

JUSTICIA TRANSICIONAL

COLECCIÓN EL SABER PENAL N° 1

GLORIA BERNAL ACEVEDO
(Directora)

UNIVERSIDAD DEL SINÚ

COMITÉ EDITORIAL

BERND SCHÜNEMANN (ALEMANIA)

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (COLOMBIA)

MAURICIO CORTÉS SÁNCHEZ (COLOMBIA)

GUSTAVO IBÁÑEZ CAREÑO (COLOMBIA)

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ (ESPAÑA)

MASSIMO PAVARINI (ITALIA)

ANDREAS FORER

JUSTICIA TRANSICIONAL



UNIVERSIDAD DEL SINÚ
Eliás Bechara Zainúm
Sección de Cartagena



© ANDREAS FORER

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería: Calle 12B N° 7-12, L1.
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

© UNIVERSIDAD DEL SINÙ

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN:

Diagramación electrónica: *Santiago Moreno Gómez*

® 2012

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN “EL SABER PENAL”	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

JUSTICIA Y PAZ, DESARROLLO INTERNACIONAL Y LEY DE JUSTICIA Y PAZ

1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL?	19
2. ORIGEN, ETAPAS Y TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL	20
3. Estándares internacionales	23
A. Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos	24
B. Desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	25
C. Principios Joinet	30
4. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)	31
A. Contexto histórico de la violencia en Colombia	31
B. Marco jurídico de paz en Colombia	33
5. EL DERECHO A LA PAZ, COMO DERECHO SUBJETIVO	36
6. RUTA JURÍDICA DE LA LEY 975 DE 2005 Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL	38
7. BALANCE ESTADÍSTICO PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	42
8. UN PROCESO ESPECIAL, CON POCOS FALLOS DEFINITIVOS	44
Conclusiones	51

CAPÍTULO II

ESTÁNDARES INTERNACIONALES: CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

1. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	57
-------------------------------------	----

A. Ataque	58
B. Generalidad o sistematicidad	59
C. Contra la población civil	59
D. Delitos considerados crímenes de lesa humanidad	62
E. Concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad	63
F. Delitos de ejecución permanente	71
2. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES PARA APLICAR DIRECTAMENTE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD PREVISTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	76
A. ¿Es posible perseguir, acusar y condenar por crímenes de lesa humanidad con base en el derecho natural; la .costumbre o los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional?	77
B. ¿Es competente un órgano judicial colombiano para acusar y condenar un delito con la denominación de crimen de lesa humanidad?	87
Conclusiones	93

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN PROCESOS PENALES

Introducción	95
1. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN UNA PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS	97
A. Para lograr un reconocimiento, obtener la verdad y la reparación	97
B. Para garantizar la transparencia del proceso	98
C. Para brindar legitimidad al proceso	98
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL	99
A. Movimientos civiles	99
B. Declaraciones internacionales	101

C.	Tribunales Ad-Hoc	102
D.	Estatuto de Roma	106
3.	DESARROLLO DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA Y CONSIDERACIONES SOBRE EL DESARROLLO EN LA PRÁCTICA EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ ...	113
A.	Participación en el proceso penal colombiano ordinario	114
i.	<i>Decreto 2700 de 1991</i>	114
ii.	<i>Ley 600 de julio 14 de 2000</i>	116
iii.	Ley 906 de 2004	117
iv.	Ley 1448 de 2011- Ley de víctimas y Restitución de Tierras	122
v.	<i>Ley 975 de 2005- Ley de Justicia y Paz</i>	123
B.	La participación en las diferentes fases de la Ley de Justicia y Paz	124
C.	Participación a través de terceros	128
D.	Participación y conocimiento del proceso	129
E.	Problemas en la participación	132
i.	<i>Dificultades en cuanto a la divulgación de información por las instituciones</i>	133
ii.	<i>Dificultades en la acreditación de las víctimas</i>	135
iii.	<i>Dificultades en el acceso a las versiones libres y en el desarrollo de las mismas</i>	137
iv.	<i>Dificultades con la representación judicial</i>	141
v.	<i>Dificultades para establecer responsabilidades y garantizar la cooperación inter-institucional</i>	143
F.	Críticas a la participación de las víctimas y conclusiones	145
4.	RECOMENDACIONES	150

CAPÍTULO IV

SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS COMO ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN PENAL

INTRODUCCIÓN	153
1. EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ	154
2. ESTRATEGIA DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS. PERSPECTIVA INTERNACIONAL	163
3. ESTRATEGIA DE “PRIORIZACIÓN” DE DELITOS EN LA UNIDAD NACIONAL	

JUSTICIA Y PAZ	170
A. Lineamientos de priorización en directrices de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz	171
B. ¿Se prioriza durante el Proceso de Justicia y Paz atendiendo cualquiera de los criterios ya señalados?	176
4. CONSIDERACIONES ACTUALES Y CONCLUSIONES	182
A. Consideraciones actuales	182
Conclusiones	186
BIBLIOGRAFÍA	191

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN “EL SABER PENAL”

El derecho penal como sistema normativo institucional de control social permite dimensionar su validez y legitimación que, en su fundamentación anclada en el saber penal, es incluyente no solo de los momentos categoriales en su estructura con especial incidencia en las sanciones penales, sino también de la criminología como ciencia integrante de este saber bajo una decidida necesidad de mínima intervención, y cautela en la utilización del derecho penal; en oposición a discursos político-criminales de incremento de penas cada vez más severas y de nuevas inclusiones de conductas consideradas como punibles.

El saber penal refiere el delito, al delincuente y la pena. La criminología advierte al penalista cuál es la realidad que él va a establecer como hecho delictivo, y es por ello que se ha buscado una visión integradora al problema penal de lo normativo y lo criminológico. Estas relaciones no son totales para algunos con la afirmación de que solo pueden ser fragmentarias, aunque otros pensamos que la integración no es un camino improbable porque incluso se ha ampliado para dar cabida a la victimología. La política criminal como centro nuclear del saber penal, debe impregnarse de los principios filosóficos, normativos y sociológicos que regulan la conducta punible, la imposición de una sanción penal, su ejecución y la reinserción de quienes fueron objeto de penas.

Este mecanismo de control social puede verse desde una óptica integradora o, desde una posición intimidatoria que, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, no permitiría al saber penal, -como sistema de comprensión de la legislación penal- constituirse en un instrumento deshumanizante que rinde pleitesía al autoritarismo de Estado.

De ahí deviene el nombre de la colección “El Saber Penal” que la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm, presenta a la comunidad académica nacional e internacional, con la finalidad de convertirse en un referente de reflexión y formación en el marco de la Maestría de Derecho Penal y Criminología. Con la colección se pretende precisar la razón de ser, el fundamento y los límites al saber penal, para darle su verdadero alcance y evitar así que se extienda más allá de lo necesario –ultima ratio–. Se trata, por tanto, de propiciar un espacio académico de conocimiento y crítica del estado actual del Derecho

Penal, en sus diversos saberes, así en lo dogmático, en la parte especial, en el procedimiento y en lo criminológico.

La discusión y confrontación crítica y comparada del saber penal, es una herramienta fundamental en los procesos de aprendizaje y en la actividad profesional de los candidatos a la Maestría de Derecho Penal y Criminología, toda vez que tiene como marco de referencia el gran avance del Derecho Penal actual, fundamentado en el Bloque de Constitucionalidad, en el modelo de Estado especificado constitucionalmente, en los principios y axiología que de allí se desprenden, lo que conduce a la configuración de un Derecho Penal garantista, de mínima intervención y respetuoso de los derechos humanos.

La colección “El Saber Penal” cuenta con un comité editorial interdisciplinario, representativo de la necesidad de integrar un concepto amplio del Derecho Penal más allá del marco meramente jurídico. Son miembros del comité Bernd Shünemann, Eugenio Raúl Zaffaroni, Massimo Pavarini, Fernando Molina Fernández, Juan Fernández Carrasquilla, Edwin Mauricio Cortés y Gustavo Ibáñez Carreño.

El primer número de la colección se titula: “Justicia transicional” de Andreas Forer, en el cual el lector encontrará el análisis de un autor alemán quien desde hace más de cinco años ha seguido de cerca la Ley de Justicia y Paz en nuestro país. En su texto plantea unos interrogantes sobre el diseño e implementación de esta Ley, desde distintos mecanismos para superar las continuas violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, partiendo de un análisis comparado de la doctrina y jurisprudencia nacionales e internacionales, para brindar aportes propositivos fundamentales, no sólo para la construcción de conocimiento sino, para el logro de una reconciliación real en el país.

Por otra parte, anunciamos gratamente el número dos de la colección titulado: “El proceso penal constitucionalizado” del Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaume I de Castellón (España) Juan-Luis Gómez Colomer, el cual contiene treinta estudios doctrinales de Derecho Procesal Penal español, extranjero y comparado, que intentan hallar una aplicación equilibrada del garantismo en el proceso penal propio de una democracia.

Para finalizar, deseo expresar mis sinceros agradecimientos al editor Gustavo Ibáñez, quien siempre ha impulsado estas iniciativas académicas para propiciar la discusión sobre estas temáticas tan actuales del saber penal.

GLORIA BERNAL ACEVEDO

Directora

Montería, febrero de 2012

INTRODUCCIÓN

*No basta con hablar de paz. Uno debe creer en ella
y trabajar para conseguirla.*

ELEONORA ROOSEVELT

En el contexto de búsqueda de la paz en un país con un conflicto de larga duración como el colombiano, el diseño e implementación de distintos mecanismos para superar las continuas violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario plantean grandes interrogantes.

¿Qué tanto se deben flexibilizar principios y objetivos de justicia a favor de la paz?; ¿Cómo establecer y unificar criterios jurídicos que permitan avanzar de una base común de conocimiento y de una caracterización clara de delitos?; ¿Cómo garantizar el acceso y participación de las víctimas, para que éstas a su vez se sientan representadas, reparadas y en capacidad de iniciar procesos de reconciliación?; ¿Cómo salir de la congestión judicial que presenta la investigación de graves crímenes cuando el sistema de justicia no parece en ocasiones ser el más eficiente en términos de investigación, juzgamiento y sanción?

Los anteriores interrogantes se han presentado y han obtenido desarrollos interesantes en el caso colombiano. No obstante, siguen siendo controversiales y presentando grandes retos para la academia, los operadores judiciales, la comunidad internacional y la sociedad civil en general.

Por ello, el presente documento que tiene como eje central la Ley de Justicia y Paz, pretende reflexionar y presentar distintos tipos de propuestas sobre las cuestiones más discutidas y quizás, a su vez, con mayor desarrollo en los seis años que lleva de vigencia la ley en mención.

Inicialmente, y con el fin de contextualizar al lector, en el primer capítulo se aborda el concepto de justicia transicional, sus orígenes, historia, tipologías, desarrollo internacional y su diseño y aplicación en el caso de Colombia.

Con este marco, se abre el camino para entrar en la discusión de tres cuestiones controversiales de fondo que han marcado no sólo el debate sino el desarrollo del proceso de justicia y paz.

Uno de los temas más debatidos y sobre el cual, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han logrado consenso, es la posibilidad de imputar delitos que para la época de su comisión no se encontraban tipificados en el ordenamiento jurídico interno del país y que se ha complejizado aún más tratándose de los llamados crímenes internacionales.

De ahí que, en un primer momento el documento (capítulo 2) se ocupe de uno de esos tipos de crímenes, los de lesa humanidad, relacionando aspectos alusivos a: la diversidad que ha implicado su definición; el chapeau o núcleo que los distingue de otras categorías de delitos; las dos tesis que se enfrentan al responder a la pregunta por la posibilidad de imputarlos en países que no los reconocían expresamente en la época de su comisión, y la forma como este último debate ha sido abordado en Colombia.

Frente a este último punto, el examen se realiza a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz y resulta sugestivo por cuanto, a diferencia de los crímenes de guerra que se encuentran parcialmente recogidos en el Código Penal a partir de la Ley 599 de 2000, sobre los crímenes de lesa humanidad la legislación penal interna ha guardado el silencio que deviene en confrontaciones con tesis aplicadas en otros contextos, ligadas con el ideal de justicia y que a lo largo del texto se presentarán de manera breve.

La segunda cuestión corresponde al tema de las víctimas y su participación en el proceso. En este sentido, partiendo de los retos en términos de estrategia de investigación judicial y de seguridad de las víctimas en un contexto de permanencia del conflicto, el capítulo 3 se basa en la premisa principal que una participación real y efectiva de las víctimas garantizará una mayor aceptación del proceso y brindará herramientas para una mejor comprensión del mismo. Por ello, plantea un alto en el camino para hacer un análisis y evaluación del tipo de participación, de los riesgos de ésta en contextos transicionales y de su aporte para la reconciliación, con el objetivo de presentar algunas propuestas para dinamizar y potenciar dicha participación partiendo de criterios cualitativos y no cuantitativos.

Finalmente, y teniendo en cuenta la exploración previa de un marco conceptual general, de un marco jurídico y legal nacional e internacional y de uno más de tipo político y social, es hora de preguntarse entonces por los resultados de los procesos transicionales en términos de eficiencia en la investigación, sanción y juzgamiento de graves crímenes.

De ahí, que en el cuarto capítulo, se trate de dar respuesta a la pregunta sobre la conveniencia o no de establecer e implementar estrategias de selección y priorización de delitos en el contexto colombiano. Para ello, se hace una revisión de las experiencias internacionales en términos de formulación de estrategias de selección y priorización; se analizan los avances en la formulación de instrumentos tendientes a la consolidación de estas estrategias en las directrices de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz y su aplicación en las sentencias proferidas hasta el momento y finalmente, a partir de un análisis de las más recientes propuestas a nivel nacional en la materia, se brindan una serie de recomendaciones y propuestas para el establecimiento de instrumentos que permitan agilizar el proceso y mostrar mejores resultados mediante la selección y priorización de delitos, siempre dejando en claro la necesidad que ello corresponda a una estrategia transparente y justificable y no a un catálogo disperso de instrumentos.

De esta manera, el documento recoge una perspectiva bastante completa de algunos de los aspectos más relevantes del proceso de justicia y paz, partiendo de un análisis comparado de la doctrina y jurisprudencia nacionales e internacionales en cada uno de los capítulos y brindando aportes propositivos fundamentales no sólo para la construcción de conocimiento sino para el logro de una reconciliación real en el país.

Por último, pero no por ello menos importante, es necesario hacer un reconocimiento especial a las doctora Claudia López Díaz con quien trabajé los documentos que sirvieron de base para el presente libro, a Catalina Rivera, Juan Pablo Cardona Chávez y Alejandro Guerrero Torres quienes colaboraron; a la doctora Gloria Bernal Acevedo y al editor Gustavo Ibáñez, por la invitación a publicar este texto.

CAPÍTULO I

JUSTICIA Y PAZ, DESARROLLO INTERNACIONAL Y LEY DE JUSTICIA Y PAZ¹

Hace más de 50 años, el 13 de agosto de 1961, las autoridades soviéticas y de Alemania Oriental decidieron cerrar las calles y vías ferroviarias hacia el occidente de Berlín y ordenaron la colocación de las primeras alambradas. La construcción del muro comenzó unos días después, el 18 de agosto. Para entonces, muchos habían huido y otros siguieron intentándolo a pesar de la mole de hormigón. Alrededor de 270 personas pagaron con su vida hasta la caída del muro el 9 de noviembre de 1989².

A partir de ese momento se presentaron una serie de cambios políticos y sociales que desencadenaron la reunificación alemana el 3 de octubre de 1990, el fin de la guerra fría y el posicionamiento en la agenda pública de cómo tratar con el pasado. Por ello, se inició el juzgamiento de funcionarios y militares por el asesinato de personas que intentaron escaparse durante la existencia del muro y se realizaron, desde 1991 hasta noviembre de 2004 cuando se dictó la última sentencia en este tipo de procesos, 240 procesos penales contra soldados de frontera, superiores militares y dirigentes políticos³.

Sucesivamente empezaron a caer los regímenes de la cortina de hierro soviética, además a lo largo de los años 90, se crearon diferentes tribunales internacionales *ad-hoc*, como el de Yugoslavia y Ruanda, cuya creación sólo fue posible por la unanimidad en las votaciones en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que tomó la decisión de crearlas basándose en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁴. Además, se retomó la vieja idea de antes

¹ Este texto es una versión actualizada, ampliada y corregida de la Ponencia presentada en el marco del V encuentro de la Jurisdicción Constitucional, el 13 de agosto de 2009 en la ciudad de Barrancabermeja, bajo el nombre: "Ley de Justicia y Paz: Orígenes, Estado Actual y Proyecciones".

² Faz. Net, 9 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.faz.net/s/homepage.html> (13.07.2009). AMBOS, Kai, y MEYER-ABICH, Nils. "Alemania. La superación jurídico penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y real-socialistas." En: AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel (Ed.) En: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung. Uruguay. 2009. p. 450.

³ Diario La Republica (Perú), página principal. *Érase una vez el muro de Berlín*. 21 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/internacionales/21/08/2009/erese-una-vez-el-muro-de-berlin>. (23.03.10). Además hubo procesos por corrupción, fraude electoral, doping, prevaricato, entre otros; para más detalles: AMBOS, Kai, Meyer-Abich, Nils, *Op. Cit.* p. 457. Wikipedia. *Muro de Berlín*. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Muro_de_Berl%C3%ADn (23.03.10).

⁴ WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht. 2. Auflage*. Tübingen. Mohr Siebeck. 2007. p. 19.

de la II Guerra Mundial de crear una Corte Penal Internacional permanente, que se concretó en 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma, que entró en vigor luego de la ratificación de 60 Estados el 1° de julio 2002⁵.

La experiencia del caso alemán es un ejemplo de esta transicionalidad y por ello la importancia de que sean explicados ciertos aspectos relevantes a ella. Por ello, el presente capítulo pretende de forma sucinta, explicar los aspectos básicos de la justicia transicional y la forma en que se han incorporado estos elementos en el Proceso Especial de Justicia y Paz en Colombia. Por ello, en primer lugar se expone la noción de justicia transnacional, sus orígenes, la evolución histórica que ha tenido y se presenta una de las clasificaciones existentes para mostrar la variedad de formas que puede abarcar este fenómeno.

Posteriormente, se exponen los diferentes estándares internacionales que se han dado alrededor de este tema y que cobran importancia en el marco jurídico colombiano por medio del bloque de constitucionalidad. Por ello, se habla de las principales Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos y del desarrollo que se le ha dado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentalmente en los temas de Verdad, Justicia y Reparación. Finalmente dentro de esta parte se habla sobre los llamados “principios de Joinet” en donde se exponen los criterios a tener en cuenta en sociedades que están luchando contra la impunidad dentro de procesos transicionales.

En segundo lugar, se expone la parte nacional del proceso de justicia transicional, en donde para una mejor contextualización se hace un pequeño recuento histórico de la historia de la violencia en Colombia y el marco jurídico que ha utilizado el Gobierno Nacional para la desmovilización de varios grupos armados en diferentes épocas. Por ello se esboza la importancia del derecho a la paz que a partir del proceso de Justicia y Paz, se manifiesta como derecho subjetivo, no sólo como principio fundante del Estado Social de Derecho. A continuación se explica el proceso de Justicia y Paz, formulado por la Ley 975 de 2005 con sus fases procesales y se expone la importancia del análisis de constitucionalidad que hizo la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C- 370 de 2006, en donde se aclaró que esta ley no constituye amnistías e indultos y se hace una consideración especial sobre el contenido y alcance de la alternatividad penal.

Posteriormente se presenta un balance estadístico del proceso de Justicia y Paz, con el fin de mirar el panorama actual y realizar algunas

⁵ *Ibidem.* p. 27.

consideraciones sobre algunos problemas y cambios que se pueden proponer al proceso. Luego, como parte de ese estado actual, se narran brevemente los fallos que han sido proferidos dentro del proceso de Justicia y Paz, mostrando sus características principales y de allí se parte para realizar algunas consideraciones particulares sobre la problemática en la dinámica del proceso, realizando algunas conclusiones y recomendaciones de lo que pueden ser algunas propuestas de solución a las dificultades y vacíos que se han presentado desde su implementación hasta el día de hoy.

1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA TRANSICIONAL?

Se puede afirmar que la justicia transicional abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos a la justicia, logrando la reconciliación⁶. Tales mecanismos, pueden ser judiciales o extrajudiciales, y pueden tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos los anteriores⁷.

De otra parte, es necesario aclarar una diferencia conceptual básica y es que la justicia transicional debe tener lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrentar crímenes que en ocasiones atentan contra el núcleo básico de la dignidad del ser humano; mientras que la justicia restaurativa fue diseñada para enfrentar la criminalidad de pequeña escala en sociedades pacíficas, de ahí que se presenten diferencias con estos modelos de justicia que frecuentemente tienden a equipararse, pero que surgen en condiciones diferentes⁸.

⁶ Otra definición interesante se puede encontrar en TEITEL, Ruti. "Genealogía de la Justicia Transicional" (Publicado en inglés). En: *Harvard Human Rights Journal*. Vol 16. Spring 2003. Cambridge, MA, pp. 69-94. : "La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores".

⁷ *Ibidem*.

⁸ UPRIMNY, Rodrigo (Coord.) *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). Bogotá. 2006.

Una definición de justicia transicional se presenta en el artículo 8° de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas): "Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 30 de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible". En donde se resalta no se habla de las "garantías de no repetición" sino que alude expresamente a los cambios institucionales que se deben llevar a cabo para no repetir los hechos. Esto es mas efectivo que lo que se viene haciendo hasta

2. ORIGEN, ETAPAS Y TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL⁹

Para explicar el fenómeno de la justicia transicional, es importante mencionar sus orígenes, los cuales según algunos autores, se remontan a Atenas en el 411 y 403 a.c.¹⁰ Sin embargo, para el objeto de este documento se estudia a partir de finales de la II Guerra Mundial.

Hasta la actualidad se pueden encontrar tres fases históricas:¹¹ la primera a partir de los juicios de Nüremberg dirigidos por los aliados vencedores¹². El objetivo central de la justicia era entonces delinear la guerra injusta y marcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional. La guerra fría a partir de los años 50 da término a esta primera fase¹³.

La segunda fase, o fase de la posguerra fría, inició con la retirada de las fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años 70; contribuyó al término de los regímenes militares en Sudamérica y se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989, en la cual, el colapso y la desintegración de la Unión Soviética llevaron a esos procesos en muchos lugares del mundo a que sufrieran una transición. En efecto, con la caída del Muro de Berlín, en años posteriores a 1989, llegaron las transiciones en Europa del Este, África y Centroamérica¹⁴.

La tercera fase de la justicia transicional está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto y surge a finales del siglo XX. Se caracteriza porque se vincula con la globalización tipificada por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política y por tanto la noción de justicia transicional se traslada de la excepción de la norma para convertirse en un paradigma del Estado de Derecho.

ahora dentro del proceso de Justicia y Paz, tales como pedir perdón a las víctimas (946 postulados), arrepentimiento público (810 postulados) y promesa de no repetir las conductas punibles (876 postulados) Información disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> (15.12.2011).

⁹ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. VARGAS, Álvaro (Coord.). *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2009. pp. 19-32.

¹⁰ ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas, la justicia transicional en perspectiva histórica*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2006. p. 17. Orozco Abad, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Ed. Temis. Bogotá. 2009. p. 9 ss.

¹¹ Esta clasificación no es la única que se ofrece de justicia transicional, para efectos prácticos del presente artículo se tomó la división que hiciera Teitel, Ruti. *Genealogía de la Justicia Transicional*. Op. Cit.

¹² Werle, Gerhard. Op.Cit. p. 8.

¹³ BOTERO, Catalina; RESTREPO, Esteban. "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia". En: RETTBERG, Angelika (Comp.). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Ed. Uniandes, Bogotá. 2005.

¹⁴ OROZCO, Abad. Op. Cit. JOINET, Luis. "Justice transitionnelle: principes et standards internationaux- un état des lieux". En: *La Justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux. Conference paper 2/2007*. Bleeker, Mò. Political Affairs Division IV, Federal Department of Foreign Affairs FDFA. 2000.

Lo que era históricamente visto como un fenómeno legal ligado a condiciones de post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria, construyendo un derecho relacionado con conflictos omnipresentes y contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre el terrorismo¹⁵.

El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) a través del Estatuto de Roma¹⁶. Este Tribunal fue precedido por los Tribunales Criminales Internacionales *ad hoc* convocados para responder a los conflictos de Yugoslavia y Ruanda¹⁷.

En cuanto a las tipologías, han existido distintos ejemplos de justicia transicional como mecanismos particulares para enfrentar las tensiones entre la imposición de la justicia y el reestablecimiento de la paz¹⁸.

En función de su contenido, en principio existen distintos tipos de justicia transicional que se diferencian por el mayor o menor peso que le otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquellos y al olvido de los hechos ocurridos¹⁹.

Han existido los llamados “perdones amnésicos”, que se caracterizan porque otorgan amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas. La lógica de este tipo de transición es facilitar las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido. Un ejemplo de este modelo ocurrió en España luego de la muerte del General Franco en 1975 y con las amnistías que se otorgaron en Colombia a los miembros del M- 19 en 1989²⁰.

¹⁵ UPRIMNY, Rodrigo (coord.). *¿Justicia transicional sin transición? Op. Cit.*

¹⁶ Sobre este punto particularmente el preámbulo del Estatuto de Roma en donde se menciona: “(...) los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. En donde manifiesta el carácter de permanencia de una corte que regula no de forma excepcional sino permanente materias propias del derecho internacional y de castigo por crímenes graves contra la humanidad. Así mismo sobre el afianzamiento de este modelo de justicia en algo permanente ver: TEITEL, Ruti. *Genealogía de la Justicia Transicional. Op. Cit.*

¹⁷ *Ibidem*. Werle, Gerhard. *Op. Cit.* p. 27.

¹⁸ ELSTER, Jon. *Op. Cit.* p. 67 ss. Especial enfoque en América latina: SALMON, Elizabeth. “Reflections on International humanitarian law and transicional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience”. En: *International Review of the Red Cross*. Volume 88, Number 862. June 2006. p. 328. Uprimny, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Op. Cit.*

¹⁹ *Ibidem*. LOPEZ DIAZ, Claudia. VARGAS, Álvaro (Coord). *Op. Cit.* pp. 19-30.

²⁰ *Ibidem*. El indulto del M-19 se dio por la Ley 77 de 1989 durante el Gobierno de Virgilio Barco, aunque en el gobierno de Belisario Betancur se intentó realizar una amnistía por medio de la Ley 35 del 19 de noviembre de 1982. En: Corporación Colectiva De Abogados José Alvear Restrepo. “¿ Terrorismo o Rebelión ?”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap5.html> (13.06.2009).

Un segundo ejemplo es el denominado de “perdones compensadores”, en los cuales se conceden amnistías generales, acompañadas de la implementación de comisiones de la verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas. Su fin es compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación a las víctimas. Un buen ejemplo de este modelo se dio en Chile luego de la dictadura de Augusto Pinochet que concluyó el 11 de marzo de 1990, en El Salvador el 16 de enero de 1992 cuando se firmaron los Acuerdos de Paz en México²¹ y en Guatemala al firmarse los acuerdos de paz el 29 de diciembre de 1996.

También se encuentra el designado “perdones responsabilizantes”, en donde se crea una comisión de la verdad, con la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones y el otorgamiento de perdones individuales y condicionados para algunos crímenes. El propósito de este modelo es lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón que haga posible la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades. Un ejemplo clásico de este esquema fue lo ocurrido en Sudáfrica con la creación de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación en 1995²².

Finalmente, se presentan las llamadas “transiciones punitivas” en las que se establecen tribunales *ad hoc* para castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad. Para estos casos fue necesaria la creación de un tipo de derecho “híbrido” que tomara características del derecho penal nacional y del derecho internacional, que diera respuestas no solamente jurídicas, sino también de orden social²³. Su propósito es que sólo por medio del castigo de los responsables sea posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos. Un prototipo de este modelo son los juicios de Núremberg, Ruanda y Yugoslavia²⁴.

El modelo de justicia transicional fundado en perdones responsabilizantes, es el que más tiene en cuenta los principios democráticos y los derechos de las víctimas, de esta forma podría ser el más adecuado para el contexto colombiano. Este modelo se basa en formas de negociación de la paz para tomar seriamente en consideración los derechos de las víctimas a la verdad,

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*. Ver también: CHAPMAN, Autrey. Van Der Merwe, Hugo. *Truth and reconciliation in South Africa, did the TRC delivres?*, p. 8 ss.

²³ TEITEL, Ruti. *Genealogía de la Justicia Transicional*. Op. Cit.

²⁴ *Ibidem*.

la justicia y la reparación, en donde el Estado toma las medidas necesarias para garantizarlos²⁵.

De esta forma, la concesión de perdones ha de ser excepcional e individualizada, y debe regirse por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando constituye la única medida existente para alcanzar la paz, la reconciliación nacional y cuando es proporcional a los actos cometidos por el inculpadado, según su grado de mando y las contribuciones que haga a la justicia²⁶.

Aquí se puede ubicar la transición del caso colombiano, que otorga amnistías a través de la Ley 782 de 2002 en los casos de porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes privativos del Ejército y participación en un Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley, y a través de la Ley 975 de 2005.

Uno de los pilares de la Ley 975 de 2005 y de la misma justicia transicional es la protección del derecho de las víctimas a la verdad y el derecho a que los delitos más graves sean investigados, juzgados y sancionados. Además el Estado responderá por acción o por omisión cuando no realice una investigación seria y acorde con la normatividad nacional e internacional²⁷.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Desde la planeación de lo que iba a ser la Ley 975 de 2005, se tuvo una discusión sobre la aplicación de los estándares internacionales, ya que dentro del marco de la justicia de transición no se puede propugnar por romper las premisas que el derecho internacional ha construido; es decir, no se pueden transgredir ciertos derechos con el fin de lograr la paz.

No obstante, hay algunas confusiones sobre esta noción de estándares internacionales. Inicialmente se trajo esta expresión en un fallo tutela de la Corte Constitucional²⁸, en donde se discutían sobre las expresiones del artículo 29 de la Constitución Política y se hablaban de parámetros a los que debían estar sometidas algunas expresiones, como la que se trajo en esa ocasión²⁹.

²⁵ En este sentido se presenta el fin de la Ley 975 de 2005 en su artículo 1º, por lo que se puede afirmar que este modelo de "perdones responsabilizantes", es el que se está estructurando en Colombia.

²⁶ UPRIMNY, Rodrigo (Coord.). *¿Justicia transicional sin transición? Op. Cit.*

²⁷ AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. Temis, Bogotá, 2008. pp. 28 ss.

²⁸ En el sentido de que estandar es un parámetro, al que debía ser sometida la comprensión del derecho. En: Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ QUINCHE, Manuel Fernando. *Los Estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2009. pp. 23-24.

Sin embargo, en el ámbito de la justicia transicional se ha utilizado esta noción para: “la existencia de parámetros, reglas o pautas que deben ser atendidas en todos aquellos eventos en los que un Estado o una comunidad pretenda pasar pacíficamente de una situación de conflicto, de autoritarismo o de represión, a otra circunstancia o condición de paz, de apertura o de democratización, parámetros que se concretan en los contenidos y niveles de exigibilidad de los derechos a verdad, justicia, reparación y compromisos de no repetición”³⁰.

Así mismo son respuestas a un proceso de impunidad que por décadas, han sido marcadas por periodos de represión y conflicto en donde el derecho local no dio la solución adecuada a esta situación y se vio en la necesidad de formular parámetros internacionales para la solución y regularización de estos fenómenos, por medio declaraciones y convenciones internacionales que exhortaran a los Estados para dar una respuesta a estos fenómenos.

A. DECLARACIONES Y CONVENCIONES DE DERECHOS HUMANOS

Se debe aclarar que los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero en cambio hacen relación a: (i) que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones a los Derechos Humanos³¹.

Algunos tratados que se pueden resaltar son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado el 16 de diciembre de 1966 e introducida en la legislación colombiana mediante el Decreto Ejecutivo 37 de 1969), particularmente el artículo 2°, numeral 3° referido a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos y el artículo 15 que hace referencia a la sanción y juzgamiento por las leyes nacionales e internacionales según la fecha de ocurrencia de los hechos. La Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), especialmente en sus artículos 1°, 2°, 8°, 9° y 25

³⁰ *Ibidem.* p. 26.

³¹ En el punto de cooperación de los Estados para prevenir crímenes internacionales, se da un especial desarrollo en: Joinet, Luis (1997) ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° periodo de sesiones, Doc.E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 de octubre de 1997. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>. Así mismo, en Colombia se han retomado estos estándares internacionales, con el fin de hacer un estudio de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005. En: Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

sobre las obligaciones estatales en materia de investigación y juzgamiento de atentados contra los Derechos Humanos, condenas por los delitos según la fecha de su ocurrencia y el respeto por las garantías procesales.

Así mismo son relevantes la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes (adoptada el 10 de diciembre de 1984, introducida en la legislación colombiana por la Ley 70 de 1986); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptada el 12 de septiembre de 1985, introducida en la legislación colombiana por la Ley 406 de 1997); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, introducida en la legislación colombiana mediante la Ley 707 de 2001); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada el 9 de diciembre de 1948 e introducida en la legislación colombiana mediante la Ley 28 de 1959)³².

B. DESARROLLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como desarrollo de los anteriores convenios y tratados³³, la jurisprudencia interamericana ha hecho un aporte importante en la forma de aplicación y alcance de estos tratados. Con base en casos concretos se estudiaron los estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Entre los asuntos que han sido precisados a través de estas decisiones, se encuentran:

- (i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los Derechos Humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas;
- (ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad,

³² Se pueden resaltar, además de las anteriores convenciones internacionales, algunas declaraciones que fundamentalmente propenden por la defensa de los derechos de las víctimas, estas son: la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder* (1985); la *Convención Europea sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos* (1983) y el establecimiento de la *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* (1992); los *Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones para las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y violaciones graves del derecho humanitario* (2005) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la *Convención Internacional de Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (2006).

³³ *Ibidem*. También ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de abril de 2008. Rad. 29553. M.P. Julio Socha Salamanca.

respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos³⁴;

- (iii) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de Derechos Humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales;
- (iv) La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los Derechos Humanos, mientras se adelantan procesos de paz;
- (v) Los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los Derechos Humanos;
- (vi) Los aspectos involucrados en el derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad³⁵.

Sobre lo anterior es importante resaltar, que la jurisprudencia interamericana no es letra muerta en darle alcance y contenido al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, sino que ha desarrollado de forma completa estos derechos, en los casos en que se le han presentado para su estudio.

De ahí que sobre el derecho a la verdad se ha dicho que se debe hacer referencia a “los hechos violatorios de Derechos Humanos”, en cada caso en concreto³⁶ y que las investigaciones deben tener unas características especiales, tales como el conocimiento de las circunstancias, las causas y condiciones de la violación, la identificación y la individualización de las víctimas, y algo muy importante y útil en el proceso actual de Justicia y Paz en Colombia, que es la contextualización histórica y política de las violaciones. Además de eso se debe ver el *modus operandi* usado para realizar estos actos constitutivos de violaciones de derechos humanos³⁷ y particularmente es

³⁴ AMBOS, Kai. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. Op. Cit., p. 84.

³⁵ Se pueden resaltar algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han sido fuente importante de consulta y de seguimiento en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: *caso Godínez Cruz vs. Honduras* del 20 de enero de 1989, *caso Barrios altos vs. Perú* del 14 de marzo de 2001; *caso Myrna Chang vs. Guatemala* del 25 de noviembre de 2003; *caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* del 8 de julio de 2004; *caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia* del 15 de septiembre de 2005; *caso comunidad Moiwana vs. Suriname* del 15 de junio de 2005; *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* del 25 de noviembre de 2000.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Párr. 437; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. QUINCHE, Manuel Fernando. Op. Cit. p. 70.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Párr. 80.1, 80.5 y *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Párr. 202 y 238.

importante resaltar las prácticas sistemáticas o los patrones que circundaron los hechos³⁸.

Por otro lado se deben analizar otros elementos tales como el conocimiento de los autores de todas las categorías, materiales, mediatos, encubridores, intervinientes³⁹ y además el conocimiento de las estructuras criminales que ocasionaron los hechos delictivos y que permanecen luego de la comisión de los delitos⁴⁰.

Sobre el derecho a la justicia en palabras de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en casos de graves violaciones de Derechos Humanos, constituye una norma de *ius cogens*⁴¹ ya que: “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”⁴².

Así mismo este derecho hace referencia a tener varios aspectos en la investigación y judicialización de Derechos Humanos, tales como: el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos⁴³, la realización de investigaciones adecuadas⁴⁴, el desarrollo de estas investigaciones de forma imparcial y en un tiempo razonable, la persecución, captura y enjuiciamiento y sanción⁴⁵ de

³⁸ RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación, la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010. p. 57. QUINCHE, Manuel Fernando. *Los Estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Op. Cit. p. 76. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Chang Vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Es particularmente importante esta sentencia ya que aclara y clasifica los estándares en materia de verdad para las víctimas de violaciones de derechos humanos.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Párr. 222. Comisión de Derechos Humanos, *Resolución No. 2005766* del 20 de abril de 2005; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: *Guatemala 03/04/96. CCPR/C/79/Add.63*, 3 de abril de 1996; Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 107/1981: Uruguay.21/07/83. CCPR/C/19/D/107/1981*, 21 de julio de 1983.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Párr. 156. RINCÓN, Tatiana. Op. Cit. p. 57.

⁴¹ RINCÓN, Tatiana. Op. Cit. p. 61.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Párr. 160.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No 1/07, Caso 11.878, Admisibilidad*. Azucena Ferry Echaverry y otros. Nicaragua, 27 de febrero de 2007. Párr. 35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Párr. 233; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia del 28 de enero de 2009. Párr. 298 y 300.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008: Párr. 94; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Párr. 157; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Párrs. 84 y 131; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párrs. 99 y 111.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Párr. 196; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 108; *Caso Raxacacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Párrs. 70 y 133; *Caso Hilarie, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 21 de junio de 2002. Párr. 102. Las anteriores sentencias desarrollan más específicamente el tema de la proporcionalidad de la pena respecto de la conducta criminal desplegada por el autor.

quienes son autores de los hechos materia de investigación y la prohibición de amnistías⁴⁶, indultos y leyes de punto final⁴⁷. Las anteriores referencias están consagradas en tratados de protección de Derechos Humanos⁴⁸, por lo que su incumplimiento generaría una obligación a nivel internacional⁴⁹.

En cuanto al derecho a la reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido especial despliegue en los alcances de éste. No obstante, hay que aclarar que en cada caso que ha estudiado la Corte, a pesar de incluir elementos que son comunes y reiterados en otras decisiones, las medidas de reparación se han realizado según el caso en concreto y determinado, tomado en cuenta las circunstancias y el nivel de afectación social que haya generado la respectiva violación a los Derechos Humanos⁵⁰. Por ello es que la reparación debe hacer especial énfasis en todos los daños y perjuicios sufridos por los diferentes tipos de víctimas, no solamente las afectaciones materiales, sino también las morales⁵¹.

Dentro de la categoría del daño material están incluidas las categorías del daño emergente y el lucro cesante. Para el daño moral la Corte Interamericana ha dicho que comprende: “los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria”⁵².

De igual forma se ha dicho que las reparaciones deben ser adecuadas con relación a los hechos del caso y deben tener un nexo causal con el mismo,

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 154.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas en Contra de las Desapariciones Forzadas; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II.

⁴⁹ RINCÓN, Tatiana. *Op.Cit.* p. 62. QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. Cit.* p. 76.

⁵⁰ Sobre el tema de los “estándares” de reparación que tomó como referencia el Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz para proferir las sentencias en el caso de Uber Banquez y Edward Cobos Tellez, Rad. 110016000253200680077 del 29 de junio de 2010 M.P Uldi Teresa Jiménez. Y de Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”. Rad. 110016000253200680281, M.P. Uldi Teresa Jiménez, se puede consultar las respectivas sentencias y el texto: Aponte, Alejandro. *El Proceso Penal Especial de Justicia y Paz, Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional- Monográfico No.2*. Centro Internacional de Toledo para la Paz- CITPAX. Bogotá: 2011.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Párr. 416; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 142; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Párr. 137; y *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Párr. 163.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Párr. 84.

teniendo una vocación de que efectivamente se reparará el daño causado⁵³. Así mismo la reparación responde al principio de *compensatio lucri cum dammo*, en el cual no puede presentarse un enriquecimiento o empobrecimiento de las víctimas con la reparación⁵⁴.

En relación a las formas de reparación, esta debe comprender la *restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición y otras⁵⁵, por lo que no solamente la responsabilidad de un Estado se concentra en cada uno de sus componentes, sino que debe asumir de igual forma las anteriores categorías, con el fin de que se dé una reparación justa adecuada y proporcional a la violación y a el daño sufrido. Sin embargo, de no ser posible el restablecimiento a la situación anterior, existen otras formas o modalidades en que el Estado debe reparar con el fin de satisfacer a la víctima⁵⁶.

Adicional a ello se ha dicho también que, como parte de la reparación integral, se deben tomar medidas de rehabilitación, verdad, justicia, preservación de la memoria histórica y garantías de no repetición, que son componentes que no se pueden satisfacer por medio de la reparación con contenido económico⁵⁷.

Un elemento importante del contenido y alcance de las reparaciones, es la plena responsabilidad del Estado en reparar a las víctimas. Este no debe ser un acto unilateral forzado por las víctimas, particularmente en el aporte probatorio⁵⁸ que estas puedan llegar a tener. Por ello se deben ofrecer los elementos suficientes que no impidan u obstruyan el desarrollo de estas actividades⁵⁹, ofreciendo procedimientos judiciales y administrativos que garanticen una reparación justa, expedita, accesible y poco onerosa⁶⁰.

Es importante tener en la cuenta que el derecho a la verdad y el derecho a la justicia comparten en sí mismo un núcleo común que efectiviza la realización

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Párr. 110.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, Reparaciones. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Párr. 53. QUINCE, Manuel Fernando. *Op. Cit.* p. 78.

⁵⁵ RINCÓN, Tatiana. *Op. Cit.* p. 85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loaiza Tamayo Vs. Perú*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Sentencia del 03 de marzo de 2005. Párr. 88; *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de noviembre de 2004. Párr. 87; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004 y *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Párr. 49. RINCÓN, Tatiana. *Op. Cit.* p. 86.

⁵⁷ RINCÓN, Tatiana. Verdad. *Op. Cit.* p. 87.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia del 01 de julio de 2006. Párr. 337.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Párr. 198.

⁶⁰ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, No. 12.531, 14 de noviembre de 2008, párr. 121. Rincón, Tatiana. *Op.Cit.* p. 87.

plena de cada uno de ellos, por ejemplo, la autoría de los hechos, la forma de realización de los hechos, etc. Así mismo, con el derecho a la reparación, ya que el componente de verdad es una medida de satisfacción a las víctimas. Sin embargo, el alcance de cada derecho en particular tiene unos componentes específicos que lo hacen independiente y con variaciones según cada caso de violaciones de derechos humanos en concreto⁶¹.

