droga, etc., ciertamente que deben ser considerados como crímenes de lesa humanidad”<sup>219</sup>.

La importancia de declarar la naturaleza de los actos cometidos –por alias “el Iguano” en el caso bajo examen–, como crímenes de lesa humanidad, para la Sala, “(...) radica en saber que tales comportamientos son trascendentes (por la magnitud del daño, de la afectación social), que ofenden la dignidad inherente al ser humano y que tienen varias características específicas (...)”<sup>220</sup> o tienen implicaciones de gran relevancia, entre ellas: i) el carácter imprescriptible de ese tipo de conductas; ii) la imposibilidad de invocar el principio de obediencia debida como eximente de responsabilidad; y iii) el hecho que a las personas responsables o sospechosas de haber cometido un crimen contra la humanidad no se le puede otorgar asilo territorial ni se les puede conceder refugio<sup>221</sup>.

Con esta decisión, la Corte reafirma su criterio en cuanto a la posibilidad de calificar conductas punibles como “crímenes de lesa humanidad” en Colombia, pero, en cuanto a los “crímenes de guerra”, precisa que su calificación se sujeta al principio de legalidad, de manera que sólo serán imputables en la medida en que para el momento de su comisión, existiera tipo penal que los reconociera.

Puede inferirse que la Sala modera su postura en lo referente a la imputación de crímenes internacionales en Colombia, aunque sólo respecto de los crímenes de guerra, de manera que, en su criterio, coexisten la tendencia garantista para éstos y una orientación no garantista para los crímenes de lesa humanidad, más cercana a lo que se denominó atrás, punitivismo humanitario.

Finalmente, la postura vigente sobre el tema –en sede de Justicia y Paz– es la que sienta la Corte Suprema de Justicia en el auto con el que decide el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por un magistrado con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, por

218 *Ibíd.* Consideraciones, num. 2.

219 *Ibíd.* Consideraciones, num. 2.

220 *Ibíd.* Consideraciones, num. 2.

221 *Ibíd.* Consideraciones, num. 2.

medio de la cual impuso medida de aseguramiento al señor Úber Enrique Bández Martínez, alias “Juancho Dique”<sup>222</sup>.

En este caso, la Fiscalía imputó algunos hechos bajo la calificación de “(...) graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en el entendido de que se cometieron en desarrollo del conflicto armado interno”<sup>223</sup>, aún cuando los mismos se habían perpetrado con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000, que tipifica los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

En la audiencia de formulación de imputación, el magistrado con funciones de Control de Garantías, invocando el principio de legalidad, impuso medida de aseguramiento al postulado, con base en el Decreto Ley 100 de 1980, por las conductas cometidas bajo la vigencia de esa ley, cambiando la imputación formulada por la Fiscalía, que, había calificado los mismos hechos como delitos contra personas y bienes protegidos contra el DIH<sup>224</sup>.

La apelación solicitó la revocatoria de la “(...) decisión de no imponer medida de aseguramiento por los delitos de homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, despojo en el campo de batalla (art. 151) y destrucción y apropiación de bienes protegidos (art. 154)”<sup>225</sup>.

Así, el problema jurídico que enfrenta la Corte se relaciona con “(...) la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado ‘*Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*’, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha”<sup>226</sup>.

Con base en un recorrido histórico acerca del principio de legalidad en el cual reivindica su importancia como “bastión contra la arbitrariedad”<sup>227</sup> en su concepción clásica, la Corte llega a las siguientes conclusiones<sup>228</sup>:

- A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial comenzó a crearse un nuevo derecho penal con dimensión internacional y nuevas categorías como los llamados crímenes internacionales.
- Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad, de manera que hoy se cuenta con un principio de legalidad internacional, flexible, reelaborado.

222 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33039, diciembre 16 de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

223 *Ibidem*. Antecedentes procesales, p. 4.

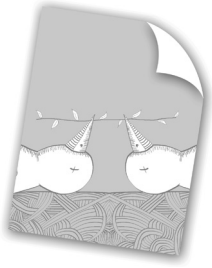
224 *Ibidem*. Antecedentes procesales, p. 6.

225 *Ibidem*. La providencia apelada, p. 10.

226 *Ibidem*. Consideraciones, p. 14.

227 *Ibidem*. Consideraciones, p. 24.

228 *Ibidem*. Consideraciones, pp. 26 y ss.



- Tratándose de crímenes internacionales, la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos, **como ley previa** para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión.