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha brindado importantes pautas, para que en el marco de una justicia transicional⁶² se puedan satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como ejes fundamentales dentro del proceso especial, que por medio de la Ley 975 de 2005 tiene la pretensión de desarrollar estos principios, con el fin de reparar a las víctimas, sancionar a los culpables y coadyuvar al restablecimiento de un orden social estable.

C. PRINCIPIOS JOINET

Dentro de los parámetros internacionales se han desarrollado ciertos informes con el objeto de promocionar la debida aplicación de los Derechos Humanos. Dentro de ellos cabe resaltar el “Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad”, proclamados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998.

De este documento, conocido como los “Principios Joinet” se puede resaltar lo siguiente:

- (i) A las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación;
- (ii) El derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, conocer la suerte que corrió la víctima;
- (iii) El derecho a saber también hace referencia al derecho colectivo de conocer qué pasó, derecho que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las conductas punibles se repitan, lo que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones;

⁶¹ RINCÓN, Tatiana. Verdad. *Op. Cit.* p. 57. QUINCHE, Manuel Fernando. *Op. Cit.*

⁶² Sobre este punto puede consultarse: Guzmán, Diana; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo. “Colombia”. En: *Las Víctimas y la Justicia Transicional – ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*. Washington: 2010. pp. 95-121.

- (iv) El derecho a la justicia hace referencia a que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo una reparación material, simbólica o mixta;
- (v) El derecho a la justicia le corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad está probada, asegurar su sanción;
- (vi) Dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho a hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios del debido proceso;
- (vii) La prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser aplicada a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad, ni correr durante el período en el que no existió un recurso eficaz para la administración de justicia;
- (viii) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, “pero no deben exonerar totalmente a los autores”;
- (ix) La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; en el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan en la comunidad;
- (x) Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados, acompañada de medidas de reinserción.

4. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)

A. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

En Colombia, tras la guerra de independencia⁶³ no han sido pocos los enfrentamientos bélicos que ha sufrido el país en su vida como República⁶⁴. En la alborada del siglo XX, la llamada “Guerra de los Mil Días” que enfrentó a liberales y conservadores⁶⁵, constituyó un precedente importante, dado que

⁶³ Acerca de los antecedentes del movimiento de independencia y la batalla final con la cual, el 7 de agosto de 1819, se lograría la independencia de la Nueva Granada –como en ese entonces se conocía el territorio de Colombia–, ver: OQUIST, Paul. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Biblioteca Banco Popular. Bogotá. 1978. pp. 118-125.

⁶⁴ La historia política del siglo XIX en Colombia, da cuenta de catorce confrontaciones y movilizaciones armadas. SANCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Áncora Editores. Bogotá. 2008. p. 17.

⁶⁵ La guerra de los mil días tuvo lugar en Colombia entre 1899 y 1902 cuando el partido liberal quiso tomar el poder tras

posteriormente sus heridas volverían a abrirse y serían los mismos actores quienes se enfrentarían durante el periodo de “La Violencia” acaecida a partir de 1948 con un hito imborrable en la memoria nacional: el asesinato del caudillo Jorge Eliécer Gaitán⁶⁶.

Una de las consecuencias del cruento enfrentamiento sería la constitución de las guerrillas liberales, grupos armados que tras la consecución de la paz pactada entre los partidos liberal y conservador con el acuerdo del Frente Nacional,⁶⁷ devendrían en nuevas formas de violencia guerrillera, esta vez, los grupos marxistas de los años sesenta⁶⁸.

Como reacción a las mismas, y bajo el auspicio de organismos estatales, los años ochenta significaron el surgimiento del fenómeno paramilitar, cuyo poder se extendió a lo largo del territorio escribiendo con la sangre y el dolor de miles de colombianos, una nueva página de inmensurables atrocidades⁶⁹.

En medio del auge del paramilitarismo, “el 15 de julio de 2003, el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante AUC), suscribieron el ‘Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir con la Paz de Colombia’⁷⁰, con el cual se inicia el proceso de desmovilización del referido grupo.

Con el fin de otorgarle 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

los radicales desacuerdos con el gobierno que detentaba el partido conservador. Se cuenta como una de las guerras más cruentas del siglo XIX y comienzos del siglo XX en Colombia por dejar más de 100.000 muertos. OQUIST, Paul. *Op. Cit.*, pp. 170-172.

⁶⁶ Jorge Eliécer Gaitán fue un dirigente político de ideología liberal que para el momento de su muerte era el candidato presidencial que contaba con mayor popularidad. Su asesinato, acaecido el 9 de abril de 1948 en Bogotá, desencadenó una serie de disturbios y levantamientos de la población que se conocieron con el nombre de “El Bogotazo”, antecedente fundamental de lo que sería el periodo de La Violencia en Colombia. BRAUM, Helbert. “Los mundos del 9 de Abril o la historia vista desde la culata”. En: SÁNCHEZ, Gonzalo y PEÑARANDA, Ricardo (Comps.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Medellín. 2007. pp. 199 y ss.

⁶⁷ Con el nombre de “Frente Nacional” se conoce la coalición política entre los partidos liberal y conservador, quienes suscribieron el acuerdo –legitimado mediante plebiscito el 1 de diciembre de 1957– en virtud del cual habría una alternancia de los dos en el poder durante 16 años. En efecto, entre 1958 y 1974 el país tuvo un periodo de pacificación mediado por el monopolio del poder de los dos partidos tradicionales y la consecuente exclusión de otras fuerzas políticas. En: PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. *Las FARC 1949-1966. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha*. Tercer mundo editores y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1991. pp. 149 y ss.

⁶⁸ Como detonante en la formación de las guerrillas comunistas en Colombia se tiene la operación militar con la región de Marquetalia en 1964, antecedente de la posterior fundación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 187.

⁶⁹ Para una revisión en profundidad del desarrollo del fenómeno paramilitar, consultar: Duncan, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Planeta y Fundación Seguridad y Democracia. Bogotá. 2006; y Romero, Mauricio. *De paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Universidad Nacional. Bogotá. 2003.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto el 21 de septiembre de 2009. Rad. No. 32022. M.P. Sigifredo Espinosa.

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*” denominada “Ley de Justicia y Paz”⁷¹.

B. MARCO JURÍDICO DE PAZ EN COLOMBIA

Como antecedentes jurídicos que han estado relacionados con la paz en Colombia, y como intento de hacer una solución negociada al conflicto armado, se cuentan algunas leyes mediante las cuales se dictaron amnistías a quienes hubiesen incurrido en delitos políticos: Leyes No. 37 de 1981, No. 35 de 1982 y No. 49 de 1985. En este último caso, también se trató de la concesión de indultos. Y la Ley No. 77 de 1989, que sirvió de marco para la desmovilización y concesión de los beneficios de amnistía e indulto a los miembros de la guerrilla del Movimiento 19 de Abril (M-19).

Otros instrumentos jurídicos fueron proferidos para apoyar la suscripción de acuerdos de paz específicos, como el Decreto No. 213 de 1991, que fue el respaldo jurídico para la suscripción de acuerdos de paz con el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL); el Decreto No. 1943 de 1991, mediante el cual se concedieron amnistías e indultos para los miembros de los Comandos “Ernesto Rojas” –disidencia del EPL–; la Ley 104 de 1993⁷², expedida en medio de las negociaciones con la Corriente de Renovación Socialista (CRS) y que también fue marco para la desmovilización de las Milicias Populares y Bolivarianas de Medellín y del Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera⁷³.

⁷¹ Imprenta Nacional. *Diario Oficial No. 45.980* de 25 de julio de 2005. Cfr. también sentencia de constitucionalidad del articulado de la Ley 975 de 2005: Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Otras sentencias en las que se atacaba la constitucionalidad de algunos artículos en concreto son: Corte Constitucional. C-531 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-127 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷² Prorrogada y modificada por la Ley 241 de 1995.

⁷³ Fundación Ideas para La Paz (FIP). *Boletín de paz 27. Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia*. Bogotá: noviembre de 2011. Cardona Chaves, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional. [Tesis de Maestría]*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2011. pp. 98 y ss.

En el siguiente cuadro se resume la legislación más reciente, sobre este tema:

Documento Jurídico		Contenido
Ley 418 de 1997	Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.	<ul style="list-style-type: none"> • Faculta al gobierno para realizar diálogos de paz, negociaciones y firmar acuerdos con los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley. • Contiene disposiciones para la atención a víctimas de hechos violentos que se suscito en el marco del conflicto armado interno, en materia de salud, vivienda, crédito y educativa, entre otras. • Causales de extinción de la acción penal y de la pena en delitos políticos (amnistías e indultos).
Ley 548 de 1999	Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones.	<ul style="list-style-type: none"> • Prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 por el término de tres (3) años. • Prohibición de prestar servicio militar obligatorio para personas para los menores de 18 años.
Ley 782 de 2001	Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.	<ul style="list-style-type: none"> • Elimina la necesidad de reconocimiento político para las organizaciones armadas. • Concentra en el Presidente de la República la dirección de todo proceso. • Prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999. • Modificaciones de las disposiciones sobre atención a víctimas de hechos violentos en el marco del conflicto armado.

Ley 975 de 2005	<p>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.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Beneficio para desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley: pena alternativa. • Procedimiento para acceder al beneficio contemplado en la Ley. • Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.
Ley 1421 de 2011	<p>Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006..</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Promueve las actividades de desminado humanitario por organizaciones civiles. • Modificaciones en el procedimiento para la concesión de indultos. • Prohíbe establecer “zonas de despeje” para negociaciones con Grupos al Margen de la Ley. • Vigencia de cuatro (4) años a partir de la fecha de su promulgación.
Ley 1424 de 2010	<p>Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de Grupos Organizados al Margen de la Ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se crean el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación y el Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica. • Beneficios para desmovilizados que incurran únicamente en concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal: <ul style="list-style-type: none"> - Suspensión de las órdenes de captura. - Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Ley 1448 de 2011	Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.	<ul style="list-style-type: none"> • Crea una definición de “víctima” que incluye a las víctimas de “crímenes de Estado”. <ul style="list-style-type: none"> • Registro Único de Víctimas. • Medidas de asistencia para las víctimas. • Medidas de reparación integral para las víctimas: rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. • Procedimiento especial para restitución de bienes. • Procedimiento especial para indemnización por vía administrativa. <ul style="list-style-type: none"> • Nueva institucionalidad. • Medidas para la participación de las víctimas.
Decreto 1290 de 2008	Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley.	<ul style="list-style-type: none"> • Indemnización por los delitos de homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente, lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente, tortura, delitos contra la libertad e integridad sexual, reclutamiento ilegal de menores, y desplazamiento forzado. • Procedimiento para el reconocimiento y aplicación de la reparación individual por vía administrativa.
Decreto 3043 de 2006	Por el cual se crea una Alta Consejería en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.	<ul style="list-style-type: none"> • Crea la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas.

5. EL DERECHO A LA PAZ, COMO DERECHO SUBJETIVO:

Todo lo mencionado anteriormente confluye en un tema de vital importancia, y que es el eje fundamental de los procesos transicionales, de la protección

de los derechos de las víctimas y de la justicia misma, siendo un principio fundante del Estado Social de Derecho, como es el *derecho a la paz*, que aunque se mencione de manera abstracta y sea difícil de materializar, es un fin último, anhelado y perseguido constantemente.

Es por ello, que la Constitución Política Colombiana lo menciona en el preámbulo, ocupando un lugar importante en el orden de valores establecidos allí. De igual forma en su artículo 2º se concreta como un fin esencial del Estado, que consiste en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. De otro lado el artículo 22 afirma que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”⁷⁴.

Así, se podría abstraer que la paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del derecho internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender por su logro y mantenimiento⁷⁵.

Como manifestación de este derecho y deber de los ciudadanos colombianos, en medio de la situación que atraviesa el país, es que surgió la Ley 975 de 2005. Esta ley, que tuvo como antecedente los proyectos de Ley 293 de 2005 Cámara y 211 de 2005 Senado, se realizó y justificó con el fin de cerrar la brecha de impunidad y poder sancionar en cierta forma a los actores pertenecientes a grupos armados, para poder reparar a las víctimas del conflicto armado colombiano⁷⁶.

El legislador aprobó la Ley 975 de 2005 como un instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el conflicto armado interno que afecta a Colombia desde hace más de cincuenta años⁷⁷.

Para lograr realizar el valor constitucional de la paz, el Congreso plasmó en la Ley de Justicia y Paz diversas fórmulas que, en términos generales, implican un procedimiento penal especial con incidencia en el ámbito de la justicia, entendida como valor objetivo y también como uno de los derechos de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. *Op. Cit.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ Bernal, Gloria, Álvarez, Nhora. *Aprendizaje Significativo de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, ProFis- GTZ. Bogotá. 2009. Burbidge, Peter. “Justice and peace? – The role of law in resolving Colombia’s civil conflict.” En: *International Criminal Law Review*. Vol 8. 2008 p. 557-587.

Así, se establecen ciertos beneficios de tipo penal y un procedimiento especial ante autoridades judiciales creadas por la misma Ley para quienes deseen, individual o colectivamente, desmovilizarse de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley a los que pertenecen y que quieran reingresar a la vida civil. Ello refleja una decisión de carácter político adoptada por el legislador y plasmada en la ley, en aras de lograr la paz.

6. RUTA JURÍDICA DE LA LEY 975 DE 2005 Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

En primer lugar, cabe aclarar que el procedimiento establecido por la Ley 975 de 2005 no crea una jurisdicción especial, sino que simplemente atribuye a la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial que debe surtirse ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP) y los Tribunales Superiores de Justicia y Paz, de forma tal, que no afecta la estructura general de la administración de justicia, ni se tocan principios generales o aspectos sustanciales de la Rama Judicial del poder público y por ende, el trámite legislativo de esta ley no debe ser por ley estatutaria, como se ha afirmado por algunos⁷⁸.

El esquema procesal de la Ley de Justicia y Paz se inicia cuando el desmovilizado de forma individual o colectiva se entrega al Gobierno Nacional. El Ministerio de Defensa y el Alto Comisionado para la Paz (en la actualidad esas funciones las cumple el Alto Comisionado para la Seguridad Nacional de forma temporal) examinan si se cumplen los requisitos de la desmovilización para poder presentar al desmovilizado la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Allí el ahora denominado postulado, ante un fiscal en una audiencia denominada “versión libre”, debe narrar de forma libre, voluntaria y espontánea todos los hechos delictivos de los que participó o tuvo conocimiento durante su pertenencia al grupo armado.

El fiscal realiza una verificación de todos los hechos confesados. Durante las diferentes audiencias de versiones libres, las víctimas pueden participar y ejercer sus derechos por intermedio de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación;⁷⁹ además la Ley 975 de 2005, en los artículos 50 y 51, creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con funciones de garantizar a las víctimas el cumplimiento de sus derechos y su participación en el proceso.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. *Op. Cit.*

⁷⁹ Sobre el tema de participación de víctimas, puede analizarse con mayor profundidad este tema en el capítulo 3 de este texto denominado “Participación de víctimas”.

Una vez se hayan concluido las versiones libres o se hayan confesado una serie de delitos y se haya realizado la verificación, el fiscal realiza una imputación; no obstante por la dificultad que muestra el proceso se pueden realizar lo que se ha llamado “imputaciones parciales”, las cuales consisten en que a medida que avanzan las versiones libres, se van realizando imputaciones, sin que se agote la investigación de todos los hechos, sino que se hace de forma progresiva y según el criterio del fiscal del caso. Esto lo hace ante un magistrado denominado de “control de garantías”, quien verifica que las acusaciones estén conforme a derecho. Posteriormente se va ante la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz, quienes en últimas mirarán si cumple con los requisitos de la ley (narración completa de la verdad, actos de perdón a las víctimas, entrega de bienes, manifestación de reparación). Luego se realiza una audiencia llamada incidente de reparación, en la cual las víctimas muestran sus pretensiones para ser reparadas y finalmente ellas se materializan en la sentencia, donde además se impone la pena ordinaria y luego, si se ha verificado el cumplimiento de los requisitos de ley se le otorga la denominada “pena alternativa” que, va desde 5 a 8 años según los delitos realizados⁸⁰.

En alguna oportunidad se llegó a pensar que la Ley 975 de 2005 concedía amnistías e indultos⁸¹. Sin embargo, ello no es así, ya que en los procesos de Justicia y Paz se realiza todo un procedimiento que culmina con una sentencia condenatoria, en la que se impone una pena alternativa que debe cumplirse en un establecimiento de reclusión y un período de libertad a prueba, correspondiente a la mitad de la pena alternativa impuesta y cumplida. No existe por lo tanto una extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas.

Tampoco existe la concesión de un indulto, porque una vez impuesta la pena en la sentencia judicial, ella debe cumplirse. Es decir, la Ley 975 de 2005 no contiene una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal –si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia–, lo cierto es que, aun así, no

⁸⁰ FORER, Andreas. GUERRERO, Alejandro. “La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia”. En: *Iberoamericana No. 38. América Latina – España – Portugal*. Madrid: 2010.

⁸¹ RODRIGUEZ FELIZZOLA, Evaristo Rafael. “Indulto encubierto a paramilitares y capitulación de la Corte Constitucional” En: *Revista Pensamiento Jurídico No. 17. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*. Universidad Nacional (Sede Bogotá) Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Noviembre-Diciembre 2006.

desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede –con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló– hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca⁸².

La Corte Constitucional ha dado algunos parámetros que tienen que ver con procesos de consolidación de la paz en asuntos como los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación, la no repetición, la razonabilidad de los términos judiciales, las condiciones en que pueden ser concedidas amnistías o indultos, la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de determinados delitos, y la necesidad de que ciertos recursos judiciales reconocidos dentro del proceso penal se establezcan no sólo a favor del procesado sino también de las víctimas, cuando el delito constituye un grave atentado en contra de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario⁸³.

En este punto es relevante mencionar la importancia que ha tenido la sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, en la que se hizo el principal análisis de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 respecto a algunos artículos demandados. En ella se realizó el análisis de constitucionalidad por medio del método de la ponderación, teniendo en cuenta que se plantea un problema jurídico en el contexto de un modelo de justicia transicional, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber: la justicia, la paz y los derechos de las víctimas a una reparación integral⁸⁴.

El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos⁸⁵.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, *Op. Cit.*

⁸³ Corte Constitucional, sentencias C- 228 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, en donde se trataron los derechos a la verdad la justicia y reparación. Sentencia C-178 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C- 578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, sobre asuntos relevantes a la hora del diseño legal de mecanismos de justicia de transición. Sentencia C-580 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil en la que se refirió a la imprescriptibilidad de la acción penal frente a las graves violaciones de derechos humanos. Sentencia C- 004 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-1267 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes en la cual se explicó que una condena penal impuesta podía verse agravada en segunda instancia, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte civil, por cuanto a la víctima del delito era titular del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, con miras a satisfacer sus derechos subjetivos a la verdad, la justicia y la reparación. Finalmente la sentencia T- 249 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en donde se abordó el derecho colectivo a la verdad.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. *Op. Cit.*

⁸⁵ *Ibidem.*

Se trata de una decisión política y práctica del legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como sus demás derechos, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados, denominado *alternatividad penal*.

En el concepto de *alternatividad penal* adoptado en la Ley 975 de 2005, la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia.

A partir de lo mencionado anteriormente se pueden extraer los siguientes elementos sobre la pena alternativa⁸⁶:

- (i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, la cual responde a características y propósitos específicos.
- (ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria.
- (iii) Tiene carácter alternativo: en efecto, la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior, de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.
- (iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurran los presupuestos específicos previstos en la ley y se cumplan obligaciones establecidas en la sentencia.
- (v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años.
- (vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba.
- (vii) Tiene el efecto de extinguir la pena ordinaria inicialmente determinada cuando se cumplen las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y se cumple con las establecidas en el período de prueba.

⁸⁶ *Ibidem*.

8. Puede revocarse cuando durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley. Por lo tanto se hacen efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia⁸⁷.

7. BALANCE ESTADÍSTICO PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ⁸⁸

En este documento es relevante hacer la presentación de las cifras con el fin de poder ver la panorámica actual del proceso, los avances que ha tenido durante más de seis años y particularmente para analizar posteriormente el tema de participación de víctimas en el proceso y la importancia de realizar una selección y priorización de delitos⁸⁹.

De acuerdo a los datos suministrados por la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, se presentaron algunos resultados. En primer lugar se tiene que el número postulados es de 4634. En cuanto a los hechos enunciados y confesados, se tienen 27.534 hechos confesados y 34.441 víctimas relacionadas con los hechos confesados⁹⁰.

Dentro de los tipos penales más representativos en los hechos enunciados durante las versiones libres, se tienen : homicidio (17.324); desplazamiento (7799); desaparición forzada (2658); reclutamiento ilícito (1448); extorsión (529); masacres (747); secuestro (1226); tortura (490); constreñimiento ilegal (200); violencia sexual (55); hurto (1686); lesiones personales (334); actos de terrorismo (113); tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (62); toma de

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Información obtenida de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (Información en proceso de consolidación) a 30 de septiembre de 2011. Se debe hacer una aclaración respecto a la evolución de estas estadísticas y es que no son congruentes con las que periódicamente se han venido presentando, y antes de presentar datos que reflejen veracidad lo que hace es crear incertidumbre y desconfianza, ya que en la mayoría de los datos las cifras disminuyen, en vez de aumentar su número, como debería ser en un proceso que demuestre el trabajo de estos 6 años. Vale la pena aclarar que en cifras anteriores del 31 de enero de 2011 se presentaban datos como el número de víctimas relacionadas con los hechos confesados el cual era de 62.790 y en el reporte de septiembre de 2011, desciende drásticamente a 34.441. Esto demuestra una falta de organización respecto a la publicación y seguimiento de las cifras del proceso. Véase estas cifras en: FORER, Andreas. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia". En: AMBOS, Kai. (Coord). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. ProFis- GIZ; Embajada de al República Federal de Alemania. Bogotá. 2011. P. 229, pp. 3.

⁸⁹ Sobre el tema de participación de víctimas y priorización y selección de crímenes y delitos, se hace un desarrollo amplio en los capítulos 3 y 4 de esta misma obra.

⁹⁰ Información obtenida de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (Información en proceso de consolidación) a 30 de septiembre de 2011.

rehenes (14); contribuciones arbitrarias (711); destrucción y apropiación de bienes protegidos (133)⁹¹.

Las víctimas en el proceso juegan o deben jugar un papel primordial. Dentro de los tipos de víctimas se han registrado: mujeres (5471); niños (2235); servidores públicos (415); sindicalistas (169); indígenas (260); miembros del partido político desaparecido Unión Patriótica (50); periodistas (17); miembros de ONG (10), defensores de derechos humanos (8) y de otras víctimas (25.882)⁹².

Otro aspecto relevante, es en cuanto a la búsqueda de desaparecidos, en el cual se tienen 3507 fosas encontradas, 4336 cuerpos encontrados, 841 cuerpos con identificación y 1378 cuerpos entregados a familiares⁹³.

En cuanto a las jornadas de atención a víctimas⁹⁴—punto central del proceso de Justicia y Paz en cuanto desarrolla el principal punto de contacto de las víctimas con el proceso, con el fin de obtener los fines establecidos por la ley de Verdad, Justicia y Reparación⁹⁵— en el año 2006 se realizaron en 18 municipios con un total de 1802 víctimas; en el 2007 se incrementó el número realizando 89 jornadas con una participación de 15.704 víctimas; en el 2008 se paso a 104 municipios con una participación de 24.865 víctimas asistentes; en el 2009 se realizaron jornadas en 162 municipios con un número de 42.456 víctimas participantes; en el 2010 188 jornadas en donde participaron 28.868 víctimas y finalmente, durante el año 2011, entre el 1 de enero al 31 de julio, se han realizado 120 jornadas con la asistencia de 17.257 víctimas. Todo lo anterior para un total de 681 municipios donde se han realizado jornadas de atención a víctimas con la participación de aproximadamente 131.257 víctimas.

En cuanto a la estrategia de compulsación de copias se tiene que a 2011 se han compulsado copias a: Políticos (534) compuesto por Alcaldes (298); Representantes a la Cámara: (48); Senadores (68); Diputados: (37); Gobernadores (33), y, Concejales (50). Miembros de la Fuerza Pública (551), compuesto por: Oficiales de la Armada (6); Suboficiales de la Armada (1); Oficiales del Ejército (206); suboficiales del Ejército (65); Oficiales Policía Nacional (131); Suboficiales de la Policía Nacional (141) y Oficiales de la Fuerza

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Estos datos están disponibles en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/EXH/imagenes/mapa%20de%20colombia.pdf>. Datos consolidados hasta el 31 de octubre de 2011. Cabe resaltar que dentro de los datos presentados son los únicos que muestran un crecimiento coherente de las cifras.

⁹⁴ Sobre este punto en particular, se desarrollará más ampliamente en el capítulo 3 sobre participación de víctimas en Justicia y Paz.

⁹⁵ Ley 975 de 2005. Artículo 4°. *Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación y Debido Proceso*. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

Aérea (1); Servidores Públicos (194) y terceras personas y desmovilizados (5.184).

En relación con el agotamiento de las etapas del proceso penal establecido en la Ley de Justicia y Paz los datos son los siguientes: postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de imputación (531); postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de formulación de cargos (201); postulados que terminaron formulación de cargos en espera de realización de audiencia de control de legalidad (105); postulados a quienes se les ha realizado audiencia de legalización de cargos (35); postulados en incidente de reparación (4); postulados con sentencia en Justicia y Paz (8).

Con todo lo anterior, se puede colegir, que el proceso especial de Justicia y Paz no ha sido fácil, antes bien presenta una complejidad extrema, sobre todo en la primera fase de investigación, particularmente por el número de víctimas dentro del proceso y debe propenderse por la participación de éstas, por el recaudo probatorio, por las manifestaciones de confesión de los postulados en el proceso que ayudan al esclarecimiento de la verdad y que son una base para las medidas de reparación en una oportunidad procesal posterior. Así mismo, deja ver que durante la actuación insurgente en Colombia no sólo fueron actores ilegales los que participaron criminalmente, sino que en ellos había importantes actores representantes del Estado.

8. UN PROCESO ESPECIAL, CON POCOS FALLOS DEFINITIVOS

La primera sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se dio con ocasión del proceso en contra de Wilson Salazar Carrascal, alias "El Loro"⁹⁶; en donde se decidió decretar la nulidad total la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que fue la primera sentencia dentro del proceso de Justicia y Paz⁹⁷.

En el fallo se reformula el tema de las imputaciones parciales, colocándolas como excepcionales⁹⁸, y ordena a la Fiscalía General de la Nación a que realice un análisis en donde se examinen las violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos realizadas por los Grupos Armados Organizados al

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2009. Radicado 31539. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁹⁷ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 19 de marzo de 2009. Rad. 11001600253200680526. M.P. Eduardo Castellanos Roso.

⁹⁸ "Sin embargo, 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." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2009. Radicado 31539. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Margen de la Ley y no, como se ha venido realizando, en conductas individuales de los miembros de estos grupos; es decir, tiene que hacerse un análisis del contexto del conflicto y del actuar del grupo armado con el fin de que se puedan realizar imputaciones en el marco del derecho internacional y el bloque de constitucionalidad⁹⁹.

Por otro lado, es un fallo transversal, ya que logra recapitular todas las etapas del proceso, haciendo un recorrido jurisprudencial de los distintos momentos procesales y dificultades del procedimiento de Justicia y Paz, con el fin de que se disipen aquellas dudas y vacíos planteados en el pasado, unificando y dando una dirección jurisprudencial a todos los operadores de este proceso.

Posteriormente se han proferido por parte del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz cuatro fallos, uno de ellos con sentencia definitiva y los demás en etapa de apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El primero de ellos fue el proferido el 29 de junio de 2010, en contra de Edwar Cobos Téllez alias “Diego Vecino” y Uber Enrique Banquéz alias “Juancho Dique”, por los hechos ocurridos el 10 y 11 de marzo de 2000 en las poblaciones de Mampuján y San Cayetano quienes fueron comandantes del Bloque Montes de María y Frente Canal del Dique respectivamente¹⁰⁰. Fueron condenados (entre otros) por los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado. Dentro de este proceso se reconocieron a 1444 víctimas. “Diego Vecino” fue condenado a la pena principal de 39 años de prisión y “Juancho Dique” a 38 años y 5 meses. A los dos se les concedió la pena alternativa máxima en Justicia y Paz de 8 años de prisión.

En el fallo¹⁰¹ hubo un desarrollo particular por no sólo develar la verdad procesal de los hechos, sino que también hubo un acercamiento a la verdad histórica de los mismos. Esto se debe a que el trabajo realizado en la legalización de cargos parte del análisis de los hechos y los delitos por los cuales se va a condenar a los desmovilizados, lo que implica a su vez una evaluación y consideración de aspectos como caracterización, génesis,

⁹⁹ “La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2009. Radicado 31539. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁰⁰ Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Rad. 110016000253200680077. Sentencia del 29 de junio de 2010 M.P. Uldi Teresa Jiménez.

¹⁰¹ Para mirar un análisis de esta sentencia se puede consultar el texto: APONTE, Alejandro. *El Proceso Penal Especial de Justicia y Paz*. Op.Cit. p. 212-269.

evolución, estructura y organización, fuentes de financiamiento, armamento utilizado y contexto del actuar criminal del grupo.

Este se refleja en el contenido de la sentencia, en donde a pesar de hacer una gran recopilación de la información de la legalización de cargos se hace un documento judicial compacto en el cual, además de tener esta relación de hechos y de contexto se concentra en la reparación y en el análisis de punibilidad de los postulados. Así la consecuencia de esta labor, en particular para el presente caso, fue brindar una contextualización de las conductas cometidas al derecho internacional, pero aplicando el principio de legalidad estricto según la comisión del delito en la época de los hechos¹⁰².

Uno de los puntos de estudio de la sentencia fue el tema de las reparaciones, en especial el punto de las reparaciones colectivas, ya que no fue discutido y desarrollado en el contexto de violaciones sistemáticas y generalizadas contra la población civil en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. La forma en que se ha pretendido reparar colectivamente fue controvertida, ya que desborda la responsabilidad individual de los postulados condenados, y pasaría el Estado (en los términos de la responsabilidad subsidiaria de la cual se enunció en la sentencia de la Corte Constitucional C- 370 de 2006, en donde se determinó que se debe satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas, luego de que se haya comprobado la imposibilidad del pago por parte de los postulados)¹⁰³ a responder directamente. Este tema fue uno de los motivos de apelación ante la Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁴

Respecto a la reparación individual, la Sala realizó una evaluación de los diferentes sistemas de reparación a nivel nacional (Corte Suprema de

¹⁰² Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Rad. 110016000253200680077. Sentencia del 29 de junio de 2010 M.P Uldi Teresa Jiménez. : "En síntesis, se condenará a estos desmovilizados postulados por graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, por que como actores del conflicto armado atentaron contra la población civil al desplazarla de su territorio, al atacar contra la vida de no combatientes y al saquear sus propiedades luego de la incursión, aclarando que en respeto al principio de legalidad taxativo, la tipicidad se hizo de cara a delitos comunes, atendiendo la fecha de ocurrencia de los hechos. Pero además como autores de crímenes de Lesa Humanidad, por que no se trató de conductas punibles aisladas; La generalidad, sistematicidad, comisión de actos inhumanos y los destinatarios de estos ataques –la población civil- permiten concluir que la pertenencia al grupo de autodefensas (concierto para delinquir), el desplazamiento forzado de los pobladores de San Cayetano y Mampuján y las ejecuciones extrajudiciales deben ser calificadas como crímenes de Lesa humanidad".

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006. *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Los fundamentos de las apelaciones giraron en torno a la imposición de cargas a la Fiscalía General de la Nación, tales como la creación de una Sub- unidad especial para la identificación y persecución de bienes de los postulados, que puedan estar en cabeza de terceros, de ex congresistas condenados e investigados por la denominada "parapolítica" y de los ex comandantes de las AUC fallecidos que se encuentren en cabeza de sus herederos. Así mismo, las apelaciones pidieron la nulidad de lo actuado a partir del Incidente de Reparación hasta la sentencia, ya que se impusieron obligaciones al Estado, en sus diferentes instituciones, sin que éste hubiera sido vinculado al proceso, razón por la cual no fue escuchado ni fue vencido en juicio. Otro de los argumentos se basó en el daño individual, sobre el que no habría mayor discusión ya que se han desarrollado suficientemente unos criterios por la Jurisdicción civil y administrativa en estos temas y sólo habría que demostrar el daño, el nexo causal y el hecho generador del mismo. En: Forer, Andreas. "Sentencia sobre la masacre de Mampuján: ¿crónica de una nulidad anunciada?. Columna de opinión " En: El Espectador, 14 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna-229687-sentencia-sobre-masacre-de-mampujan-ronica-de-una-nulidad-anunciada> (12.12.2011).

Justicia, Consejo de Estado y reparación administrativa del Decreto 1290 de 2008), efectuando una comparación entre diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en donde se condena a Colombia, con el fin de realizar la evaluación de los daños y perjuicios y poder decretar las reparaciones.

El Tribunal decreta por ejemplo, la construcción de varias escuelas, 2 escenarios deportivos, arreglo de las vías que comunican con las diferentes veredas, construcción de 3 puentes, adecuación de pozos de agua, construcción de redes eléctricas, construcción de un centro comunitario y de comercialización, un kit de maquinaria agrícola, un camión para la comunidad, entre otros y que en últimas tiene como responsable para su cumplimiento el Estado.

Así, el Tribunal de Justicia y Paz tomó la decisión de fallar en equidad, argumentando que hay una imposibilidad de evaluar las reglas probatorias para el daño material e inmaterial, por el alto número de víctimas y la masividad de violaciones a los Derechos Humanos.

De esta forma, el 27 de abril de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁵, resolvió sobre la apelación de este proceso, confirmando en su mayoría la decisión que tomó el Tribunal de Justicia y Paz, pero modificando y sugiriendo algunos puntos.

Uno de los ítems que ocupó un mayor desarrollo por parte de la Corte fue el tema de las reparaciones individuales, en especial el punto de la reparación en “equidad”. La Corte revocó la interpretación de la primera instancia analizando dos puntos: 1. Para la tasación de los perjuicios, no era necesario realizar comparaciones entre los modelos de reparación en la jurisprudencia, la legislación colombiana y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solamente se tenían que ceñir a los criterios que ofrece el Consejo de Estado para reparaciones individuales. 2. El incidente de reparación fue el espacio idóneo donde se discutió probatoriamente la prueba del daño, por ello, no cabe decir que no existieron pruebas ya que hubo un debate probatorio, y si hubo algunas víctimas que no lograron aportar pruebas o no fueron suficientes, en su momento debieron hacer las gestiones necesarias para probar sus pretensiones reparatorias¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de abril de 2011. M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁰⁶ Así lo expresa la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de abril de 2011. M.P. María del Rosario González de Lemos: “A los criterios de equidad se recurrió, dice, argumentando la imposibilidad de probar los daños, pero si esa tal situación se presentó, debía conducir al rechazo de las pretensiones o a ordenar de oficio las pruebas necesarias para fallar. Además, aduce, resulta un contrasentido condenar por un daño no acreditado, reparar por igual a quienes demuestran perjuicios por montos diferentes y extender la decisión a cuestiones no solicitadas, como ocurre en este caso, pues de considerar válidos esos parámetros el trámite del incidente de reparación es innecesario.”

De otro lado, también se pronunció acerca de las ordenes que el Tribunal de Justicia y Paz realizó hacia el Gobierno Nacional, en la ejecución de algunos plazos para obras de infraestructura en la población de Mampuján, y de otras ordenes a la Fiscalía General de la Nación para crear la Sub- Unidad de bienes, a lo cual la Corte reiteró que sólo se podían realizar exhortaciones¹⁰⁷, mas no ordenes a otra institución.

El segundo fallo proferido por la Sala de Justicia y Paz, que está actualmente en etapa de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, es del 2 de diciembre de 2010, en contra de Jorge Iván Laverde Zapata alias “El Iguano”, comandante del frente fronteras de las AUC¹⁰⁸. En el fallo se estudiaron 32 hechos, cometidos entre 1996 y 2003, por los cuales se condenó por los delitos de homicidio en persona protegida, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, actos de terrorismo, tortura, secuestro simple, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, destrucción y apropiación de bienes protegidos, exacción o contribuciones arbitrarias, daño en bien ajeno, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas armadas. Se registraron dentro de este fallo 170 víctimas directas de homicidio; 16 de desplazamiento forzado, 2 de secuestro y 1 de delito contra el patrimonio económico. Por lo anterior, se condenó a la pena principal de 40 años de prisión y a la pena alternativa de 8 años de prisión.

Respecto a la estructura de la sentencia, el Tribunal siguió las mismas ideas que se trabajaron en el fallo de Mampuján y realizó el análisis de tipificación de delitos y principio de legalidad estricto respecto de los delitos por los cuales fue condenado el postulado, que en esta oportunidad ahondó en el estudio de la jurisprudencia y doctrina internacional en la materia, de forma más profunda que en la sentencia de Mampuján, concluyendo que los delitos estudiados correspondían a crímenes de lesa humanidad y violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, pero que debían sancionarse según la legislación penal nacional vigente¹⁰⁹. Lo anterior se hizo teniendo en

La aplicación de los criterios de equidad en este caso carece de fundamento, pues los fallos de donde se toman esas pautas, indicados en la decisión, se emitieron en un escenario internacional donde se examinó la responsabilidad del Estado Colombiano como primer obligado a indemnizar a las víctimas. Colombia no tiene dicha calidad en el ámbito de la justicia transicional, donde sí la ostentan el postulado y su grupo, en quienes recaer prioritariamente el deber de reparar a los perjudicados con su accionar”.

¹⁰⁷ En la parte resolutive del fallo se ordenó en este sentido: “4. MODIFICAR el numeral séptimo de la parte resolutive del fallo impugnado en el sentido de aclarar que todas aquellas medidas de rehabilitación, satisfacción, no repetición y colectivas por medio de las cuales se imparten ordenes a las diversas autoridades estatales se deben entender como exhortaciones para su cumplimiento, excepción hecha de las medidas de satisfacción de carácter simbólico y de no repetición contempladas en los apartados 358, 359, 360 y 362 de la sentencia. Por la misma razón, se revocan los plazos establecidos para el cumplimiento de las obras públicas y programas ordenados”.

¹⁰⁸ Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 2 de diciembre de 2010. Rad. 110016000253200680281. M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

¹⁰⁹ Así mismo el Tribunal dentro de este proceso ha expresado: “En desarrollo de las distintas etapas por las que transcurrió el proceso, JORGE IVAN LAVERDE ZAPATA aceptó su responsabilidad en la comisión de los delitos de concierto para delinquir;

cuenta la decisión de la Corte Suprema de Justicia, respecto al análisis que se hiciera en anterior oportunidad sobre la legalización de cargos que se le imputaran a alias “El Iguano”¹¹⁰.

En el tema de reparación, se realizaron las mismas consideraciones que en la sentencia que condenó a “Diego Vecino” y “Juancho Dique”, fallando en equidad y siguiendo el mismo esquema de reparación colectiva.

La importancia de este fallo es que, en armonía con lo dicho en la respectiva legalización de cargos, se hizo una condena a uno de los dirigentes de las Autodefensas Unidas de Colombia, en donde se realizó un análisis histórico de la situación vivida en la ciudad de Cúcuta durante la fecha de los hechos.

Un cuarto fallo del Tribunal de Justicia y Paz, se profirió el 29 de junio de 2011¹¹¹ en contra de Aramis Machado Ortiz, quien pertenecía al Frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, y en donde se condenó por los delitos de concierto para delinquir agravado, fuga de presos, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y fabricación, tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. No se registraron víctimas en los hechos en contra del postulado y se condenó a una pena principal de 35 años, 3 meses de prisión y a una pena alternativa de 6 años.

El fallo transcribe el contexto histórico del Bloque Catatumbo, que se desarrolló con ocasión de la legalización de cargos y la sentencia en contra de alias “El Iguano”, por lo que en las demás consideraciones jurídicas, al ser pocos los delitos que se le imputaron al condenado fueron breves.

Esta sentencia se apeló ante la Corte Suprema de Justicia por el tema de las reparaciones colectivas, ya que a juicio de los demandantes no fue tomado en cuenta el daño colectivo, teniendo en consideración que este postulado hacia parte de una organización criminal y no se consideró este punto dentro del fallo. Así mismo se apeló, por la prescripción de algunos delitos, que a juicio de la Procuraduría se condenaron estando ya prescritos.

El 01 de diciembre de 2011, el Tribunal de Justicia y Paz¹¹² profirió su quinto fallo, en contra de José Manuel Hernández Calderas, alias “Platino”; Wilmer

homicidio en persona protegida; homicidio agravado, calificación que se dio para los delitos cometidos antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000 y con fundamento en ello, determinar la pena, en aplicación estricta del principio de legalidad, pese a que se logró determinar que constituían crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad (...)."

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2010. Rad. No. 33301. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹¹¹ Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de junio de 2011. Rad. 110016000253200782790. M.P. Alexandra Valencia Molina.

¹¹² El Tiempo. Sección Judicial. *Dictarán primera sentencia por violencia sexual de las Auc*. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/primer-sentencia-por-violencia-sexual-de-las-auc_10863407-4 (05.12.2011).

Morelo Castro, alias “Boqui”; y José Rubén Peña, alias “Lucho”, en donde condenaron por los delitos de homicidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado, extorsión, lesiones personales y acceso carnal violento, se registraron aproximadamente 300 víctimas dentro de este fallo. Fueron condenados a la pena principal de 40 años y a la pena alternativa de 8 años de prisión¹¹³.

Más recientemente, el 09 de diciembre de 2011 hubo lectura de la sentencia en contra de Edgar Ignacio Fierro, alias “Don Antonio”, ex jefe del frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC, en donde se condenó entre otros por los delitos de concierto para delinquir, desplazamiento forzado, tortura, reclutamiento ilícito, secuestro, hurto, homicidio, acceso carnal violento y terrorismo. Se registraron aproximadamente 2500 víctimas y se condenó a la pena principal de 40 años y se le concedió una pena alternativa de 8 años de prisión¹¹⁴.

Así mismo, se espera que al finalizar el año se profieran las sentencias en contra de José Barney Veloza García, hermano del jefe paramilitar alias “HH” y en contra de Freddy Rendón alias “El Alemán”, el cual sería un fallo esperado del proceso de Justicia y Paz, ya que además de ser uno de los jefes representativos, se le va a condenar por el reclutamiento ilícito de 329 menores de edad¹¹⁵.

Finalmente se puede decir que, parte de la demora en que se profieran sentencias judiciales definitivas, es que la dinámica propia del proceso permite que en cada actuación se concedan recursos ante la Corte Suprema de Justicia, de ahí que sólo se resuelvan aspectos puntuales del motivo de la apelación y vuelvan al Tribunal de origen para la siguiente actuación dilatando el ejercicio propio del proceso.

Es por ello que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene la tarea de fijar unos criterios más específicos, especialmente en materia de reparación y en otros temas que son objeto de revisión por este alto tribunal, con el fin de ayudar al avance del Proceso Especial de Justicia y Paz, para que se puedan proferir fallos con vocación de permanencia. Estas dilaciones por el examen de la Corte Suprema de Justicia en cada situación individual son propias del modelo judicial en el cual se realiza este esquema de justicia transicional, en particular para el tema de las reparaciones. Por ello, ya que el juez, que es

¹¹³ Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 01 de diciembre de 2011. Rad. 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. M.P. Léster María González Romero.

¹¹⁴ Para información sobre este fallo puede verse en la página de verdad abierta, disponible en: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/83-juicios/3749-8-anos-pagara-don-antonio-por-mas-de-100-homicidios/> (13.12.2011).

¹¹⁵ Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Legalización de cargos del 23 de septiembre de 2011. Rad. 110016000253200782701. M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

un funcionario público está obligado a acatar estrictamente las leyes, no tiene otra salida que asumir este camino, así sea dilatado, y en consecuencia se hace necesario una reforma de ley para cambiar el esquema de reparación a las víctimas, o en su defecto sacar el tema de reparación del proceso judicial para analizarlo en otra etapa de una forma más adecuada.

CONCLUSIONES

El proceso de Justicia y Paz en Colombia es un modelo interesante de justicia transicional y teóricamente presenta un modelo en el que se promueve una mayor rapidez en el juzgamiento de los crímenes internacionales y graves violaciones de Derechos Humanos, ya que se parte de un incentivo para lograr mayores confesiones por parte de los desmovilizados.

Las cifras altas en cuanto a los hechos cometidos, los cuerpos identificados y las fosas encontradas muestran que hay numerosos avances en la búsqueda de la verdad, esclarecimiento sobre los hechos delictivos, y son los primeros pasos hacia el enjuiciamiento y reparación integral a las víctimas¹¹⁶. Sin Justicia y Paz, no se hubieran podido encontrar este número de desaparecidos, y los hechos confesados hubieran quedado probablemente en la impunidad.

Un resultado de gran significado social, que ha dejado al descubierto la relación entre miembros estatales, políticos y militares con los grupos paramilitares, ha sido la apertura de investigaciones de la justicia ordinaria a miembros de las fuerzas armadas, servidores públicos y políticos de los cuales hay Alcaldes, Concejales, Senadores, Representantes a la Cámara, Gobernadores y Diputados a Asambleas Departamentales¹¹⁷.

Así mismo es importante resaltar la alta participación de las víctimas en los diferentes municipios durante las jornadas de víctimas¹¹⁸ y las diligencias de versión libre.

¹¹⁶ FORER, Andreas. "Estado actual, perspectivas y Retos del proceso especial de Justicia y Paz." En: *Periódico Al Derecho*. Universidad de los Andes. Edición 14. Bogotá. Octubre de 2009.

¹¹⁷ El Espectador. Sección Judicial, 24 de julio de 2009 en: <http://www.elespectador.com/articulo152461-mas-de-4-mil-casos-de-menores-desmovilizados-manaja-el-icbf>. (22.01.10).

¹¹⁸ Sobre esto la Comisión Interamericana de Justicia en sus recomendaciones al proceso de Justicia y Paz, resaltó como punto positivo el acercamiento a las víctimas y las posibilidades de participación efectiva en el proceso, y el logro de sus derechos consagrados nacional e internacionalmente. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas Iniciales del Proceso de Desmovilización de las Auc y Primeras Diligencias Judiciales*. 2 de octubre de 2007. Párrafo 59: "Con el inicio de las diligencias de versiones libres se generó un importante debate en torno a la asistencia de las víctimas dadas las dificultades de traslado a las ciudades donde se rinden dichas versiones. La legitimidad del proceso sigue dependiendo de la forma en que estos problemas sean solucionados, y de cómo se garantice la transparencia de todas las etapas judiciales del proceso, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2007, Capítulo IV, Colombia, Párrafo 26: En cuanto a la participación de las víctimas en el proceso, (...) Se ha constatado que las víctimas no escatiman esfuerzos para poder presenciar las versiones libres, a pesar de que carecen de recursos para solventar los gastos requeridos".

Todo lo anterior fue posible a pesar de algunos límites fácticos, como la permanencia actual del conflicto interno que restringe las actividades de investigación y juzgamiento. La adaptabilidad de las instituciones estatales al proceso de Justicia y Paz, como la creación de una unidad especial en la Fiscalía, una institución nueva como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), y la asignación de nuevas funciones a la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, han necesitado un tiempo prolongado para efectuar adecuadamente sus funciones¹¹⁹.

Por falta de recursos técnicos, económicos y de personal la Fiscalía General de la Nación inicialmente operaba desde 3 ciudades (Bogotá, Medellín, Barranquilla) y sólo a lo largo del 2008 se pudo ampliar su campo de acción a otras ciudades. La Defensoría del Pueblo asumió muy tarde su rol en la defensa activa de las víctimas y la CNRR por falta de un mandato claro en la Ley de Justicia y Paz no asumió claramente sus funciones. Básicamente la CNRR debe asumir dos funciones claras: elaborar propuestas legislativas en Justicia y Paz y la de preservar la memoria histórica del conflicto.

El grupo de Memoria Histórica de la CNRR ha realizado 6 informes sobre temas que han sido importantes en el conflicto armado interno en Colombia, estos han sido sobre la masacre de Trujillo ocurrida en 1990 en el departamento del Valle del Cauca, la masacre de Bahía Portete ocurrida en 2004 en la Guajira, la masacre de Bojayá en 2002, con ocurrencia en el departamento del Chocó; la masacre de la Rochela en 1989 en el departamento de Santander; la masacre del El Salado realizada en los Montes de María en el año de 1997 y la masacre del El Tigre en Putumayo el 9 de enero de 1999¹²⁰.

Las cifras demuestran avances respecto de la investigación de delitos. Sin embargo llama la atención que hay una falencia en la confesión y la investigación de otros tantos. Por ejemplo los pocos casos de violencia sexual confesados (55)¹²¹, se contrastan con el carácter generalizado de la violencia sexual en el conflicto armado colombiano¹²². Igualmente ocurre con el tema de desplazamiento forzado. Probablemente Colombia tiene por lo menos tres millones de personas que fueron desplazadas por la violencia¹²³,

¹¹⁹ Sobre el desarrollo de estas funciones se puede consultar mas ampliamente en el capítulo 3, sobre participación de víctimas.

¹²⁰ Estos informes están disponibles en : <http://memoriahistorica-cnrr.org.co/s-informes/> (15.12.2011).

¹²¹ Para ver una visión crítica respecto del proceso de Justicia y Paz, sobre el tratamiento de víctimas mujeres: Casa de la Mujer y Ruta Pacífica de las Mujeres. "Las violencias sexuales contra las mujeres en Colombia". En: *Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado. IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Bogotá. 2009. p. 31 ss.

¹²² CAICEDO, LUZ Piedad. BUENAHORA, Natalia. BENJUMEA, Adriana. *Guía para llevar casos de violencia sexual*. Humanas, Ed. Antropos. Bogotá. 2009. p.17; CHAPARRO, Liliana. "Ley de justicia y paz. Se perpetúa la impunidad de los crímenes sexuales y de género cometidos contra las mujeres." En: BUESO, Margarita (Coord.). *¿Justicia desigual? Género y derecho de las víctimas en Colombia*. Ed. Pro- Offset S.A. Bogotá. 2009. p. 87.

¹²³ Sobre este punto se puede ver la nota en El Espectador, en al cual narra que mas del 17% de los desplazados lo son

los desmovilizados en las versiones libres confesaron apenas 7799 casos. Por lo tanto la investigación y verificación de los delitos confesados, debería enfocarse en probar la sistematicidad y la generalidad característica del conflicto armado. Además debe analizarse con responsabilidad el tema del manejo de las cifras, específicamente por la Fiscalía General de la Nación, ya que en datos de confesiones del delito de homicidio el 31 de enero de 2011 se tenía la cifra de 43.210 y para el 30 de septiembre disminuye a 17.324, por lo que estos datos son inverosímiles y carecen de credibilidad.

Lastimosamente luego de casi seis años no hay un número de condenas significativas, lo que no se puede justificar ni con falta de recursos, ni con la complejidad o cantidad de los delitos, ni con la comparación de otros escenarios internacionales. A diferencia de ellos el proceso colombiano parte de una confesión de los delitos y no de casos contenciosos. Por otro lado la cantidad de desmovilizados que están en Justicia y Paz, la cantidad de los delitos confesados y los que faltan por confesar hace necesario una estrategia transparente de priorizar ciertos delitos y ciertas investigaciones¹²⁴. Además se debe buscar y priorizar algunas regiones características, en donde actuaban unos grupos armados emblemáticos. Así las investigaciones deben concentrarse en los perpetuadores que cometieron los delitos más graves y tenían cierto grado de poder. Sin esa priorización¹²⁵, y sin una selección clara y transparente se pone en riesgo los derechos de las víctimas a un proceso rápido que esclarezca lo sucedido y que juzgue a los victimarios oportunamente.

La cantidad de delitos dentro del proceso de Justicia y Paz, y la cantidad de desmovilizados, coloca en riesgo el funcionamiento de la justicia, congestionando el sistema judicial, por lo tanto habría que buscar soluciones alternativas. Así la Corte Suprema de Justicia hace un llamado al gobierno colombiano para establecer una comisión de la verdad que pueda trabajar integralmente los hechos de la violencia paramilitar¹²⁶. Se puede pensar en

por causa de la violencia sexual de los grupos armados. Disponible en: <http://elespectador.com/noticias/judicial/articulo-316386-mas-del-17-de-los-desplazados-son-violencia-sexual> (13.12.2011).

¹²⁴ SAFFON, María Paula. "Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience". En: Bergsmo, Morten (Ed). *Forum for International Criminal and Humanitarian Law. Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. International Peace Research Institute (PRIO). Oslo. 2009. Pág. 93- 102. Ambos, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "Justicia y Paz" en Colombia*. ProFis- GTZ. Bogotá. 2010. Pág. 213. AMBOS, Kai. (Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. ProFis- GIZ; Embajada de al República Federal de Alemania. Bogotá. 2011.

¹²⁵ Sobre la necesidad de una selección y priorización de casos en el proceso de Justicia y Paz, se puede ver mas ampliamente en el capítulo 4 de este libro.

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2009. Rad. 32.022. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Numeral 3.

crear comisiones de la verdad en asuntos específicos, como es el tema de la reparación¹²⁷.

Es cierto que estas comisiones pueden actuar con mayor agilidad y flexibilidad que las instancias judiciales¹²⁸, y pueden cumplir funciones complementarias. Sin embargo, la experiencia internacional ha demostrado que las comisiones de la verdad están lejos de ser la fórmula mágica para superar los conflictos¹²⁹. Por ello, hay que reconocer los límites de la verdad¹³⁰, y ver la contraposición, es decir el derecho a olvidar que tienen los pueblos para la superación de un conflicto, mientras este sea voluntario y no impuesto¹³¹.

La reparación de las víctimas, se caracteriza por su complejidad y pluralidad de vías por medio de las cuales una persona podía acceder a la reparación.¹³² Si el victimario pertenecía a un Grupo Armado al Margen de la Ley, la víctima tiene la posibilidad de acudir a la reparación administrativa (creada por el Decreto 1290 de 2008, pero que tuvo vigencia hasta abril de 2010), y existe la posibilidad de tener una reparación también por medio de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) y además puede obtener reparación judicial dentro del proceso de Justicia y Paz donde la reparación depende de la confesión del victimario y de lo que se pruebe durante el incidente de reparación integral. Por otro lado si el victimario pertenecía al Estado, la víctima debe buscar un medio de reparación por la vía contencioso administrativa.

Por ello, debe darse una claridad creando una única vía de reparación que parta de una prueba sumaria. Teniendo en cuenta la necesidad y los intereses de las víctimas, (que en su mayoría son mujeres pobres cabezas de familia, sus ingresos mensuales están por debajo de \$360.000 pesos colombianos, así las medidas de reparación preferidas son el cubrimiento de sus necesidades económicas)¹³³. Pues como lo muestran las cifras, el proceso judicial no ha logrado materializar hasta el momento ninguna reparación y por esta razón las

¹²⁷ FORER, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: Hacia una Comisión de la Verdad". En: *Universidad del Cauca, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, volumen 11, Números 16 y 17*. Popayán: 2011. pp. 77-83.
DÍAZ, Catalina. "Elementos para un programa administrativo de reparaciones colectivas en Colombia." En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. ICTJ. Bogotá. 2010. p. 293 ss.

¹²⁸ LOZANO BEDOYA, Carlos Augusto. *Justicia para la dignidad. La opción por los derechos de las víctimas*. Ed. Consejería en Proyectos (PCS). Bogotá. 2009. p. 17.

¹²⁹ GÓMEZ, María Paula. "Comisiones de verdad ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?". En: *Revista OASIS, No.11 2005*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. p. 57.

¹³⁰ PAYNE, Leigh. *Testimonios perturbadores- ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*. Ed. Uniandes. Bogotá. Noviembre de 2009. pp. 297 ss. En donde cita a Ariel Dorfman "la gente puede morir por una dosis excesiva de verdad, sabes".

¹³¹ JIMÉNEZ, Absalón (Comp). *Las Luchas por la Memoria*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá. 2009. p. 17.

¹³² GUZMÁN, Diana. "Reparaciones para las mujeres víctimas de la violencia en Colombia". En: Uprimny, Rodrigo Et.al (Ed.). *Reparar en Colombia, los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Centro Internacional para la Justicia Transicional- ICTJ. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). Bogotá. 2009. pp. 193-226.

¹³³ RETTBERG, Angelika. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas? Op. Cit.* pp. 22-23.

víctimas han encaminado sus esfuerzos en entrar al programa de reparación administrativa.

Actualmente la Ley de Justicia y Paz establece la competencia para investigar crímenes cometidos hasta el 25 de julio de 2005, fecha de su expedición, sin embargo esto se ha convertido en un hecho problemático, ya que luego de esta fecha algunos grupos se desmovilizaron y cometían delitos entre la fecha límite de la ley y su desmovilización. Por ejemplo, el Bloque Central Bolívar se desmovilizó el 31 de enero de 2006 con 2519 miembros y el Bloque Elmer Cárdenas el 15 de agosto de 2006, con 743 miembros¹³⁴. En principio, la ley debería cubrir todos los delitos cometidos hasta el día de la desmovilización, no obstante, debe establecerse una fecha límite para que aquellos grupos que siguen delinquirando puedan desmovilizarse. Pues a pesar de ser una ley de transición y excepcional no se puede convertir en un proceso permanente¹³⁵.

Adicionalmente, no existe una fecha límite para la postulación de los desmovilizados al proceso de Justicia y Paz, vacío que ha hecho que esa facultad que tiene el gobierno sea indefinida en el tiempo. Por ello, el Proyecto de Ley No. 96 de 2011, presentado por la Fiscalía General de la Nación modificaría las disposiciones de la Ley de Justicia y Paz, sobre dicho punto.

Esta reforma, en primer lugar, se refiere a las desmovilizaciones colectivas, indicando que la ley se aplica a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de desmovilización, que la postulación sólo podrá solicitarse dentro de los 6 meses posteriores a la fecha de promulgación de la Ley, y que el gobierno tendrá un año para postular desmovilizados a Justicia y Paz.

En segundo lugar, señala que, para desmovilizados individuales, la ley sólo aplicará para hechos ocurridos antes del 1° de julio de 2012.

De esta forma, se tiene que una cláusula que cerraba la puerta a hechos cometidos con posterioridad al 25 de julio de 2005, se amplía, y a la vez, se impone un límite más respecto de la facultad del gobierno para postular desmovilizados, como es el objetivo de una justicia transicional¹³⁶.

¹³⁴ Verdad Abierta en: <http://www.verdadabierta.com/archivos-para-descargar/category/10-desmovilizacion-y-desarme?download=506%3Aestadisticas-sobre-reinsercion-en-colombia-agosto-2009>.

¹³⁵ Sobre el tema de la vigencia de la ley actualmente se está discutiendo en el Congreso de la República iniciativa de la Fiscalía General de la Nación el proyecto de ley No. 096 de 2011- cámara. "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados 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".

¹³⁶ FORER, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: por fin hay un fin en el horizonte". En: *El Espectador del 18 de noviembre de 2011, Columna de Opinión*. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-312059-justicia-transicional-colombia-fin-hay-un-fin-el-horizonte> (12.12.2011).

CAPÍTULO II

ESTÁNDARES INTERNACIONALES: CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

1. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD¹

Son vigentes las discusiones jurídicas en torno a temas que si bien, no son los más novedosos, sí revisten un nivel de importancia en determinados momentos que hace necesario volver los ojos sobre ellos.

La lucha contra la impunidad ha motivado la creación de diversas salidas jurídicas, principalmente, en escenarios de transición hacia la democracia o hacia la paz², con las cuales se han suscitado debates en punto de diversos temas, entre ellos, la imputación de crímenes internacionales³.

Dos ejemplos actuales, que evidencian la situación descrita, entre otros, son los casos de Colombia y Argentina. Aunque en contextos de violencia diferentes, dado que el primero enfrenta crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado y el segundo, tras una dictadura, ambos buscan corresponder con el estándar de la lucha contra la impunidad a través de diferentes opciones, una de ellas la imputación de crímenes de lesa humanidad⁴, a pesar de que sus legislaciones internas no recogieran expresamente dicha forma de criminalidad para la época de comisión de los hechos que hoy se investiga.

El camino elegido tiene algunas posiciones encontradas que a continuación se observarán, y dificultades primarias, aunque no por ello insuperables, como la misma definición de la categoría “crimen de lesa humanidad”.

¹ El presente documento es una nueva versión del siguiente artículo: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2011.

² UPRIMNY, Rodrigo. “Prólogo”. En: RINCÓN, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Bogotá: 2010, p. 10.

³ Cfr.: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional*. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2011. pp. 171 y ss.

⁴ Para el caso argentino, ver: Cámara Federal de Mendoza (Argentina). Autos N° 86.569-F 20.868, noviembre 23 de 2011.

Con excepción del Estatuto de Roma, los diferentes estatutos de los tribunales internacionales⁵ han elaborado cada uno su definición de la noción de crimen de lesa humanidad y sus conductas constitutivas con posterioridad a los hechos y de conformidad con el contexto o la naturaleza de la situación cuyo conocimiento se abocará⁶.

No obstante las diferencias conceptuales en relación con la definición y los requisitos de los crímenes de lesa humanidad en cada uno de los estatutos mencionados, es preciso resaltar que la existencia y conciencia del ataque, la generalidad o la sistematicidad, así como la calidad de población civil de las víctimas de los crímenes perpetrados, son elementos definitorios comunes o el núcleo esencial de tal categoría⁷, que a continuación explicaremos brevemente.

A. ATAQUE

Los crímenes de lesa humanidad presuponen, necesariamente, un “ataque”. Sobre este particular, es preciso señalar que de conformidad con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia un “ataque” denota “actos que implican violencia”⁸ definición que, tratándose de crímenes de lesa humanidad, se aleja de la noción propia del Derecho Internacional Humanitario. En efecto “*en materia de crímenes de lesa humanidad, el ataque no se limita a las hostilidades, sino que también puede comprender situaciones donde malos tratos son infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, personas detenidas, por ejemplo*”⁹.

Asimismo, en el fallo del caso *Jean Pierre Bemba Gombo*¹⁰, la Corte Penal Internacional señaló que el “ataque” no alude necesariamente a un “ataque

⁵ Cfr.: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 827 del 25 de mayo de 1993; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; Estatuto de las Salas Especiales para Camboya.

⁶ WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht. 2. Auflage*, Tübingen, Mohr Siebeck. 2007. p. 750. Para una reconstrucción de la evolución de la noción “crímenes de lesa humanidad”, ver: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: pp. 11 y ss.

⁷ Un análisis pormenorizado de la definición y la forma como se acreditan los crímenes de lesa humanidad, en: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.* pp. 17 y ss.

⁸ TPY. *Caso Kunarac y otros*. Sentencia de 4 de febrero del 2009.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Corte Penal Internacional. Caso *Jean Pierre Bemba Gombo*. 15 of June of 2009. “Concerning the definition of the term “attack”, the Elements of Crimes clarify that it does not necessarily equate with a “military attack”. Rather, the term refers to a campaign or operation carried out against the civilian population, the appropriate terminology used in article 7(2)(a) of the Statute being a “course of conduct”. The commission of the acts referred to in article 7(1) of the Statute constitute the “attack” itself and, besides the commission of the acts, no additional requirement for the existence of an “attack” should be proven”.

militar” sino a cualquier “*campaña u operación en contra de la población civil*”, en consecuencia, la simple comisión de los crímenes previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma se entiende como “*ataque*”.

B. GENERALIDAD O SISTEMATICIDAD¹¹

La *generalidad* o la *sistematicidad*¹² son características definitorias de los crímenes de lesa humanidad. En este sentido, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado lo siguiente:

“El ataque ‘generalizado’ se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas”¹³; y (...) “la calificación como ‘sistemático’ del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia”¹⁴.

En relación con la acreditación de la *sistematicidad*, para la jurisprudencia del mencionado tribunal no es necesario acreditar una política o un plan criminal sino que basta simplemente con demostrar “*la naturaleza organizada de los actos delictivos*”¹⁵.

Mientras que el vocablo *sistematicidad* hace alusión a la naturaleza organizada de los actos delictivos (*elemento cualitativo*), el término *generalidad* se refiere a que el ataque se dirija en contra de una multitud de personas (*elemento cuantitativo*).

C. CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL

La configuración de un *crimen de lesa humanidad* exige la concurrencia de los requisitos de sistematicidad o generalidad a los que se hizo referencia, así como que el ataque de que se trate esté dirigido contra *la población civil*.

De conformidad con la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el término *población civil* debe interpretarse en concordancia con los artículos 50 del Protocolo I Adicional a los cuatro

¹¹ En otros instrumentos internacionales es preciso que concurren “sistematicidad y generalidad”. Cfr. Estatuto del TPIR. Art. 3.

¹² Acerca de la acreditación de la sistematicidad y generalidad, ver: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.* pp. 25 y ss.

¹³ TPIY, Cámara II de apelaciones, Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. Sentencia de 12 de junio del 2002.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ TPIY. *Caso Blagojević y Jokic*. Sentencia de 17 de enero del 2005. Ver también los *Casos Prosecutor Vs Blaskić, Prosecutor Vs Brđanin, Prosecutor Vs Semanza*.

Convenios de Ginebra de 1949¹⁶ y IV A del III Convenio de Ginebra¹⁷, lo cual permitiría arribar a la conclusión de que los combatientes o aquellos que por cualquier razón han depuesto las armas no tienen la condición de *población civil*¹⁸.

No obstante lo anterior, en el Derecho Internacional Humanitario, el vocablo *población civil* se define de conformidad con el *status material* de que trata el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, en virtud del cual tendrán tal condición no solo las personas que no toman parte en las hostilidades, sino también los combatientes enfermos, heridos, detenidos o quienes han depuesto las armas, entre otros¹⁹.

Así las cosas, en tratándose de crímenes de lesa humanidad, la expresión *población civil* no se define de conformidad con el *status formal*, es decir, en atención a la condición de la víctima durante el ataque, para lo cual deviene necesario demostrar que *no perteneció* a los grupos en conflicto. Por el contrario, será la situación fáctica de la víctima al momento de comisión de los crímenes, más que su estatus, lo que determine la condición de población civil²⁰. Asimismo, serán población civil los grupos humanos de *naturaleza predominantemente civil*²¹ lo cual implica que la presencia

¹⁶ Artículo 50 I "Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. 2. La población civil comprende a todas las personas civiles. 3. La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil".

¹⁷ "Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora".

¹⁸ TPiY. Caso Mile MrksicAndVeselinSlijvancanin. Sentencia de 5 de mayo del 2009, "Par 41. En este sentido se ha entendido que la previsión del artículo 50 del Protocolo adicional I refleja la definición de población civil del derecho consuetudinario". Ver también TPiY. CasoBlaskic, Sentencia de segunda instancia del 29 de julio del 2004. Par. 114.

¹⁹ TPiY, Tribunal de Primera Instancia, Caso DuskoTadic - áliasDule. Ob. cit.

²⁰ TPiY. Judgement. The Prosecutor Vs. TihomirBlaskic. 3 de marzo de 2000. "The factual situation of the victim at the moment the crimes are committed, rather than his or her actual status, must be considered in determining standing as a civilian. Finally, the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of the population".

²¹ Art. 50.3 del Protocolo II adicional. Cfr. TPiY. Judgement. The Prosecutor Vs. TihomirBlaskic. 3 de marzo del 2000. "The presence within the civilian population of individuals who are not covered by the definition of civilians does not deprive it of its civilian character and protected status. Consequently, a crime against humanity does not encompass only acts committed against civilians in the strict sense of the term but also acts of violence perpetrated against members of a resistance movement and former combatants - regardless of whether they wore uniforms or not - who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left the army or were no

de algún elemento ajeno a tal condición en un grupo civil no altera su naturaleza²².

De otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció que los crímenes de lesa humanidad deberán dirigirse “*directamente en contra de cualquier población civil*”. En este contexto la noción “*directamente en contra*” pone énfasis en que la población civil se erija en el primer objetivo del ataque²³, así como a la intención del perpetrador más que en los resultados físicos del acto²⁴. Así, para determinar si se cometió un crimen “*directamente en contra*” es preciso considerar el método utilizado en el ataque, el estatus de las víctimas, su número y la naturaleza discriminatoria del ataque, entre otros factores²⁵.

Por último, si bien la expresión *población civil*, en tratándose de crímenes de lesa humanidad no alude a todos los habitantes de un territorio que ha sido victimizado, sí implica que se trate de crímenes de *naturaleza colectiva*, lo cual excluye *per se* todos aquellos actos aislados²⁶.

En conclusión, tendrán condición de población civil las personas que no participan en las hostilidades, así como también los combatientes de la resistencia, enfermos, heridos, detenidos o quienes han depuesto las armas e incluso miembros de movimientos de resistencia²⁷. Será la específica situación

longer bearing arms or, ultimately, had been placed hors de combat, in particular, due to their wounds or their being detained”.

²² Cfr. TPIY. Casos Tadic. Par. 639 y Akayesu. Par. 582. Op. cit., TPIR. *Kayishema-Ruzindana* Judgement, 1 de junio del 2001. Par. 128. TPIY. Cámara de Apelaciones. Caso Kunarac. 12 de junio del 2002 “As was correctly stated by the Trial Chamber, the use of the word “population” does not mean that the entire population of the geographical entity in which the attack is taking place must have been subjected to that attack. It is sufficient to show that enough individuals were targeted in the course of the attack, or that they were targeted in such a way as to satisfy the Chamber that the attack was in fact directed against a civilian “population”, rather than against a limited and randomly selected number of individuals”.

²³ TPIY. Cámara de Apelaciones. Caso Kunarac. 12 de junio del 2002. “The expression “directed against” is an expression which “specifies that in the context of a crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack”.

²⁴ TPIY. Judgement. *The Prosecutor Vs. Tihomir Blaskic*. 3 de marzo de 2000. “In addition, crimes against humanity must be “directed against any civilian population”. This condition must not be interpreted too strictly because the defining element of crimes against humanity is not found principally in the status of the victim but in the scale of the criminal acts and, above all, the organization with which these acts must be committed. In this context too, the notion “directed against” puts the emphasis on the perpetrator’s intention rather than on the physical result of his acts. In other words, if it is demonstrated that the perpetrator of the acts of violence had the primary intention of inflicting injury upon a civilian population, he could be found guilty of a crime against humanity even if the attack caused military as well as civilian casualties”.

²⁵ TPIY. Cámara de Apelaciones. Caso Kunarac. 12 de junio del 2002. “As stated by the Trial Chamber, the expression “directed against” is an expression which “specifies that in the context of a crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack”. In order to determine whether the attack may be said to have been so directed, the Trial Chamber will consider, *inter alia*, the means and method used in the course of the attack, the status of the victims, their number, the discriminatory nature of the attack, the nature of the crimes committed in its course, the resistance to the assailants at the time and the extent to which the attacking force may be said to have complied or attempted to comply with the precautionary requirements of the laws of war. To the extent that the alleged crimes against humanity were committed in the course of an armed conflict, the laws of war provide a benchmark against which the Chamber may assess the nature of the attack and the legality of the acts committed in its midst. Cfr. OLASOLO, Héctor. “Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados”. Tirant. Monografías 450 y Cruz Roja Española. 2007. pp. 150 a 152.

²⁶ TPIY, Tribunal de Primera Instancia, *Caso Dusko Tadic - alias Dule*. Ob. cit.

²⁷ TPIY. Caso Tadic, ob. cit.

de la víctima (estatus material) la que determine su condición, más allá que su estatus formal.

D. DELITOS CONSIDERADOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

En relación con los crímenes catalogados de lesa humanidad, resulta pertinente resaltar que si bien en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia²⁸, Ruanda²⁹ y Sierra Leona³⁰ se incluyen las conductas de asesinato, exterminación, esclavitud, deportación, encarcelación, tortura, violación, persecución por motivos políticos raciales, étnicos o religiosos, o cualquier otro acto inhumano, en el Estatuto de Roma³¹ para la Corte Penal Internacional se añadieron a tal listado otros dos delitos, a saber: el delito de desaparición forzada y el crimen de *apartheid*.

Adicionalmente, el Estatuto de Roma no deja cerrado el listado de crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, en el artículo 7 literal k), establece que también pueden considerarse crímenes de dicha categoría: “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Con esta inclusión, se podría pensar que cualquier delito, bajo ciertas consideraciones de gravedad, puede ser considerado un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, atendiendo el *chapeau* o núcleo de ese tipo de crímenes, ya presentado atrás (ataque, sistemático o generalizado, contra la población civil), hay que precisar que el estándar para considerar un delito con la entidad de lesa humanidad es más exigente, pues son esas características las que diferencian este tipo de conductas de otras comunes o con cualquier otra suerte de clasificación.

Lo anterior, en armonía con los “Elementos de los Crímenes” del Estatuto de la Corte Penal Internacional³², que, tratándose del artículo 7 k) del Estatuto, dispone como elementos, los siguientes:

²⁸ Estatuto del TPIY Art. 5.

²⁹ Estatuto del TPIR Art. 3.

³⁰ Estatuto de las Cámaras Extraordinarias de Sierra Leona. Art. 2.

³¹ Estatuto de Roma. Art. 7.

³² *Ibidem*. Artículo 9. Elementos de los crímenes 1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los Artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

1. *Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*
2. *Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.*
3. *Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.*
4. *Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
5. *Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo*³³.

En particular, el numeral cuarto respalda lo afirmado, acerca del núcleo y la consecuente complejidad que debe revestir una conducta que, en principio, no se encuentra en el catálogo del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para ser considerada crimen de lesa humanidad.

E. CONCIERTO PARA DELINQUIR COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD:

No obstante lo anterior, en Colombia se discute con frecuencia acerca de si el delito de concierto para delinquir, entre otros, son crímenes de lesa humanidad.

Particular atención llama la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340. 2 del C.P³⁴), además de imputarse como el delito base en las actuaciones adelantadas en el marco de la Ley 975 del 2005, debe ser considerado crimen de lesa humanidad. En este sentido la Corte ha establecido que:

³³ Corte Penal Internacional, Los Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000.

³⁴ Artículo 340. 2 del Código Penal. "Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes".

“(…) Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no solo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el concierto para delinquir agravado.

“Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos³⁵: “(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 conscientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización, bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza³⁶, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica”³⁷⁻³⁸.

“Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el *concierto para delinquir* sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. Tal aserto se puede confirmar una vez se revisa el contenido de los siguientes estatutos:

(I). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Colombia firmó la convención el 12 agosto de 1949 y ratificó el 27 de Octubre de 1959. Ley 28 de 27 de mayo de 1959).

³⁵ Se sigue lo expuesto por Bassiouni M. Cherif. “*Crimes against Humanity in International Criminal Law*”, 2a.Ed, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 385, citado por Maqueda, Juan Carlos voto particular, Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto del 2004, causa N° 259.

³⁶ Por ejemplo: Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, Cámara I, sentencia de 27 de enero del 2000, *Fiscal Vs. Alfred Musima* caso N° ICTR 96-13-T; Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 y Juzgado Federal de Buenos Aires (*Juez Norberto Oyarbide*), auto de 26 de septiembre del 2006.

³⁷ Por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena. Art. VII de la Ley 707 del 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el art. 29 de la Ley 742 del 2002.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 29472, de diez de abril de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, pp. 18-19. Reiteración de esta posición, en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.; Rad. 32022, de 21 de septiembre del 2009, M.P. Sigifredo Espinosa; Rad. 29640 de 16 de septiembre del 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario de Lemos; y, Augusto Ibáñez Guzmán; Rad. 31582, de 22 de diciembre del 2009, M.P. María del Rosario González.

Art. III. Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio.
- b) *La asociación para cometer genocidio.*
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- d) La tentativa de genocidio.
- e) La complicidad en el genocidio³⁹. (*cursiva fuera del texto original*).

No se comparte el criterio de la Corte⁴⁰ por cuanto en ningún instrumento de derecho penal internacional, incluidos los Estatutos de los Tribunales 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 Roma⁴¹, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad⁴². Ni la mera pertenencia a un grupo al margen de la ley, ni la concertación para cometer crímenes de lesa humanidad como etapa previa a la tentativa (*conspiracy* en el Derecho Penal Internacional), constituyen delitos de lesa humanidad en sí mismos⁴³.

En segundo lugar, por la simple inclusión de la palabra “*asociación*” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales por ella misma citados no se puede concluir, tal como lo hace la Corte, que el delito de concierto para delinquir hace parte del catálogo de los crímenes de lesa humanidad, con ello 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 criminal⁴⁴.

Por otra parte, la Sala de Casación Penal olvida que los Estatutos de los Tribunales Especiales, así como de la Corte Penal Internacional, no permiten que se califiquen como crímenes de lesa humanidad conductas que en ellos no se han tipificado de tal manera, por cuanto ello vulneraría el principio de

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 29472, de diez de abril de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, pp. 19-20.

⁴⁰ En el mismo sentido ver: López Díaz, Claudia. Nulidad y Ley de Justicia y Paz, Sala de Casación Penal. En: *Cuadernos de Derecho Penal N° 3*. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá: mayo del 2010. p. 219 y ss.

⁴¹ Elementos de los crímenes. Aprobado por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer Periodo de sesiones. New York, 3 a 10 de septiembre del 2002.

⁴² OLASOLO, Héctor, *The criminal Responsibility of senior political and military leaders s Principals to International Crimes* (Studies in International and Comparative Criminal Law) 2009. p. 28 y AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Embajada de la República Federal de Alemania y Georg-August-Universität Göttingen. Bogotá: 2010. Pár. 299. “Desde la perspectiva del DPI cabe mencionar que la mera pertenencia a un GAOML como tal no puede fundamentar la responsabilidad criminal por un crimen internacional.

⁴³ WERLE, *Ob. cit.* p. 236; Cassese, *Ob. cit.* p. 191.

⁴⁴ FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.* p. 20. En el mismo sentido, ver: Garzón, Baltasar (Coord.) “*Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*”. Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (Mapp-OEA). Bogotá: Octubre 19 de 2011. p. 117.

legalidad⁴⁵ y correspondería a una aplicación indebida de la analogía *in malam parte*⁴⁶.

También en contra de la posición de la Corte Suprema de Justicia, se tiene el salvamento de voto a la sentencia C-936 de 2010, proferida por la Corte Constitucional⁴⁷.

En dicha decisión, la Corte Constitucional conoció de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 2° de Ley 1312 de 2009⁴⁸, que establecía la posibilidad de conceder el principio de oportunidad a desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, bajo ciertos presupuestos, a través de la creación de una nueva causal, número 17 en correspondiente artículo del código de procedimiento penal.

Aunque, dentro de los argumentos de la demanda, se cita el supuesto según el cual, el concierto para delinquir constituye un crimen de lesa humanidad⁴⁹, la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma demandada por consideraciones diferentes, principalmente, las siguientes:

“(i) “La aplicación causal 17 del artículo 324 del [Código de Procedimiento Penal] C.P.P., vulnera el orden justo, los derechos de las víctimas, y desconoce el deber del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario”⁵⁰.

(ii) “La causal 17 del artículo 324 del C.P.P. quebranta los límites constitucionales previstos para la aplicación del principio de oportunidad”⁵¹.

Como se observa, y se puede constatar a lo largo de la decisión de la mayoría de la Corte Constitucional, son argumentos diferentes a la consideración del concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad, aquellos que motivan la decisión. Es más, en ningún momento la Corte Constitucional adhiere a la tesis que, sobre el concierto para delinquir proponen la Corte Suprema de Justicia y los demandantes en el proceso bajo examen.

⁴⁵ Acerca del principio de legalidad, ver: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op. cit.* p. 38.

⁴⁶ Art. 22 del Estatuto de Roma: “*Nullum crimen sine lege. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente estatuto.*”

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010, 23 de noviembre de 2010. Salvamento parcial de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.

⁴⁸ Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. M.P: Luis Ernesto Vargas, num III, pp. 5 y 6.

⁵⁰ *Ibidem*, num. 52 y ss.

⁵¹ *Ibidem*, num. 64 y ss.

En el referido salvamento de voto, se analiza la tesis del concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad bajo cinco elementos de juicio, a saber: i) el derecho comparado; ii) evolución histórica de los crímenes de lesa humanidad; iii) casos en los cuales se ha tipificado la “conspiración para cometer genocidio”; iv) el caso de la asociación para cometer genocidio como delito autónomo; y v) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵².

En síntesis, el primer punto de la experiencia comparada, arroja como resultado que, conforme la jurisprudencia argentina, específicamente, el asunto Arancibia Clavel, de fecha 24 de agosto de 2004⁵³, la “asociación para delinquir” sí es un crimen de lesa humanidad, entre otras razones, por cuanto:

“(i) resultaría contradictorio que tortura y la desaparición forzada de personas fuese consideradas en términos de crímenes de lesa humanidad, en tanto que la asociación para perpetrarlos no lo sea; (ii) los artículos 2 y 3 de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la “asociación para cometer genocidio”; (iii) la ratificación en el caso argentino, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, constituye sólo la reiteración convencional que ya era reprochable en el orden internacional (...)”⁵⁴.

Tras el examen de la evolución histórica de los crímenes de lesa humanidad, encuentra el Despacho que, a diferencia de lo considerado por la jurisprudencia argentina: “(...) en los diversos y principales instrumentos que conforman el derecho penal internacional, el delito de concierto para delinquir agravado no es considerado un crimen *de lesa humanidad*, ni tampoco se le puede confundir con las diversas formas de intervención penal estipulado en los mismos”⁵⁵.

En punto de los casos en los cuales se ha tipificado el delito de asociación para cometer el delito de genocidio, concluye el Despacho disidente, apoyado en la doctrina de Werle, que la “conspiración para cometer genocidio” se encuentra consagrada tanto en la Convención contra el genocidio, como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y para Ruanda. Pero, “(...) *la punibilidad de la conspiración para cometer un crimen*

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. Salvamento parcial de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto, num. X.

⁵³ Corte Suprema de Justicia argentina, asunto *Enrique Lautaro Arancibia Clavel*, sentencia del 24 de agosto de 2004, causa núm. 259. Citada en: Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. Salvamento parcial de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto, num. XI.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. Salvamento parcial de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto, num. XI.

⁵⁵ *Ibidem*, num. XII.

*de guerra o un crimen contra la humanidad no encuentra ninguna base en derecho internacional consuetudinario*⁵⁶.

Y, apoyado en la doctrina de Cassese, aduce que “(...) el único caso en el cual la asociación o conspiración es considerada, *per se*, un delito, es el caso del genocidio”⁵⁷.

En cuanto al cuarto elemento de juicio, el caso de la asociación para cometer genocidio como delito autónomo, sustentado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Despacho colige que: “(...) en relación específicamente con la asociación para cometer el delito de genocidio, una persona no puede ser sancionada, a la vez, por la comisión de ese crimen y por genocidio. En otras palabras, no se admite sancionar a un procesado por haberse concertado para perpetrar un crimen internacional, y luego, por la comisión del mismo. Con todo, se precisa, que los jueces penales internacionales admiten que un individuo pueda ser sancionado por haberse concertado con otros para realizar un genocidio, así este último no se haya materializado”⁵⁸.

Así, se reafirma la doctrina de la asociación para cometer genocidio como delito autónomo pero, nada respalda la tesis del la asociación para cometer delito de lesa humanidad con el mismo carácter.

Finalmente, se examina el concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad a la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, resultado de lo cual, encuentra el Despacho que dicho instrumento, acoge la figura de *conspiracy*, pero no como un crimen de lesa humanidad de aquellos contemplados en el artículo 7, sino, como una forma de participación en los crímenes de competencia de la Corte consagrada en el artículo 25.3 d)⁵⁹.

En conclusión, para el Despacho disidente:

“(...) en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo. La única excepción existente es el caso de la asociación para cometer genocidio. De tal suerte que, se estimó que la jurisprudencia penal argentina no resultaba aplicable para la resolución del caso concreto⁶⁰. (cursiva fuera del texto original).

⁵⁶ *Ibidem*, num. XIII.

⁵⁷ *Ibidem*, num. XIII.

⁵⁸ *Ibidem*, num. XIV.

⁵⁹ *Ibidem*, num. XV.

⁶⁰ *Ibidem*, num. XV.

Otra de las fuentes con las cuales se cuenta para apoyar la disidencia sobre el concierto para delinquir como crimen de lesa humanidad, es el diagnóstico elaborado por la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (Mapp-OEA)⁶¹, cuyo análisis parte de la siguiente afirmación: “(...) en todo caso, este delito no constituye un crimen internacional, como no lo es el narcotráfico o el delito de terrorismo por ejemplo”⁶².

Para respaldar su posición, el diagnóstico se apoya en ciertas consideraciones acerca de la tesis esbozada por la Corte Suprema, así:

- “[L]a Corte equipara, indistintamente, la tentativa de cometer crímenes de lesa humanidad y sus variadas formas de autoría, con el delito de concierto para delinquir agravado, conclusión no exenta de críticas (...)”⁶³.
- “La configuración del crimen de pertenencia o de integración en una organización armada o terrorista o la colaboración con la misma como tipos penales con entidad propia no pueden considerarse crímenes contra la humanidad por sí mismos, aunque, sí los hechos concretos que comenten los miembros de la organización dependiendo del elemento contextual y la sistematicidad a los que alude el artículo 7 del Estatuto de Roma”⁶⁴.