A estas conclusiones, suma el hecho que en pronunciamientos anteriores:

*(...) ha reconocido la calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional*<sup>229</sup>.

Con base en lo anterior, la Corte aduce que, tratándose de crímenes internacionales (agresión, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio), el principio de legalidad “(...) se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional”<sup>230</sup>.

Así, la Corte, en sus palabras, flexibiliza el principio de legalidad, aunque, exclusivamente, a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales mencionados<sup>231</sup>.

En consecuencia, “(...) no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el DIH sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción”<sup>232</sup>.

En el caso bajo examen, la Corte resolvió revocar la decisión del a quo, e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al postulado por la totalidad de delitos, al considerarse como infracciones graves al derecho internacional humanitario, pues, a pesar que su comisión se llevó a cabo antes de que aquellas fueran tipificadas en el ordenamiento interno, ya existían en normas jurídicas internacionales que prohibían las conductas, en este caso, el DIH.

En comparación con las decisiones anteriores sobre el tema, esta posición recoge lo mencionado en los casos de alias “El Loro” y de Gian Carlo Gutiérrez, en los cuales se admitió la posibilidad de que se imputaran conductas punibles no reconocidas expresamente por normas internas, basándose, principalmente, en la figura del bloque de constitucionalidad como cláusula que permitiría la imputación de crímenes internacionales

---

229 *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

230 *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

231 *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

232 *Ibidem*. Consideraciones, p. 36. Este criterio fue reiterado posteriormente por la Sala: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 36563, agosto 3 de 2011. M.P.: José Luis Barceló. Consideraciones de la Corte, p. 83.

reconocidos en instrumentos tanto de DIDH como de DIH y DPI, ratificados por Colombia.

La diferencia con respecto a los dos casos, radica en que la “legalidad flexible” sólo aplica para los cuatro crímenes internacionales que hoy encuentran su forma más elaborada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, de manera que se reafirma, una tendencia hacia el “punitivismo humanitario”, aunque, con la restricción a cuatro tipos de crimen para aplicar la legalidad flexible, se procura combinar aquella con un respeto hacia la legalidad estricta, que se manifestaría en todas las demás formas de criminalidad o tipos de delito.

Por otro lado, la Corte se separa del auto proferido en el caso de alias “Juancho Dique”, en el que había matizado la fórmula de la legalidad flexible, restringiéndola a los crímenes de lesa humanidad, pero, protegiendo el principio de legalidad estricto para los crímenes de guerra. *Contrario sensu*, ahora se señala que también para estos últimos, aplica la legalidad internacional y se acuña definitivamente el término “flexibilización del principio de legalidad”, para dar cuenta del fenómeno en virtud del cual, se considera suficiente el reconocimiento internacional de una conducta contraria a derecho para que sea punible en Colombia, aun cuando no haya norma interna expresa en ese sentido.

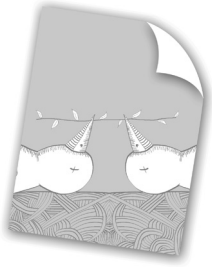
Ya se han citado las consecuencias o implicaciones de ese hecho en materia de crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, en punto de la imprescriptibilidad; ahora hay que aludir que las mismas se extienden para los crímenes de guerra y, eventualmente, para la aplicación del genocidio en Colombia.

Así mismo, se hicieron algunos comentarios disidentes acerca de la forma como la Corte Suprema ha interpretado el bloque de constitucionalidad y la vigencia de las normas del DPI, como el Estatuto de Roma. Argumentos que aplican también para la última postura citada de la Corporación.

En suma, se puede afirmar que la Corte Suprema ha construido y elaborado paulatinamente su doctrina sobre el principio de legalidad cuando éste choca con los derechos de las víctimas, al punto de crear para Colombia un “principio de legalidad flexible” tratándose de crímenes internacionales.

A pesar de los cambios de posición y los ajustes en la misma, en general, la Corte no elige el garantismo como paradigma jurídico normativo, conforme el cual se decide en la referida tensión; por el contrario, es constante su tendencia a alejarse de aquel, aunque buscando salidas dentro del mismo esquema. Es decir, en ningún momento arguye que se aleja de la legalidad, lo que aduce es que la misma: i) ha evolucionado, arrogándole un carácter flexible; y ii) la nueva interpretación es aplicable en Colombia, a partir de la forma como interpreta el bloque de constitucionalidad.

Como criterio utilizable en escenarios de impunidad, donde figuras como la prescripción o la irretroactividad de la ley penal pueden representar su prevalencia –de ningún modo deseable–, es válida la figura de la “legalidad flexible”, pero, siempre que no haya otra forma de garantizar la justicia.



Es decir, no se comparte la decisión de la Corte en el último caso presentado, pues allí, las conductas por las cuales se formuló imputación contra alias “Juancho Dique”, ya se encontraban tipificadas en la legislación interna, aunque bajo *nomen juris* diferentes a aquellos a los que se refieren los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, de manera que no había lugar a un escenario de impunidad que justificara reinterpretar principios y dales un nuevo alcance o una connotación “flexible”.

Sin embargo, la figura de la “legalidad flexible”, en los términos planteados por la Corte, puede ser funcional en aquellos casos en los cuales, con ocasión de la aplicación estricta de la norma nacional, se favorezca la impunidad y con ella, la vulneración de derechos fundamentales, como los derechos de las víctimas.

### 3.2. Concierto para delinquir: ¿crimen de lesa humanidad?

Se han abordado dos escenarios en los cuales la Corte Suprema de Justicia ha decidido debatiendo entre instituciones jurídico penales propias de la tradición garantista y los derechos de las víctimas. En cada uno, las soluciones a las tensiones han variado en cuanto a la tendencia que las ha sustentado (un poco más garantista en unos casos y más proclive al llamado punitivismo humanitario en otros), y en cuanto a la metodología utilizada, en la que se ha acudido a la fórmula de la ponderación, a la interpretación exegética de las normas que ha privilegiado el garantismo, y a la interpretación, que aquí se ha llamado forzada, de sub reglas constitucionales en materia de bloque de constitucionalidad, de aplicación del DPI y de vigencia de instituciones como la prescripción.

En el mismo marco de la protección a los derechos de las víctimas, que, como se ha reiterado, no es otro que el marco de la lucha contra la impunidad, la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una nueva doctrina, esta vez, en punto del delito de concierto para delinquir, dándole, en desarrollo del Proceso Especial de Justicia y Paz, el carácter de crimen de lesa humanidad a partir de tres ítems: i) la noción del delito; ii) la importancia particular en el Proceso Especial de Justicia y Paz; y iii) el carácter de lesa humanidad.

El Código Penal, en su artículo 340, modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, expresa:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

*Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y*

*administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

De lo anterior, se infiere que este punible tiene como características: i) la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados; y ii) que el acuerdo no puede ser momentáneo u ocasional, es decir, debe ostentar continuidad y permanencia.

Es de rescatar el carácter autónomo de este delito, es decir, “(...) su configuración no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos”<sup>233</sup>.

Este delito ha tenido una consideración especial en el Proceso de Justicia y Paz. En torno suyo, se han proferido decisiones de vital importancia, al menos, en tres sentidos.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia manifestó la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con el delito de sedición, en la decisión de julio 11 de 2007<sup>234</sup>, principalmente por el hecho que esta última es una conducta de carácter político, en tanto el concierto tiene naturaleza común, es decir, a diferencia de un delito político, no tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, inspirado en un ideal de justicia<sup>235</sup>, sino que se suscita en la búsqueda de intereses particulares.

En segundo lugar, el concierto para delinquir ha sido considerado el “delito base”<sup>236</sup> en el Proceso de Justicia y Paz, es decir, “(...) la Fiscalía tiene que imputar esta comisión delictiva”<sup>237</sup> en el marco del proceso especial.

Aduce la Corte que “[d]esde su preámbulo, la ley de justicia y paz dispone que se aplicará a *miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional*. En consecuencia, se perfila como primer supuesto fáctico que el procesado por esta jurisdicción es un confeso infractor del delito, por lo menos, de concierto para delinquir agravado”<sup>238</sup>.

233 DAZA, Alfonso. *Delincuencia organizada: delitos*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 123.

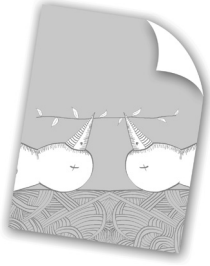
234 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 26945, julio 11 de 2007. MM.PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

235 *Ibidem*, V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional, num. 5.

236 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.5.

237 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P. Augusto Ibáñez. Consideraciones, p. 20.

238 *Ibidem*. Consideraciones, p. 22.