Ahora, a pesar de su posición y la referida reiteración de la misma en otros casos, llama la atención que la Corte ha dejado de aplicar la tesis en procesos de gran relevancia, en los cuales la misma debió haber sido confirmada.

Así sucedió en el caso de la masacre de El Naya, cometida en el mes de abril de 2001 por tropas paramilitares que, durante tres días incursionaron en la cuenca del río Naya, en el departamento del Cauca “(...) asesinando indiscriminadamente a miembros de comunidades afrocolombianas, indígenas y campesinas que habitaban en esa región (...)”⁶⁵.

El 21 de febrero de 2005, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán dictó sentencia, condenando a más de 30 paramilitares que participaron en los hechos, al encontrarlos culpables de los delitos de homicidio

⁶¹ GARZÓN, Baltasar (Coord.) *Op. cit.*

⁶² *Ibidem*, p. 113. Si bien, como se ha esbozado, el concierto para delinquir se asemeja más a una forma de participación que a un crimen internacional, en el derecho internacional, sobre el narcotráfico y el terrorismo, podrían hacerse otras consideraciones diferentes a la afirmación citada del informe, por cuanto el artículo 7 K) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional deja abierto el listado de los crímenes de lesa humanidad. Adicionalmente, Bolivia y Venezuela han consagrado el narcotráfico como crimen de lesa humanidad. Al respecto, ver: SANTALLA VARGAS, Elizabeth. “Bolivia” y MODOLELL, Juan Luis, “Venezuela” En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel. *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Temis. Bogotá: 2008, pp. 85 y 337.

⁶³ *Ibidem*, p. 116.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 116.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31145, abril 22 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Hechos y actuación procesal, num. 1.

con fines terroristas, concierto para delinquir agravado por la finalidad y desplazamiento forzado⁶⁶.

Dado que el fallo fue recurrido, el 30 de abril de 2008, el Tribunal Superior de Popayán, se pronunció confirmando la decisión de primera instancia, ante lo cual, uno de los condenados interpuso recurso extraordinario de casación⁶⁷.

La Corte encontró que, en el caso concreto, se dieron los presupuestos para la prescripción de la acción penal por los delitos de concierto para delinquir agravado por la finalidad y desplazamiento forzado. En consecuencia, ordenó la cesación del procedimiento contra los acusados y condenados por esos delitos⁶⁸.

De esta manera, la Corte entra en una contradicción respecto de la tesis presentada arriba, acerca del concierto para delinquir agravado. Pues no es difícil inferir que en el caso Naya se hayan cumplido los requisitos mencionados por esa Corporación, para considerar dicha conducta como crimen de lesa humanidad⁶⁹, principalmente, tratándose de un caso cometido por un grupo paramilitar, es decir, con el mismo tipo de perpetradores que provocó la decisión con la cual se inauguró la tesis de la Corte que acá se ha controvertido.

A propósito de esta contradicción, en otra providencia, proferida en el marco del proceso especial de Justicia y Paz⁷⁰ donde la Corte decide sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión mediante la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, legalizó los cargos formulados por la Fiscalía 18 de la Unidad de Justicia y Paz, en contra del postulado Gian Carlo Gutiérrez Suárez, desmovilizado del Bloque Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia, la Fiscalía, llama la atención de la Corte durante la audiencia de sustentación del recurso de apelación, en los siguientes términos: “(...) en decisión posterior de la Corte Suprema de Justicia⁷¹, se varió esa postura inicial de considerar delito de lesa humanidad el concierto para delinquir agravado, al punto que de oficio se dispuso la prescripción de un punible de ese tipo, en el caso conocido como la Masacre de El Naya”⁷².

⁶⁶ *Ibidem*, núm. 3. 2.

⁶⁷ *Ibidem*, núm. 5.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 31145, abril 22 de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. III. Prescripción de la acción penal en relación con los delitos de concierto para delinquir agravado por la finalidad y desplazamiento forzado, núm. 5.

⁶⁹ (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 consentes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 36125, agosto 31 de 2011. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de abril de 2009, Rad. 31145.

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 36125, agosto 31 de 2011. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. 16. De los motivos de inconformidad con la segunda decisión de legalización de cargos. a) LA FISCALÍA.

En el caso, el Fiscal resalta la relevancia de controvertir la tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre el concierto para delinquir, por cuanto: “(...) produce bastantes dificultades, entre estas la consideración de imprescriptibilidad de la conducta punible, la imposibilidad de acudir al principio de oportunidad y el hecho que, entonces, conductas como las de patrullar o portar armas también deberían considerarse de lesa humanidad (...)”⁷³.

El llamado es importante, entre otros aspectos, por cuanto, como ya se mencionó páginas atrás⁷⁴ y también relaciona el Fiscal del caso, una de las características o implicaciones de los crímenes de lesa humanidad, y, bajo la lógica de la Corte Suprema, del concierto para delinquir en Colombia, es su imprescriptibilidad, de manera que en el caso de la masacre de El Naya, pudo haberse aplicado esa figura, o mejor, debió haberse aplicado si de lo que se trataba era fallar conforme el criterio jurisprudencial ya elaborado sobre dicho delito.

En la misma decisión del caso Gian Carlo Gutiérrez, la Corte, aludiendo a lo aducido por el Fiscal, arguye que la decisión del caso Naya se basó en criterios estrictamente objetivos, en particular, las normas sustanciales que detallan la forma para contabilizar los términos de prescripción, “(...), sin que se hiciera algún tipo de evaluación, así fuese accesoria, respecto a la naturaleza del delito, la connotación de lesa humanidad que lo acompaña, o los efectos que ello tiene en punto de prescripción”⁷⁵.

De esta forma, continúa la Corte, lo que sucedió en la decisión del caso Naya fue “(...) que el pronunciamiento prescriptivo operó por mera inadvertencia y no en atención a que quisiera cambiarse el criterio consolidado de la Sala o siquiera se tuviese una nueva perspectiva al respecto”⁷⁶.

Del caso narrado, se puede inferir que la Corte no ha aplicado en todos los casos posibles el criterio que, aparentemente, y según expresa, se encuentra consolidado, y por el contrario, el mismo aún se encuentra en proceso de desarrollo y asimilación por parte de la misma Corporación.

F. DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE

Por su parte, en lo que respecta a los delitos de ejecución permanente⁷⁷ existe gran discusión en relación con la aplicación de tipos penales posteriores

⁷³ *Ibidem*, 16. De los motivos de inconformidad con la segunda decisión de legalización de cargos. a) LA FISCALÍA.

⁷⁴ *Supra*, p. 33.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 36125, *Op. cit.* (iii) *El delito de concierto para delinquir agravado y la solicitud de que la Corte modifique su criterio al respecto.*

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 36125 *Op. cit.*

⁷⁷ Delitos tales como desaparición forzada, desplazamiento forzado y reclutamiento de menores.

al comienzo de la ejecución del crimen de que se trate⁷⁸. Por ejemplo, en el caso de la desaparición forzada⁷⁹, mientras que para algunos autores “*el tipo penal de desaparición forzada de personas puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aún no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece incluso tras la entrada en vigencia*”⁸⁰ para otros autores ello constituiría una aplicación retroactiva de la ley penal y una consecuente violación del principio de legalidad, inocencia y seguridad jurídica⁸¹.

En nuestra opinión, en lo que respecta a los delitos de ejecución permanente, aun cuando el comienzo de la consumación fue previo a la tipificación a nivel nacional, se debe imputar la misma siempre y cuando se continúe consumando el delito luego de la existencia del tipo penal a nivel interno⁸². Este razonamiento no riñe con el principio de legalidad a pesar de que se hubiese comenzado a consumir con anterioridad a la tipificación interna. En este sentido se han pronunciado tribunales internacionales⁸³ y nacionales⁸⁴.

⁷⁸ Para mayor información sobre la discusión en el ámbito latinoamericano ver AAVV. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Editorial Temis y el Instituto de Ciencias Criminales de Georg-August-Universität Göttingen. Bogotá: 2009.

⁷⁹ Un profundo desarrollo acerca del delito de desaparición forzada en Colombia se encuentra en AAVV. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional. Op. cit.*. Cfr. Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas. Informe instrumentos de lucha contra la desaparición forzada. Embajadas Británica y de la República Federal de Alemania en Bogotá, Instituto Internacional sobre personas desaparecidas y GTZ. *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*. Bogotá, 2006.

⁸⁰ AAVV. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional. Op. cit.* p. 213 y MEINI, Iván. Perú. pp. 107 a 131.

⁸¹ *Ibidem*. Ver, por ejemplo, LÓPEZ DÍAZ, Claudia. pp. 77 a 103. Cfr. GIL GIL, Alicia, pp. 491 a 493, en: AAVV. *Justicia de Transición*. Konrad Adenauer Stiftung y Georg – August - Universität – Göttingen. Uruguay. 2009.

⁸² Código Penal. Arts. 26 y 84. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo del 2010. Radicado N° 33.118.

⁸³ Entre otros ver Corte IDH, *Caso TiúTojín Vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre del 2008, p. 87 y *Caso Anzualdo Vs. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre del 2009, p. 59. Corte EDH. *Caso Heliodoro Vs. Portugal*. Sentencia de 12 de agosto del 2008, p. 34. *Caso Kurt v. Turkey*, App. N° 24276/94 (1998); *Cakici v. Turkey*, (1999); *Ertak v. Turkey*, (2000); *Timurtas v. Turkey* (2000); *Tas v. Turkey* (2000); *Cyprus v. Turkey*, Application N° 25781/94 (2001), p. 136, 150 y 158.

⁸⁴ Ver por ejemplo CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, S. 1767. XXXVIII. “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. --causa N° 17.768--” - CSJN - 14/06/2005 IX A, Sala Penal Nacional del Perú, sentencia de fecha el 20 de marzo del 2006, Exp. 111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia de 18 de marzo del 2004, expediente N° 2488-2002-HC/TC, p. 26. Sentencia de 9 de diciembre del 2004, expediente N° 2798-04-HC/TC, p. 22. CORTE SUPREMA DE MÉXICO. Tesis: P/J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia de 12 de noviembre del 2001, N° 1190/01-R. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, SALA PENAL sentencia de 2 de marzo del 2004. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, sentencia de 10 de agosto del 2007. REPÚBLICA DE GUATEMALA, CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Expediente 929 – 2008, sentencia de 7 de julio del 2009, y la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SENTENCIA C-580 DEL 2002. “Este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales”.

Sin embargo, cuando se hubiese terminado de consumir con anterioridad a la tipificación, nos encontraríamos en la hipótesis desarrollada en el anterior acápite. Es decir no es necesario acudir a la tipificación posterior siempre y cuando los hechos no queden en la impunidad, la pena aplicada sea proporcional y se explicita el carácter de lesa humanidad del crimen⁸⁵.

Uno de los delitos de ejecución permanente que, por factores como su gravedad, y recurrencia ha tenido mayor desarrollo teórico y normativo, es la desaparición forzada, considerado crimen de lesa humanidad. Así lo establece el Estatuto de Roma en el artículo 7, ordinal 1.⁸⁶

Por su parte, en el ordinal 2, i) del mismo artículo se define tal conducta como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado”.

En el derecho nacional, el artículo 165 del Código Penal vigente establece que:

“El particular (que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley)⁸⁷ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.

⁸⁵ APONTE CARDONA, Alejandro. “El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia”. CITPAJ y Observatorio Internacional DDR Ley de Justicia y Paz. 2009. p. 25 y siguientes. Documento elaborado por el autor en desarrollo de la consultoría al Proyecto ProFis de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana -GTZ.

⁸⁶ Estatuto de Roma. Artículo 7, ordinal 1, i. “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i. Desaparición forzada de personas”.

⁸⁷ La expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 317 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta misma decisión la Corte declaró executable el resto del articulado en el entendido de que no es necesario un requerimiento para dar información o la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que es suficiente la falta de información sobre el paradero de la persona que se encuentra desaparecida.

Con base en lo anterior, resulta evidente que mientras que el Estatuto de Roma tipifica como crimen de lesa humanidad la conducta del *Estado o una organización política, o quien con su autorización, apoyo o aquiescencia*, incurra en el delito de desaparición forzada, en el derecho interno se tipifica tal crimen como un delito ordinario que realiza *un particular, servidor público o un particular determinado por este último*.

En nuestra opinión, en el contexto colombiano la desaparición forzada⁸⁸ podrá calificarse como crimen de lesa humanidad siempre y cuando sea cometida por agentes o servidores públicos o por particulares con *su autorización, apoyo o aquiescencia*. Así las cosas, siempre que un particular incurra en la descripción típica del artículo 165 del Código Penal sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado o de servidores públicos, incurrirá en desaparición forzada, pero en este caso no será susceptible de ser calificado como crimen de lesa humanidad.

Un caso emblemático en el tema, se suscitó en Colombia con ocasión de la incursión de las fuerzas armadas en el Palacio de Justicia en Bogotá, tras la toma llevada a cabo por parte del grupo guerrillero Movimiento 19 de Abril (M-19), los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Tras el operativo de las fuerzas armadas once de las personas aparentemente rescatadas, *se encuentran desaparecidas*⁸⁹, hechos por los cuales fue condenado en primera instancia el coronel (r) Alfonso Plazas Vega a la pena principal de treinta (30) años de prisión, y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el término de diez (10) años, por el delito de Desaparición forzada agravada prevista en el artículo 165 y 166.1 de la Ley 599 de 2000, en calidad de Autor Mediato.

A pesar que la Fiscalía había acusado por el delito de secuestro en concurso con desaparición forzada, el Juzgado condena sólo por desaparición forzada, argumentando lo siguiente:

- i) “Para la época de los hechos, el tipo penal que recogía de mejor manera el supuesto fáctico desplegado por el sujeto, que radicaba en privar de la libertad y ocultar a una persona impidiéndole el ejercicio de sus derechos era el de *secuestro*”⁹⁰.

⁸⁸ El 19 de octubre del 2010 el Congreso de la República aprobó el Proyecto de Ley N° 209-09-S: “Apruébase la “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas adoptada en Nueva York el 20 de diciembre del 2006”. Para la fecha de publicación de este documento la ley se encuentra en control de constitucionalidad automático por parte de la Corte Constitucional.

⁸⁹ Juzgado tercero penal del circuito especializado de Bogotá. Sentencia Rad. No. 20080002500. Junio 9 de 2010, p. 5.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 77.

- ii) “De conformidad con lo dispuesto en instrumentos internacionales, se concibe al delito de desaparición forzada como un *punible de carácter permanente*”⁹¹.
- iii) “La actividad de consumación en los delitos permanentes no cesa al verificarse en un momento determinado los elementos integrantes del tipo⁹², de tal suerte que, *“todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación”* (Soler)”⁹³.
- iv) “Se tiene que en tanto dure la permanencia, perdura la consumación, por lo que deviene como consecuencia que si a la fecha se desconoce el paradero de las víctimas, debido al accionar típico del autor, dado el carácter permanente del delito el mismo continúa consumándose”⁹⁴.
- v) “El dolo develado por el agente no se limita exclusivamente al acto de restringir el derecho de locomoción, concretándose en los elementos integrantes: “ocultamiento”, “negativa a reconocer dicha privación”, o negativa a “dar información”, que caracteriza a la desaparición forzada, comportamientos que desde aquella época, si bien no formaban parte del tipo, *se han perpetuado hasta la época actual, manteniéndose esa situación típica por voluntad del infractor*”⁹⁵.

El análisis de la tipificación reviste gran importancia en punto de la posibilidad de perseguir penalmente la conducta a pesar del paso del tiempo.

Sobre este hecho, llama la atención el Juzgado, a propósito de la solicitud de extinción de la acción penal por la causal de prescripción del delito de desaparición forzada agravada, que alegó la Defensa.

Al respecto, el *a-quo* manifestó lo siguiente:

“(…) deberá precisarse que si bien, acudiendo a una aplicación favorable de la legislación penal, el art. 80, en concordancia con el 82, del Decreto Ley 100 de 1980, establecía un término máximo de prescripción igual a 20 años, no hay que olvidar que el punible de lesa humanidad por el que se juzga al Coronel (r) LuíS Alfonso PLAZAS VEGA es de carácter permanente, por lo que dicho término, acudiendo a la doctrina de la Corte Suprema de

⁹¹ *Ibidem*, p. 83.

⁹² Así lo refiere ROXIN: “Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, et, al. Civitas, Madrid, 1997, p. 329.

⁹³ Juzgado tercero penal del circuito especializado de Bogotá. Sentencia Rad. No. 20080002500. Junio 9 de 2010, p. 85.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 86.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 87.

Justicia⁹⁶, se extiende hasta la ‘ejecutoria del cierre de investigación’, esto es, hasta el 21 de enero de 2008, bajo el aparente entendido de que el procesado desarrolló el comportamiento ilícito hasta esa fecha, y será entonces a partir de la ‘ejecutoria de la resolución de acusación’, 26 de febrero de 2008, que empezará a contarse el tiempo de prescripción de la acción penal⁹⁷.

Con esta afirmación, se hace perfectamente viable la persecución del crimen a pesar de que se haya cometido 25 años atrás, en esencia, por la caracterización del delito como de ejecución permanente.

2. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES PARA APLICAR DIRECTAMENTE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD PREVISTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el contexto nacional, en numerosos artículos de prensa, providencias judiciales, artículos académicos, escenarios políticos y debates de toda índole, se hace referencia a la naturaleza de *crimen de lesa humanidad* para referirse a determinadas conductas delictivas de especial gravedad, no obstante, tal categoría nunca se ha tipificado expresamente en la legislación penal colombiana⁹⁸.

De otra parte, dado que en Colombia un buen número de las graves violaciones a derechos humanos cometidas por los grupos armados al margen de la ley han sido perpetradas en contra de la población civil de manera sistemática o generalizada y, por lo tanto, constituirían *crímenes de lesa humanidad* a la luz del Derecho Internacional, resulta pertinente establecer si los órganos judiciales colombianos son competentes para investigar, acusar y condenar directamente por los delitos denominados con este *nomen iuris*, o se rompería el principio de legalidad.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Es decir, nadie puede ser condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos⁹⁹.

⁹⁶ A pesar de que la legislación haga referencia a que: “la prescripción de la acción empezará a contarse [...] desde la perpetración del último acto” para los delitos “permanentes” (art. 83, Decreto Ley 100 de 1980. En igual sentido el canon 84 de la Ley 599 de 2000).

⁹⁷ Juzgado tercero penal del circuito especializado de Bogotá. Sentencia Rad. No. 20080002500. Junio 9 de 2010, p. 92.

⁹⁸ Ver RAMELLI, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania y Universidad de los Andes. Bogotá: 2011. pp. 294 y ss.

⁹⁹ Ver FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y Razón*”. Editorial Trotta. Edición 2000. pp. 273 y siguientes; más detalles, en: FORER, Andreas y LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Op cit.*, p. 38.

Esto significa que no se podrá acusar o condenar a persona alguna por crímenes de lesa humanidad dada la ausencia de tipificación interna de tales delitos en el derecho colombiano¹⁰⁰.

En el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se entiende que el principio de legalidad se concreta en la máxima en virtud de la cual nadie será condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos de acuerdo al *derecho nacional o internacional o a lo establecido por los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*".

Veamos entonces el tema, al responder los siguientes dos interrogantes:

a. *¿En el derecho comparado se han perseguido y condenado a los responsables de "crímenes de lesa humanidad" con base en tipificaciones posteriores o en los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional?* b. *¿Es competente un órgano judicial colombiano para acusar, condenar y sancionar un delito con la denominación de crimen de lesa humanidad?*

A. **¿ES POSIBLE PERSEGUIR, ACUSAR Y CONDENAR POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD CON BASE EN EL DERECHO NATURAL; LA COSTUMBRE O LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO RECONOCIDOS POR LA COMUNIDAD INTERNACIONAL?**

Múltiples tribunales penales nacionales¹⁰¹ e internacionales¹⁰², así como los órganos de los sistemas universal¹⁰³, americano¹⁰⁴ y europeo¹⁰⁵ de protección

¹⁰⁰ En el derecho internacional, por su parte, el principio de legalidad está previsto, entre otros, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "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"* Cfr. Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos que no contiene la excepción del artículo 15.2. Principios I y II de *Nüremberg* de 1950, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968.

¹⁰¹ ARGENTINA: *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, Corte Suprema de la Nación, Causa 17.768, párrafos 30 y 31, sentencia de 14 de junio del 2005; Cámara Federal de Mendoza (Argentina), Autos N° 86.569-F 20.868, noviembre 23 de 2011. PANAMÁ: Corte Suprema de Justicia de Panamá, sentencia de 2 de marzo del 2004, Expediente 481 – E – "Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, toda vez que tal como expuso en su momento el Tribunal de Nüremberg, "el Tribunal no crea Derecho, sino que aplica un derecho ya existente y la máxima latina "nullum crimen, nullapoena sine lege" expresaba un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los Convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo alguno". ESTONIA: *Caso Kolk, Tallinn Court of Appeal*, sentencia de 27 de enero del 2004, y sentencia de la Corte Suprema de 21 de abril del 2004, *Caso Penart*, Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre del 2003. LETONIA: *Caso Kononov*, Corte Suprema, sentencia de 28 de septiembre del 2004. FRANCIA: *Caso Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Klaus Barbie*, Cámara de Casación, sentencia de 20 de diciembre de 1985, *Federation Nacionales des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Touvier*, Cámara de Casación, sentencia de 27 de noviembre de 1992,

de derechos humanos han establecido que sí es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el derecho internacional en tratándose de graves violaciones a derechos humanos.

Los primeros tribunales penales internacionales fundaron en argumentos de índole *ius naturalista* la persecución penal de los crímenes que no eran considerados tales en las legislaciones internas. Tal es el caso del Tribunal de *Nüremberg* en el cual reiteradamente se sostuvo que los actos perpetrados por los acusados vulneraron principios generales reconocidos por todas las naciones civilizadas¹⁰⁶ y vigentes al momento de ocurrencia de los hechos¹⁰⁷, el Tribunal Militar Internacional, por su parte, se sirvió de las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Tratado de Versalles de 1919 y del pacto Brian Kellogg de 1929 para acreditar la existencia previa de ese derecho internacional infringido¹⁰⁸.

De los mismos argumentos se sirvieron el Tribunal Militar Internacional de *Tokyo*¹⁰⁹ de 1946 y los tribunales militares de las potencias aliadas conformados al amparo de *la Ley del Consejo de Control N° 10 sobre el castigo de las personas culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz, y Crímenes contra la Humanidad*¹¹⁰ en sus respectivas zonas. Asimismo, en el

Caso Popon, *Courd'Assise de la Gironde*, sentencia de 2 de abril de 1998. ITALIA: *Caso Hass y Priebke*, Suprema Corte de Casación, sentencia de 16 de noviembre de 1998 y Corte Militar de Apelación, sentencia de 7 de marzo de 1998. ALEMANIA: Ver entre otros *Caso Streletz y Kessler*, Corte Constitucional Federal, sentencia de 24 de octubre de 1996. SRI LANKA: Tribunal de apelación de Sri Lanka, sentencia de 28 de mayo de 1986, *Caso Ekanayake*. INGLATERRA: R v R [1992] 1 A.C. 599, "This is not the creation of a new offence, it is the removal of a common law fiction which has become anachronistic and offensive". Ver Richard Clayton et al, *Fair Trial Rights*, Oxford University Press, 2001, p. 72.

¹⁰⁵ TPiY *caso Tadic*, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párrafo 68, Tribunal de Nüremberg *caso Goring and others*, *caso Delalic et al*, Primera Instancia, IT-96-21, párrafo 313, sentencia de 16 de noviembre de 1998. TPiY *Caso Furundzija*, Primera Instancia, párrafo 177, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1.

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones finales sobre Argentina del 2000 párrafo 9.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre del 2006, C-154, párrafo 151. *Caso La Cantuta Vs. Perú*, 29 de noviembre del 2006, C-162, párrafo 226.

¹⁰⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Papon c. Francia* sentencia de 15 de noviembre del 2001, 54210/00, párrafo 5 de en derecho. *Caso Touvier c. Francia*, sentencia de 13 de enero de 1997, 29420/95. *Caso Kolk c. Estonia*, sentencia de 17 de enero del 2006 23052/04; 24018/04. *Caso Penart c. contra Estonia* sentencia de 24 de enero del 2006, 14685/04. *Caso Streletz y Otros c. Alemania*, sentencia de 22 de marzo del 2001, 34044/96; 35532/97; 44801/98. Párrafos 49 y siguientes, *S.W.c. Reino Unido*, sentencia de 22 de noviembre de 1995, serie A N° 335-B, párrafos 41 y 42 así como 34 a 36: "Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of 'law' Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability".

¹⁰⁶ AMBOS, Kai y MEYER, Nils. "Justicia de transición". Konrad Adenauer Stiftung. p. 441.

¹⁰⁷ Ver CASSESE, Antonio y otro. "International Criminal". Oxford University Press. 2003. p. 148.

¹⁰⁸ Ver ZAHAR, Alexander. "International Criminal Law", Oxford University Press, 2008. p. 81.

¹⁰⁹ International Military Tribunal for the Far East Charter, Art. 5. Ver: <http://www.icwc.de/fileadmin/media/IMTFEC.pdf>.

¹¹⁰ Ver Procesos Criminales de Guerra tramitados bajo la Ley N° 10 del Consejo de Control. *Trials of War Criminals Under*

caso *Eichman*, la Corte Suprema de Israel retomó una idea de injusto penal a partir de una particular concepción *ius naturalista*¹¹¹.

En el caso *Kolk c. Estonia*¹¹² de la Corte Europea de Derechos Humanos se estableció que es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el Derecho Internacional al momento de su consumación de acuerdo con lo previsto en los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹³ y 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹¹⁴.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Europea declaró en el caso *Kononov Vs. Lituania*¹¹⁵ que aunque ese país no había ratificado las convenciones de La Haya de 1907 para el momento de consumación de los hechos, las mismas formaban parte del Derecho Internacional a través de la costumbre. Lo anterior reafirma que la Corte Europea acepta la ruptura con el principio de legalidad a partir de la aplicación retroactiva de un tipo penal que no existía en el Derecho Internacional al momento de consumación de los delitos.

En uno de los pocos casos que no se refieren a crímenes perpetrados por Nazis en el marco de la Segunda Guerra Mundial, el Juez Superior del Tribunal

Control Council Law Num. 10, porejemplo, *Karl Brandt et al.*, (The Doctors Trial) Indictment, párrafos 10 y 15. 25 de octubre de 1946; *USA v. Pohl et al.*, Indictment, párrafos 23 y 25, 13 de enero de 1947; *USA v. ErhardMilch*, Indictment, párrafos 7, 9 y 12. p. 360 y siguientes. 19 de noviembre de 1946; *TheEinsatzgruppen Case (USA v. Ohlendorf et al.)*, AmendedIndictment. p. 20 y siguientes, párrafos 10 y 12 25 de julio de 1947; *TheJustice Case, (Schlegelberger et al)*, Indictment párrafos 19 y 31 p. 18 y siguientes, 4 de enero de 1947, Opinion and Judgement, p. 974 y siguientes; *USA v. FriedrichFlick et al. Indictment*. p. 16 y siguientes, párrafos 7, 12 y 20, 18 de marzo de 1947; *TheRuSHA Case (USA v. UlrichGreiffelt)*, Indictment p. 616 y siguientes, párrafos 23 y 25 1º de julio de 1947, sobre estos procesos ver Principles of International Criminal Law, Cambridge UniversityPress, 2005. pp. 12 y 13. Ver también CASSESE, Antonio. International Criminal. *Ob. cit.* p. 148.

¹¹¹ Corte Suprema de Israel, sentencia de 29 de mayo de 1962, *Caso Attorney General of Israel v. Eichmann*, párrafo 27. "That is to say, the penal jurisdiction of a state with respect to crimes committed by 'foreign offenders', insofar as it does not conflict on other grounds with the principles of international law, is not limited by the prohibition of retroactive effect. (...) It is indeed difficult to find a more convincing instance of just retroactive legislation than the legislation providing for the punishment of war criminals and criminals against humanity (...) Can anyone in his right mind doubt the absolute criminality of such acts? As stated in the judgment in the case of "Operations Units".

¹¹² "The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nüremberg Tribunal of 1945 (...) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War (...) The Court reiterates that Article 7 § 2 of the Convention expressly provides that this Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nüremberg International Tribunal (...)."

¹¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 de diciembre de 1966. "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".

¹¹⁴ Artículo 7 CEDH. "No hay pena sin ley: 1 Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

¹¹⁵ *Caso Kononov contra Lituania*, sentencia de 24 de julio del 2008. 36376/04. Párrafos 108 y siguientes.

de Primera Instancia de Bruselas en la sentencia de 6 de noviembre de 1998 contra Pinochet se fundó en similares argumentos. En tal caso, a pesar de que la legislación belga no contemplaba un tipo independiente de crímenes de lesa humanidad, el fallador consideró que los delitos cometidos no podían ser considerados de guerra por cuanto Chile no experimentó un fenómeno de conflicto armado interno, por lo cual condenó por crímenes de lesa humanidad en atención a que estos deben ser considerados “*parte integrante del ordenamiento jurídico*” dado que el ordenamiento belga contemplaba como delitos comunes algunos tipos que podrían ser considerados de lesa humanidad¹¹⁶.

De una argumentación parecida se sirvió la Audiencia Nacional Española en la sentencia de 19 de abril del 2005, conocida como el caso Scilingo, donde se decidió sobre hechos cometidos en Argentina en virtud del principio de jurisdicción universal. En tal ocasión, dicho tribunal condenó por primera vez en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 bis de la LO 15 de 2003¹¹⁷ que define dichos crímenes, sin embargo tal disposición fue aplicada a hechos cometidos hace más de treinta años¹¹⁸.

En el fallo, el Tribunal parte de tres consideraciones que irrigan su disquisición y posterior conclusión, a saber: i) en primer lugar, la norma que contiene los crímenes de lesa humanidad, no podría aplicarse, en principio, a conductas cometidas con posterioridad a su vigencia interna¹¹⁹; ii) en segundo lugar, en el caso no se ventila una situación de aplicación únicamente de derecho interno, pues la conducta “(...) enjuiciada también está incurso en normas de derecho penal internacional, en concreto, constituye, o esta incurso (...) un crimen contra la humanidad (lesa humanidad)”¹²⁰; y, iii) en tercer lugar, la particularidad o carácter especial de dicho tipo de normas que incorporan en el derecho interno mandatos o prohibiciones preexistentes en derecho internacional público¹²¹.

Por lo tanto, concluye que, tratándose de la naturaleza jurídica de los crímenes de lesa humanidad, por sus características y objeto, del *ius cogens*, tienen validez obligatoria *erga omnes*¹²².

El tribunal llama la atención sobre la dificultad que reviste la aplicación de esta normatividad a su vigencia en el derecho interno, máxime, si se tiene en cuenta que: “(...) por su carácter predominantemente consuetudinario, al menos

¹¹⁶ Juez Superior del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. Sentencia de 6 de noviembre de 1998.

¹¹⁷ Entró en vigor el día 1º de octubre del 2004.

¹¹⁸ Veá Gil, Alicia, p. 483 *Ob. Cit.*

¹¹⁹ Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Tercera. Sentencia núm. 16 de 2005, p. 85.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 85.

¹²¹ *Ibidem*, p. 85.

¹²² *Ibidem*, p. 86.

en sus orígenes, establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero sin, normalmente, establecer ni la sanción penal, ni los procedimientos para establecer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc”¹²³.

Con base en las referidas aclaraciones, esgrime que en casos como el que decide, es posible la aplicación de la norma sobre crímenes de lesa humanidad, a partir de los siguientes argumentos:

- i) “Recibida en el derecho interno, la norma de derecho internacional preexiste para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria ‘per se’ (...)”¹²⁴. “No puede decirse, por tanto, que se trate de conductas que no estaban anteriormente prohibidas”¹²⁵.
- ii) “[D]esde los juicios de Nuremberg se ha reconocido en la esfera internacional que existían deberes que incumbían a los individuos en virtud del derecho internacional y que puede castigarse a los individuos por violar el derecho internacional (...)”¹²⁶, de manera que, las personas tiene deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales impuestas por los Estados, consideración aplicable en materia de crímenes internacionales, aunque únicamente en relación con ellos¹²⁷.
- iii) “[L]a formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el derecho internacional se articula como *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consagración como tal en el Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en el derecho interno. (...) En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (...)”¹²⁸.
- iv) También en punto del principio de legalidad, “(...) se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera (...) que proteja a un ataca (sic) masivamente los derechos más elementales de los ciudadanos”¹²⁹.

¹²³ *Ibidem*, p. 86.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 88.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 96.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 93-94.

¹²⁷ *Ibidem*, núm. 16 de 2005, p. 94.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 97-98.

- v) “[D]ifícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas”¹³⁰.
- vi) En el caso bajo examen “(...) desde la perspectiva internacional, existía en el momento de la producción de los hechos normas internacionales consuetudinarias de aplicabilidad general que prohibían claramente las conductas llevadas a cabo durante la dictadura militar argentina (...)”¹³¹. De manera que el posterior reconocimiento escrito de dichas normas, sólo añade un plus de taxatividad y certeza a la previsibilidad general de la conducta prohibida u ordenada¹³².

El tribunal apoya su sustentación también en instrumentos internacionales y experiencias comparadas que como el Convenio Europeo de Derechos Humanos; el párrafo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001 en el conocido caso de los disparos del muro de Berlín¹³³.

No obstante, las afirmaciones del Tribunal español son controvertibles.

Los argumentos dos y cinco aluden a la preexistencia internacional de los crímenes de lesa humanidad para la época de los hechos, y se apoyan en que su reconocimiento se daba a partir de “los principios de Derecho internacional reconocidos por el régimen jurídico del Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de este Tribunal”¹³⁴.

Para respaldar su afirmación, aduce que: “La opinión según la cual los principios de Nuremberg entrarían en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad”¹³⁵.

Sin embargo, no se comparte esta argumentación, pues, no es suficiente el relativo consenso internacional con el cual se constituyeron los principios de Núremberg, para pensar que los mismos se erijan en una disposición de *ius cogens*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹³¹ *Ibidem*, p. 99.

¹³² *Ibidem*, p. 99.

¹³³ *Ibidem*, pp. 100-101.

¹³⁴ *Ibidem*, núm. 16 de 2005, pp. 89-90.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 90.

Además, para ese momento, no existía una tendencia internacional en el sentido de perseguir crímenes de lesa humanidad, lo que realmente existía, era una tendencia a juzgar los crímenes de los nazis en Alemania, como, en efecto, lo demuestra la importancia supranacional que contuvieron los casos Barbie¹³⁶ y Eichmann¹³⁷.

El cuarto argumento, sobre la necesidad de hacer lo posible porque el principio de legalidad no se convierta en un obstáculo para el ejercicio de otros derechos ciudadanos, hay que decir que es excesivo y no condesciende con la importancia de la legalidad en un Estado de Derecho. Si bien podría admitirse que, la lucha contra la impunidad entra en tensión con el principio de legalidad en determinados casos como el de Scilingo, la misma no justifica que se abogue por la inaplicación de un principio fundamental, precisamente, en la defensa de los derechos contra la arbitrariedad.

Finalmente, tampoco es acertado citar como apoyo argumentativo el caso de los disparos del muro de Berlín, pues allí, los supuestos son diferentes: el Tribunal Constitucional Federal alemán en el conoció del recurso de amparo interpuesto por tres de los condenados, quienes argumentaban que en primera instancia y en la revisión, 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 la injusticia, en este caso el artículo 103.2. de la Ley Fundamental, y con ello, negando el recurso¹³⁸.

Además, se condenó por la norma vigente en el momento de los hechos: homicidio consagrado en Código Penal de la República Democrática de Alemania. Es decir, no se creó una norma penal a través del derecho internacional.

Otro caso recientemente juzgado en Argentina, también da cuenta de la posibilidad que encuentran, algunos tribunales, para condenar por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

En decisión de 23 de noviembre de 2011, la Cámara Federal de Mendoza¹³⁹, dejó en firme el procesamiento ordenado en primera instancia, contra un

¹³⁶ Corte de Casación de Francia, Sentencia de 20 de diciembre de 1985.

¹³⁷ Distrito Tribunal de Jerusalén, Sentencia de 12 de diciembre de 1961.

¹³⁸ ALEXY, Robert. "La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. En: VIGO, Rodolfo (Coord.). *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Fontamara. México, D.F.: 2008, pp. 311 y ss.

¹³⁹ Cámara Federal de Mendoza. Autos N° 86.569-F 20.868, noviembre 23 de 2011.

número plural de personas, por “(...) los delitos previstos y reprimidos por el art. 144 ter apartado 1° con el agravante del apartado 2° del Código Penal (...)”¹⁴⁰ –tortura-, por hechos ocurridos durante la dictadura militar en Argentina.

En lo que se refiere al tema bajo examen, el tribunal consideró que “[l]os delitos cometidos desde el aparato del Estado no fueron sólo violaciones de derechos humanos. Por su escala, volumen y gravedad constituyen, conforme a su naturaleza, “Crímenes contra la Humanidad o de Lesa Humanidad” en los términos del derecho internacional, nacional y de conformidad a los pronunciamientos del más Alto Tribunal (vgr. C.S.J.N. ‘*Simón, Julio y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. Causa N° 17.768’ (...)*”¹⁴¹

Y adición, tratándose de la imputación en el caso concreto:

“Acorde a su contenido y naturaleza, es un crimen de derecho internacional, por lo cual las condiciones de su responsabilidad son establecidas por la normativa internacional, con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados; los cuales, se encuentran en la obligación de juzgar y castigar a los responsables de tales aberrantes crímenes. Así, en el ámbito de la normativa internacional se considera que, entre otros actos, la tortura, las ejecuciones sumarias, extra judiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, constituyen la categoría de ‘*graves violaciones a los derechos humanos*’.

La obligación de todo Estado de juzgar y castigar los crímenes de lesa humanidad surge del derecho de gentes o ‘*ius cogens*’, el cual se integra por un conjunto de principios y normas que resultan esenciales en la vida organizada de la humanidad. Uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que instituye la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de gravedad para la humanidad, y cuyo juzgamiento no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron”¹⁴².

De esta manera, el tribunal de Mendoza se identifica con las posturas mencionadas, entre ellas la de la Audiencia Nacional española, aunque da un paso más en punto de la violencia sexual que cataloga crimen de lesa humanidad¹⁴³, apoyado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Encuentra que “(...) los ataques sexuales fueron parte **del plan sistemático** represivo. En otras palabras, no se trataba pues de hechos

¹⁴⁰ *Ibidem*. Considerando, núm. 1.

¹⁴¹ *Ibidem*. Considerando, núm. VI.

¹⁴² *Ibidem*. Considerando, num. VI.

¹⁴³ *Ibidem*. num. XII, lit. A).

aislados, dependientes de la voluntad del captor, sino como parte de una metodología establecida verticalmente, como cualquier otro ataque, ya sea tortura, vejaciones, etc. (...)”¹⁴⁴.

De esta manera, se compromete con el enjuiciamiento de tales conductas, conforme la normatividad internacional, en los siguientes términos:

“Acreditado prima facie que los delitos sexuales integraron el plan sistemático, la conclusión necesaria es que los mismos son crímenes de lesa humanidad.

Al considerarse crimen contra la humanidad, de acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores y como ha quedado establecido por la Corte Suprema de Justicia, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. Caso “Barrios Altos”), la República Argentina se encuentra obligada a investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de tales prácticas”¹⁴⁵.

Por su parte, en el contexto colombiano, mediante el auto de 13 de mayo del 2010, la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁶ estableció que es posible imputar el delito de genocidio para conductas previas a la expedición de la Ley 589 del 2000 por cuanto tal crimen estaba tipificado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948¹⁴⁷.

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia citada de los tribunales penales internacionales, de Derechos Humanos y de Derecho Interno, sí es posible aplicar una tipificación penal interna posterior a la ocurrencia de los hechos cuando se trata de crímenes reconocidos por el Derecho Internacional tratándose de graves violaciones a derechos humanos.

Pese a lo anterior, no se comparte este concepto. Actualmente no es posible concluir que los crímenes de lesa humanidad se encuentran tipificados a partir de los “*principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*” o de la costumbre internacional¹⁴⁸.

En efecto, con base en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es imposible sostener que los crímenes de lesa humanidad pueden ser aplicados por órganos judiciales de derecho interno sin que estén previstos en la legislación nacional, por cuanto tal cláusula es

¹⁴⁴ *Ibidem*. Considerando, num. XII, lit. A).

¹⁴⁵ *Ibidem*,. Considerando, num. XII, lit. A).

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo del 2010. N° 33118. *Ob. cit.*

¹⁴⁷ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948, la cual entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 28 de 1959 y ratificada el 27 de octubre del mismo año.

¹⁴⁸ Ver Gil, Alicia. *Ob. cit.* p. 485.

indeterminada e imprecisa y, por tal razón, resulta imposible definir cuáles son los delitos que violentan los “*principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”¹⁴⁹. Es más, no es posible establecer responsabilidad penal alguna con base en los “principios generales del derecho” so pena de vulnerar el principio de *nulla poena sine lege*” habida cuenta de la vaguedad de tal cláusula y de las exigencias del principio de legalidad¹⁵⁰.

La cláusula prevista en el artículo 15.2 del PIDCP, fue incluida con el único objeto de superar las constantes críticas relacionadas con los juzgamientos de los tribunales de la post guerra, que no con la finalidad de que constituyese una fuente autónoma de crímenes internacionales¹⁵¹.

Por su parte, el artículo 38.1b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵² reconoce la costumbre como fuente del Derecho Internacional, y la entiende como “*prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”. En este sentido, la costumbre internacional se forma a partir de una práctica generalizada de los Estados (*longa consuetudo*) cuyo carácter demuestra que se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe (*opinio iuris*)¹⁵³.

Así, una norma integrará el derecho consuetudinario siempre que tenga acogida favorable, sino de todos los países, por lo menos en diferentes ordenamientos de todos los sistemas jurídicos y regiones geopolíticas.

En tal contexto, no es posible sostener que existe una definición uniforme de la categoría crímenes de lesa humanidad, así como una práctica generalizada de los Estados consistente en investigar y condenar por crímenes de lesa humanidad de cara a la impunidad generalizada de las violaciones a derechos humanos¹⁵⁴.

De otra parte, difícilmente se podría sostener que los crímenes de lesa humanidad se encuentran tipificados en el derecho consuetudinario por cuanto no existe una descripción de tales tipos penales ni de las sanciones correspondientes¹⁵⁵, es más, tal como se demostró en el primer acápite del

¹⁴⁹ BOLD, Machteld. “*Nullum Crimen Sine Lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*”. Intersentia. School of Human Rights Research. p. 137.

¹⁵⁰ K.J. Partsch. *Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin; Dunker / Humbolt 1996, pp. 171 a 173. Citado por BOLD, Machteld, *ob. cit.* p. 139. Cfr. GIL GIL. *Ob. cit.* p. 492. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda Nº 798 del 2007.

¹⁵¹ *Ibidem*, It is clear that, at the time, the reference to “general principles recognized by the community of nations” has been inserted in view of the criticism surrounding the war crimes trials after Second World War”.

¹⁵² <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C>

¹⁵³ Corte Internacional de Justicia, Caso Plataforma Continental del Norte. Sentencia de 20 de febrero de 1969. ICR Report, p. 44.

¹⁵⁴ AMBOS, Kai. *La Parte general del derecho penal internacional*. Fundación Konrad Adenauer. Uruguay: 2005. p. 37.

¹⁵⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. pp. 55, 59.

presente escrito, históricamente no ha existido uniformidad en la definición de tal categoría ni siquiera en los documentos de Derecho Internacional que la prevén¹⁵⁶.

En conclusión, a partir del Derecho Internacional consuetudinario no es posible crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales nacionales.

B. ¿ES COMPETENTE UN ÓRGANO JUDICIAL COLOMBIANO PARA ACUSAR Y CONDENAR UN DELITO CON LA DENOMINACIÓN DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?

No obstante la conclusión anterior, Colombia está obligada a eliminar la impunidad, especialmente, tratándose de las violaciones graves a derechos humanos. En consecuencia, en aras de garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a derechos humanos, los funcionarios judiciales deberán acudir no solo a “la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁵⁷.

Esto significa que, en principio, se deberán imputar delitos nacionales que retomen la descripción de los crímenes internacionales, independientemente de su *nomen iuris*. En este sentido, en la sentencia o la imputación se deberá mencionar la característica internacional del crimen y describir sus elementos, contexto, características de la población civil y *generalidad* o *sistematicidad*, para satisfacer los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición a las víctimas que han sido desarrollados por el Derecho Internacional y nacional.

Lo anterior resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme a la cual en casos en los que se constata que a nivel interno no se imputó el delito que correspondería de acuerdo al Derecho Internacional, y sin embargo los hechos no quedaron en la impunidad, tal corporación ha reconocido el valor de las condenas de derecho nacional: “La disparidad en la calificación de los hechos a nivel interno e internacional se ha visto reflejada en los mismos procesos penales. No obstante, la Corte reconoce que la detención ilegal y arbitraria, tortura y desaparición forzada

¹⁵⁶ GIL GIL. *Ob. cit.* p. 485.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 21 de septiembre del 2009. Radicado N° 32022, M.P. Sigifredo Espinosa.

de las víctimas no ha quedado en la total impunidad mediante la aplicación de otras figuras penales”¹⁵⁸. Así, el mero hecho de no imputar el *nomen iuris* internacional no constituiría una violación del Derecho Internacional.

En la Supervisión de cumplimiento de la misma sentencia, la Corte IDH reiteró ese criterio de la siguiente forma: “(...) los imputados condenados, bajo tipos penales tales como secuestro, privación ilegítima de libertad, abuso de autoridad, asociación o concierto para delinquir, lesiones, coacción o amenazas y homicidio, contenidos en el Código Penal del año 1914 o en el vigente desde 1998 (...) la falta de tipificación adecuada de los delitos de tortura y desaparición forzada fue constatada en este caso. Es oportuno recordar que en este proceso internacional los hechos del caso han sido calificados como desaparición forzada y tortura, tanto por el Estado como por este tribunal, y que la disparidad en la calificación de los hechos a nivel interno e internacional se ha visto reflejada en los mismos procesos penales, si bien fue reconocido que los hechos no quedarán en la total impunidad por la aplicación de otras figuras penales”¹⁵⁹.

Por el contrario, en el caso *Neptune contra Haití*, la Corte IDH declaró violado el artículo 9 de las CADH que establece el principio de legalidad y no retroactividad dado que la víctima había sido acusada de un *crimen de masacre* que no se encontraba tipificado en el ordenamiento penal interno. Si bien en este caso *la masacre* constituiría un crimen internacional, a saber una grave violación a los derechos humanos o un crimen de lesa humanidad, la Corte protegió el principio de legalidad: “[...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. [...] En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. (...) En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Corte IDH, *Caso Goiburú c. Paraguay*, Serie C 153 sentencia de 22 de septiembre del 2006, párrafo 92.

¹⁵⁹ Resolución de la Corte IDH de 19 de noviembre del 2009, *Caso Goiburú y otros c. Paraguay*, Supervisión de Cumplimiento de sentencia. Párrafo 23.

¹⁶⁰ Corte IDH, *Caso Neptune c. Haití*. Sentencia de 6 de mayo del 2008, párr. 125. Ver también *Caso De La Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre del 2004. Serie C N° 115, párr. 79-82.

Con base en los anteriores planteamientos se arriba a dos conclusiones fundamentales.

En primer término, el Estado está en la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a derechos humanos, es decir el Estado deberá perseguir tales conductas de manera tal que no queden en la impunidad.

De otra parte, para la Corte IDH es necesario que los tipos penales se encuentren previa y expresamente definidos en el orden interno, por lo cual siempre que se condene por crímenes que no satisfagan los requerimientos del principio de legalidad en sentido estricto, el Estado compromete su responsabilidad internacional.

Resulta pertinente reiterar que si el derecho penal interno contiene tipos penales que describen a cabalidad la situación de hecho de la que se trate, así como una pena razonable y proporcional a la entidad del mismo, se deberá imputar y sancionar con base en la legislación nacional; claro está, si además tal conducta reviste a la luz del derecho internacional el carácter de *crimen de lesa humanidad*, necesariamente habrá de desarrollarse en el texto de la sentencia y resaltarse en el curso del proceso, para lo cual se explicitarán sus elementos, características, *sistematicidad o generalidad*¹⁶¹.

En el caso colombiano es pertinente resaltar que en el auto de legalización de cargos del Tribunal de Justicia y Paz en el caso “*El Iguano*”¹⁶², así como en el auto de la Corte que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra esta¹⁶³ se reconoció que “Para conseguir los fines trazados por la cúpula de las autodefensas –acabar con la subversión y sus auxiliadores y limpieza social de la región– ejecutaron conductas consideradas como graves a la luz del Derecho Internacional Humanitario como homicidios en persona protegida, desplazamientos forzados, tortura en persona protegida, cobros de impuestos ilícitos, etc., así como delitos contra la población civil de manera sistemática o generalizada que bien pueden ser calificados como punibles de lesa humanidad”¹⁶⁴.

En la misma providencia, la Corte Suprema de Justicia estableció que “La declaración de crimen de lesa humanidad es un acto de connotación judicial

¹⁶¹ Cfr. AAVV. “Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional”. Op. cit. p. 214. “Esta jurisprudencia aplicaría así un derecho penal diferenciado, en el cual una subsunción primaria relativa a la tipificación y la sanción se rige por el derecho interno mientras que una subsunción secundaria respecto de la cualificación se rige por normas internacionales (a fin de argumentar la retroactividad y la imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión)”.

¹⁶² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Declara la legalización de cargos de Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano. 7 de diciembre del 2009. p. 35.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de marzo 11 de 2010. Rad. 33301. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁶⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Declara la Legalización de cargos de Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano. Op. cit.

que bien puede hacerlo el funcionario de la Fiscalía General de la Nación que cumple el papel de acusador, o bien el juez del conocimiento. En suma, los homicidios agravados y en persona protegida en los que incurrió el acusado directamente o por intermedio del aparato organizado de poder (autodefensas), mal llamadas acciones de “limpieza social”, que 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, causados en once “acciones de limpieza social” (típicos asesinatos) de que tratan los 50 atentados contra la vida”¹⁶⁵.

Por último, es pertinente resaltar que en tal auto la Corte señaló que la declaratoria de una conducta como crimen de lesa humanidad aparte de resaltar la magnitud del daño y la entidad de los delitos cometidos, tiene importantes efectos jurídicos tales como: “Son crímenes imprescriptibles. Son imputables al individuo que los comete, sea o no órgano o agente del Estado. Tampoco, puede ser eximido de responsabilidad penal por el hecho de haber actuado en cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico: esto significa, que no se puede invocar el principio de la obediencia debida para eludir el castigo de estos”¹⁶⁶.

En tal sentido, se comparte la posición de la Corte Suprema de Justicia en relación con las consecuencias de la declaratoria de un delito como crimen de lesa humanidad, a saber: imprescriptibilidad e inoperancia de la causal de exclusión de la responsabilidad penal relativa a haber actuado en cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico.

Lo anterior no vulnera el principio de legalidad por cuanto se persigue y condena por una conducta típica prevista en el derecho nacional, pero, en atención a su relevancia como crimen internacional, se le asignan los efectos de tal declaratoria. En especial en tratándose de la imprescriptibilidad respecto de este tipo de crímenes, es preciso resaltar que la Corte Constitucional estableció que “en armonía con el Tratado de Roma, en el caso de determinadas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad la acción penal es imprescriptible”¹⁶⁷.

Asimismo, no reconocer el actuar en cumplimiento de una orden como causal de exoneración de punibilidad resulta acorde con la jurisprudencia penal internacional¹⁶⁸. Si bien se considera que tal principio hace parte del derecho

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 11 de marzo del 2010. *Ob. cit.*

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-580 del 2002, C-370 del 2006 y, en especial, C-1036 del 2006.

¹⁶⁸ Ver. AMBOS, Kai. *Op. cit.* pp. 87, 105.

consuetudinario¹⁶⁹, tanto los artículos 8 y 10 de la Ley del Consejo de Control N° 10, 7.4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia¹⁷⁰, 6.4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁷¹, así como el 33 del Estatuto de Roma, establecen claramente que quien actúa en cumplimiento de una orden del superior y con ello comete crímenes de derecho internacional deberá responder penalmente.

Ahora, el tratamiento que ha dado la Corte Suprema de Justicia en Colombia a la posibilidad de imputar y condenar a una persona por la comisión de crímenes internacionales ha oscilado entre diferentes posiciones¹⁷².

La postura de la Corte al respecto, se encuentra en un fallo del 16.12.2010 donde decide el recurso de apelación que interpusieron 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, mediante la cual impuso medida de aseguramiento al postulado Úber Enrique Banquez Martínez, alias “Juancho Dique”¹⁷³. En el 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”¹⁷⁴, aún cuando los mismos habían sido perpetrados con anterioridad a la expedición de la Ley 599 de 2000 que tipifica los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Ya que el magistrado de primera instancia discrepó de la imputación de la Fiscalía aduciendo el respeto a ultranza al principio de legalidad, la Corte tuvo que dirimir el siguiente problema jurídico: “(...) 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”¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Ver. WERLE, pp. 221, 223.

¹⁷⁰ Artículo 7.4 establece: “*The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires*”.

¹⁷¹ TPIY, Sala de primera Instancia, *Caso Erdemovic*, sentencia del 5 de marzo de 1998. “*On or about 16 July 1995, Erdemovic did shoot and kill and did participate with other members of his unit and soldiers from another brigade in the shooting and killing of unarmed Bosnian Muslim men at the Pilica collective farm. These summary executions resulted in the deaths of hundreds of Bosnian Muslim male civilians*”. “*However, the Trial Chamber also accepts that the accused committed the offence in question under threat of death*”. Por lo tanto le condena fue atenuada considerablemente por su confesión de los delitos cometidos y el hecho de que Erdemovic actuó en cumplimiento de una orden y sobre todo bajo amenaza a muerte.

¹⁷² Un resumen sobre las diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, en: CARDONA CHAVES, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de justicia transicional*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2011. p. 171.

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto Rad. No. 33039, diciembre 16 de 2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Antecedentes procesales, p. 4.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Consideraciones, p. 14.

Con base en consideraciones acerca de la evolución del principio de legalidad respecto de su formulación clásica, la Corte concluye que, cuando se trate de crímenes internacionales (agresión, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio), dicho principio “(...) 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”¹⁷⁶.

De esta forma, la Corte, plantea una flexibilización del principio de legalidad, aunque, solamente, para las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales mencionados¹⁷⁷. Así: “(...) no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. 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”¹⁷⁸.

Aunque esta decisión no se ocupa de la posibilidad de conocer en Colombia sobre crímenes de lesa humanidad, sí deja plantada una apertura también en ese sentido, dado que la *ratio* del fallo alude, como se citó, a los llamados “crímenes internacionales”, aunque, queda esbozado el carácter problemático que reviste esa tesis en los crímenes de lesa humanidad, por cuanto los mismos, a diferencia de los crímenes de guerra, no han sido tipificados en el ordenamiento jurídico interno¹⁷⁹, de suerte que se entiende vigente la postura manifestada en el ya comentado auto de segunda instancia del caso de alias “el Iguano”¹⁸⁰.

Con esta decisión, la Corte Suprema de Justicia no adopta la tesis de la legalidad estricta que se ha mencionado como una de las probables en el tema bajo examen, por el contrario, se aproxima a posturas que reconocen la vigencia de un principio de legalidad internacional que supera el nacional, cuando se trate de crímenes internacionales, como, la citada en el caso Scilingo que profirió la Audiencia Nacional de España.

Por el contrario, en este documento se considera que a partir del Derecho Internacional consuetudinario no es posible crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales nacionales. Por lo tanto,

¹⁷⁶ *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Consideraciones, p. 35.

¹⁷⁸ *Ibidem*. Consideraciones, p. 36. Este criterio fue reiterado recientemente 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.

¹⁷⁹ Acerca de las fórmulas actuales de consagración de los crímenes de lesa humanidad en Colombia, ver: RAMELLI, Alejandro. *Op. Cit.*, pp. 262 y ss.

¹⁸⁰ *Infra*, p. 34.

no se comparte la decisión de la Corte Suprema en el Auto del 16.12. 2010 sino la proferida nueve meses antes en el caso de alias “el Iguano”¹⁸¹, donde se privilegió la legalidad sin vulnerar o generar tensiones con otro tipo de derechos o principios, dado que, en todo caso, las conductas se investigan y los responsables se sancionan.

CONCLUSIONES

A pesar de las diversas definiciones existentes de la noción “crímenes de lesa humanidad”, podría afirmarse que, por factores como el significativo número de países signatarios, la vigencia, y lo relativamente reciente del instrumento, es el Estatuto de Roma el que adopta la definición más depurada y completa pues allí se recoge el *chapeau* o núcleo de la categoría, que es, en últimas, el que diferencia este tipo crímenes de otros: debe tratarse de un ataque, generalizado o sistemático dirigido contra la población civil, así como el conocimiento de la naturaleza del ataque por parte del perpetrador.

Tratándose de los elementos, es importante recordar que, para definir quién es miembro de la población civil es preciso esclarecer si la persona de la que se trate participa activamente de las hostilidades.

En relación con la posibilidad de que los fiscales y jueces nacionales imputen, acusen, condenen y sancionen por *crímenes de lesa humanidad*, es preciso resaltar que los operadores jurídicos en Colombia deberán imputar los tipos penales internos que retomen la descripción de los crímenes internacionales, independientemente de su *nomen iuris*. Por su parte, la sentencia o la imputación deberán mencionar además la característica internacional del crimen y describirían sus elementos, contexto, *generalidad o sistematicidad*, para satisfacer los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas que han sido desarrollados por el derecho internacional y nacional. La “declaratoria” en una sentencia de una conducta como delito de lesa humanidad, además de resaltar la gravedad del delito de que se trate, tiene importantes efectos jurídicos tales como la imprescriptibilidad y la imposibilidad de aplicar causales de ausencia de responsabilidad como el cumplimiento de una orden.

Respecto de los crímenes en particular, a pesar que el catálogo que contiene el Estatuto de Roma en materia de crímenes de lesa humanidad no

¹⁸¹ En ese caso, la Corte reivindica la vigencia del principio de legalidad, indicando 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)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de marzo 11 de 2010. Rad. No. 33301. M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Consideraciones, núm. 2.

es cerrado, de manera que, bajo ciertos presupuestos admite la posibilidad que otras conductas sean consideradas como tales, el delito de concierto para delinquir agravado no constituye crimen de lesa humanidad, aunque así lo haya considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues, de la lectura de la jurisprudencia y los instrumentos jurídicos internacionales, es posible inferir que la conducta se asemeja más a una forma de participación que a un crimen autónomo, salvo en los casos que expresamente se consagra como delito, por ejemplo, asociación para cometer genocidio.

En lo referido a la desaparición forzada, sumado a que el Estatuto de Roma la contempla como crimen de lesa humanidad, es preciso acotar que la conducta puede tener esa calidad siempre que sea cometida por agentes estatales o servidores públicos o por particulares con *su autorización, apoyo o aquiescencia*.

Finalmente, tratándose de los delitos de ejecución permanente que constituyen crímenes de lesa humanidad, los tipos penales posteriores al comienzo de la ejecución deben aplicarse siempre y cuando tales delitos no se hubiesen consumado antes de la tipificación. En caso de haberse consumado antes de la tipificación posterior, se deberá imputar, condenar y sancionar de conformidad con la legislación vigente a tal fecha.

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN PROCESOS PENALES¹

INTRODUCCIÓN

El discurso político-jurídico generado con la expedición de la Ley 975 de 2005 y aun más con la nueva Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas), destaca que las víctimas deben ser las protagonistas centrales del proceso de paz en Colombia. Por ello para hacer realidad este principio, se requiere que se involucren de manera activa en este proceso. Con el alineamiento de la Ley de Justicia y Paz hacia los derechos de las víctimas, se interpreta como vivimos en el capítulo I la teoría de la Justicia Transicional, cuyo enfoque principal son las víctimas de las violaciones masivas de derechos humanos².

Sin embargo, a lo largo de más de seis años después de la entrada en vigencia la Ley de Justicia y Paz, y frente al balance ambiguo del proceso³, uno se pregunta: ¿Cuáles son los resultados que hasta hoy ha tenido la participación de las víctimas en el proceso (Participación judicial-penal)? ¿Cómo se puede hacer más eficaz y/o eficiente dicha participación?

Para realizar ésta evaluación comprensiva de los logros y carencias de la participación de las víctimas en el Proceso Especial de Justicia y Paz, hace

¹ Este capítulo es una versión actualizada y ampliada del artículo "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional – el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz". En: LÓPEZ DÍAZ, Claudia. (Coord.) *Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2011.

² United Nations. *What is Transitional Justice? A Backgrounder*. 2008. p. 1; GONZÁLES DE LEMOS, María del Rosario y SAMPER STROUSS, Miguel. En: *Coloquio Internacional – Retos de Justicia y Paz*. Bogotá: 17 de Febrero de 2011. FORER, Andreas. *Las víctimas como columna vertebral del proceso de paz*. El Espectador, Columna de opinión. Bogotá: 25 de febrero de 2011. ROBINS, Simon. *Towards a victim-centred transitional justice: Understanding the needs of wives of the disappeared in post-conflict Nepal*. New Orleans: 2010. Kosovar Institute for Policy Research and Development. *Transitional Justice in Kosovo – Discussion Paper*, Prishtina: 2009, p. 6. International Center for Transitional Justice (ICTJ), *What is Transitional Justice?*. Disponible en: <http://ictj.org/about/transitional-justice> (18.07.2011). Advisory Council on International Affairs. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition*. No 65, AIV/No 19, CAVV April 2009. La Haya: 2009. p. 22. LÓPEZ DÍAZ, Claudia; VARGAS, Álvaro (coord.). ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Bogotá: Editorial Milla. 2009.

³ Balance en cifras, véase página de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>.

falta aclarar cuál es el fundamento; cuáles son las formas de participación; y, cuál es el potencial y el riesgo de dicha participación en los procesos de justicia transicional, especialmente en casos como el colombiano, que por lo menos hasta la promulgación de la Ley de víctimas (y con la excepción del Decreto 1290 de 2008)⁴ tenía su énfasis en el proceso penal, cuyo enfoque principal es retributivo, es decir se busca poner una pena a los delitos cometidos por el victimario. Un proceso que además, se caracteriza y dificulta por la permanencia del conflicto armado interno⁵ y por tener una gran cantidad de víctimas registradas para “participar” en el Proceso Penal de Justicia y Paz (alrededor de 350.000) y de 3.500.000 de víctimas en la espera, si se cuenta solamente los del desplazamiento forzado⁶.

En este capítulo se intenta dar respuestas a los anteriores interrogantes, con la finalidad de hacer algunas recomendaciones para lograr una “mejor” o por lo menos diferente participación de las víctimas, que no significa necesariamente, una mayor cantidad de víctimas en los procesos de Justicia y Paz. Partimos de la tesis de que si hay una real participación de las víctimas – directa o indirectamente – o por lo menos una decisión voluntaria de participar, después de un proceso de información que concluye con su decisión de participar o no, garantizaremos una mejor comprensión y aceptación del proceso de paz en Colombia.

Este documento empieza por analizar en la primera parte, los fundamentos y objetivos a tener en cuenta para involucrar a la víctima en el proceso penal, en consonancia con el derecho penal internacional y con el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Seguidamente en la segunda parte, se analizan cuáles son o pueden ser las formas de participación judicial, en donde se realiza un análisis comparativo de la participación en diferentes estatutos procesales penales en Colombia. A continuación en la tercera parte, y con el fin de hacer una evaluación de la participación de víctimas, se exponen algunas opiniones y expectativas generales que ellas tienen frente al conflicto armado en Colombia y en especial frente al tratamiento de sus casos y las acciones puntuales desarrolladas por el Estado bajo la Ley 975 de 2005. Finalmente, se resaltan las dificultades que hasta ahora ha tenido la participación de las víctimas, como lecciones

⁴ Disponible en: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article818> (12.12.2011).

⁵ APONTE, Alejandro. “Informe Colombia”. En: *Justicia de Transición*. Editores: AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Montevideo: 2009. pp. 235 a 245.

⁶ Hasta mayo de 2011 el Gobierno de Colombia ha registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas. Véase en: <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/> (12.12.2011)

aprendidas, y se consideran algunas de las innovaciones legales en cuanto a su participación, que se vislumbran en la Ley de Víctimas, aprobada el pasado 10 de Junio 2011⁷.

1. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN UNA PARTICIPACIÓN DE VÍCTIMAS:

A continuación se presentarán algunas consideraciones que justifican su intervención.

A. PARA LOGRAR UN RECONOCIMIENTO, OBTENER LA VERDAD Y LA REPARACIÓN:

En efecto, el reconocimiento de la víctima en el proceso penal, le abre la posibilidad de que pueda tener un rol activo dentro del proceso. De esta manera, no solamente quienes han sufrido daños directos, sino también quienes se acrediten como víctimas indirectas, pueden participar en todas las etapas del proceso. El reconocimiento le permite actuar como parte o como interviniente especial dentro del proceso penal, lo que significa que tiene ciertos derechos como por ejemplo, se le brinda la posibilidad de aportar pruebas; de controvertir las que estén en el juicio; y de poder interponer recursos.⁸ Así las cosas, se logra restaurar su dignidad, principalmente porque es ella misma quien aporta al proceso elementos probatorios y evidencias, para esclarecer la verdad y para que se le dé un lugar dentro del proceso penal.⁹ Esta posibilidad también tiene el objetivo de apoyar a la Fiscalía para establecer la responsabilidad del acusado.¹⁰ El Estado, por su parte, mediante una sentencia condenatoria, puede llegar a reconocer su responsabilidad y su compromiso para que esas conductas punibles, no se vuelvan a repetir en el futuro, comprometiéndose seriamente a una “superación del pasado”.¹¹

⁷ Ley 1448 de 2011 sancionada el 10 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20LEY%20DE%20VÍCTIMAS%20Y%20RESTITUCIÓN%20DE%20TIERRAS70.PDF> (05.12.2011). Vea también: “Los complejos debates de la Ley de víctimas”. INDEPAZ. Disponible en: http://www.indepaz.org.co/attachments/190_Ley%20de%20v%C3%ADctimas.pdf (05.12.2011)

⁸ Véanse los artículos 4, 6, 7, 8, 23, 37, 45 y 49 de la Ley 975 de 2005. La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional definieron las condiciones bajo las cuales las víctimas pueden interrogar o contra-interrogar al postulado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 27484, auto del 2 octubre 2007, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán; Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Resoluciones Fiscalía General de la Nación 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006.

⁹ SACOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Op.Cit. pp. 76 y 79. De HEMPTIME, Jérôme. “Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon”. Op.Cit. p. 167, en la que clasifica el sentido de la participación de las víctimas en tres categorías: Judicial, Reparación y Simbólico.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Parágrafo 53.

¹¹ “*Vergangenheitsbewältigung*” trabajar el pasado para que no se vuelve a repetir. Véase el Art.8 de la Ley de Víctimas.

B. PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA DEL PROCESO:

La presencia de la víctima en las diferentes etapas del proceso penal presenta la ventaja de que ella misma hace el control material de las decisiones judiciales, para evitar violaciones al debido proceso o abusos propios del sistema.¹² Ningún mecanismo de rendición de cuentas puede ser válido sin cierta aceptación y aprobación por parte de las víctimas. Por lo que se hace necesario pensar en su intervención.¹³ Por otro lado, le da la posibilidad al Estado de presentar resultados en las cuales se demuestra que se garantizan los derechos de las víctimas, ya que todas las actuaciones se realizan ante ellas y son susceptibles de recursos ordinarios y extraordinarios. Estos elementos permiten crear confianza por parte de la víctima y de la sociedad en general.

C. PARA BRINDAR LEGITIMIDAD AL PROCESO:

Con su participación, las víctimas demuestran su conformidad con el marco legal que ha de haber sido consultado ampliamente con toda la sociedad y en especial con las víctimas.¹⁴ Esto cobra especial importancia en procesos de justicia transicional, ya que son las víctimas en particular y la sociedad en general, quienes han sufrido las repercusiones y afectaciones de todo orden, por las diferentes situaciones de violencia y de graves violaciones a los derechos humanos en el contexto del conflicto armado. Una vez iniciados estos procesos, debe existir un aval por parte de la sociedad.¹⁵

¹² Estos abusos se caracterizaron por realizar audiencias proclives a la impunidad, a otorgarse amnistías, con otorgar sentencias injustas y negar la reparación a las víctimas. Véase sobre la importancia de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz: APONTE, Alejandro. *El proceso penal especial de Justicia y Paz, alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional. Monográfico No. 2*. Centro Internacional de Toledo para la Paz- CITpax- Bogotá D.C. 2011. p. 74 y ss. AMBOS, Kai; ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania; Georg-August-Universität Göttingen. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "Justicia y Paz" en Colombia*. Bogotá: 2010. p. 114 y ss.

¹³ GARKAWE, Sam Boris. "The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights?" p. 335. En: *Melbourne University Law Review*, vol 27, No.2. p. 335 pp. 5. Disponible en: http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=law_pubs (06.12.2011).

¹⁴ Por ejemplo se critica de no haber consultado la Ley de Justicia y Paz con la población afrocolombianas. Véase en: MARÍN ORTIZ, Iris. "La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado". En: ProFis-GIZ; Embajada de la República Federal de Alemania; INDEPAZ. *Memorias: Diplomado Comunidades Afrocolombianas y memoria histórica en el marco de justicia y paz*. Bogotá: 2010. pp. 54-55.

¹⁵ Por ello es importante la promulgación de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) ya que en esta oportunidad se dio una respuesta legislativa a los intereses de las víctimas y no frente a los victimarlos, como ha sido el caso de la Ley 975 de 2005. Cristo, Juan Fernando, en: Coloquio Internacional – Retos de Justicia y Paz. Bogotá: 17 de Febrero de 2011.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL.

Desde hace algunos años, la justicia penal internacional enfrenta múltiples desafíos que le han asignado la política y la sociedad, que lo conmina a aumentar el interés en satisfacer los derechos de las víctimas¹⁶. Esta participación, mayor y más frecuente de las víctimas en los procesos penales, no solamente se ve reflejada en el reconocimiento de sus derechos a la verdad, al establecimiento de la justicia y una reparación integral, sino que va más allá, pues de ser un simple testigo dentro del proceso penal, en el que actuaba por llamamiento del Fiscal, quien estaba concentrado en demostrar probatoriamente la culpabilidad del procesado y quien no tenía a la víctima como centro de interés, ha pasado a tener una participación autónoma, libre y voluntaria dentro del proceso penal, haciendo uso de sus derechos para que le sean plenamente reconocidos en el escenario judicial, convirtiéndose así en una parte fundamental dentro del proceso penal, sin la cual no se puede adelantar una causa que tenga por objeto investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.¹⁷

Sin embargo, si no existen reglas claras para la participación de las víctimas dentro de los procesos, pueden presentarse los problemas que afectan los términos previstos en el proceso penal, el desgaste de la administración de justicia, la pérdida real de recursos humanos y técnicos (particularmente el que hace referencia al tiempo y dinero que invierten las víctimas para poder participar dentro del proceso). Esto afecta los derechos fundamentales de las víctimas lo que necesariamente lleva a una re-victimización, actuando en contravía con los fines que se quieren lograr por medio del proceso judicial.¹⁸

A. MOVIMIENTOS CIVILES:

El papel de la víctima como protagonista central en muchos procesos penales a nivel mundial, tiene su origen en los sistemas jurídicos de Estados Unidos, del Canadá y de algunos países europeos, donde fue exigido por

¹⁶ Rauschenbach, Mina; Scalia, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?" En: *International Review of the Red Cross* Vol. 90 Number 870. Geneva: 2008. p. 442. PIZARRO, Eduardo; VALENCIA, León. *Ley de Justicia y Paz. Colección Cara & Sello*. Editorial Norma y publicaciones Semana. Bogotá: 2009. pp. 45-51.

¹⁷ McKAY, Fiona. *Victim Participation before the international Criminal Court*. p. 2. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/15/3mckay.pdf?rd=1> (03.08.2011).

¹⁸ De HEMPTIME, Jérôme. "Challenges Raised by Victims Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon". En: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford University Press .2010. pp. 165, 168.

movimientos civiles en los años 70.¹⁹ La mayor atención a las víctimas y a las organizaciones que las representaban fue uno de los resultados de los movimientos populares por los derechos civiles de diversos grupos de la sociedad. En ese mismo entorno, surgieron encuestas nacionales e internacionales acerca las percepciones que tenían las víctimas, que indicaron, que en muchas ocasiones, ellas se sentían re-victimizadas por no haber recibido una atención adecuada durante los procesos penales contra sus victimarios.²⁰

Este mayor interés en las particularidades del estado psicosocial de la víctima, dio además origen a una nueva disciplina científica – *victimology*²¹ – que trata del estudio de la víctima y las reacciones psicológicas y físicas como consecuencia del trauma que había tenido y a su experiencia durante su exposición en sistema penal de justicia. Estos nuevos desarrollos causaron reacciones en los diferentes Estados y se concretaron en la elaboración y puesta en marcha de programas de apoyo a las víctimas así como en la posibilidad de una mayor y mejor participación durante los procesos penales relevantes. A través de los últimos años el involucramiento de la víctima en procesos penales se popularizó y se volvió más visible la influencia de fenómenos victimológicos en el derecho penal internacional.²²

El movimiento popular para la consideración de los derechos de las víctimas influyó para darles un estatus legal, tanto en los sistemas penales nacionales como internacionales²³. Tanto así, que la comprensión de la víctima y su correspondiente tratamiento, se convirtió en una auténtica exigencia no sólo para establecer claramente el daño sufrido sino también para restablecer su dignidad e integridad física, como objetivos centrales en los procesos penales.²⁴

¹⁹ American Bar Association; Victims Committee Criminal Justice Section. *The Victim in the Criminal Justice System*. 2006. Pág. 2. Trumbull, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Pág. 780. Disponible en: [http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/mjil29&div=24&id=&page=\(30.11.2011\)](http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/mjil29&div=24&id=&page=(30.11.2011)).

²⁰ State Government of Victoria. *A Victim's Voice - Victim Impact Statements in Victoria: Findings of an evaluation into the effectiveness of victim impact statements in Victoria*. Victoria: 2009. p. 19. POLOWEK, Kim. *Victim participatory rights in parole: Their role and the dynamics of victim influence as seen by board members*. Burnaby: 2005. p. 10.

²¹ Garkawe, Sam Boris. "The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights?" En: *Melbourne University Law Review*, vol 27, No.2. p. 335 pp. 5. Disponible en: http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=law_pubs (06.12.2011).

²² Rauschenbach, Mina; Scalia, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?" *Op. Cit.* p. 443.

²³ TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Op.Cit. p. 781.

²⁴ Véase por ejemplo: MIERS, David. "An International Review of Restorative Justice", En: *Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Crime Reduction Research Series Paper 10*. London: 2001. Desde 1990 representantes de diferentes disciplinas científicas favorecen formas alternativas de resolución de conflictos para establecer justicia entre víctimas y victimarios especialmente aquellos, que entran en la definición del concepto colectivo de la justicia restaurativa, quiere decir que frente a la comisión de un delito, se toman en consideración: a la víctima, al victimario; y, a la sociedad para la búsqueda de soluciones que den fin a esta problemática.

Algunos estudios indican que los enfoques dados en el sentido de una justicia restaurativa²⁵ sirven para garantizar los derechos de las víctimas mucho más que las reglamentaciones tradicionales que están dirigidos con más elementos hacia el logro de una justicia retributiva.²⁶

Especialmente en países con una tradición anglosajona donde tradicionalmente el rol de la víctima estaba mucho más restringida que en países con tradición romano-germánica, en donde distintos movimientos habían querido dar una voz más importante a las víctimas en el desarrollo del proceso penal²⁷.

B. DECLARACIONES INTERNACIONALES:

Entre los varios hitos que se establecieron en el camino hacia una codificación internacional del concepto de victimología (*victimhood*) podemos resaltar, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder* (1985)²⁸, en la cual se revalidó por primera vez a nivel internacional el derecho de las víctimas al acceso al proceso penal.²⁹ Se pide a los Estados garantizar a las víctimas los siguientes derechos: el trato respetuoso con las víctimas; su derecho a obtener informaciones sobre el desarrollo del proceso; y, la posibilidad real de poder estar presente en las diferentes audiencias, para tener la oportunidad de ser oídas por el tribunal que analiza los hechos, por los cuales se constituyó como víctima, logrando de esta forma su dignificación.³⁰

²⁵ La justicia restaurativa se enmarca dentro de un movimiento más amplio -y también relativamente reciente- de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica. En: Uprimny, Rodrigo (coord.) *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS), Bogotá, 2006. Ver también el desarrollo de este modelo en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) artículos 518 a 527 en donde la justicia restaurativa también se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario.

²⁶ SHERMAN, Lawrence W; STRAN, Heather. *Restorative justice: the evidence*. The Smith Institute. London: 2007. LIEBMAN, Mariane. *Restorative Justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. London: 2007. SACOUTO, Susana y CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Disponible en: <http://www.uiowa.edu/~interls/PDFs/SaCouto.finalfinal.dse.030908.pdf> (03.08.2011). pp. 76 y 77.

²⁷ TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Op. Cit. p. 781.

²⁸ *United Nations*. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/victims.htm> (18.07.2011). En especial el literal A, Numeral 6°.

²⁹ SACOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Op.Cit. p. 76.

³⁰ *Ibidem*.

Igualmente, algunas iniciativas europeas como la *Convención Europea sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos* (1983)³¹ y el establecimiento de la *Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal* (1992)³² complementan los mecanismos de participación de las víctimas dentro de los procesos penales. Más recientemente, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones para las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario* (2005)³³ del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aportaron significativamente a la universalización de los derechos de las víctimas.³⁴ Este último documento enfatiza la obligación de los Estados de prevenir y penalizar crímenes, investigar violaciones y perseguir perpetradores. Las víctimas de violaciones tienen el derecho a: (1) un acceso igual a la justicia, (2) una satisfacción adecuada y efectiva, (3) acceso a información relevante sobre violaciones y (4) oportunidades para la reparación.

Finalmente, y con miras en el avance de los derechos de víctimas de crímenes particulares, la *Convención Internacional de Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (2006)³⁵ hace especial referencia al derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida de daños sufridos y al derecho a la verdad de las víctimas.³⁶

C. TRIBUNALES AD-HOC:

A pesar de los movimientos sociales y de las anteriores declaraciones internacionales, los acontecimientos violentos de los años 90's dejaron un número considerable de víctimas que conllevaron al establecimiento de los Tribunales Penales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY), Ruanda (TPIR) y Sierra Leona – los dos primeros establecidos mediante capítulo VII de la Carta

³¹ "European Convention on Compensation of Victims and Violent Crime" Disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=116&CM=0&CL=ENG> (18.07.2011).

³² "Commission on Crime Prevention and Criminal Justice" Para ver un compendio de los informes anuales véase: <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/ccpcj-reports.html> (18.07.2011).

³³ Véase: United Nations. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005*. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm> (18.07.2011). Naciones Unidas; Van Boven, Theo. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

³⁴ RAUSCHENBACH, Mina; SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?". *Op. Cit.* p. 444.

³⁵ "UN International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance" Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45fe6ad42.html> (05.08.2011); en especial los artículos 12 y 24.

³⁶ *United Nations. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Particularmente los artículos 12 y 24. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm* (18.07.2011).

de las Naciones Unidas³⁷ y el último por un acuerdo especial entre el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas en 2000³⁸, que no previeron un papel para víctimas en el sentido de una participación amplia, si no que le dejaron solamente la posibilidad de que actuarán como testigos.³⁹ Los Estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc*, no regularon posibilidades para que las víctimas pudieran participar o solicitar reparaciones u otras medidas que contempla la justicia restaurativa. Si no que dejaron únicamente a los a los Fiscales el rol de fomentar los intereses de las víctimas⁴⁰.

Por ello es que han sido criticados, pues fracasaron en su función de conectarse con la sociedad afectada, para cual fueron establecidos.⁴¹ En este sentido, dichos Tribunales se diferencian poco de las Cortes Penales Especiales, que tenían por finalidad la persecución de los criminales de la Segunda Guerra Mundial en Nüremberg y Tokio.⁴²

³⁷ Así en el Preámbulo del Estatuto del Tribunal de Ruanda:

“El Consejo de Seguridad. Expresando una vez más su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Ruanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario. Habiendo determinado que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Decidido a poner fin a esos crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia los responsables. Convencido de que, en las circunstancias particulares de Ruanda, el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario permitirá alcanzar este objetivo y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y el mantenimiento de la paz. Estimando que la creación de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y demás violaciones antes mencionadas del derecho internacional humanitario contribuirá a que se ponga fin a esas violaciones y que sean reparadas efectivamente. Actuando en virtud del capítulo del VII de la Carta de las Naciones Unidas.

1. Decide por la presente, habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno Ruanda (S/1994/1115), establecer un Tribunal Internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 y, con este fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que figura en el anexo de la presente resolución (...). Disponible en: http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/02Textos%20normativos/02TN05PENAL/02TEXNOR_05_03ICTR.htm (03.08.2011).

Véase respecto a la creación de los Tribunales *Ad Hoc*: WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. T.M.C. Asser Press. Netherlands: 2005. pp. 13 a 18.

³⁸ Statute of the Special Court for Sierra Leone: “Having been established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, the Special Court for Sierra Leone”. Disponible en: [http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uCInd1MJeEw%3D& \(03.08.2011](http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uCInd1MJeEw%3D& (03.08.2011).

³⁹ PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition*. No 65, AIV/No 19, CAVV. Netherlands: April 2009. p. 23. http://www.aiv-advies.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/AIV_65-19_webversie.pdf.

⁴⁰ BRUBACHER, Matthew. “The development of prosecutorial discretion in international criminal courts”. En: HUGHES, Edel. et al. (ed.) *Atrocities and international accountability: beyond transitional justice*. United Nations University Press: 2007. p. 148. United Nations. “Guidelines on the Role of Prosecutors”. En: Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm \(03.08.2011](http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm (03.08.2011)). PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition*. Op.Cit. p. 23.

⁴¹ DONAT-CATTIN, David. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ notes, article by article* “Art. 68”. Baden-Baden: Nomos.2004, pp. 869, 871.

SaCOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. *Victims’ Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Op. Cit. pp. 76, 79. KAMATALI, Jean-Marie. *From the ICTR to ICC: Learning From the ICTR Experience in Bringing Justice to Rwandans*. Pág. 99. Disponible en: [http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejic/vol12/kamatali.pdf \(30.11.2011](http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejic/vol12/kamatali.pdf (30.11.2011).

⁴² BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional* Bogotá: 2011. p. 1. (publicado en esta cartilla) Véase además: METTRAUX, Guénaëli (Ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford: 2008. Es una colección de treinta y dos artículos, ensayos y siete apéndices. Como el progenitor del moderno derecho penal internacional, el juicio de Nüremberg es una piedra angular para todos los que practican en

Ante las críticas recibidas, se plantearon diversas razones que fundamentaron la decisión de no darle a la víctima una participación especial en los Estatutos de dichos Tribunales.⁴³

En primer lugar, se argumentó que al momento de la creación de los tribunales TPIY (1993) y TPIR (1994), los Estados miembros del Consejo de Seguridad estaban más interesados en una condena rápida y efectiva para aquellas personas, que se identificaron como los mayores responsables, de los crímenes cometidos en los correspondientes conflictos⁴⁴. Por ello, si se asignaba un papel importante a las víctimas, se habría ido en contravía respecto a esa prioridad, dilatando el proceso.⁴⁵ Además, por lo menos en Yugoslavia se seguían cometiendo graves violaciones contra los derechos humanos cuando se tomó la decisión de establecer dichos tribunales especiales, tanto así, que su creación fue entendida como parte de un conjunto de medidas, para poner fin a los actos violentos.⁴⁶ En el caso de Ruanda, se argumentaba en contra de una participación de víctimas individuales en el proceso ante el Tribunal *ad hoc*, por el hecho de que el conflicto involucrara a un gran número de personas comunes que participaron en la comisión de los múltiples delitos cometidos.⁴⁷ Este involucramiento de la sociedad en sentido amplio en el genocidio, planteó problemas importantes relacionados con la selección de víctimas y la citación de ellas en la Corte en Arusha, Tanzania⁴⁸.

Otra razón más para la renuncia de mecanismos para la participación de las víctimas en los Estatutos del TPIY y TPIR, fue el procedimiento que ellos utilizaron. En efecto, los dos Tribunales fueron concebidos siguiendo el procedimiento anglosajón ("*adversarial system*"), el cual prevé el involucramiento de víctimas en los procesos penales solamente en calidad de testigo.⁴⁹ Si

este campo hoy en día. Se explica entre otros el inicio del primer juicio colectivo de veintinueve co-conspiradores nazis realizadas por el Tribunal Penal Internacional en Nüremberg del 21 de noviembre 1945 al 01 de octubre 1946 y dirigida por Robert H. Jackson, como fiscal jefe.

⁴³ Véase por ejemplo: WOJCIK, Mark. E. "False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals". En: *L'Observateur des Nations Unies, 2010-1*, vol. 28. 2010. p. 4. BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*. Op.Cit. p. 2.

⁴⁴ SAÇOUTO, Susana y CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Op.Cit. pp. 76, 81.

⁴⁵ Véase por ejemplo el texto de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia: "*the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace*", SC Resolution 827, Tribunal (ex Yugoslavia), 25 Mayo de 1993, S/RES/827.