De hecho, como ya se mencionó, la primera sentencia proferida en el Proceso de Justicia y Paz, fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia, por cuanto no se formularon cargos contra el postulado por el delito de concierto para delinquir<sup>239</sup>. Tal es entonces, la entidad de dicha conducta en el proceso especial.

En tercer lugar, la Corte ha manifestado que el concierto para delinquir agravado constituye un crimen de lesa humanidad<sup>240</sup>. El argumento, es el siguiente:

*Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos<sup>241</sup>.*

En desarrollo de su planteamiento, la Sala adiciona los elementos que deben concurrir para considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad:

- (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;*
- (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y*
- (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización<sup>242</sup>.*

Como parte de su argumentación, cita los siguientes instrumentos internacionales aduciendo que de los mismos se puede confirmar la tesis planteada<sup>243</sup>: a) el artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; b) el artículo 4º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984; c) el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; d) el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición

239 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539. *Op. cit.*, Consideraciones, num. 1.7.

240 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. *Op. cit.*, Consideraciones de la Corte, num. 25. Criterio reiterado en los siguientes Autos en el marco del Proceso de Justicia y Paz: Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, num. 7; y, Rad. No. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, num. 2. También en los procesos de la llamada 'parapolítica', la Corte ha reiterado esta posición: Sentencia Rad. No. 32672, diciembre 3 de 2009, caso Salvador Arana. Consideraciones de la Corte, num. 2.2.; Auto Rad. No. 33118, mayo 13 de 2010, la Corte avoca el conocimiento de las diligencias en el caso César Pérez García, p. 42; y, Auto Rad. No. 33118, marzo 14 de 2011, la Corte califica el mérito del sumario en el caso César Pérez García, pp. 107-108.

241 *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

242 *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

243 *Ibidem*. Consideraciones de la Corte, num. 25.

Forzada de Personas; y e) el artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Además, la Corte advierte que reconoce las implicaciones de tal calificación, como que hace del delito, una conducta imprescriptible<sup>244</sup>.

A estos razonamientos, adiciona la importancia de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y si bien, no es explícita en la relación entre la idea del delito de concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad y los derechos de las víctimas, es posible inferir que, en efecto, es la lucha contra la impunidad, la que motiva la decisión.

Como ha sucedido con otros pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema en el marco de Justicia y Paz, éste, no ha sido pacífico. Ya ha habido manifiestas discrepancias con el criterio de la Corte; entre ellas, es oportuno citar las siguientes, que resultan más consistentes que las razones de la Corte<sup>245</sup>:

*En primer lugar, en ningún instrumento de derecho internacional, incluidos los Estatutos de los Tribunales Especiales para Núremberg, ex Yugoslavia o Ruanda, de la Corte Especial para Sierra Leona, de la Corte Penal Internacional ni de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad.*

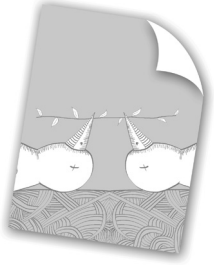
*En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia utiliza para la definición de crimen de lesa humanidad el Estatuto de Roma. Sin embargo, no tiene en cuenta que según el artículo 25 apartado 3 d) de dicho estatuto, la mera pertenencia a un Grupo Organizado al Margen de la Ley, no fundamenta la responsabilidad criminal por crimen de lesa humanidad. En efecto, en el Estatuto de Roma rige el principio de accesoriedad, es decir, se requiere una conducta punible consumada o por lo menos una conducta en grado de tentativa, para que ella pueda ser conocida por la Corte Penal Internacional.*

*En tercer lugar, la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resulta discutible, pues por el sólo hecho de que se incluya la palabra “asociación” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales por ella misma citados, no implica la inclusión de este delito dentro del catálogo de lesa humanidad; simplemente se alude a una forma de participación en la comisión de la conducta punible. Con esta interpretación se confundiría el delito de concierto para delinquir con una de las formas de participación criminal.*

No es el espacio para saldar esta discusión, por ahora, para lo que interesa al presente trabajo: basta con observar que la lucha contra la impunidad en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz, ha inspirado en la Corte una apertura hacia el

244 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472. Op. cit., Consideraciones de la Corte, num. 25.

245 FORER, Andreas, LÓPEZ DÍAZ, Claudia, CARDONA CHAVES, Juan Pablo, GONZÁLEZ, Diego y ERRANDONEA, Jorge. *Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en el proceso: expediente D-8131. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009.* Bogotá: septiembre 6 de 2010.



derecho internacional, no sólo en los términos arriba citados –otorgándole primacía sobre el nacional–, sino también importando figuras propias de esa fuente y revistiendo figuras propias del derecho nacional, con características que han tenido un desarrollo internacional.