⁴⁶ WOJCIK, Mark. E., *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals*. Op. Cit. p. 4.

⁴⁷ "*unprecedented extent to which very large numbers of ordinary people participated in the commission of atrocity*" en: Gahima, Gerald. "Alternatives to prosecution: The case of Rwanda", En: HUGHES, Edel. et ál. (ed.) *Atrocities and international accountability Beyond transitional justice*. Op. Cit. p. 161.

⁴⁸ KAMATALI, Jean-Marie. *From the ICTR to ICC: Learning From the ICTR Experience in Bringing Justice to Rwandans*. Op. Cit. p. 91.

⁴⁹ WOJCIK, Mark. E., *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals*. Op. Cit. p. 5. De otro lado el

bien es cierto que la víctima dentro de este sistema puede individualmente hacer una denuncia, una vez que ésta es acogida por el Fiscal, se abre la investigación respectiva y en consecuencia la víctima pierde el derecho a participar directamente. Además con este procedimiento adversarial, ciertas formas de reparación solamente pueden ser exigidas después de una condena en firme y sólo mediante un proceso civil separado.⁵⁰

Contrario a ello, el *procedimiento inquisitivo*, de ascendencia continental-europea, permite que la víctima adopte algunas medidas judiciales que le hacen posible su participación en los procesos iniciados por la Fiscalía, más allá, que en calidad de testigo. La víctima, en todo caso, debe constituirse en parte civil dentro del proceso penal, para exigir las respectivas reparaciones. Aparte del tema reparatorio su actividad dentro del desarrollo del juicio sobrepasa sus actividades como parte civil, pues está facultada además, para: “*presentar pruebas, interrogar testigos, y exponer sus puntos de vista legales en cuanto a la culpabilidad del acusado.*”⁵¹

Igualmente parece, que durante las discusiones para crear los Tribunales *ad hoc* se consideró la posibilidad de otorgar al Fiscal General, como “*guardián principal de los intereses de la comunidad internacional*”⁵² el derecho exclusivo de representar a las víctimas de los conflictos.⁵³ Desde la perspectiva de los Estados participantes, esto serviría para los fines de obtener justicia, en la medida en que no se trataba de crímenes comunes, sino de violaciones masivas a los derechos humanos. Sin embargo, en este contexto sería difícil situar en igualdad el derecho de participación de las víctimas con el derecho del imputado a un justo y debido proceso. Con la renuncia de los derechos de las víctimas a participar, se supuso de manera implícita, que los intereses de la Fiscalía coincidían con los de las víctimas. En verdad, ésta suposición raramente se puede constatar, especialmente bajo la consideración de que por escasos recursos financieros y administrativos solamente una fracción de

fundamento de este tratamiento a la víctima en el sistema anglosajón parte de que se rige por unos criterios dispositivos, particularmente probatorios. La discusión jurídica se da entre acusado y acusador y un tercero imparcial que bajo criterios de igualdad dirige el conflicto entre ellos dos. De Ahí que la víctima no desempeñe un rol muy activo en este tipo de juicios. Para ver las características del modelo anglosajón: BARBOSA, Gerardo. “Estructura del proceso Penal, Aproximación al Proceso Penal Colombiano”. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Colección Derecho Penal No.2*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá: 2006. p. 78.

⁵⁰ “(.) (to introduce) evidence, question witnesses, and set out their legal views as to the guilt of the accused” En: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press. Oxford: 2003. p. 372.

⁵¹ WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals*. Op. Cit. p. 5.

⁵² “principal custodian of the interests of the international community”. BRUBACHER, Matthew. “The development of prosecutorial discretion in international criminal courts”. Op. Cit. p. 148. United Nations. “Guidelines on the Role of Prosecutors”. En: Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm> (03.08.2011). PARMENTIER, Stephan. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition*. Op. Cit. p. 23.

⁵³ De HEMPTIME, Jérôme. “Victims’ Participation in International Proceedings”. En: CASSESE, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford University Press. Oxford: 2009. p. 562.

los delitos cometidos, pueden formar parte de una imputación, los muchos otros quedan en la impunidad.⁵⁴

La renuncia de las víctimas al derecho a participar en el proceso penal, se debe generalmente a la gran cantidad de víctimas de los conflictos⁵⁵, a sus circunstancias sociales y económicas y a las distancias geográficas entre las regiones donde se cometieron los crímenes y las sedes de los Tribunales en los Países Bajos (TPIY) y Tanzania (TPIR).⁵⁶

D. ESTATUTO DE ROMA:

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)⁵⁷, aprobado en 1998, garantiza una participación más amplia y el derecho a una reparación a las víctimas cuando han sido afectadas por los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra⁵⁸. De esta manera, retoma los debates de las pasadas décadas sobre el estado de las víctimas en procesos penales, originados en los movimientos civiles, la codificación internacional de Naciones Unidas y la consideración por parte de los Estados de enfrentar las deficiencias que tuvieron los Tribunales *ad hoc*.⁵⁹

⁵⁴ WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals*. Op. Cit. p. 5.

⁵⁵ "Nor can the International Tribunal hear the tens of thousands of victims. Only those considered useful towards the establishment of the truth are invited to testify and even they cannot claim compensation for the harm they suffered." Juez Claude Jorda, hablando en Sarajevo el 12 de Mayo de 2001. ICTY Press Release, *The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina*, JL/P.I.S./591-e, The Hague, 17 May 2001. Véase también: Trial – Track Impunity Always. *The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-status-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictcr.html> (05.08.2011).

⁵⁶ MROZINSKI, Stefan. *International Criminal Tribunals and the Unfulfilled Hopes and Aspirations of the Victims*. University of Cambridge; London School of Economics & Political Science (LSE). 2009. p. 22.

⁵⁷ El 17 de julio de 1998 se adoptó en pleno con 120 votos a favor, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Fue hasta el 1 de julio de 2002 que el instrumento entró en vigor, cumplido el requisito de las 60 ratificaciones estipulado en el art. 126 del mismo Estatuto. En Colombia con relación al primer aspecto, los problemas de compatibilidad entre el ordenamiento interno y el internacional, fueron superados con la reforma constitucional consagrada en el Acto Legislativo No.2 de 2001. Por intermedio de ésta, se autorizó al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma, en el entendido de la función complementaria que cumple este tribunal frente a los crímenes contemplados en el art. 5° complementó los presupuestos establecidos en el art. 93 de la Constitución Política, que permite la introducción al ordenamiento jurídico interno de los tratados y convenios internacionales, en materia de protección de derechos humanos, ratificados por Colombia.

Respecto al procedimiento interno de aprobación, el Congreso mediante la Ley 742 de 2002 aprobó el Estatuto de Roma, seguido de la revisión de la Corte Constitucional, la cual declaró exequible la mencionada normatividad mediante sentencia C-578 de 2002 de 30 de julio 2002, permitiendo al gobierno nacional realizar la correspondiente ratificación el 5 de agosto de 2002. El Estatuto de Roma entró en vigor según el artículo 126 núm. 2 el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación. Es decir el 1 de Noviembre 2002. Véase en: GUERRERO, Alejandro; GALINDO, Juliana. "Implicaciones de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano: notas a propósito del encuentro "retos y perspectivas de la competencia de la Corte Penal Internacional" (Universidad de los Andes, octubre de 2009)" En: *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes, Bogotá: 2009. p. 3 y ss.

⁵⁸ OLÁSOLO, Héctor. KISS, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2010, núm. 12-13, p. 13:2. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf> (05.08.2011).

⁵⁹ SACOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Op.Cit.

Respecto a las normas que regulan la participación de las víctimas ante el procedimiento de la Corte Penal Internacional se tienen 3 referentes normativos que regulan y desarrollan su intervención. El primero de ellos es el Estatuto de Roma, el cual es actualmente el documento central del Derecho Penal Internacional, especialmente porque contiene los cuatro delitos del derecho penal internacional: crímenes de agresión, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra (Art. 5- 8). De igual forma, el Estatuto reúne múltiples disposiciones sobre los principios generales del derecho penal internacional. Así, la importancia del Estatuto de Roma es la consolidación y resumen de las normas jurídicas que se habían generado de manera dispersa en décadas anteriores con el trabajo de los tribunales *ad hoc*.⁶⁰

En segundo lugar se encuentran las Reglas de Procedimiento y Prueba, las cuales tienen su origen y funciones en el artículo 51 del Estatuto de Roma y que entraron en vigor por la aprobación de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes⁶¹. Estas reglas tienen la finalidad de constituir un instrumento para una adecuada aplicación del Estatuto de Roma, especialmente, así como lo dice su nombre, en aspectos de procedimiento y del desarrollo de la dinámica probatoria.

Finalmente, se encuentra el Reglamento de la Corte, originado por mandato del artículo 52 del Estatuto de Roma, elaborado por los Magistrados de la CPI⁶². El cual tiene como principal finalidad regular las situaciones al interior de la Corte Penal Internacional y de ampliar los conceptos establecidos en el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, superiores en jerarquía normativa frente a este documento.

pp. 76, 82. TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Op.Cit. p. 787. Para esta y más información sobre el funcionamiento y los retos de la participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional véase en: BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*. Op.Cit. p. 2.

⁶⁰ GUERRERO, Alejandro; GALINDO, Juliana. "Implicaciones de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano: notas a propósito del encuentro "retos y perspectivas de la competencia de la Corte Penal Internacional" (Universidad de los Andes, octubre de 2009)" *Op. Cit.* p. 5.

⁶¹ *Artículo 51 Reglas de Procedimiento y Prueba*

1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba:

a) Cualquier Estado Parte;
b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o
c) El Fiscal.

Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios. (...)

⁶² *Artículo 52 Reglamento de la Corte*

1. Los magistrados, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobarán por mayoría absoluta el Reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario.

2. Se consultará al Fiscal y al Secretario en la preparación del Reglamento y de cualquier enmienda a él. (...)

Una vez aclarado el sistema normativo que rige para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, se puede hacer una descripción de las normas que hablan sobre la participación de las víctimas ante la CPI.

Las normas más relevantes que hacen referencia a las víctimas en el Estatuto de Roma, se encuentran en el artículo 43, numeral 6⁶³ en donde se establece a cargo del Secretario de la CPI establecer una Dependencia de Víctimas y Testigos para su protección y seguridad. De igual forma, el artículo 68, párrafo tercero⁶⁴, regula la participación de las víctimas en las diferentes fases del juicio que se consideren convenientes, si se vieren afectados sus “intereses personales y que no afecten los derechos del acusado y de un juicio justo”. Este artículo haciendo una interpretación literal da un amplio margen de discrecionalidad a las Salas para que intervengan las víctimas⁶⁵. En este mismo sentido las Reglas 89 a 93⁶⁶, establecen el trámite para poder participar y las

⁶³ *Artículo 43- La Secretaría:*

6. El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual.

⁶⁴ *Artículo 68 - Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones:*

3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁶⁵ OLÁSOLA, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* p. 17.

⁶⁶ *Regla 89- Solicitud de que las víctimas participen en el proceso:*

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

2. La Sala, de oficio o previa solicitud del Fiscal o la defensa, podrá rechazar la solicitud si considera que no ha sido presentada por una víctima o que no se han cumplido los criterios enunciados en el párrafo 3 del artículo 68. La víctima cuya solicitud haya sido rechazada podrá presentar una nueva solicitud en una etapa ulterior de las actuaciones.

3. También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario.

4. Cuando haya más de una solicitud, la Sala las examinará de manera que asegure la eficacia del procedimiento y podrá dictar una sola decisión.

Regla 90- Representantes legales de las víctimas:

1. La víctima podrá elegir libremente un representante legal.

2. Cuando haya más de una víctima, la Sala, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación de la representación legal de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes. (...).

Regla 91- Participación de los representantes legales en las actuaciones:

1. La Sala podrá modificar una decisión anterior dictada de conformidad con la regla 89.

2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la interven-

facultades de intervención de los representantes de las víctimas. La forma de cómo debe darse esta discrecionalidad es realizando la evaluación entre los intereses de las víctimas a participar y la eficacia del procedimiento.

La decisión se complica aún mas teniendo en cuenta las diferentes fases del proceso (Pre -investigativa, situación, investigación, pre- juicio, juicio y apelación) y las diferentes posibles actuaciones de la víctima (aportar pruebas, interponer recursos, interrogar al acusado).

Además, se vio la necesidad de adoptar un criterio para determinar quién puede ser víctima y en consecuencia determinar su participación en determinados espacios. Por ello, es importante distinguir entre “víctimas de la situación” y “víctimas del caso”.

La “situación”, con base en el artículo 13 del Estatuto⁶⁷, es la suma de acontecimientos que llevan a la comisión de hechos punibles de conocimiento de la CPI, ocurridos en un periodo de tiempo determinado⁶⁸.

ción del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas.

3. a) El representante legal que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala. (...)

Regla 92-Notificación a las víctimas y a sus representantes legales:

1. La presente regla relativa a la notificación a las víctimas y a sus representantes legales será aplicable a todas las actuaciones ante la Corte, salvo aquellas a que se refiere la Parte II.

2. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8 si lo considera adecuado en las circunstancias del caso.

3. A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará su decisión de celebrar una audiencia para confirmar los cargos de conformidad con el artículo 61. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la causa de que se trate.(...)

Regla 93- Observaciones de las víctimas o sus representantes legales: Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión, incluidas aquellas a que se hace referencia en las reglas 107, 109, 125, 128, 136, 139 y 191. Podrá, además, recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda.

⁶⁷ *Artículo 13- Ejercicio de la competencia:*

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

⁶⁸ OLASOLO, Héctor. Kiss, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas". *Op.Cit.* y en: BIRTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional* Op.Cit. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. Proyecto ProFis – Universidad de los Andes. Bogotá D.C: 2011. p. 650.

El “caso” identifica a los acusados que van a juicio (es decir imputación concreta de delitos de la competencia de la CPI).⁶⁹

Sin embargo la Sala de Apelaciones ha resuelto estas discusiones adicionando que son víctimas quienes demuestren han sufrido daños como consecuencia del daño causado por los delitos imputados a un acusado ante la CPI⁷⁰.

En la fase de investigación de una situación⁷¹, la Sala de Apelaciones ha concluido – a diferencia de la primera instancia- que en esta etapa no se puede realizar una participación. Sin embargo, aclara que las Salas de Cuestiones Preliminares evaluarán si se puede intervenir eventualmente en determinadas circunstancias,⁷² dependiendo la afectación del interés de la víctima, por ejemplo, cuando se decida no continuar con dicha investigación⁷³ (ya que la víctima es quien tiene el interés de que la situación estudiada se siga investigando y se llegue a una etapa de judicialización).

En la etapa de la audiencia de confirmación de cargos, ha habido distintos desarrollos por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares I y III y las decisiones de las Salas de Primera Instancia, en las cuales se establece el régimen de participación general que contempla el artículo 68 párrafo tercero,

⁶⁹ Más información sobre estas discusiones al interior de la CPI en: OLÁSULO, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* y en: BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional* *Op.Cit.* RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. *Op.Cit.* pp. 654-655. Ver también: Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4; VPRS 5 and VPRS 6 dictada el 17 de enero de 2006 por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la situación en la República Democrática del Congo, Doc. Num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, Par. 65 y 66. Decision on Victim’s Applications for Participation a/0010/06; a/0064/06 to a/0070/06, a 0081/06 to a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-101, dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 10 de agosto de 2007 en la situación en Uganda, Doc. Un., ICC-02/04-101, Par 9 .

⁷⁰ OLÁSULO, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* y en: BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional* *Op.Cit.* p. 654. Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de Julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA9OA10, Par 53-65. En la actualidad hay siete situaciones bajo investigación de la CPI (República Democrática del Congo; Uganda del Norte; República Central Africana; Dafur en Sudán; Kenia; Libia y Costa de Marfil) y trece casos abiertos contra dieciocho imputados. Información disponible en : <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>

⁷¹ Véase más sobre esta discusión en: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. *Op.Cit.* pp. 650-654.

⁷² Olásulo, Héctor. Kiss, Alejandro. *El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas*. *Op.Cit.* p. 22. Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre Trial Chamber I of 24 December 2007, dictada por la Sala de Apelaciones el 19 de diciembre de 2008 en la situación en República Democrática del Congo, ICC 01/04 556 OA4, OA5, OA6, párr. 41 46. Ver también Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD Against the decision of Pre Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre Trial Chamber I of 6 December 2007, dictada por la Sala de Apelaciones el 2 de febrero de 2009, ICC 01/05 177 OA OA2 OA3, párr. 7.

⁷³ BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*. *Op.Cit.* pp. 73-75.

sin embargo, en algunos casos se ha establecido que puedan participar mediante alegatos orales y en particular en actuaciones como: el derecho de acceso, antes y durante la audiencia de confirmación de cargos y al sumario de actuaciones; a presentar observaciones acerca de la admisibilidad y valor probatorio de los elementos de prueba y a interrogar durante esta audiencia a los testigos propuestos por la Fiscalía.⁷⁴

En la etapa de juicio oral, según la Sala de Apelaciones la víctima puede, dependiendo del caso concreto, introducir elementos probatorios, siempre y cuando no hayan sido aportados por la Fiscalía ni por la Defensa, los cuales deben ser determinantes para la dilucidar los hechos, como por ejemplo la presentación de medios de prueba que conduzcan a determinar la responsabilidad del acusado, el derecho a interrogar testigos y la comparecencia de las víctimas durante el juicio oral. Así mismo, también las víctimas pueden interrogar a los testigos, siempre que dicha solicitud se haga por medio de un escrito a través de la Fiscalía, en donde se demuestre el interés personal en este caso y que el aporte del interrogatorio sea fundamental como medio de prueba para el proceso. Sin embargo, la Sala de Apelaciones coloca más exigencias a esta participación, mencionando que estas intervenciones tienen que darse siempre y cuando estos temas no hayan sido aportados por la Fiscalía ni por la Defensa, que exista el interés personal de la víctima y que se pueda ejercer dicha participación siempre y cuando en el desarrollo del proceso se evite una afectación de estos intereses.⁷⁵

Siguiendo lo anterior, en el tema de la presencia de las víctimas en las audiencias de juicio oral se concluye que estas se someten bajo ciertas condiciones, según el caso que se esté analizando y preferiblemente deben darse por medio de sus representantes legales, con el fin de no provocar una “eventual desestabilización de las actuaciones procesales”.⁷⁶ Esto reafirma la aplicación de las Reglas 89 a 93, en las cuales se regula una participación por medio de un defensor, y de ahí que en el Reglamento de la Corte, norma 81⁷⁷,

⁷⁴ OLÁSULO, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* pp. 25.

⁷⁵ Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de Julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA90A10, Par 53-65.

OLÁSULO, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* pp. 28-29. BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional.* *Op.Cit.* pp. 78-80.

⁷⁶ OLÁSULO, Héctor. Kiss, Alejandro. “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”. *Op.Cit.* p. 32. Decision on Victim’s Participation, dictada el 18 de enero de 2008 por la Sala de Primera Instancia I, Doc. Num. ICC-01/04-01/06-1119, Parr. 43.

⁷⁷ Norma 81- Oficina Pública de Defensa de las víctimas:

1. El Secretario deberá crear y desarrollar una Oficina Pública de Defensa de las víctimas a los efectos de prestarles la asistencia descrita en el numeral 4.
2. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la

se establezca la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, con la finalidad de promover su acceso y su debida representación.

La Sala de Apelaciones⁷⁸ ha concluido - a diferencia de la primera instancia- que como criterio general, no puedan participar cualquier cantidad de víctimas y de cualquier manera, sino que la víctima tiene que realizar una solicitud escrita en donde ella debe relacionarse con el daño sufrido, con ocasión de los delitos que le han sido imputados al acusado (nexo causal) y mostrando que su intervención para la que solicitan autorización, no afecta sus intereses personales, ni los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial.⁷⁹

Igualmente el Estatuto, en su artículo 75⁸⁰ en concordancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba 94-99 y la Norma 88⁸¹ del Reglamento de la Corte, reconoce el derecho de las víctimas a la reparación incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación⁸², además se prevé la creación de un

Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente.

3. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas podrá incluir a abogados que reúnan las condiciones establecidas en la regla 22 y la norma 67. La Oficina incluirá particularmente asistentes a los que hace referencia la norma 68.

4. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas también deberá prestar apoyo y asistencia al representante legal de las víctimas y a las víctimas, incluyendo, cuando sea procedente: a) Investigaciones y asesoramiento letrado, y b) Comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos.

⁷⁸ Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, dictado el 11 de Julio de 2008. ICC-01/04-01/06-1432, OA90A10, Par 61 y 104.

⁷⁹ OLASOLO, Héctor. Kiss, Alejandro. *El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas*. Op.Cit. p. 20. Para ver acerca de las discusiones previas en la Sala de Cuestiones preliminares y las Salas de Primera Instancia se puede consultar: BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*, Op.Cit. p. 79.

⁸⁰ *Artículo 75-Reparación a las víctimas*: 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. 4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90. 5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo. 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

⁸¹ *Norma 88- Solicitudes de reparación conforme a la regla 94*:

1. A los efectos de la aplicación de la regla 94, el Secretario elaborará un modelo tipo para que las víctimas presenten sus solicitudes de reparación, que se pondrá a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que puedan colaborar en su difusión de la manera más amplia posible. Dicho modelo tipo será aprobado de conformidad con las disposiciones del numeral 2 de la norma 23 y se empleará por las víctimas en la medida de lo posible.

2. El Secretario deberá obtener de las víctimas toda la información adicional que sea necesaria para completar su solicitud de conformidad con la subregla 1 de la regla 94 y ayudará a las víctimas a completar dicha solicitud. A continuación, la solicitud se inscribirá y almacenará en medios electrónicos a los efectos de ser notificada por la dependencia descrita en el numeral 9 de la norma 86 de conformidad con lo previsto en la subregla 2 de la regla 94.

⁸² *Artículo 75- Reparación a las víctimas*:

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio

Fondo Fiduciario⁸³ en beneficio de las víctimas que se constituirá con los bienes confiscados del acusado y las donaciones de Estados, organizaciones o individuos previsto en el artículo 79 del Estatuto⁸⁴.

Lo anterior refleja que la CPI ha intentado mantener el balance entre una gran cantidad de víctimas que en teoría pueden participar y el funcionamiento de un proceso penal justo con el fin de asegurar el éxito de la justicia penal internacional.⁸⁵ Así, se puede decir tal como concluyen Olásolo y Kiss : “*En definitiva, el estatuto procesal de la víctima ante la CPI es comparativamente más extenso que el que se les adjudica en los sistemas afines al Common Law y más reducido que el que usualmente poseen en los sistemas de origen Romano- Germánico.*”⁸⁶

3. DESARROLLO DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA Y CONSIDERACIONES SOBRE EL DESARROLLO EN LA PRÁCTICA EN EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ.

En esta parte del documento se explicará la evolución de la participación de las víctimas en el contexto de las tres últimas legislaciones procesales penales en Colombia (Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004), con el fin de mostrar las facultades que tenían las víctimas en cada uno

en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

⁸³ Para ver mas sobre la constitución del Fondo: DANNENBAUM, Tom. *The Internacional Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims*. p. 261 ss. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1544564 (30.11.2011).

⁸⁴ *Artículo 79-Fondo fiduciario :*

1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.

3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes.

⁸⁵ BITTI, Gilbert; SALINAS CERDA, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional*. *Op.Cit.* p. 83.

⁸⁶ OLÁSULO, Héctor. KISS, Alejandro. *El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas*. *Op.Cit.* p. 16.

de estos códigos y la importancia que han ido adquiriendo las víctimas dentro del proceso penal. Finalmente, haremos referencia a la participación de las víctimas en el Proceso Especial de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).

A. PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO ORDINARIO.

i. *Decreto 2700 de 1991:*

A partir del primero de julio de 1992⁸⁷ entró a regir en el país un nuevo Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, que reemplazaría al que hasta esa fecha estaba vigente (Decreto 050 de enero 13 de 1987). Su expedición coincidió con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, caracterizada por su postura garantista y protectora de los derechos fundamentales en plena concordancia con los tratados y convenciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, adoptados por el Estado Colombiano.

Bajo este estatuto, la participación de las víctimas, se limitó a los artículos 11,⁸⁸ 120 (numerales 3 6°)⁸⁹ y 130⁹⁰, que coloca en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la protección y asistencia de las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso para garantizarles el restablecimiento de sus derechos. La víctima o perjudicado por el delito, al igual que sus sucesores, podían obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado, constituyéndose, a través de un abogado, como parte civil dentro del proceso penal adelantado contra los autores o partícipes de la conducta lesiva de sus derechos.

En el Capítulo II del Título Primero del Libro Primero⁹¹, hace relación a la Acción Civil individual o popular, señalando como titulares a las personas naturales o jurídicas perjudicadas, a los herederos o sucesores de aquellos, al

⁸⁷ Por medio del artículo 1° transitorio del Decreto 2700 de 1991, se estableció claramente que entraba a regir este código a partir del 1° de julio de 1992.

⁸⁸ **ARTÍCULO 11. PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS.** La Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación penal proveerá la protección y asistencia a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran, para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre.

⁸⁹ **ARTÍCULO 120. ATRIBUCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:
3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. (...)
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

⁹⁰ **ARTÍCULO 130. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS.** El fiscal general de la nación, directamente, o a través de sus delegados puede tomar las medidas necesarias para prevenir la intimidación de víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso, y proveerles protección y asistencia.

⁹¹ Véase artículos 43 a 55 del Decreto 2700 de 1991.

Ministerio Público o al actor popular⁹² y se estableció en el artículo 45,⁹³ que se podía constituir sólo a partir de la resolución de apertura y hasta antes de que se profiriera sentencia de segunda o única instancia. Así las cosas, en la investigación previa (artículos 319 y ss.) la víctima o perjudicado, individual o colectivamente, no podía actuar.

Además el artículo 28⁹⁴, permitió que la víctima accediera a la información que reposaba en el expediente o a que realizara solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. Dicha solicitud, se hacía a manera de un derecho de petición (Art. 13 Constitución Política), pues el funcionario debía responder dentro de los diez días siguientes.

Por otra parte, el artículo 46⁹⁵ exigía que la demanda de constitución de parte civil cumpliera con determinados requisitos, que fundamentalmente se reducían a la demostración del daño y de los perjuicios causados, así como la cuantía en que se estimaba la indemnización de los mismos.

La Sentencia C-293 de 1995, reiteró que las pretensiones que debería tener el actor civil son únicamente intereses económicos y que bajo esta forma es que está concebida dicha actuación⁹⁶. Cuatro Magistrados salvaron el voto, manifestando que las víctimas no sólo tienen una pretensión económica,

⁹² Igualmente, los incapaces podían presentar la demanda de constitución de parte civil a través de sus representantes legales o por un el curador *ad litem* nombrado por el mismo funcionario investigador.

⁹³ **ARTÍCULO 45. OPORTUNIDAD PARA LA CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL.** La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia.

⁹⁴ **ARTÍCULO 28. ACCESO AL EXPEDIENTE Y APORTE DE PRUEBAS POR EL PERJUDICADO.** La víctima o el perjudicado, según el caso, podrá ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. El funcionario debe responder dentro de los diez días siguientes.

⁹⁵ **ARTÍCULO 46 REQUISITOS.** Quien pretenda constituirse en parte civil dentro del proceso penal, si no fuere abogado titulado, otorgará poder para el efecto.

La demanda de constitución en parte civil deberá contener (...)

4. Los hechos en virtud de los cuales se hubieren producido los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama.

5. Los daños y perjuicios de orden material y moral que se le hubieren causado, la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos y las medidas que deban tomarse para el restablecimiento del derecho cuando fuere posible.

6. Los fundamentos jurídicos en que se basen las pretensiones formuladas.

7. La declaración jurada de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible.

8. Los anexos que acrediten la representación judicial, si fuere el caso. Igualmente, deberá acompañarse la prueba de la representación legal de los incapaces, de existencia o representación de las personas jurídicas, cuando ello sea necesario. Si quien pretende constituirse en parte civil fuere un heredero de la persona perjudicada, deberá acompañar a la demanda las pruebas que, de conformidad con la ley civil, demuestren su calidad de tal.

Si fueren varias las personas perjudicadas, podrán constituirse en parte civil separada o conjuntamente.

Cuando se hubiere conferido poder en forma legal, el abogado podrá conocer el proceso siempre que acredite sumariamente la legitimidad de la personería del poderdante, obligándose a cumplir con la reserva exigida.

⁹⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 293 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz: "*Si a lo anterior se agrega que los intereses que la víctima o sus herederos persiguen son de naturaleza económica, mientras que el derecho que el sindicato tiene en jaque es la libertad, la alegada desigualdad entre las partes se desvanece por completo. Y no se insista en que la víctima o sus herederos pueden pretender es el esclarecimiento de la verdad, al margen de los valores patrimoniales, porque, tal como más atrás quedó dicho, la acción civil tiene en nuestra legislación una finalidad pecuniaria (desde luego legítima), y la ausencia de normas que apunten a intereses más altos no hace inexecutable las reglas que la consagran.*" (negritas fuera de texto).

sino que haciendo una interpretación armónica de la Constitución y las leyes, basada en el principio de dignidad humana, la reparación también incluía aspectos como la verdad de los hechos y a la sanción de los responsables de los hechos punibles investigados⁹⁷.

ii. *Ley 600 de julio 14 de 2000:*

A partir de la vigencia de la Ley 600 de 2000⁹⁸, en particular los artículos 45, 46 y 47 se consagraba a la víctima individual, o a la víctima popular, que habían sufrido una afectación como consecuencia de las conductas punibles desarrolladas por los autores o partícipes condenados en el juicio de responsabilidad penal. Así mismo, se les exigía la reserva tanto de las diligencias practicadas en la indagación previa (Artículo 323⁹⁹), como en la instrucción (Art. 330¹⁰⁰).

En una sentencia de la Corte Constitucional,¹⁰¹ se afirmó que la participación de las víctimas no tenía porque circunscribirse únicamente a la petición de una indemnización de tipo económico, sino también tenía como finalidad

⁹⁷ Corte Constitucional Sentencia C- 293 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: *"La sentencia ignora los derechos constitucionales que, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1), tienen las víctimas y los perjudicados por los delitos. En efecto, si tales derechos fueran únicamente la reparación patrimonial del daño ocasionado por el hecho punible -como lo sugiere la sentencia-, entonces la participación de las víctimas y perjudicados en los procesos penales tendría un alcance puramente indemnizatorio. Los derechos constitucionales de los perjudicados o las víctimas de los hechos punibles desbordan el campo indemnizatorio y tienen relación con otros valores constitucionales"*.

(...) *"La finalidad de la participación de las víctimas y los perjudicados en los procesos penales no es únicamente obtener en la sentencia condenatoria el reconocimiento del pago de perjuicios derivados de la comisión de un hecho punible, aun cuando esta pretensión sea en muchos casos la que más les importe. Y es a la luz de estos principios constitucionales que se debe interpretar el alcance constitucional de la figura legal de la parte civil, que no puede ser considerada únicamente como una acción patrimonial, que hubiera sido creada únicamente por razones de economía procesal, a fin de permitir al perjudicado la obtención de la indemnización en el menor tiempo posible. Si ello fuera así, habría que concluir que el Legislador podría en cualquier momento suprimir la presencia de la parte civil y de las víctimas en los procesos penales sin afectar ningún derecho constitucional. Esta conclusión nos parece inadmisibles, puesto que las víctimas y los perjudicados tienen derecho, dentro de límites razonables, a exigir del Estado que realice todos los esfuerzos necesarios para esclarecer los hechos punibles y sancionar, dentro de los marcos de la política criminal diseñada por los poderes constituidos, a los responsables"*.

⁹⁸ Promulgada el 24 de julio de 2000 y entró en vigor el 24 de julio de 2001 (Artículo 536, Ley 600 de 2000).

⁹⁹ **ARTÍCULO 323. RESERVA DE LAS DILIGENCIAS.** Durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias.

¹⁰⁰ **ARTÍCULO 330. RESERVA DE LA INSTRUCCIÓN.** Durante la instrucción, ningún funcionario puede expedir copias de las diligencias practicadas, salvo que las solicite autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios, o para dar trámite al recurso de queja.

Quienes intervienen en el proceso tienen derecho a que se les expida copia de la actuación, para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos.

El hecho de ser sujeto procesal impone la obligación de guardar la reserva sumarial, sin necesidad de diligencia especial. La reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre la existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas, si fuere el caso, y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento.

¹⁰¹ Corte Constitucional Sentencia C-228 de 03 de abril de 2002, MM.PP. Luis Eduardo Montealegre Lynett y Manuel Cepeda Espinosa.

la tutela judicial efectiva de sus derechos a la verdad y a la justicia. Con esta decisión, se reforzó la triada de derechos de las víctimas y su principal fundamento se encontró en los salvamentos de voto de la sentencia C- 293 de 1995 anteriormente mencionada. Igualmente, en ésta decisión se permitió que las víctimas pudieran hacerse parte dentro del proceso penal en la etapa de investigación previa, de forma que pueda “(...) *intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y contravirtiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación*”¹⁰². Y además a tener acceso al expediente, a pesar de que el artículo 47 de la Ley 600 de 2000 sólo la permitía a partir de la resolución de apertura de la instrucción.

En el artículo 50, transcribe el artículo 48 del Decreto 2700 de 1991, en donde señala que las víctimas estarán facultadas para solicitar la práctica de las pruebas orientadas a demostrar la existencia de las conductas punibles investigadas, la identidad de los autores y partícipes, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. También podían denunciar bienes del procesado, solicitar el embargo y secuestro, e interponer recursos contra las providencias que hicieran relación con cualquiera de los anteriores temas¹⁰³.

iii. Ley 906 de 2004:

En el actual Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004¹⁰⁴, que introdujo el sistema penal con tendencia acusatoria¹⁰⁵, la víctima tiene garantizados sus derechos a la verdad, justicia y reparación, específicamente en el artículo 137¹⁰⁶ señalando además, que tienen derecho a intervenir en

¹⁰² *Ibidem*. Numeral 6.4.

¹⁰³ En este mismo sentido: UMBARILLA, Jose Ignacio. “¿Quién Representa a la Víctima en el Nuevo Proceso Penal?. En: *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados. Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal No 3*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2009, p. 224.

¹⁰⁴ La Ley 906 de 2004 se promulgó el 31 de agosto de 2004 y entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2005 (artículo 533) de forma progresiva en el territorio nacional según lo dispone el artículo 530 de esta ley.

¹⁰⁵ “Lo acusatorio es una categoría desarrollada por la doctrina, específicamente como calidad derivada del cumplimiento del principio acusatorio, también de creación doctrinal y de contornos más bien ambiguos, pero que se concreta, ordinariamente, en la existencia de dos partes antagónicas (un acusador y un acusado) y un tercero imparcial (el juez) que decide entre los dos extremos, con fundamento en pruebas directamente practicadas ante él (principio de inmediación) durante un juicio oral y concentrado.

(...) Cuando erróneamente se alude a un sistema acusatorio puro, en realidad se está haciendo referencia a un modelo procesal de raigambre anglosajona, y más específicamente al de los Estados Unidos. Este mito- el de la existencia de un sistema puro- además de carecer de todo fundamento, induce erradamente a pensar que, por ser puro, es mejor y el más aconsejable, lo cual resulta por lo menos discutible” En: BARBOSA, Gerardo. *Estructura del proceso penal, Aproximación al Proceso Penal Colombiano*. Op. Cit. p. 77.

¹⁰⁶ ARTÍCULO 137. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo

todas las fases de la actuación penal¹⁰⁷. Dentro de esta consagración de derechos también se establece que las víctimas pueden solicitar protección, respeto por su intimidad dentro de las diferentes actuaciones judiciales y además, se les brinda el derecho a ser asistidas y representadas judicialmente por medio de un abogado de la defensoría pública.

Por su parte, el artículo 132¹⁰⁸, consagra a la víctima como una de las partes intervinientes en el proceso penal, y a diferencia de los dos anteriores Códigos de Procedimiento, define quién es víctima, acabando con la definición de actor civil que se tenía hasta ese momento, señalando, que dicha condición se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto, e independientemente de una relación familiar con éste.

Así resulta transversal el artículo 11,¹⁰⁹ en donde se enuncian los derechos de las víctimas en su ejercicio del derecho a recibir atención por el aparato de

con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.
5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.
6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

¹⁰⁷ Ley 906 de 2004, artículos: 11; 132 y ss. *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Núm. VI.5.3.

¹⁰⁸ **ARTÍCULO 132. VÍCTIMAS.** Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

¹⁰⁹ **ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

justicia en todas las etapas del proceso, a lo que posteriormente en algunos apartes del presente código se desarrollen algunos de estos derechos o en su defecto se reiteren en algunos momentos procesales.

Se pueden resaltar las facultades que tiene la víctima en la etapa de indagación, ya que lo que se regula específicamente en la ley no hay muchas facultades, salvo las que se estipulan para que pueda intervenir en las audiencias de aplicación del principio de oportunidad (Artículo 328) y de petición de preclusión (Artículo 333). Sin embargo, con lo que se enuncia a lo largo del artículo 11 y a partir del artículo 132 al 137, puede intervenir en estos momentos, en lo que respecta a su derecho a ser oída, a solicitar protección judicial y de colaborar a la Fiscalía al aporte probatorio y con diversos medios de convicción tendientes al esclarecimiento de los hechos y la identificación de los responsables.¹¹⁰

Respecto a las facultades de la víctima en la investigación, la profesora María Cristina Patiño ha manifestado:

“(...) en esta fase la víctima no tiene que estar necesariamente representada por un abogado y ello es entendible porque si bien tiene derecho a estar presente en todas las actuaciones y audiencias (Art. 137), su calidad de mero interviniente y no de parte restringe su intervención activa casi exclusivamente a las audiencias de preclusión (Art. 333), a la de control de aplicación del principio de oportunidad y a la solicitud de medidas precautelares reales sobre bienes del imputado (art. 92). (...)”

Al respecto podría decirse que legalmente, la víctima tiene algunas facultades expresas, sin embargo, esta puede estar presente en las audiencias o diligencias y en algunas oportunidades puede participar, si así lo requiere por medio de un abogado, por lo que a pesar de que se amplía su participación en esta fase respecto de los códigos anteriores, no es una participación plena.

Así mismo, la Ley 906 cuenta con otras disposiciones que permiten a la víctima una participación activa dentro de las fases siguientes a la investigación. Tal es el caso del artículo 132¹¹¹, que señala que la Fiscalía General de la Nación debe adoptar las medidas necesarias para su protección y para las vulneraciones a su intimidad. Igualmente, las víctimas pueden solicitar

¹¹⁰ PATIÑO GONZÁLEZ, María Cristina (Ed.). *La Intervención Procesal de la Víctima*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.: 2009. pp. 46 a 48.

¹¹¹ **ARTÍCULO 133. ATENCIÓN Y PROTECCIÓN INMEDIATA A LAS VÍCTIMAS.** La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad. Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

protección especial por parte del Fiscal para salvaguardar su seguridad e intimidad según se explica en el artículo 134.¹¹²

Por su parte, el artículo 135¹¹³ garantiza que la víctima conozca sus derechos dentro de su intervención en el proceso, particularmente la que tiene que ver con los perjuicios ocasionados por el daño causado, para que los haga valer en el incidente de reparación integral. Igualmente y de acuerdo con el artículo 136, la víctima puede recibir información sobre las organizaciones que la pueden apoyar, la forma y el modo de presentar la denuncia o querrela o los servicios de asesoría jurídica, psicológica, así como los mecanismos de defensa que puede utilizar y los requisitos para poder solicitar indemnizaciones, entre otros.

A parte de las disposiciones ya enunciadas, es importante señalar la importancia que se le da a la publicidad de los procedimientos (artículos 149¹¹⁴, 150¹¹⁵, 151¹¹⁶, 152¹¹⁷) fundamentalmente porque al ser un proceso de naturaleza acusatoria y por cumplir con el principio de oralidad, se debe no sólo notificar en debida forma a las partes del proceso, sino también proteger ciertos espacios para que no vaya en detrimento de la intimidad particularmente

¹¹² *ARTÍCULO 134. MEDIDAS DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS.* Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

¹¹³ *ARTÍCULO 135. GARANTÍA DE COMUNICACIÓN A LAS VÍCTIMAS.* Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

¹¹⁴ *ARTÍCULO 149. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.* Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.

No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

¹¹⁵ *ARTÍCULO 150. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD NACIONAL O MORAL PÚBLICA.* Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.

2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

¹¹⁶ *ARTÍCULO 151. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.* En caso de que fuese llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

¹¹⁷ *ARTÍCULO 152. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE INTERÉS DE LA JUSTICIA.* Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

de las víctimas, menores de edad y demás intereses que puedan resultar afectados en estas audiencias, dando un especial tratamiento a las audiencias relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual.

Así mismo, esta participación se extiende a otros momentos particulares que se pueden dar en desarrollo del proceso penal, por ejemplo, en los eventos de interceptación de comunicaciones (Art. 235¹¹⁸) y en las restricciones respecto al descubrimiento de la prueba (Art. 345¹¹⁹).

Finalmente, un aspecto que vale la pena resaltar es que a partir de esta nueva codificación procesal penal se diferencian las nociones de daño y perjuicio¹²⁰, que bajo las legislaciones procesales anteriores, se definían en la sentencia junto con la responsabilidad penal. Bajo la Ley 906 de 2004 esto no ocurre.

En efecto, primero se emite el sentido del fallo y sólo si se declara la responsabilidad penal del acusado¹²¹ y hay solicitud expresa de la víctima, o del Fiscal o del Ministerio Público a instancia de ésta, el juez fallador abre inmediatamente el incidente de reparación integral para determinar los daños causados por la conducta criminal y convoca a audiencia pública, para que la lleve a cabo dentro de los ocho días siguientes. Existe un avance respecto del tema de reparación a las víctimas porque en una audiencia especial que se inicia con una conciliación, los intervinientes deberán probar el daño para recibir la correspondiente reparación a sus pretensiones. Igualmente, si el solicitante de la audiencia de incidente de reparación no acude, se entenderá que desiste de la pretensión, entonces se archiva la solicitud y la condenatoria en costas. Además, si alguien que ha sido debidamente citado a la audiencia

¹¹⁸ *ARTÍCULO 335. RECHAZO DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN.* En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión. El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

¹¹⁹ *ARTÍCULO 345. RESTRICCIONES AL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA.* Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.
4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

¹²⁰ En este mismo sentido: UMBARILLA, Jose Ignacio. "¿Quién Representa a la Víctima en el Nuevo Proceso Penal?. En: *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados. Cátedra de Investigación Op.Cit.* P. 226.

¹²¹ *Cfr. ARTÍCULO 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL.* Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

no comparece injustificadamente, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente de reparación. (Art. 104¹²²).

Las anteriores disposiciones reflejan el avance legal en la participación y protección de las víctimas dentro del proceso penal, en concordancia con lo señalado en la Constitución Política en su artículo 250 numeral 6¹²³ que establece: “*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito*”. Así las cosas, se brinda una adecuada defensa y garantía para los derechos de las víctimas, constituyéndose así la Ley 906 de 2004, como el estatuto más garantista dentro de la historia procesal penal en Colombia.

iv. *Ley 1448 de 2011- Ley de víctimas y Restitución de Tierras:*

El 10 de junio de 2011 fue promulgada la “*Ley por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”, denominada Ley de Víctimas.

Según el artículo 3°, se consideran víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño a partir del 1° de enero de 1985 para quienes hayan sufrido daños como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones graves a los Derechos Humanos, con ocasión del conflicto armado interno. Y para los titulares del derecho a la restitución, se menciona en el artículo 75 que pueden tener derecho a este por hechos a partir del 1° de enero de 1991.

La Ley 1448 dispone un capítulo particular sobre la participación de víctimas (Art. 192 a 194), por ejemplo en la constitución y en el funcionamiento

¹²² ARTÍCULO 104. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oír el fundamento de sus pretensiones.

PARÁGRAFO. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

¹²³ Modificado mediante Acto Legislativo 03 de 2002, que se promulgó con ocasión de la preparación para la entrada del Sistema Penal Acusatorio en Colombia que aclara en el Artículo 5°: “*Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008*”.

de la “Mesa de Participación de Víctimas” (Art. 193), sin traer una regulación específica hacia la participación a nivel judicial.

No obstante lo anterior, algunos artículos pueden ser útiles para la participación judicial, estos son el artículo 28, en el que se hace un listado enunciativo no taxativo de los derechos que tienen las víctimas tales, como en el numeral 10, en donde está el derecho a la información sobre rutas de acceso judicial y de procesos administrativos que regula esta ley y el numeral 11 sobre el derecho a conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos que se estén adelantando.

De igual forma se consagran algunos principios y derechos, reiterados en otras normas procesales (Ley 906 de 2004 y 975 de 2005), como el principio de publicidad, (Art. 30); las medidas de protección a las víctimas (Art. 31), los derechos a la verdad, justicia y reparación (Art. 23, 24 y 25 respectivamente) y que se reiteran en el numeral 1, del artículo 28; el principio de dignidad (Art. 4); los derechos de información asesoría y apoyo (Art. 35); la garantía de comunicación a las víctimas dentro de las diferentes etapas del proceso penal y de Justicia y Paz (Art. 36); así mismo el derecho a la presentación de pruebas (Art. 37), además la ley hace medidas tendientes a facilitar el acceso de las víctimas pobres a los procesos judiciales, realizando preferentemente por medio de audiencias satelitales (Art. 44) en donde se desarrolla el derecho a ser oída en audiencia, a solicitar y aportar pruebas.

v. *Ley 975 de 2005- Ley de Justicia y Paz:*

Contrario a los códigos de procedimiento anteriormente analizados, la Ley de Justicia y Paz, garantiza a las víctimas todos sus derechos también en la etapa de investigación que es llevada a cabo por parte de la Fiscalía, inmediatamente después de la postulación que hace el Gobierno Nacional del desmovilizado (Art. 16 y 17 Ley 975 de 2005). Esto ha sido motivo de múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que ratifican esta afirmación¹²⁴.

La Ley de Justicia y Paz siguiendo las directrices de la Corte Constitucional, permite que la víctima participe e intervenga, desde el inicio de la investigación

¹²⁴ Auto de 2 de abril de 2009, Rad. 31492 M.P. María del Rosario González de Lemos; Auto del 20 de mayo de 2009, rad. 31495 M.P. José Leonidas Bustos; Auto del 21 de mayo de 2009, Rad. 31620 M.P. Jorge Quintero Milanés y Auto del 13 de abril de 2009, Rad 31527 M.P. Julio Socha Salamanca, en especial en el tema de las remisiones que se realizan a otras legislaciones procesales (complementariedad) particularmente de la Ley 906 de 2004, en donde la Corte ha aclarado que la interpretación debe hacerse bajo la óptica de un proceso de justicia transicional, teniendo en cuenta algunos parámetros políticos, por ello debe examinarse caso por caso, cuando se deban hacer estas interpretaciones.

y durante todo el proceso.¹²⁵ En efecto, el rol de “interviniente especial” que desempeña la víctima está caracterizado por la participación voluntaria en todas las etapas del proceso, de manera tal que pueden expresar sus propias observaciones, interrogantes u opiniones y aportar información; también tienen el derecho a permanecer informadas sobre el desarrollo del proceso penal que les incumbe y los mecanismos establecidos en las actuaciones judiciales; además se les garantiza, en todas las etapas del proceso, el derecho a ser representadas por un abogado de confianza o por los que le designe la Defensoría del Pueblo¹²⁶.

Así las cosas, podemos afirmar que en el proceso de Justicia y Paz existe la posibilidad de que la víctima tenga una participación activa a partir de la fase de investigación previa y esto se debe a la construcción de la ley, pues su columna vertebral es la confesión del postulado, la cual se realiza directamente en presencia del Fiscal designado, en una audiencia, que puede ser vista, en una sala aparte, por las víctimas interesadas en los hechos narrados por el postulado en cada sesión.

B. LA PARTICIPACIÓN EN LAS DIFERENTES FASES DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.

A grandes rasgos podemos decir que la participación de las víctimas se inicia con el diligenciamiento del Formato del “Registro de hechos atribuibles a grupos organizados al margen de la ley” y/o “El Formato de Víctimas de Desaparición Forzada” en el que debe quedar claramente establecido, el nombre, la identificación, los datos correspondientes al lugar de la residencia y trabajo de la víctima, así como la dirección dónde se le pueden enviar comunicaciones.

El diligenciamiento por parte de la víctima se puede realizar después de los edictos emplazatorios a víctimas indeterminadas¹²⁷, en la Jornada de Atención

¹²⁵ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, numeral 6.2.3.2.5.3: “La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad”.

¹²⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 370 de 2006. *Op.Cit.* Numeral 6.2.3.2.5. Cfr. ProFis- GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania; Fiscalía General de la Nación. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005. Bogotá D.C.:2010. p. D28.

¹²⁷ Para la convocatoria a las víctimas indeterminadas de los postulados plenamente identificados e individualizados, cada Despacho debe elaborar edictos emplazatorios debidamente firmados por el Fiscal del caso y remitirlos a la Secretaría de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP), con el objetivo de que sean fijados y publicados en un diario de amplia circulación y su radiodifusión, por parte de Acción social. El Edicto emplazatorio deberá contener: a) Nombres y apellidos del postulado; b) Tipo de documento de identidad del postulado y su número, c) Aliás utilizado por el postulado; d) Bloque o frente del cual se desmovilizó, con indicación de los demás bloques o frentes a los cuales perteneció; e) Número de radicado del proceso, asignado por la UNFJYP; f) fotografía del postulado; además se indicará

a Víctimas¹²⁸, en la Jornada de Víctimas de desaparición forzada¹²⁹ o cuando la víctima se presente por primera vez a la Fiscalía o Defensoría del Pueblo.

Una vez diligenciados los anteriores formatos, la víctima debe acreditar sumariamente su calidad¹³⁰ y el Fiscal Delegado debe reconocer provisionalmente su condición dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, mediante orden escrita¹³¹. Por su naturaleza sumaria, esta acreditación no implica de manera directa la demostración del daño ni es suficiente para que las víctimas accedan al derecho a la reparación cuando se abra y defina el incidente de reparación integral¹³².

El segundo momento en que, teóricamente, la víctima acreditada tiene una participación activa dentro del proceso de Justicia y Paz es en la diligencia de versión libre y confesión del postulado.¹³³ Las víctimas y sus representantes, como ya se señaló, tienen la posibilidad de seguir en directo las versiones de los postulados con imagen y sonido en las llamadas *salas de víctimas*, que se establecen en la ciudad donde está rindiendo versión libre el postulado o en otras poblaciones, haciendo uso de las retransmisiones

la fecha en la cual ese postulado rendirá su versión libre. Cfr. Fiscalía General de la Nación, UNFJYP Memorandos: No. 10 de febrero 25 de 2005 y No. 007 y 11 de marzo 26 y abril 11 16 de 2007, respectivamente.

¹²⁸ La Jornada de Atención a Víctimas es un encuentro que realiza y convoca el Fiscal de Justicia y paz del caso, dirigida a las comunidades de las zonas del país donde tuvo injerencia un GAOML que se desmovilizó. Tiene como objetivo primordial informar a las víctimas sobre el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005, y en especial los momentos procesales en que puede participar. En estas jornadas participan también la Procuraduría General de la Nación; la Defensoría del Pueblo; la CNRR, Acción Social y las personerías municipales.

¹²⁹ Cfr. Fiscalía General de la Nación, UNFJYP Memorando No. 070 de septiembre 16 de 2008. Esta Jornada especial tiene por objetivo: a) Establecer el número de desaparecidos en la región; b) Diligenciar y completar el Formato Nacional para la Búsqueda de personas desaparecidas; c) Realizar la exhibición de prendas y otros hallazgos obtenidos en diligencias de exhumación para el reconocimiento preliminar de los mismos por familiares; d) Obtener muestras de referencia de ADN de familiares de las personas desaparecidas para la prueba de perfilamiento genético que corresponda y para la conformación del banco genético; e) Recolectar información sobre los sitios donde puedan estar ubicados los desaparecidos; f) Ingresar toda la información de los desaparecidos a la base de datos del sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres –SIRDEC.

¹³⁰ Está reglamentada la acreditación por el artículo 4 del Decreto 315 de 2007. Según la Corte Constitucional, la imposición de las condiciones de proveer una identificación personal y la demostración sumaria del daño no desconoce los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación. Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³¹ El Fiscal debe tener suficientes elementos de juicio para establecer el nexo causal entre las actividades del GAOML y el hecho denunciado por la víctima. La víctima en todo caso debe presentar como mínimo uno cualquiera de los siguientes documentos para que se le acredite sumariamente su participación: a) Copia de la denuncia a través de la cual se dio a conocer el hecho generador del daño a alguna autoridad judicial, administrativa, de policía o al Ministerio Público; b) Certificación expedida por autoridad, que dé constancia de los hechos que causaron el daño; c) Dependiendo del caso, copia de la providencia judicial mediante la cual se dio orden de apertura de investigación, se impuso medida de aseguramiento o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o copia del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos o individualización de la pena y sentencia, a razón del hecho que causó el daño; d) Certificación, expedida por autoridad municipal competente, sobre la vecindad o residencia respecto del lugar y tiempo en que se presume ocurrieron los hechos que causaron el daño; e) Certificación expedida por autoridad competente, que acredite o demuestre el parentesco con la víctima que sufrió el daño directo.

¹³² Cfr. Ley 975 de 2005. Art. 23.

¹³³ En cuanto al acceso a las versiones libres, los artículos 4° al 6° de la Resolución 387 de la Fiscalía del año 2007 y la sentencia T-049 de la Corte Constitucional del año 2008 destacan, que las diligencias de versión libre no son accesibles para el público y que tampoco pueden ser divulgadas en tiempo real a nivel nacional por medios de comunicación.

satelitales¹³⁴. A pesar de que la víctima se encuentra en una sala diferente a la del postulado, puede formular, a través del funcionario que disponga el Fiscal Delegado, preguntas o pedir aclaraciones, ampliaciones o rectificaciones sobre los hechos confesados¹³⁵. Igualmente, en esta etapa procesal puede solicitar directamente o por intermedio de su apoderado la expedición de copias de la diligencia pero únicamente las relativas a los hechos que le conciernen.¹³⁶ Las víctimas se comprometen en todo caso a guardar silencio sobre el contenido de las versiones libres a las que asisten o a guardar la reserva del sumario.¹³⁷

En la práctica la audiencia de versión libre, está construida de una forma tan rígida y formal, que muchas veces, las víctimas no pueden preguntar. En efecto, en muchas audiencias a las que se han asistido, las víctimas apuntan y entregan sus preguntas al funcionario de apoyo del Fiscal Delegado, quien las lleva a la Sala donde esta el versionado con el Fiscal, pero mientras se da respuesta, le pueden surgir a esa misma víctima o a otras, nuevas preguntas, sin embargo no las pueden hacer, pues deben esperar una nueva oportunidad, para preguntar sobre los mismos hechos ya narrados por el versionado.

Un ejemplo de esta situación se presentó en Valledupar, con retransmisión directa al municipio de Atánques, en donde se trataba un tema de importancia para el pueblo indígena Kankuamo, pues las personas que querían participar debían escribir sus preguntas en una hoja – no había presencia de un Defensor que podía apoyar a las víctimas - que eran pasadas al Fiscal, para que éste se las leyera al versionado en el orden en que fueran llegando, pero cuando a la víctima desde Valledupar o Atánques le surgía otra duda relacionada con su hecho o con la respuesta que había dado el postulado, ya no tenía oportunidad de hacerlo, bien porque había perdido su turno o bien porque cuando lo podía hacer, las preguntas resultaban totalmente descontextualizadas, surgiendo entonces para ella su frustración frente a su esperanza de obtener una verdad

¹³⁴ La Corte Constitucional aclaró que estas limitaciones no representan una violación de los derechos de las víctimas y la sociedad a la información, la verdad, la justicia y la reparación. Véase entre otros Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. El acceso a las versiones libres regulan los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 317 (2007), los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución 3398 de 2006 y los artículos 4 y 9 de la Resolución 387 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación. Según la Corte, el *principio legal de reserva* de las versiones libres es legal *"porque es propio del esquema diseñado para el proceso penal nuevo y busca garantizar la efectividad de la indagación de lo ocurrido y verificación de lo informado por el desmovilizado (...) esta etapa tan solo constituye el inicio de la averiguación"*. Por ello, esta confesión debe estar verificada, por lo demás se estarían emitiendo presunciones y se pone en peligro a personas nombradas durante la diligencia de *versión libre*.

Para informaciones sobre el desarrollo de las transmisiones satelitales véase: ProFis-GIZ; del Río Moncada, Anascas. *ProFis: Dos años de transmisiones satelitales (2008-2010)*. GIZ; Embajada de la Republica Federal de Alemania. Bogotá: 2010.

¹³⁵ Cfr. Fiscalía General de la Nación. Resolución No. 2296 de julio 3 de 2007, art. 6.

¹³⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia. Rad. 27484 de octubre de 2007. M.P. Augusto Ibáñez.

¹³⁷ Véase Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Aunque esto funciona de forma relativa, ya que algunos medios de comunicación muestran el contenido de algunas audiencias, por ejemplo en el portal de internet Verdad Abierta, véase: www.verdadabierta.com (05.08.2011).

plena por el hecho al cual había asistido a dicha versión. En estos casos, se percibe ampliamente la dificultad de que no exista una interlocución oral directa por parte de las víctimas con el postulado.

Las cifras ratifican esta hipótesis, en el cual las víctimas que participan en la versión libre en promedio participarían con 1.24 preguntas por cada víctima en las versiones libres a las cuales asisten. Así estas cifras manifiestan que de las 60.929 víctimas que asisten a las versiones libres 25.601 realizan preguntas a los postulados en el desarrollo de estas audiencias, y así mismo éstas han elevado 31.865 preguntas en la mencionada audiencia¹³⁸. Por lo anterior es evidente que la metodología realizada para la participación de las víctimas sea inapropiada y no permita satisfacer totalmente el derecho a la verdad de las víctimas que participan en las versiones. Por otra parte también existen casos en los que cuando la víctima tiene por fin la oportunidad de participar, no lo hacen debidamente por desconocimiento de las formalidades procesales en las que están inmersas y que reflejan la falta de asesoría de sus abogados que, en principio, tienen como función defender procesalmente a las víctimas. Así las cosas, la fase más importante del Proceso Especial de Justicia y Paz, se ve atrofiada por un formalismo procesal.

En las siguientes fases del proceso, vale decir, formulación de imputación; de cargos; y, de control de legalidad sobre la aceptación de los cargos, la víctima puede interponer los recursos de ley.¹³⁹

En el incidente de reparación¹⁴⁰, en teoría, la víctima se enfrenta con el victimario y expresa directamente o a través de su representante legal o abogado de oficio, las pretensiones y la prueba que fundamentan su reparación integral. La Sala de Conocimiento examina las pretensiones y las rechazará, si quien la promueve, no es víctima, o ya está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta es la única pretensión formulada. Admitida la pretensión, la Sala la pone en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación los invita a conciliar. Si hay acuerdo, el contenido se incorpora

¹³⁸ Veá con cifras hasta el 31 de marzo de 2011: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> (05.08.2011).

¹³⁹ Ley 975 de 2005 Art. 26 y 37.6.

¹⁴⁰ En el incidente de reparación integral regulado en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, la víctima o quien la represente debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Acreditar su condición de Víctima ante el Magistrado de Conocimiento mediante cualquiera de los documentos que le sirvieron para que el Fiscal la reconociera como Víctima; b) Demostrar la existencia real, específica y concreta del daño; c) Demostrar la relación causal entre las conductas de los integrantes del GAOML y el daño sufrido; d) Acreditar que el o los miembros del GAOML perpetrador del daño fueron postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, cuando quien promueve el incidente sea el fiscal, a solicitud de la víctima; e) Citar la declaración judicial de atribución de responsabilidad penal a un individuo o grupo armado ilegal, es decir el fallo condenatorio producido en la justicia ordinaria, o la audiencia en que se declare la legalidad de la aceptación de cargos en los procesos de Justicia y Paz, "*sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial*". Cfr. GTZ, Proyecto ProFis; Embajada de la República Federal de Alemania; Fiscalía General de la Nación. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005. Bogotá D.C: 2010. pp. H16 y 17.

a la decisión que falla el incidente; en caso contrario, dispondrá la práctica de pruebas ofrecida por las partes, oír el fundamento de sus respectivas pretensiones y fallará el incidente. Ésta decisión, se incorpora a la sentencia condenatoria¹⁴¹. La víctima puede interponer contra la sentencia el recurso de apelación únicamente o la acción de revisión. El encuentro directo entre víctimas y victimario, sólo se produce en esta audiencia, cuya dirección esta en manos de los Magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz¹⁴².

Este procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005, ha generado en la práctica, que dichos Tribunales de Justicia y Paz repitan en las audiencias de legalización de cargos y en el incidente de reparación, actuaciones que ya se habían surtido ante los Fiscales Delegados. En efecto, se vuelve al escenario de la versión libre. Por esta razón, el proceso se vuelve largo y se asemeja en la práctica al proceso penal ordinario¹⁴³.

Finalmente y aunque no hay disposición legal expresa ni jurisprudencia que aluda a la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena alternativa, en caso de ser concedida, la víctimas puede poner en conocimiento de la autoridad encargada de la ejecución de la pena¹⁴⁴ cualquier hecho que implique incumplimiento de las obligaciones señaladas en la sentencia.

C. PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE TERCEROS.

Para el goce efectivo de su derecho a la participación en las diferentes etapas del proceso, la representación judicial de las víctimas por defensores públicos es de vital importancia. En efecto, existe una gran cantidad de víctimas que, no cuentan con la posibilidad de asistir a las diferentes etapas procesales, por esta razón pueden elegir a un abogado de confianza o pueden solicitar a la Defensoría del Pueblo la designación de un abogado para que represente sus intereses, en los términos del artículo 34 de la Ley 975 de 2005, lo cual significa que la Defensoría Pública debe asumir la representación judicial o extrajudicial de aquellas víctimas que no pueden sufragar los gastos de un abogado de confianza¹⁴⁵. La Procuraduría General de la Nación por su

¹⁴¹ Ley 975 de 2005, Artículo 23.

¹⁴² Ley 975 de 2005. Art. 23.

¹⁴³ Sobre los problemas del sistema Penal Acusatorio en Colombia, particularmente en el tema de atención a víctimas, puede consultarse: Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los Primeros Cinco Años de Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: 2011. p. 95 ss.

¹⁴⁴ Magistrados de la respectiva Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá, Medellín o Barranquilla.

¹⁴⁵ Véase en: Defensoría del Pueblo. Programa de Fortalecimiento a la Justicia. *Protocolo de articulación. Entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas*. Bogotá D.C: 2011. pp. 28 y 33. Así mismo véase el Art. 23 de la Ley 24 de 1992.

parte tiene el encargo constitucional y legal de representar a las víctimas indeterminadas¹⁴⁶. Sin embargo, esta tarea en la práctica, lamentablemente no se ha sido suficientemente desarrollada.

En la fase no judicial, la Defensoría a través de su *Programa de Atención a Víctimas*, que reglamenta las funciones de acompañamiento, atención psicosocial, información, orientación, asesoría, asistencia y representación judicial, acompaña a la víctima y sus familiares. Este acompañamiento preprocesal permite que las víctimas se familiaricen con el proceso y, que los defensores conozcan las necesidades de las víctimas.

En éste Programa, se realizan entrevistas a las víctimas, en sesiones informativas, con análisis de opciones para medidas de reparación. Además, se les brinda apoyo para la recopilación de los documentos que les sirvan para la acreditación de la calidad de víctima y del daño que se le ocasionó con la conducta delictiva¹⁴⁷. La información recogida a través de estos pasos se envía a los Centros de la Defensoría en Bogotá, Medellín y Barranquilla, donde, en una fase posterior, se realizan la mayoría de las versiones libres. En teoría, este Programa prevé audiencias judiciales y la orientación familiar para la preparación psicosocial de las víctimas.

D. PARTICIPACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL PROCESO.

Por otra parte, la pregunta acerca de la participación de las víctimas dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz, depende naturalmente también del conocimiento que ellas tengan del proceso y de su decisión de participar o no.

En cuanto al conocimiento que tienen las víctimas sobre la existencia y la función de la Ley de Justicia y Paz, un estudio de la Fundación Social del

¹⁴⁶ Se entiende por víctimas indeterminadas "Las personas que existen y que reúnen las condiciones de la ley, pero que por las dificultades que genera su identificación como víctimas no han concurrido al proceso con el fin de hacer valer sus derechos. Para una mayor información sobre la problemática procesal de la víctima indeterminada y su representación judicial, puede consultarse el libro: ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: 2010. p. 46. Además puede consultarse respecto al procedimiento con víctimas indeterminadas: Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz. Resolución N°0-7178. Bogotá, Noviembre 28 de 2008 y Decreto 315 de 2007 artículo 3°.

¹⁴⁷ Los defensores públicos se organizan en grupos de trabajo para asistir a las diversas etapas del proceso en representación de las víctimas que les han dado poder. De esta forma asisten y participan en las versiones libres, en la imputación y formulación de cargos, en el control de legalidad y en el incidente de reparación. Para poder transferir la información recopilada de defensor a defensor, el sistema de la Defensoría prevé que se realizan varias reuniones: primero con la barra respectiva de defensores, luego se reúnen los defensores que actuaron en la etapa procesal y así mismo, se reúnen una vez al mes todos los defensores a nivel regional. Por otro lado, hay una preparación logística en labores de alimentación, hospedaje etc., para que las víctimas puedan asistir a las respectivas diligencias judiciales sin que les signifique gastos económicos.

año 2008¹⁴⁸ establece que en promedio, seis de diez entrevistados¹⁴⁹ sabían de la existencia de una ley especializada para la persecución de miembros de GAOML desmovilizados, los cuales pueden, bajo ciertas condiciones, recibir penas reducidas por delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos. Por otra parte, el 63% de las personas afectadas, están interesadas en participar en las versiones libres.¹⁵⁰

Lo anterior significa, que hay un conocimiento que supera la mitad de los encuestados, sobre la Ley de Justicia y Paz y que existe voluntad para participar en las versiones libres. Sin embargo, no existen datos empíricos que demuestren la percepción de las víctimas afectadas que hayan participado en las audiencias de versiones libres. Por otro lado, y frente a las cifras anteriores, también se conoce que el 48 % de la población rural afectada en Colombia no está interesada en que se conozcan públicamente sus casos¹⁵¹. Esto significa que la forma “semi-pública” de dejar participar solamente las víctimas afectadas en la versión libre y no a cualquier persona, tiene sentido, precisamente por el mismo aval que han dado las mismas víctimas a que se conozcan sus casos dentro de un círculo social restringido cuya categoría de selección es haber sido víctimas en determinados hechos y circunstancias. Además, 48 % de esta misma población no quiere saber la verdad sobre su hecho, lo cual es un derecho que ellas tienen de olvidar lo que pasó y de encontrar su proceso de reconciliación fuera de una instancia procesal.¹⁵²

Estas cifras con respecto a las víctimas que no están interesados en la verdad son interesantes. Las razones por las que no desean conocer la verdad o que se inicie una investigación formal en sus casos son básicamente tres: 1) El deseo de no recordar el pasado (39%). Quieren olvidar, que entre otras cosas, es uno de sus derechos¹⁵³ y por lo tanto una opción válida; 2) El temor a represalias (39%); y, 3) la falta de esperanza, de que el descubrimiento de la verdad sirva para la reparación (27%).¹⁵⁴ Estas dos últimas razones corroboran que, las instituciones estatales asignadas a Justicia y Paz, no han sido capaces de eliminar el temor de las víctimas a participar ni han podido ofrecer la

¹⁴⁸ Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones*. Bogotá: 2009.

¹⁴⁹ Encuestados: Muestra - 2000 personas representativas para 95.100 hogares afectados, 386.722 no afectados en áreas rurales de Colombia.

¹⁵⁰ Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones*. Op. Cit. p. 131.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ MARÍN ORTIZ, Iris. *La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado*. Op.Cit. p. 154.

¹⁵⁴ Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones*. Op.Cit. p. 132.

suficiente seguridad y protección a las víctimas, para brindarles esperanzas razonables y oportunidades para que participen o se acerquen al proceso.

Pese lo anterior, la participación ha dado resultados positivos. En efecto, de aquellas víctimas cuyos agresores han rendido versión libre, un 72% dice que las confesiones les han ayudado a entender lo que ha pasado en Colombia durante toda esta época de violencia.¹⁵⁵ Por otro lado, el 20% de las víctimas registradas en el proceso de Justicia y Paz que han participado en versiones libres, según entrevistas con ONG's, señalan haber experimentado una decepción respecto al manejo de sus casos¹⁵⁶. Y es que si bien es cierto la participación en un proceso penal tiene el potencial de dignificar a las víctimas y de aportar al contenido de verdad, parece que la forma cómo las víctimas se involucraron en Justicia y Paz no ha sido una experiencia grata para todas, pues no han logrado la obtención de sus derechos y han sido revictimizadas por el propio Estado, según estas han manifestado.

Lo anterior significa que por un lado existe un nivel de satisfacción en el contexto de la experiencia del proceso y en la comprensión de la situación de conflicto armado en Colombia. Pero por otro lado, se ha generado un nivel de insatisfacción frente al caso individualmente considerado.

Como índice general del nivel de participación de las víctimas de los hechos atribuibles a los miembros de los GAOML dentro del contexto de la Ley de Justicia y Paz, sirven los datos de gestión de la Fiscalía General de la Nación. Según éstos, hasta diciembre 31 de 2010 se habían registrado 323.765 víctimas en el proceso de Justicia y Paz.¹⁵⁷ De éstas, participaron hasta febrero de 2011, 60.600 en diligencias de versión libre, correspondientes aproximadamente a un 20% de las víctimas registradas. Éste porcentaje nos indica que la mayoría de las víctimas o no ha encontrado la posibilidad de participar en las audiencias de las confesiones de sus victimarios, o no ve la necesidad o no quiere participar, o simplemente está esperando que el victimario sea escuchado en versión libre.

Por otra parte, existe un bajo nivel en el porcentaje de víctimas reconocidas en los cuatro fallos condenatorios que se han presentado hasta ahora en Justicia y Paz.¹⁵⁸ Según datos del Ministerio de Interior, estas representan el

¹⁵⁵ *Ibidem.* p. 136.

¹⁵⁶ Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz. 6 de Mayo de 2011.

¹⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV – Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Colombia*, p. 384.

¹⁵⁸ Dentro de los fallos proferidos por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, se han reconocido como víctimas aproximadamente a 1673 personas, de las cuales 1444 son relacionadas en el fallo del 25 de junio de 2010 sobre el caso de la Masacre de Mampuján en contra de Edwar Cobos Téllez y Uber Banquez alias "Diego Vecino" y "Juancho Dique" Rad. 110016000253200680077, otras 226 relacionadas en el fallo del 2 de diciembre de 2010 en contra de Jorge Iván Laverde Zapata alias "El Iguano", Rad. 110016000253200680281, 10 víctimas en la sentencia

0,5 % de las víctimas registradas en el proceso.¹⁵⁹ Esto significa, que después de seis años de Justicia y Paz tan sólo el 1,7 % de las víctimas registradas, han encontrado un reconocimiento dentro de un proceso penal en sede de primera instancia.

La totalidad de las cifras que publican las instituciones¹⁶⁰ y que se presentan sobre el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, reflejan sobre todo aspectos cuantitativos, particularmente sobre su participación en el proceso, pero no se evidencian aspectos cualitativos. Faltan cifras actuales tales como una evaluación sobre la satisfacción de la víctima al salir de una versión libre (por ejemplo, si valió la pena participar, si entendió las formalidades procesales, si quedó satisfecha con las preguntas y respuestas formuladas por víctimas y victimarios, respectivamente, etc.) o al concluir un incidente de reparación, o de otros aspectos técnicos, como por ejemplo las transmisiones satelitales, que influyen indudablemente sobre las expectativas de las víctimas.¹⁶¹

Es por ello que se hace necesario que las mismas instituciones establezcan, para ellas mismas, a manera de control con el fin de puedan mejorar la experiencia de las víctimas en el proceso, unos indicadores cualitativos para saber que sus actuaciones realmente tienen el resultado esperado y en donde deben hacerse las correcciones respectivas.

E. PROBLEMAS EN LA PARTICIPACIÓN.

Entre los factores que influyen negativamente para establecer el grado de participación de las víctimas dentro del proceso de Justicia y Paz, se dejan diferenciar principalmente cuatro categorías: 1) factores relacionados con la situación socio-económica de las víctimas del conflicto¹⁶²; 2) factores

del 19 de marzo de 2009 en contra de Wilson Salazar Carrascal, alias "El Loro" Rad. 11001600253200680526 (Esta sentencia fue anulada por la Corte Suprema de Justicia) y ninguna víctima registrada en el caso de Aramis Machado Ortiz, del 29 de junio de 2011. Rad. 110016000253200782790.

¹⁵⁹ Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz. 06 de Mayo de 2011.

¹⁶⁰ Con la excepción de la Defensoría del Pueblo en el ámbito del Decreto 1290. Véase para un análisis sobre los resultados de este decreto: Proyecto FortalEsDer- GIZ; Defensoría del Pueblo. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa*. Bogotá. D.C.: 2011. pp.68 y 69. En este texto se muestra cierto escepticismo frente a las instituciones que manejan el tema de reparación administrativa: "(...) Las víctimas no tienen claridad sobre el contenido de su derecho a la reparación, ni sobre los procedimientos administrativos establecidos para la realización del derecho (...) Las víctimas desconfían de la institucionalidad del Estado".

¹⁶¹ A pesar de que no hay datos exactos, una aproximación frente a algunos problemas técnicos, particularmente durante el desarrollo de la diligencia de versión libre, se puede encontrar en: Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz. *Informe Primera Fase*. Madrid, diciembre de 2008. Págs. 56-57. MAPP/OEA. *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. 26 de abril de 2010.

¹⁶² La gran mayoría de las personas que componen el universo de víctimas pertenecen a cuatro formas de vida, a saber: la vida campesina, la vida en comunidades afro-descendientes o indígenas, la vida de participación en movimientos sociales, y la vida urbana en la marginalidad. Estas cuatro formas de vida están caracterizados por bajos recursos económicos (Se estima que un total de 70 – 90 % de las víctimas son de bajas condiciones económicas o lo han sido

relacionados con la continuidad del conflicto armado¹⁶³; 3) la falta de confianza de las víctimas en las intenciones o las capacidades del Estado;¹⁶⁴ y, 4) las insuficiencias técnico-administrativas por parte de las autoridades. Estos factores desfavorecen la posibilidad de que las víctimas participen en cada una de las etapas del proceso, lo que dificulta el goce efectivo de sus derechos formalmente garantizados¹⁶⁵.

A continuación, se analizará en detalle las dificultades o los problemas que se les han presentado hasta ahora a las víctimas y que impiden su real participación dentro del proceso Especial de Justicia y Paz.

i. Dificultades en cuanto a la divulgación de información por las instituciones:

Las instituciones involucradas en el proceso tienen la obligación de divulgar información integral a las víctimas acerca de la protección de sus intereses y su derecho a conocer la verdad del hecho que las afectó. La información incluye la explicación sobre las posibilidades de recibir asistencia psicosocial y representación judicial, para solicitar la reparación integral de sus derechos conculcados.

Uno de los mecanismos para brindar dicha información, son las llamadas *jornadas de atención a víctimas*, las cuales sirven también para que la víctima logre acreditarse sumariamente en el Proceso de Justicia y Paz. Según estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, entre 2006 y 31 de julio de 2011, se han llevado a cabo 681 jornadas y han participado un total de 131.257 víctimas. Y hasta el 31 de julio de 2011, se realizaron 120 a las cuales asistieron 17.562 víctimas.¹⁶⁶ La cifra en sí parece grande pero sin embargo según las entrevistas realizadas, la desconfianza sigue permaneciendo dentro

históricamente), familias extensas y un bajo nivel educativo alcanzado, condiciones que prohíben el acceso extenso a las diferentes etapas del proceso. Para datos relacionados con las características socioeconómicas de las víctimas del conflicto armado en Colombia, véase: Rettberg, Angélica. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ); Fiscalía General de la Nación; Universidad de los Andes. Bogotá: 2008. Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax). Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz. *Segundo Informe*. Bogotá: 2009. Vicepresidencia de la República. *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia: 1990 – 2005*. Bogotá: 2008.

¹⁶³ En algunas entrevistas, unas víctimas han hablado sobre amenazas sobre su vida después de haber participado en las diligencias de versión libre.

¹⁶⁴ Véase Proyecto FortalEsDer- GIZ; Defensoría del Pueblo. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa*. Op.Cit. Pág. 69 "(...) Las víctimas desconfían de la institucionalidad del Estado (...) por otro lado, **sienten** que el acceso al programa (de reparación administrativa) no contribuirá a restablecer sus derechos debido a la corrupción e inoperancia de las instituciones." Negritillas fuera de texto. En ese mismo sentido, Rettberg, Angélica. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*. Op.Cit.

¹⁶⁵ Para mirar los problemas de participación de las víctimas en el Cauca, se puede analizar el estudio: Corporación manejo de conflictos del Norte del cauca COMAC. Evolución de la Ley de Justicia y Paz en el Cauca. Popayán: 2011.

¹⁶⁶ Fiscalía General de la Nación Disponible en : <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> (12.12.2011).

del proceso. Esta desconfianza de las poblaciones afectadas por el conflicto interno ha sido un problema para que las víctimas decidan no participar y por ende no se acerquen a las instituciones estatales encargadas de velar por sus derechos.¹⁶⁷

Otro factor que dificulta la participación de las víctimas en éstas jornadas es que a pesar de que son programadas con antelación y que están fijadas para empezar a las 8 de la mañana, muchas veces concluyen en muy poco tiempo por problemas logísticos o, técnicos, por lo cual deben ser reprogramadas para otras fechas. Estos factores entorpecen la participación, defraudan las expectativas de las víctimas y afectan su precario patrimonio, en la medida que pierden tiempo y deben una vez más hacer gastos de transporte, hospedaje y alimentación.¹⁶⁸

En las *Audiencias de Versiones Libres*, a pesar de que durante los últimos años se ha mejorado considerablemente la estrategia de divulgación sobre su realización, pues se informa de ellas a través de edictos emplazatorios, que son publicitados por radio, televisión y por el portal de Internet de Justicia y Paz¹⁶⁹, aún se siguen presentando casos en donde las víctimas asisten a versiones libres, en las que no se desarrollan los hechos del caso denunciado por ellas, o no se le formulan al postulado las preguntas que han preparado previamente. Hay versiones libres que se inician, o se suspenden en varias oportunidades o lo que es más grave, no se realizan. Curiosamente, las responsabilidades frente a estos contratiempos siempre recaen en una persona externa a la organización logística de la diligencia, en algunos casos se señala al INPEC, principalmente porque no pueden traer a los postulados oportunamente.¹⁷⁰ Hay audiencias que empiezan con un retraso de muchas horas y por lo tanto se terminan pocas horas después, por lo que se pierde tiempo valioso, no sólo para las víctimas sino para todos los funcionarios de las instituciones que se encuentran interesados en participar en ellas.

En este mismo sentido no hay datos respecto al éxito de las audiencias cualitativamente, como se mencionaba anteriormente, por ejemplo, una Jornada de Atención a Víctimas no demuestra su éxito por el mero hecho de que hayan participado muchas víctimas. Puede ser lo contrario, que en donde hayan muchas víctimas, éstas no sean las interesadas en los hechos por las cuales se las convoca. Así mismo, ¿no se tiene conocimiento sobre las jornadas, versiones o audiencias respecto del tema de puntualidad, atención a

¹⁶⁷ Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de Mayo de 2011).

¹⁶⁸ Entrevista con Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; Corporación Nuevo Arco Iris (6 de mayo de 2011) y Comisión Colombiana de Juristas (3 de mayo de 2011).

¹⁶⁹ Entrevista con Fundación Ideas para la Paz (6 de mayo de 2011).

¹⁷⁰ Entrevista con la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNR- (3 de mayo de 2011).

las víctimas, contenido satisfactorio, aprovechamiento del tiempo, satisfacción de las víctimas respecto de lo que se discutieron en dichas diligencias? Estos son puntos que hay que tomar en la cuenta en el futuro y por ello se hace importante, como se decía anteriormente un sistema de indicadores cualitativos en las instituciones que ayuden a corroborar estos datos.

ii. Dificultades en la acreditación de las víctimas:

Frente a las dinámicas del conflicto y a las diferentes fuentes y formas de violencia y victimización, se han venido desarrollando distintas normas y procedimientos para atender a las víctimas y lograr su reconocimiento dentro de los procesos. Es por eso que se han diseñado diferentes formularios y procedimientos para facilitar la labor de registro, dependiendo del delito y del agente del que son víctimas. Hoy en día existen registros para personas afectadas por desplazamiento forzado (reglamentado por Ley 387 de 1997)¹⁷¹; para las víctimas de desaparición forzada (creado por la Ley 589 de 2000); y, para acceder a los beneficios de la indemnización administrativa (Decreto 1290 de 2008, vigente entre 2008 y 2010¹⁷²). De otro lado, la ley de víctimas (Ley 1448 de 2011) consagra la creación de un Registro Único de Víctimas, que tiene la pretensión de unificar en un sólo registro todos los que tienen cada una de las diferentes instituciones del Estado¹⁷³. Se confía que este Registro Único sea de fácil acceso y que reúna toda la información necesaria para evitar choques interinstitucionales.

Además, de la confusión que ésta pluralidad de registros generan para las víctimas, existen desafíos propios para una víctima que desea registrarse en el proceso de Justicia y Paz. Por un lado, se le dificulta la acreditación, ya que existen dos formularios diferentes para dicho efecto: uno que realiza el Fiscal y otro que requiere el defensor público¹⁷⁴. No resulta del todo coherente que la información sea manejada dos o más instituciones, lo que genera conflictos hacia el futuro y problemas para la efectiva representación judicial.

¹⁷¹ "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia".

¹⁷² La creación de un programa de reparación administrativa en los términos del Artículo 1° del referido decreto, tiene por objeto "conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que con anterioridad a la expedición del presente decreto hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley a los que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 975 de 2005." Su duración está definida en el artículo 32, el cual menciona que las solicitudes solamente pueden presentarse dentro de los dos años siguientes a la expedición de este decreto, es decir hasta el 22 de abril de 2010. Para ver mas información sobre el Decreto 1290 de 2008 se puede consultar: Véase Proyecto PortalEsDer- GIZ; Defensoría del Pueblo. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa. Op.Cit.*

¹⁷³ Puede verse en la Ley 1448 de 2011 los Artículos. 154 a 158.

¹⁷⁴ Entrevista con el Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de Mayo de 11).

Por otro lado, se han establecido exigencias, en el sentido de que todos los formularios y documentos que se anexen como pruebas para obtener la acreditación, deben ser presentados en su versión original.¹⁷⁵ Tomando en cuenta que la mayoría de las víctimas vienen de situaciones socioeconómicas que no les permiten tramitar o tener versiones originales de éstos documentos, como los que contienen su identificación personal y civil, que le permitan acreditar el daño sufrido o las denuncias, sentencias, certificados de propiedad, ésta exigencia se convierte en un obstáculo enorme para su participación en el proceso. Por lo demás, dichos formularios son bastante complejos y poco pedagógicos y muchas veces no se pueden diligenciar porque ellas no tienen la formación adecuada para entenderlos o para llenarlos.¹⁷⁶

Otra de las dificultades que se presentan en la práctica, para la participación real de las víctimas, es que el postulado tiene que “reconocer a la víctima”.¹⁷⁷ Esto quiere decir, que tienen reunirse ciertas circunstancias fácticas tales como: que el postulado se haya ratificado para que sea procesado bajo la Ley 975 de 2005; que se haya hecho alguna investigación de los hechos que a la víctima le incumben; que la víctima este acreditada siquiera sumariamente para que pueda entrar formalmente al proceso de Justicia y Paz; y, que cuando se le pregunte por los hechos de la víctima, el postulado los acepte y reconozca. Sólo así puede la víctima permanecer en el proceso especial a la espera de su reparación integral. Esto significa, que la única “defensa” de las víctimas que hace el funcionario competente de la Defensoría, es esperar a que el postulado reconozca a su mandante como “su” víctimas y nada más.¹⁷⁸

Por último, un desafío que surge durante la acreditación como víctima tiene que ver con la documentación del daño por parte de ésta. La carga de prueba del daño recae en la víctima y es ella la que tiene la responsabilidad de entregar toda la prueba necesaria para ser reparada en el proceso de Justicia y Paz. En este punto, se debería acoger la disposición de la Ley de Víctimas que establece la inversión de la carga de la prueba (Art. 78) en lo

¹⁷⁵ Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de Mayo de 2011). Véase: Marín Ortiz, Iris. “La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado”. *Op.Cit.* Pág. 55 “(...) en relación de una eventual participación (...) no cuenta con los documentos necesarios para hacerse parte en los procesos ni pueden regresar a sus lugares de origen a buscarlos”.