Este es el caso del concierto para delinquir, que, como lo expresan los críticos de la postura de la Corte, posición que se comparte plenamente, no ha sido consagrado como crimen a nivel internacional, y, sin embargo, ésta le otorga una valoración propia de ese tipo de crímenes, como crimen de lesa humanidad.

## Conclusiones

La tendencia hacia la impunidad que vivió el mundo de Occidente durante gran parte del siglo XX, con diversos argumentos como que ése era el precio de la paz o de la conservación de los Estados nacionales, cambió tras la segunda posguerra, fenómeno que suscitó dos fenómenos revolucionarios para el derecho que implicarían el inicio de la era de la lucha contra la impunidad: i) la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho penal internacional; y ii) el debilitamiento del paradigma positivista como teoría jurídica imperante.

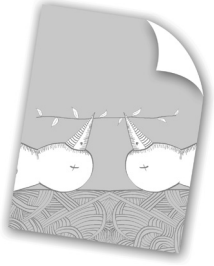
La definición de impunidad, que, en principio, se relacionó únicamente con la ausencia de justicia retributiva, evolucionó de tal forma que hoy se identifica con la infracción de la obligación de los Estados de garantizar los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de crímenes internacionales, a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

La lucha contra la impunidad ha sorteado las tensiones con instituciones jurídico penales como la prescripción, la cosa juzgada y la no retroactividad, a través de fórmulas propias del DIDH, el DIH y el DPI. Sin embargo, en escenarios de justicia transicional, dichas tensiones se exacerbaban, presentándose nuevos desafíos, más aun cuando se suscitan en un escenario jurídico que conserva una tendencia penal garantista en alto grado, como en el caso colombiano. Los ejemplos citados dan cuenta de ello: i) imposición de medidas cautelares reales; ii) vigencia de la Ley 975 de 2005; iii) exclusión y extradición de postulados; iv) las imputaciones parciales; y v) la imputación de crímenes internacionales.

Las principales tensiones suscitadas en el caso nacional del Proceso Especial de Justicia y Paz, han sido en torno de los derechos de las víctimas y el principio de legalidad, en particular, el derecho al debido proceso de los postulados, que, de alguna manera, representa la tensión entre dos tendencias jurídico penales: el “punitivismo humanitario” y el garantismo, ambas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque la segunda con mayor arraigo y tradición.

La jurisprudencia nacional, en particular la Corte Suprema de Justicia, en los casos de tensiones de derechos o instituciones penales, ha innovado –lo cual no es *per se* algo positivo–, en tres sentidos: i) en punto de los **criterios** orientadores para decidir; ii) de la **metodología** empleada; y, iii) de la no uniformidad; u **oscilación entre tendencias jurídico penales**, “neopunitivistas” y garantistas, según el caso.

Los **criterios** generales que han orientado las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en los casos de Justicia y Paz, y que han cobrado mayor relevancia cuando se



han presentado tensiones entre derechos de las víctimas e instituciones jurídico penales como las garantías judiciales de los postulados, han sido, principalmente, dos: i) el abandono de ciertos paradigmas y conceptos tradicionales en la interpretación y aplicación de las normas que conforman el sistema jurídico, para dar paso a una propuesta que privilegie los fines del proceso, como la paz y la reconciliación; y, ii) la necesidad de equiparar la justicia a la legalidad, de manera que deben ser esos dos los factores a consultarse a la hora de decidir.

Los **métodos**, o mejor, las formas de argumentar empleadas para resolver las tensiones cuando han sido expresamente reconocidas (medidas cautelares y exclusión) han sido disímiles. En un caso (medidas cautelares), se acudió al método de la *ponderación*; en otro (exclusión) se acudió a la *jerarquización de los valores* privilegiándose la justicia; en otro más, sin haber reconocido la tensión (vigencia de la ley) se optó por el *método exegetico* de interpretación de las disposiciones controvertidas; y, en los casos de imputación de crímenes internacionales, se acudió a la *flexibilización de la legalidad*, a través de la interpretación forzada de sub reglas constitucionales en materia de bloque de constitucionalidad, aplicación del DPI; y vigencia de instituciones como la prescripción de la acción penal.

No ha sido una sola la **tendencia jurídico penal** elegida para resolver los casos de tensiones; por el contrario, la posición de la Corte ha oscilado entre privilegiar los derechos de las víctimas (medidas cautelares, exclusión e imputación de crímenes internacionales), inclinándose hacia el “punitivismo humanitario”, y respetar férreamente el principio de legalidad (vigencia de la ley e imputaciones parciales), siendo proclive al garantismo.

Uno de los constructos más controvertidos de la Corte ha sido el del “principio de legalidad flexible”. En él, confluyen el respeto hacia la legalidad estricta (garantismo), manifestado en la generalidad de los delitos, y su alteración (en el sentido del “punitivismo humanitario”), expresada en los casos en los cuales aplicaría dicha forma especial de legalidad; éstos son, los cuatro crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI: agresión, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

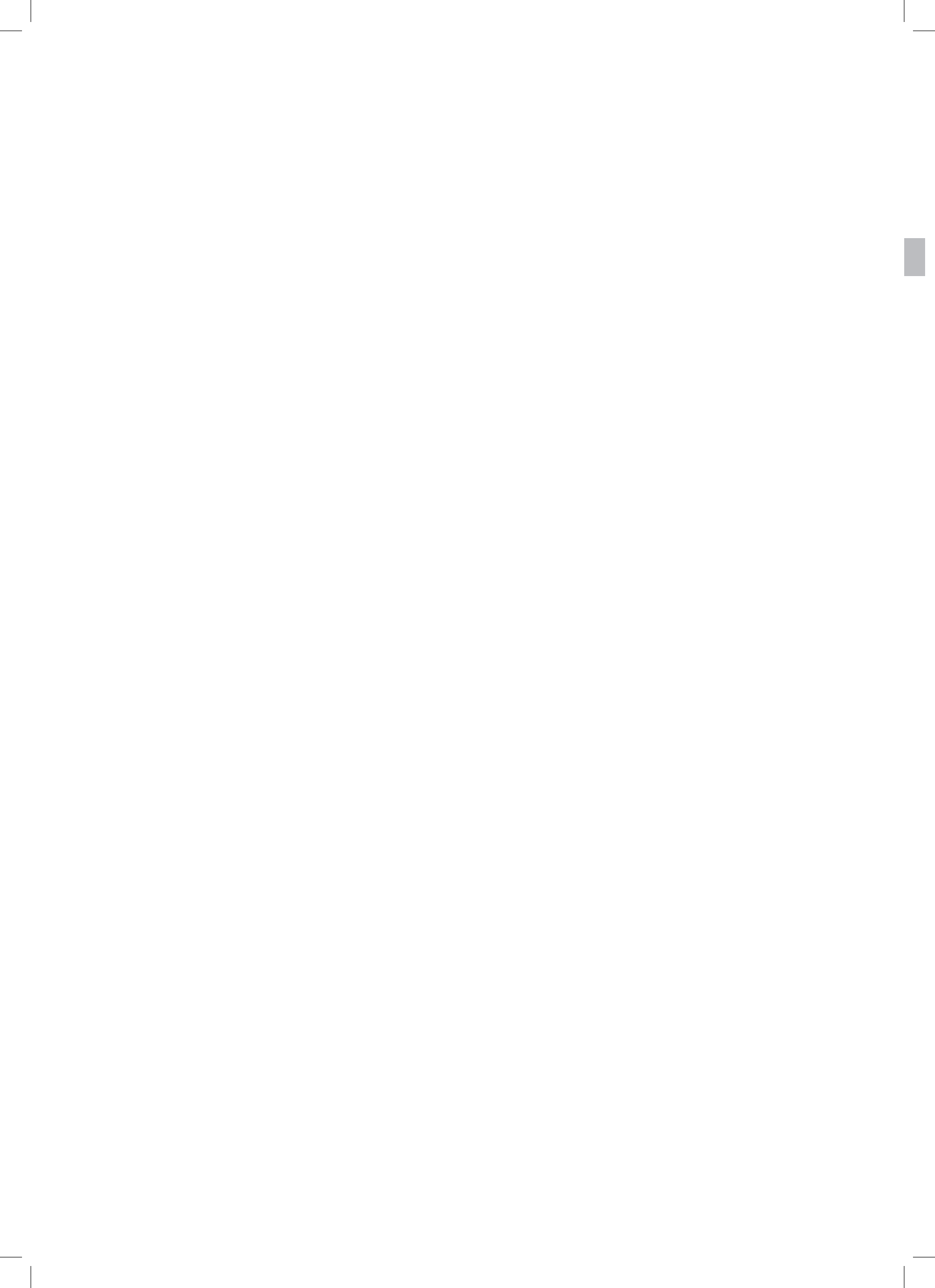
La Corte Suprema de Justicia ha erigido el delito de concierto para delinquir, conducta base en el Proceso de Justicia y Paz, a la calidad de crimen de lesa humanidad, y, con ello, ha provocado una dramática consecuencia: la posibilidad de que sea imprescriptible, con lo cual, no privilegia la legalidad estricta que implicaría imputar el delito en los términos de la legislación penal interna, donde ninguna conducta tiene tal calidad, y en su lugar, propone una nueva fórmula en la lucha contra la impunidad, inclinándose de nuevo por una sobredimensionada tendencia punitivista.

Resulta afortunado que, ante lo particular del panorama, la Judicatura haya experimentado criterios, métodos y tendencias jurídico normativas; que no corresponden, necesariamente, con aquellos tradicionales.

Sin embargo, la importancia de la legalidad estricta, en función del modelo de Estado vigente, implica que aún en escenarios complejos, se propenda por su prevalencia, y

las decisiones tomadas apartándose de ella, deben corresponder con una suficiencia argumentativa y razonable.

Así, se proponen los siguientes criterios a tener en cuenta, en escenarios judiciales expuestos a marcos normativos de transición: i) el escenario de discusión debe ser excepcional, como cuando se trata de la colisión con otros principios, la vulneración de otros derechos y el eventual favorecimiento de la impunidad, o de la injusticia extrema, en los términos de Radbruch; ii) se reconozca la existencia de una situación particular que genera un conflicto entre derechos o con instituciones jurídico penales tradicionales, de manera que no se soslayen sus posibles implicaciones; iii) se empleen métodos que observen los derechos de los intervinientes y si es del caso desconocer algunos, se haga de manera razonada, procurando su menor afectación; iv) cuando se tome una decisión que afecte el principio de legalidad, se procure amparar en una normatividad también vigente, es decir, aquella que entra en colisión con la que, en principio, debía aplicarse; y v) se acompañe a la legalidad, de la justicia, como criterio igualmente vinculante.



## Bibliografía

### 1. Doctrina

ABRAMOVICH, Víctor. “Epílogo”. En: TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires: Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2008.

AGUDELO BETANCUR, Nódier. “Estudio preliminar. La obra de Beccaria como crítica y control del poder punitivo del Estado”. En: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2ª. Ed., 1990.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMBOS, Kai [Coord.]. *Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Georg-August-Universität Göttingen y Embajada de la República Federal de Alemania, 2011.

AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008.

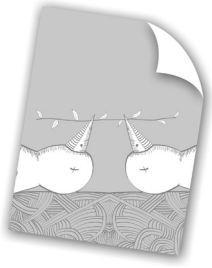
AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Bogotá: Dike, 1997.

BINDER, Alberto. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ed. del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2000.

CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional* [Tesis de Maestría]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.



CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: hacia un modelo de castigo para los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Partenón, 2007.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008.

DAZA, Alfonso. *Delincuencia organizada: delitos*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. “Garantías y derecho penal”. En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto [Coord.]. *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; RUÍZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos; TERRADILLOS, Juan y CANTARERO, Rocío [Trad.]. Madrid: Trotta, 1ª Ed. en español, 1995.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania, 2a. Edición, 2011.

FORER, Andreas. *Justicia Transicional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Sinú, 2012.

FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania y Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.

FORER, Andreas, LÓPEZ DÍAZ, Claudia, CARDONA, Juan Pablo, ERRANDONEA, Jorge y GONZÁLEZ, Diego. *Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional en el proceso: expediente D-8131. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009*. Bogotá: septiembre 6 de 2010.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”. En: MARCILLA, Gema [Ed.]. *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. VILLAR BORDA, Luis y MONTROYA, Ana María [Trad.]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

OROZCO ABAD, Iván, *Justicia Transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2009. Septiembre 18 de 2009: Universidad de los Andes.

OTERO, Alfonso. *Paramilitares: la modernidad que nos tocó*. Bogotá: Quebecor World, 2008.

PARDO, Rafael. *La historia de las guerras*. Bogotá: Ediciones B, 2004.

PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 2009.

ROMERO, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas. 1982-2003*. Bogotá: Planeta y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

RANGEL, Alfredo [Ed.]. *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

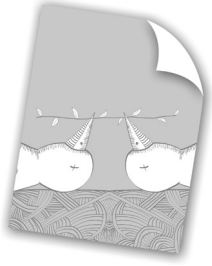
SALMÓN, Elizabeth [Coord.]. *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011.

UPRIMNY, Rodrigo. “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. En: UPRIMNY, Rodrigo [Dir.]. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”. En: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Anuario No. 4, junio de 2008.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1973.

VARGAS, Álvaro y LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coords.). *Manual de Procedimientos para Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) y Embajada de la República Federal de Alemania, 2009.



VIGO, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. México, D.F.: Fontamara, 2008.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

## **2. Normatividad y Jurisprudencia nacionales**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-004 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-554 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 739 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-574 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 36563, agosto 3 de 2011. M.P.: José Luis Barceló.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33118, marzo 14 de 2011, calificación del mérito del sumario en el caso César Pérez García.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33610, mayo 13 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33118, mayo 13 de 2010, la Corte avoca el conocimiento de las diligencias en el caso César Pérez García.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33494 de 14 de abril de 2010. M.P.: Javier Zapata.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 33257, marzo 24 de 2010. M.P.: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33301, marzo 11 de 2010. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 32568, febrero 17 de 2010, M.P.: José Leonidas Bustos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32575, diciembre 14 de 2009. M.P.: María del Rosario González.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. No. 32672, diciembre 3 de 2009, caso Salvador Arana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 32022, septiembre 21 de 2009. M.P.: Sigifredo Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30451, agosto 19 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31539, julio 31 de 2009. M.P.: Augusto Ibáñez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31582, mayo 22 de 2009. M.P.: María del Rosario González.

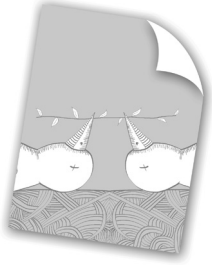
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31115, abril 16 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31162, marzo 11 de 2009, Julio Enrique Socha.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 31325, marzo 4 de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30999, febrero 24 de 2009. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 30998, febrero 12 de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30995, febrero 9 de 2009. M.P.: José Leonidas Bustos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29298, septiembre 23 de 2008, M.P.: Ma. del Rosario González.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30360, septiembre 8 de 2008. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 28503, julio 31 de 2008, M.P.: Javier Zapata.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 30120, julio 23 de 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29299, mayo 15 de 2008, M.P.: Luis Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29559, abril 22 de 2008, M.P.: Julio E. Socha.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 29472, abril 10 de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 27873, agosto 27 de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 28040, agosto 23 de 2007. M.P.: María del Rosario González.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 200680526, marzo 19 de 2009.

Ley 975 de 2005  
Ley 1424 de 2010  
Ley 1448 de 2011  
Ley 906 de 2004  
Ley 589 de 2000

Decreto 4760 de 2005

Decreto 3391 de 2006

### **3. Jurisprudencia e Instrumentos Internacionales**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 61° período de sesiones. *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. Febrero 8 de 2005.

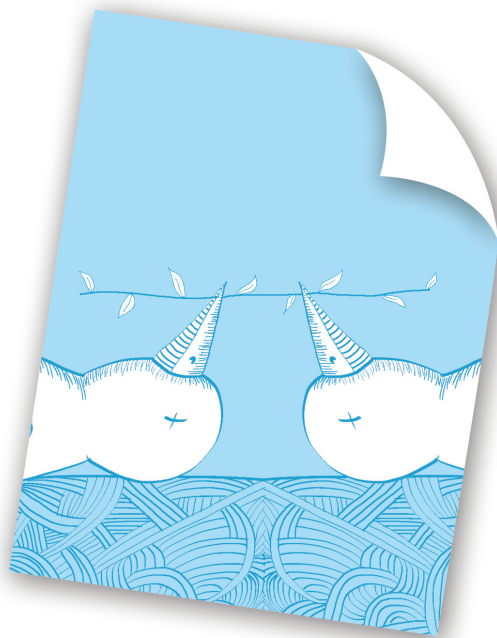
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones. *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Este libro se terminó de imprimir  
en los talleres gráficos de  
NOMOS IMPRESORES  
en el mes de junio de 2012.







Deutsche Gesellschaft für  
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

ProFis  
Carrera 13 N° 97-51, oficina 302  
Bogotá D.C., Colombia  
T. (+57) (+1) 636 1114  
F. (+57) (+1) 635 1552  
[www.profis.com.co](http://www.profis.com.co)