¹⁷⁶ Entrevista con Fundación Nuevo Arco (6 de mayo de 2011). Una opción que se está presentando con el fin de intentar remediar esta situación, se realiza en el municipio de Tulúa- Valle del Cauca, con una iniciativa de la Corporación Nuevo Arco Iris, en la cual realizan capacitaciones a estudiantes de derecho en temas de Justicia y Paz, con el fin de que en el desarrollo de sus actividades de consultorio jurídico con víctimas del conflicto armado, ellos puedan ayudar a resolver las dudas de estas víctimas para poder ingresar al Proceso Especial de Justicia y Paz y también ayuden a diligenciar los formularios para solicitar reparación administrativa dentro del Decreto 1290 de 2008. No obstante esta iniciativa, a pesar de tener buenas intenciones no resulta sostenible ya que los estudiantes no tiene una vocación de permanencia en esta labor y cambian en un breve periodo de tiempo, por lo que habría que capacitarlos cada vez que se realiza un cambio, lo cual puede resultar desgastante y poco productivo.

¹⁷⁷ Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de Mayo de 11).

¹⁷⁸ *Ibidem.*

que se refiere a la restitución de bienes, o acudir al principio de la buena fe, en los demás casos (Art. 5). Esta interpretación facilitaría, sin duda, el acceso de la víctima al proceso de Justicia y Paz.

Igualmente, algunas ONG's se quejan de las instituciones afirmando que usan su autoridad de manera discrecional y arbitraria¹⁷⁹ frente a la aceptación de ciertas pruebas aportadas por las víctimas, pues no existe un criterio objetivo para su reconocimiento, contrariando, sin duda alguna, lo señalado el artículo 4° del Decreto 315 de 2007, cuando dice que, se deben presentar hasta antes del incidente de reparación integral *pruebas sumarias*¹⁸⁰ para la acreditación del daño.

Algunas otras organizaciones no-gubernamentales han manifestado que la Fiscalía exige pruebas que *de facto* no son entregables y que derivan, en muchos de estos casos, en la negación de la calidad de víctimas dentro del proceso de Ley 975¹⁸¹. Además, señalan que la documentación no está siendo manejada de una manera flexible¹⁸². Así mismo, surge la dificultad de que hay personas que quieren ser reconocidas como víctimas, cuando en realidad no lo son. Así mismo se presentó en el desarrollo de la audiencia del Incidente de Reparación en el caso de la masacre de Mampuján, San Cayetano y las Brisas.¹⁸³ Respecto a esta falsa calidad de víctima, la Ley de Víctimas prevé justificadamente una sanción por aquellas personas que se han registrados con malas intenciones¹⁸⁴.

iii. Dificultades en el acceso a las versiones libres y en el desarrollo de las mismas:

Según la legislación y la jurisprudencia colombiana, la versión libre representa el momento que brinda mayores posibilidades a la víctima del conflicto armado, para participar activamente en el Proceso Especial de Justicia y Paz.¹⁸⁵ Este hecho se ve confirmado con las estadísticas del mes de marzo

¹⁷⁹ Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de Mayo de 2011).

¹⁸⁰ En este mismo sentido la Ley 1448 de 2011, Art 5°: "*El Estado presumirá la buena fe de las víctimas de que trata la presente ley. La víctima podrá acreditar el menoscabo de cualquiera de sus derechos incluyendo los patrimoniales, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria la afectación ante la autoridad judicial o administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba y trasladarla al presunto responsable de la comisión del hecho victimizante, si es del caso. En los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación, las autoridades administrativas o judiciales deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del menoscabo sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas...*".

¹⁸¹ Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones. Op.Cit.* pp. 108 y 109.

¹⁸² Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas. (3 de Mayo de 2011).

¹⁸³ Véase: Corte Suprema de Justicia de abril 27 de 2011. Rad. 34547. M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁸⁴ Véase Ley 1448 de 2011 Art. 198 y 199.

¹⁸⁵ Véase: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 27484, octubre 2 de 2007, M.P.

de 2011 de la Fiscalía General de la Nación, según las cuales hasta entonces 25.601 víctimas realizaron 31.865 preguntas a los postulados en las versiones libres.¹⁸⁶ Sin embargo y considerando que existen más que 350.000 víctimas registradas en el proceso de Justicia y Paz, se puede resaltar que solamente una parte marginal del número total de víctimas, llega a ejercer su derecho a asistir a las versiones libres y a participar activamente en ellas.

Como se dijo anteriormente, tanto la situación socioeconómica de la mayoría de las víctimas como la falta de infraestructuras adecuadas en las zonas rurales de Colombia más afectadas por el conflicto armado, impiden que ellas puedan trasladarse fácilmente a los centros urbanos donde se llevan a cabo las versiones libres, es por ello que el único medio que tienen para que por lo menos las puedan observar, es a través de medios tecnológicos (teleconferencias, versiones satelitales).¹⁸⁷

Bajo estas condiciones, se puede ver el esfuerzo que debe realizar la víctima para poder participar en una versión libre, pues además de realizar un importante gasto económico para su movilidad, alimentación, hospedaje, implica un desgaste físico que se refleja fundamentalmente en la pérdida de tiempo, que hubiera podido invertir para la realización de otras actividades. En ocasiones, estos esfuerzos se ven frustrados pues en las versiones a la que asisten, o no se habla de su hecho, o no se le da la oportunidad de preguntar al versionado. De ahí que sea importante concienciar a los funcionarios para que se logre una correcta divulgación de la información sobre la fecha y el lugar de la versión libre y/o su posible transmisión y los hechos de los que va a hablar o confesar el versionado postulado. De esta manera, se evita la pérdida en la confianza institucional y en las expectativas del proceso y se advierte la re-victimización.

Por otra parte, si bien es cierto que por parte de la Defensoría del Pueblo hay una colaboración logística a las víctimas para que puedan asistir a las respectivas diligencias judiciales sin que tengan los gastos mencionados, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos

Augusto Ibáñez Guzmán; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Auto Rad. No. 29560, mayo 28 de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; Fiscalía General de la Nación. Resolución No. 0387, febrero 12 de 2007, art. 4.; Decreto 315 de 2007. Art. 1.

¹⁸⁶ Fiscalía General de la Nación Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> (05.08.2011).

¹⁸⁷ Algunas cifras que demuestran la experiencia se puede encontrar en: Proyecto ProFis; del Río Moncada, Anasas. *ProFis: Dos años de transmisiones satelitales (2008-2010)*, Op. Cit. Bogotá: 2010. Un dato relevante según la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía es que se asistieron a 401 municipios por transmisiones satelitales (febrero de 2011). En este sentido la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) hace referencia en el Art.44 a medios tecnológicos: "Las víctimas respecto de las cuales se compruebe de manera sumaria y expedita la falta de disponibilidad de recursos para cubrir los gastos en la actuación judicial, serán objeto de medidas tendientes a facilitar el acceso legítimo al proceso penal. De manera preferente y en atención a los recursos monetarios y no monetarios disponibles, podrán ser objeto de medidas tales como el acceso a audiencias a través de teleconferencias o cualquier otro medio tecnológico que permita adelantar las respectivas etapas procesales." Véase también Artículo 44 de la Ley 1448 de 2011.

-MAPP/OEA- critica que tanto en las diligencias de versión libre como las audiencias judiciales persisten problemas técnicos que generalmente terminan en suspensiones de estas audiencias.¹⁸⁸ En otras oportunidades resulta que el número de víctimas no es significativo, respecto a la infraestructura desarrollada por el UNJYP para la investigación y atención de sus casos.¹⁸⁹ También se presentan casos en donde se citan a las víctimas a las versiones libres de forma equivocada, porque el Fiscal no va a tratar en dicha diligencia el caso respectivo. Un ejemplo de ello se dio recientemente en San Pedro de Urabá, en una versión libre que fue retransmitida a Turbo, Valle del Cauca, además se tuvo que trasladar a las víctimas de lugar. Así mismo, en esta misma versión libre, se citaron 100 víctimas de los hechos de la masacre de San Pedro de Urabá ocurrida entre 1990 y 1996, pero solamente pudieron participar 3, pues fueron los únicos hechos que se trataron.¹⁹⁰

Pero estos casos no solamente ocurren en las versiones libres. Un ejemplo de ello ocurrió en una audiencia preliminar de imposición de medidas cautelares a la que se asistió el 28 de mayo 2011, en donde se citaron a unas víctimas que venían desde Riohacha para participar en dicha audiencia, sin que fuera relevante que asistieran, por lo que ante la manifestación de su inconformidad, se les explicó, por parte de la Magistratura, que era responsabilidad de ellas comprender muy bien las citaciones, para evitar contratiempos como el que se presentó.

El procedimiento para la participación directa de las víctimas durante las versiones libres está enmarcado por las Resoluciones: 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, en las que se indica que se debe efectuar por medio del defensor público o por un miembro de la Procuraduría que esté en audiencia, así de esta manera se consultan los intereses de las víctimas y pueden participar durante la versión. Este mandato es demasiado amplio por lo que le han valido críticas por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pues no es posible que las víctimas puedan realizar preguntas directamente a los postulados durante el proceso penal. La CIDH dice textualmente: “este mecanismo indirecto restringe seriamente la posibilidad de utilizar el interrogatorio de la víctima como una vía adecuada de alcanzar la verdad de los hechos. La Fiscalía pierde además una valiosa estrategia para confrontar las versiones libres, y avanzar en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el acceso a los beneficios”.¹⁹¹ No

¹⁸⁸ MAPP/OEA. *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. 26 de abril de 2010.

¹⁸⁹ Entrevista con Fundación Ideas para la Paz (6 de mayo de 2011).

¹⁹⁰ Entrevista con Defensoría del Pueblo (6 de Mayo de 2011).

¹⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos*

obstante esta crítica, lo cierto es que en algunas oportunidades y gracias a la comunicación por Avantel que manejan algunos Fiscales de Justicia y Paz, las víctimas pueden preguntar directamente al postulado sobre su hecho, con la colaboración de un miembro del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) o del Fiscal que dirige la audiencia.¹⁹² Esta circunstancia amerita una unificación de criterios al interior de la UNJYP para estos procedimientos.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, defiende este sistema indirecto de interrogatorio porque además de evitar el encuentro directo entre víctima y victimario, se “puede romper el orden natural del procedimiento, si se tiene en cuenta que con esa información y las demás actuaciones, como verificación de antecedentes, se elabora y desarrolla un plan metodológico para poder iniciar la investigación tendiente a comprobar la realidad de la información suministrada.”¹⁹³

A pesar de que el procedimiento de versión libre para los Fiscales de la UNJYP¹⁹⁴ está definido por una normatividad especial, en la práctica el Fiscal Delegado tiene autonomía en cuanto al manejo del desarrollo de la versión. Debido a esta autonomía, la forma y el grado de participación de las víctimas depende muchas veces de la voluntad del Fiscal encargado del caso.¹⁹⁵ Si el Fiscal no ejerce debidamente esa autonomía, puede tener como consecuencia que la versión libre se convierta en una presentación unilateral de los hechos por parte del postulado.

Habría que agregar que las víctimas que asisten a las versiones libres no tienen mayor ayuda por parte del Defensor Público, pues en muchos casos sólo se conocen en la audiencia de versión, si hay un Defensor presente. Sería mucho mejor para el avance del proceso, que el Defensor se reuniera unos días antes con la víctima con el fin de recaudar información suficiente, para poder realizar un buen debate jurídico en las diferentes audiencias y para confrontar al postulado con aspectos específicos, haciendo las correspondientes preguntas a nombre de la víctima.

Respecto a este tema, Kai Ambos surge que: “el derecho al interrogatorio o contra-interrogatorio de las víctimas debería ser entendido en un sentido menos formalista. Solamente de esta manera se puede dar a las víctimas la posibilidad de reaccionar de manera adecuada y eficaz a las declaraciones de los postulados. Cabe mencionar que varios fiscales han interpretado los

Humanos 2010. Capítulo IV – Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Colombia. p. 385.

¹⁹² Por ejemplo, según CItpax, alrededor de 50% de los defensores sí dirigen preguntas al fiscal delegado durante la versión libre. Entrevista con Centro Internacional Toledo para la Paz (6 de Mayo de 2011).

¹⁹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia. Radicado 27484.

¹⁹⁴ Resoluciones Fiscalía General de la Nación 0-2296 de 2007 y 0-3998 de 2006.

¹⁹⁵ Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de Mayo de 2011).

artículos del Decreto 315 de 2007 y de las resoluciones 3998 de 2006 y 387 de 2007 de la FGN de manera amplia permitiendo la intervención activa y directa de las víctimas mediante la posibilidad de contra-interrogar al postulado. Esta postura merece reconocimiento y debería ser seguida por otros fiscales.”¹⁹⁶ Por ello, se reitera que lo ideal es una preparación previa del Defensor con las víctimas para que pueda desarrollar una buena labor en las audiencias, lo que a la larga permite fomentar la confianza de las víctimas en el proceso mismo.

iv. *Dificultades con la representación judicial:*

En relación con la aplicación práctica del derecho de la víctima a la representación judicial, existen ciertos desafíos administrativos para que se logre un goce efectivo de dicho derecho.

Según cifras del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz de junio de 2011, son 121 defensores públicos que representan a 66.726 víctimas. Eso equivale al alrededor de 20 % del total de las víctimas registradas. Además, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía han atendido a 64.121 víctimas con el fin de ofrecer una orientación jurídica y psicosocial.¹⁹⁷

Así las cosas, es evidente que existe una gran cantidad de casos que tiene que manejar un abogado de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, el número actual de 121 defensores para el proceso de Justicia y Paz, concentrados en las capitales de los departamentos de Cundinamarca, Antioquia y Atlántico, implica un avance sustancial comparado con los 68 defensores que existían en junio de 2008¹⁹⁸, así no logre atender la demanda creciente de las víctimas. Según diversas fuentes, se dice que cada defensor tiene a su cargo hasta 550 víctimas.¹⁹⁹ La representación judicial realizada por la defensoría pública, es uno de los grandes cuellos de botella en cuanto a atención a víctimas.²⁰⁰ Aunque la Defensoría del Pueblo confirma este número, destaca que con la mera mención de esta proporción se desconoce el hecho de que los poderes que se otorgan al defensor público que lleva el caso de las víctimas no son

¹⁹⁶ AMBOS, Kai. ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Georg-August-Universität Göttingen *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Op.Cit. p. 129.

¹⁹⁷ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 31.7. 2011; Según información de la Defensoría del 11 de diciembre de 2011, ella iba a subir el número de defensores a un tercio más de los existentes y en general sus capacidades de actuación que se reflejan también en el protocolo de articulación entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas.

¹⁹⁸ Véase International Crisis Group. *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report*. Bogotá/Bruselas: 2008. p. 14.

¹⁹⁹ Entrevista con la Comisión Colombiana de Juristas (3 de Mayo de 2011) y Defensoría del Pueblo (6 de Mayo de 2011). Véase además: Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia*. Op.Cit. p. 120.

²⁰⁰ Informe Matriz Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Junio 2011, p. 7.

solamente de carácter individual, sino que también corresponden a grupos familiares. Por otra parte, dentro de esos 550 casos, hay muchos que están inactivos.²⁰¹

Esta gran cantidad de casos por abogado, hace presumir, que los defensores públicos no conocen los detalles de la mayoría de los casos que están manejando y que tampoco pueden atender debidamente a las víctimas, brindándoles información concreta sobre sus derechos y obligaciones y mucho menos formular las preguntas adecuadas en las audiencias de versión libre.

Señalan organizaciones no-gubernamentales y la misma Defensoría del Pueblo que la asignación de abogados para las víctimas de Justicia y Paz, pueden demorarse mucho, por ello se habla de un periodo de hasta cuatro meses para que una víctima pueda contar con un abogado²⁰². La ineficacia de la Defensoría en cuanto a la asignación de defensores públicos tiene como consecuencia que, muchas víctimas tienen que buscar representantes legales de confianza, que cobran mucho por sus servicios y que en la mayoría de las veces tampoco representan adecuadamente sus intereses.²⁰³

La Defensoría de Pueblo participa con defensores públicos en Bogotá en las audiencias de imputación, formulación y legalización de cargos y en el incidente de reparación. En otras ciudades de Colombia, la práctica de la representación de víctimas se ve regulada de una manera diferente.

Por ejemplo, en Barranquilla, se está aplicando un sistema de rotación espontánea, que consiste en que el defensor de una víctima interviene cuando el proceso llega al momento en que tiene relevancia especial para el caso particular, por lo cual hay ocasiones en que hay necesidad de asignarles a las víctimas, que están presentes en las audiencias, defensores públicos para garantizar sus derechos, lo que implica retrasos considerables.²⁰⁴ Un ejemplo de esta práctica contraría a los intereses de las víctimas y que demuestran la deficiente actuación de los defensores públicos se presentó en Barranquilla en la audiencia de legalización de cargos del postulado Yairsiño Enrique Meza Mercado, alias “El Gato”, en donde en representación de las víctimas asistieron siete defensores públicos, y durante los días que duró la audiencia se evidenció total desconocimiento de los hechos, por lo que no hubo una participación activa en defensa de las víctimas. Por esto creemos que en casos

²⁰¹ Entrevista con Defensoría del Pueblo (6 de Mayo de 2011).

²⁰² Entrevista con Fundación Social (3 de Mayo de 2011) y Defensoría del Pueblo (6 de Mayo de 2011).

²⁰³ Véase International Crisis Group, “Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report”, *Op.Cit.* p. 14. La Ley de Víctimas señala un monto máximo para los honorarios de los abogados que representan víctimas. No puede superar 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Artículo 44. Parágrafo 1°).

²⁰⁴ AMBOS, Kai. ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Georg-August-Universität Göttingen *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Op.Cit.* p. 121-122.

como el expuesto es acertado preguntarse ¿Por qué han participado tantos Defensores? ¿Habría sido suficiente uno sólo? ¿Por qué no han desarrollado su rol de forma adecuada? Por otra parte también se ha puesto de presente las dificultades que enfrenta la Defensoría del Pueblo para representar a las víctimas en el transcurso de los procesos judiciales, cuando las audiencias se realizan en varias ciudades.

Debido a todos estos inconvenientes la Defensoría puede perder o como se ha dicho ya, ha perdido considerablemente en algunos casos la confianza por parte de las víctimas, lo que se refleja en la falta de credibilidad en la asesoría brindada.²⁰⁵ La representación limitada de las víctimas y la clarificación insuficiente sobre sus derechos por abogados públicos trae como consecuencia que se vean conculcados sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Igualmente ha sido criticado el sistema de trabajo desempeñado por la Defensoría en el que se conforman “duplas” compuestas por un psicólogo y un abogado que atienden y orientan a las víctimas en la fase pre procesal, no solamente por su burocratización sino ante todo por la falta de experiencia en atención a víctimas, frente a las ONG que las asesoran y las representan²⁰⁶. Esta crítica sin embargo, no es generalizada, pues se ha podido constatar que es una manera efectiva de orientación jurídica y psicológica para las víctimas.

v. *Dificultades para establecer responsabilidades y garantizar la cooperación inter-institucional:*

Desde comienzos de la vigencia de la Ley de Justicia y Paz, se ha criticado que la normatividad no otorga responsabilidades definidas a las instituciones encargadas de la asistencia a las víctimas.²⁰⁷ Tal ambigüedad surge sobre todo en la comparación de los mandatos a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), a la Defensoría del Pueblo y sobre todo a la Procuraduría General de la Nación (PGN). La CNRR tiene, entre otras, la función de “*garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos.*”²⁰⁸ La Comisión “*ha*

²⁰⁵ Entrevista con Fundación Nuevo Arco (6 de mayo de 2011).

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Véase por ejemplo: International Crisis Group, “Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report”, *Op.Cit.* p. 13; Forer, Andreas; GUERRERO, Alejandro. “La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia”. En: *Iberoamericana No. 38. América Latina – España – Portugal*. Madrid: 2010. p. 167; Entrevista con la Organización Internacional para las Migraciones –OIM- (3 de mayo de 2011) y con la Defensoría del Pueblo (6 de mayo de 2011).

²⁰⁸ Ley 975 de 2005. Artículo 51,1.

*merecido reconocimiento por proveer ayuda directa a través de sus oficinas regionales”, aunque el alcance ha sido limitado.*²⁰⁹

Hasta 2008, la CNRR realizó un total de 320 consultas sociales, atendió a 93.516 víctimas en todo el país y brindó capacitación y atención a 27.845 víctimas, 5.016 a través de consultas sociales. También ofreció asesoría y apoyo legal a 12.343 víctimas para el diligenciamiento del formato de registro de hechos atribuibles al GAOML y acompañó a 9.982 víctimas en las versiones libres. Además, elaboró documentos dirigidos a las diferentes entidades con competencia en Justicia y Paz para que cumplieran cabalmente con sus funciones y capacitó a 2.768 funcionarios sobre la Ley de Justicia y Paz (LJP) y los derechos de las víctimas.²¹⁰ Así las cosas, ha asumido en algunas ocasiones el papel de la Defensoría, compartiendo sus funciones en lo que tiene que ver con el asesoramiento y acompañamiento de víctimas mediante su *Programa de Atención a Víctimas*.

Esta duplicidad de funciones en cabeza de varias instituciones, potencia el riesgo de que las víctimas se confundan por los diversos trámites.²¹¹ Esto se ha constatado en la práctica cuando se realizan entrevistas con víctimas y organizaciones representantes de ellas, en las que se establece claramente que en muchas ocasiones no están en capacidad de diferenciar el rol que cumplen la CNRR, la Fiscalía y la Defensoría, en lo que se refiere a la asesoría para las víctimas.²¹² Por otra parte, ciertas iniciativas que tienen como finalidad mejorar la coordinación de labores y que han sido implementadas por la CNRR, tal como la Red Nacional de Atención a Víctimas o el establecimiento de ocho Centros de Atención Integral, que reúnen en un sólo lugar a diferentes profesionales para brindar atención integral a las víctimas, reciben críticas pues según la International Crisis Group, estos nuevos modelos carecen de personal, de recursos y debilitan las redes de atención no estatales locales, lo que genera finalmente una mayor confusión entre las víctimas.²¹³

En cuanto a la coordinación interinstitucional, que es fundamental para el buen funcionamiento del proceso, no existe actualmente la posibilidad de definir, de una manera clara, los diferentes roles de cada institución. Cada

²⁰⁹ Véase International Crisis Group, *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report. Op.Cit.* p. 13.

²¹⁰ AMBOS, Kai. ProFis-GTZ- Embajada de la República Federal de Alemania. Georg-August-Universität Göttingen *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Op.Cit.* p. 44.

²¹¹ Véase International Crisis Group. *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report. Op.Cit.* p. 13.

²¹² Entrevista con víctimas, organizaciones representantes de víctimas y funcionarios de la Fiscalía en Florencia en abril de 2011.

²¹³ Véase: International Crisis Group. *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report. Op.Cit.* p. 14.

mesa interinstitucional debe coordinar los acontecimientos más importantes de la región (por ejemplo incidente de reparación de El Salado), se deben establecer roles, tareas y criterios claros, que permitan evaluar y monitorear el acontecimiento posteriormente. Sólo así se puede realizar una distribución de funciones y responsabilidades, en cuanto a quien tiene que hacer qué, y cuándo: antes, durante o después. Estos criterios ayudan a crear formulas para un mejor acompañamiento a las víctimas con la asistencia de todas las instituciones, además se hace posible hacer un balance de las actividades desarrolladas por ellas para establecer su permanencia en el procedimiento.

En la actualidad, generan dudas en cuanto a las funciones autónomas y “necesarias” la CNRR, las cuales según el artículo 171 de la Ley 1448 de 2011, serán asumidas por la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que solo podrá funcionar con un mandato plenamente definido y delimitado con otras instituciones que participen en el proceso.

Por otro lado, el rol de la Procuraduría General de la Nación no ha sido clara en el desarrollo del proceso de Justicia y Paz, sin embargo el artículo 20 del proyecto de reforma de la Ley de Justicia y Paz No. 96 de 2011-Cámara²¹⁴, coloca en cabeza de la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo y de la nueva Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, la demostración del daño colectivo. Sin embargo, fuera de esta demostración y de la representación de víctimas indeterminadas, no se define su intervención en las demás etapas del proceso. En consecuencia de ello, se dice de darle esta función a la Procuraduría, ya que los recursos económicos y humanos para apoyar esta función habría sido preferible cederla a la Defensoría del Pueblo, para que pueda ejercer mejor su función de representación judicial a las víctimas dentro del proceso.

F. CRITICAS A LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y CONCLUSIONES.

A pesar de que el aumento del involucramiento de las víctimas en procesos penales en el mundo ha sido aplaudido, han surgido críticas que señalan que la participación de las víctimas a grandes escalas en procesos penales plantean problemas importantes, sobre todo cuando se trata de conductas que atentan contra el derecho penal internacional.²¹⁵ Sin duda, estos crímenes

²¹⁴ Texto aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes del proyecto de Ley No. 096 de 2011- Cámara- “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”.

²¹⁵ Véase: De HEMPTIME, Jérôme. “Challenges Raised by Victims Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon”. *Op.Cit.* p. 168. WOJCIK, Mark. E., *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals.* *Op.Cit.* p. 16. RAUSCHENBACH, Mina. SCALIA, Damien. “Victims and international criminal justice: a vexed question?” *Op. Cit.*

alteran considerablemente las reglas del procedimiento penal, en el cual se pretende permitir que se oigan las voces de las víctimas.

En verdad y tal como se había mencionado anteriormente, la cantidad misma de las víctimas hace muy difícil que todas puedan participar, por lo tanto se impone acudir a un método o estrategia de selección y nominación de aquellas que pueden hacerlo.²¹⁶ Igualmente, la participación de víctimas en procesos penales trae consigo una especie de bloqueo en el procedimiento penal, trayendo como consecuencia, una demora considerable en el proceso.²¹⁷ La justicia penal generalmente tiene recursos limitados.

La participación a gran escala de víctimas conlleva a un gasto amplio de estos recursos económicos y humanos para su atención. Lo anterior puede significar que no se investigarían suficientes hechos y no se condenarían tantos victimarios en la medida que estos recursos ya han sido destinados a otra labor.

Esto atentaría contra los fines propios del proceso penal en cuanto debe investigar, sancionar y condenar a quienes comentan graves delitos²¹⁸.

Obviamente surge también el problema planteado en los procesos ordinarios, en los que la participación de víctimas puede llevar a una “desigualdad de armas”, porque el imputado tiene que defenderse no solamente contra las acusaciones de la Fiscalía sino también contra las de las víctimas.²¹⁹

Este problema es casi inexistente en el proceso de Justicia y Paz, ya que se parte de una confesión y prácticamente se imputan solo los delitos confesados. Así mismo, la participación de las víctimas dentro de los procesos penales puede socavar la capacidad del fiscal de investigar y la capacidad del juez para dictar el fallo pues no necesariamente coinciden los intereses y opiniones de las víctimas con los de la Fiscalía.²²⁰ Además, la naturaleza propia del proceso, las narraciones dolorosas de las víctimas, los hechos que surgen con ocasión de las investigaciones, hacen que los diferentes funcionarios estén

p. 452. Trial – Track Impunity Always, “The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda”. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictcr.html> (05.08.2011).

²¹⁶ WOJCIK, Mark. E. *False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals*. Op. Cit. p. 2.

²¹⁷ Trial – Track Impunity Always. *The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictcr.html> (05.08.2011).

²¹⁸ TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Op.Cit. pp. 819-820.

²¹⁹ De HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims. Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*. Op. Cit. p. 168. *Ibidem*.

²²⁰ De HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims' Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*. Op. Cit. pp. 168-169.

sensibilizados con la situación de las víctimas y en consecuencia esto pueda afectar su imparcialidad a la hora de decidir en ciertos casos²²¹.

Mientras los anteriores problemas se centran en el mantenimiento del principio del debido proceso y en el deber de garantizar un procedimiento eficaz, también surge la pregunta de: ¿si el contexto especial de los procesos relacionados con crímenes del derecho penal internacional sirve realmente para satisfacer las expectativas de las víctimas?²²²

En efecto, si bien es cierto que estos crímenes internacionales hacen más urgente la asistencia a las víctimas, bien sea por razones políticas, culturales o de naturaleza social, por el grado de violencia o por la escala del daño sufrido, también es cierto que estos procesos tienden a extenderse por muchos años.

Las víctimas en los procesos del TPIY expresaron su frustración por la demora de sus procesos antes de que fueran fallados por el Tribunal.²²³ Involucrar a la víctima en este contexto puede crear expectativas que al final no se van a cumplir y que resultan finalmente re-victimizantes. Brindar una participación garantista a las víctimas dentro del proceso penal puede traer como consecuencia la superación de los plazos razonables y por ende la lentitud del proceso, se crean nuevos escenarios que dilatan la duración de las audiencias, complicando mucho más el procedimiento establecido.²²⁴

Igualmente existe el riesgo que en estos procesos sólo pueden ser escuchadas una fracción pequeña de las víctimas de los hechos punibles cometidos. Por ello surge, en consecuencia, la tarea de seleccionar las víctimas que se van a presentar ante la Corte. Por otra parte, la participación puede poner en situación de riesgo a las víctimas cuando se sabe que presentó o planifica presentar sus acusaciones ante un Tribunal²²⁵, particularmente en regiones en donde el conflicto continúa y está presente.

²²¹ ENGLEBRECHT, Cristine. "The Struggle for "Ownership of Conflict": An Exploration of Victim Participation and Voice in the Criminal Justice System". En: *Criminal Justice Review*. 3 march 2011.

BAUMGARTNER, Elisabeth. "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court". En: *International Review of the Red Cross*. Volume 90, Number 870, June 2008. p. 434. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-870-p409.htm> (07.12.2011).

²²² RAUSCHENBACH, Mina; SCALIA, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?" *Op.Cit.* p. 450.

²²³ ORENTLICHER, Diane. *That Someone Guilty Be Punished – The Impact of the ICTY in Bosnia*. Open Society, International Center for Transitional Justice. 2010. p. 72.

²²⁴ Partiendo del supuesto que: "victim perceptions of helplessness and lack of control are maximized by raising the expectation that a right to participate exists, the victim electing to exercise that right, and then being denied that right." En: KILPATRICK, Dean. OTTO, Randy. *Constitutionally guaranteed participation in criminal proceedings for victims: Potential effects on psychological functioning*. Wayne L. Rev., 34. 1987. p. 7.

²²⁵ De HEMPTINNE, Jérôme. *Challenges Raised by Victims. Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon*. *Op. Cit.* p. 168.

Como se vio, las diferentes codificaciones penales en Colombia, siguieron el movimiento internacional de ampliar la participación de las víctimas en las diferentes etapas del proceso. Pero, como todos los procesos nacionales ordinarios ²²⁶ esta formulado para una participación convencional de víctimas y no de forma masiva.

En el proceso Especial de Justicia y Paz, sigue la dinámica procesal ordinaria y está basada en el mismo esquema procesal, pero se amplía está la noción de ser un proceso convencional, ya que está basada en la interpretación de lo que es la justicia transicional, extendiendo la participación de las víctimas en todas las fases del proceso, incluyendo la investigación, en donde en el proceso penal ordinario encuentra estos espacios más restringidos y eso conlleva, sobre todo en escenarios en donde el rol de diferentes instituciones que garantizan la participación a las víctimas sea difuso, ya que todas propenden por que participen las víctimas, en todos los momentos del proceso y conlleva a que haya mayores dilaciones en que se presenten condenas judiciales, ya que al priorizar este tema, coloca mas obstáculos a nivel judicial que retardan la obtención de sentencias con carácter definitivo.

Según la situación actual del Proceso de Justicia y Paz, y viendo la participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, se hace necesario aprender de estas experiencias en donde existe un criterio correctivo, el cual pondera la participación de las víctimas frente a una eficacia del procedimiento penal, haciendo que haya una participación concentrada y efectiva, agilizando procesalmente los resultados de sanción y reparación, no perdiendo de vista que en medio de toda la participación de víctimas uno de los objetivos es condenar a los responsables de crímenes y violaciones a derechos humanos.

Eso significa, teniendo en cuenta los escasos recursos y la eficiencia del proceso, que la participación se debe concentrar en algunas etapas donde la víctima tiene el mayor interés de participar. Lo anterior tiene relevancia en la medida que en el desarrollo de las audiencias del Proceso de Justicia y Paz se repiten muchas actuaciones, por ejemplo la posibilidad de preguntar e interrogar al postulado vuelve a presentarse con ocasión del incidente de Reparación integral, por ello cabe preguntarse sobre la importancia de que participen en escenarios específicos, o de que haya una fusión de audiencias con el fin de agilizar el proceso mismo y de garantizar la participación de las víctimas en estas audiencias.

²²⁶ TRUMBULL, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Op.Cit. p. 806.

Lo anterior reforzaría la tesis de propender por una participación indirecta a través de los representantes de las víctimas (que pueden ser Defensores Públicos, líderes comunitarios, ONG's Etc.), con el fin de que haya apoyo profesional en las diferentes fases del proceso y de que se garanticen los derechos en estas audiencias sin necesidad de que haya presencia física de ellas.

Las víctimas registradas quieren participar en el proceso de Justicia y Paz en Colombia. El Estado Colombiano debería aprovechar la ocasión, para **garantizar tanto la participación directa y activa de las víctimas como la participación indirecta**, mediante un defensor público o de confianza o a través de ONG's. Sólo así se puede lograr una participación integral de las víctimas, garantizándoles el restablecimiento de su dignidad y la reparación integral, en consecuencia se logrará al mismo tiempo una mayor confianza y aceptación del proceso de Justicia y Paz.

En la medida en que el Proceso de Justicia y Paz, está fundamentado bajo un modelo judicial, este mismo resulta insuficiente para las exigencias propias de este tipo de procesos con estirpe transicional. Por ello, deben ofrecerse otras alternativas, extrajudiciales con el fin de garantizar una mayor y mejor participación de las víctimas en este tipo de escenarios transicionales.²²⁷

Sin embargo, en casos posteriores de un periodo de graves violaciones de derechos humanos, no solamente es el restablecimiento de la ley y del sistema legal, sino que con ello se presente el orden en la sociedad,²²⁸ la lucha contra la impunidad²²⁹ y con ello se pueda lograr una reconciliación

²²⁷ Véase una postura que defiende la idea de crear una comisión de verdad: GARZÓN, Baltasar (Coord). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. OEA/Mapp-OEA. Bogotá. 2011. p. 176 ss. Además se puede ver una fundamentación del establecimiento de una comisión de la verdad en: PARRA, Jorge. "Verdad y reparación" En: *Reparación en Colombia: ¿Qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integridad*. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2010. p. 188.

Con una posición más crítica en cuanto al establecimiento de una comisión de la verdad en Colombia: Forer, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: Hacia una Comisión de la Verdad". En: *Universidad del Cauca, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, volumen 11, Números 16 y 17*. Popayán: 2011. pp. 77-83.

FORER, Andreas. ¿Comisiones de verdad en lugar de Justicia y Paz? ¿Ambos al mismo tiempo?. En *El Espectador*, Columna de Opinión del 29 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna-232253-comisiones-de-verdad-lugar-de-justicia-y-paz-ambos-al-mismo-tiempo> (07.12.2011).

²²⁸ RAUSCHENBACH, Mina; SCALIA, Damien. *Victims and international criminal justice: a vexed question?. Op.Cit.* p. 445.

²²⁹ JOINET, Luis; ONU. Comisión de Derechos Humanos, 49° periodo de sesiones, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 de octubre de 1997. Naciones Unidas, Asamblea General. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*. Naciones Unidas, Asamblea General. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589*. Naciones Unidas, Asamblea General. *Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005. Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Naciones Unidas; Bassiouni, Cherif. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. El derecho de restitución, indemnización*

y una paz duradera. Entonces, la víctima, tiene que jugar un rol importante, en la medida en que la estructura y los fines del proceso se lo permitan, para que pueda ser reconocida en los procesos penales, de forma adecuada con el fin de que los procesos penales realizados dentro de un proceso de Justicia Transicional, no pierda su legitimidad ni su fundamento dentro de este tipo de procesos judiciales²³⁰. Lo que esta claro es que los procesos penales no están hechos para que garantizar la participación masiva de víctimas por lo tanto en ámbitos transicionales se tiene que buscar otra alternativa para no frustrar a las víctimas.

4. RECOMENDACIONES:

1. **Se debe consultar a las víctimas la forma adecuada en que quieren participar.** En general faltan datos empíricos de lo que quieren las víctimas y cuales son sus percepciones sobre las diferentes etapas del proceso de Justicia y Paz.
2. Se deben crear espacios que informen y apoyen psicológica y jurídicamente a las víctimas antes, durante y después de una actuación judicial en el marco del proceso de Justicia y Paz. Así mismo se debe realizar un seguimiento de estas iniciativas, a manera de control de que el servicio y atención ofrecida haya satisfecho los intereses de la víctima.
3. Todas las instituciones que participan dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz deben definir planes, metas claras y transparentes, por medio de imposición de **indicadores cualitativos y cuantitativos** que les permita mejorar sus funciones dentro el proceso, satisfaciendo los derechos de las víctimas y mejorando en los aspectos donde persistan deficiencias, para que haya mayor **calidad** en el desarrollo del proceso.
4. **Fortalecimiento de la participación indirecta:** A pesar de que uno de los propósitos del proceso de Justicia y Paz ha sido el de garantizar la participación de las víctimas, esto no ha sido posible para muchas de ellas, debido a diferentes factores, tales como la **falta de defensores,**

y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. ONU, ECOSOC. E/CN.4/2000/62. Naciones Unidas, *Promoción y Protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1.

²³⁰ Con una postura de participación mas amplia en el proceso penal de Justicia y Paz verse en : Forer, Andreas. "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional- el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz". En: *Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2011.

los cuales deberán participar activamente en las diferentes instancias del proceso e informar posteriormente a las víctimas sobre su gestión. De esta manera, las víctimas sólo tendrían que participar en los más importantes escenarios del proceso.

5. También se deben **fortalecer las capacidades de los líderes comunitarios**²³¹, que por un lado participan en representación de las víctimas y por otro lado funcionan a manera de control, verificación y apoyo en las actuaciones de los defensores de las víctimas.
6. De igual forma, se debe reconocer que las **transmisiones (satelitales, vía Internet etc.) son un recurso adecuado, para que puedan participar las víctimas** de regiones lejanas o que no cuentan con los recursos suficientes para desplazarse al lugar de la respectiva audiencia. Se debe establecer un procedimiento unificado, con criterios definidos para que haya un tratamiento igualitario con las víctimas que acceden directamente a las salas de víctimas. Se debe garantizar también una buena calidad técnica en la transmisión.
7. Se deberían **elaborar y socializar protocolos de atención a víctimas con enfoques diferenciales**, tomando en cuenta que las expectativas de las víctimas cambian y se corresponden con el grupo socioeconómico y cultural al cual pertenecen. Esto implicaría la adopción de una normatividad en este sentido²³².
8. Se debe **reformar el procedimiento del interrogatorio al postulado cuando está rindiendo la versión libre**. Tal y como está actualmente regulada la participación de la víctima en el proceso de Justicia y Paz, no sólo se dificulta la dinámica del proceso sino que se mantiene una continua frustración de las expectativas de las propias víctimas y participantes en las diferentes etapas del proceso. La ampliación de la participación real y efectiva de la víctima implica un **fortalecimiento de la Defensoría del Pueblo**, pero si esto no es posible, se deben buscar otras alternativas para lograr una verdadera representación de las víctimas. Se debe igualmente lograr una **mejor y mayor cooperación interinstitucional y el apoyo decidido de las organizaciones no gubernamentales**, que trabajan a favor de las víctimas.

²³¹ En el fortalecimiento de esta participación de los líderes, además de fortalecer sus organizaciones, se estaría promoviendo su presencia en la vida política del país. Véase en: CORREA, Cristian. GUILLEROT, Julie (Et. Al). "Reparaciones y Participación de las Víctimas: una Mirada a la Experiencia de las Comisiones de la Verdad. En: DIAZ, Catalina (Ed.) *Reparaciones para las Víctimas de la Violencia Política*. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Bogotá: 2008. Palabras del Senador Juan Fernando Cristo en : conferencia Atención y reparación integral a las víctimas, ejercicio de construcción de país construir una patria. Santa Marta 09 de diciembre de 2011.

²³² La Ley 1448 de 2011, regula el enfoque diferencial que debe aplicarse a las poblaciones más vulnerables.

CAPÍTULO IV

SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS COMO ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN PENAL¹

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo parte de la pregunta principal de ¿cuándo es posible y necesario seleccionar y/o priorizar en el proceso de paz colombiano para agilizar el proceso penal y mostrar resultados?

Este interrogante es complicado teniendo en cuenta que el proceso de justicia y paz se encuentra vigente y funcionando desde hace seis años y adicionalmente, que en la formulación misma de su marco legal se determinaron una serie de lineamientos de selección. Ejemplo de ello, es la exclusión del proceso de aquellos desmovilizados que *sólo* hayan participado en el delito de pertenencia al grupo armado, posteriormente determinado como “delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos”². Los demás desmovilizados que hayan cometido desde graves crímenes hasta hurto, lesiones, tentativas de delitos, falsedad en documento, etc. se podría postular - independientemente del rango y nivel de responsabilidad dentro de la organización- al proceso especial de justicia y paz y serían investigados y sancionados en el marco de la ley 975 de 2005.

Esos lineamientos de “selección” han cumplido su labor de filtro como lo evidencia el hecho que de 53.479 desmovilizados³ sólo 4.636 se encuentren en el proceso de justicia y paz⁴. ¿Es entonces en este

¹ El presente artículo es una versión actualizada y ampliada del documento: FORER, Andreas y LOPEZ, Claudia. “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia” En: AMBOS, Kai. (Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.. Bogotá. 2010

² Ley 1424 de 2010 Artículo 1.

³ Cifra tomada de la Alta Consejería para la Reintegración. Reintegración: Hechos y Datos, Disponible en: <http://www.reintegracion.gov.co/Es/prensa/noticias/Documents/febrero11/factAgosto11.pdf> (15.12.2011).

⁴ Para mayor información sobre cifras referirse al primer capítulo de este documento. Información obtenida de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (Información en proceso de consolidación) a 30 de septiembre de 2011.

escenario necesario y posible establecer más criterios de selección y priorización para la agilidad del proceso y la entrega de mejores resultados del mismo? O simplemente ¿tendría un impacto negativo en la cuota de impunidad del país?

Para profundizar en las anteriores preguntas y dar propuestas de solución, a continuación presentaremos el marco general del proceso especial de justicia y paz y las posturas que se han adoptado en torno al tema de selección y priorización; posteriormente, examinaremos los criterios en los cuales otros países y la jurisprudencia internacional se han apoyado para hacer de la selección de autores y de delitos una estrategia para lograr una investigación penal más eficiente. En tercer lugar, haremos un breve análisis de la forma como los conceptos de selección y priorización de conductas punibles en la investigación han sido trabajados por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP) y su reflejo o no en las decisiones de las sentencias proferidas a la fecha, ofrecemos una propuesta para dinamizar el proceso de justicia y paz, basada en criterios trabajados por tribunales internacionales *ad hoc* o por la Corte Penal Internacional, sin concebirlas de manera aislada como única herramienta, sino como parte de una estrategia conjunta con otras medidas alternativas tales como: una comisión de verdad, una amnistía condicionada para algunos delitos menos graves y también el uso de instrumentos de la justicia procesal penal ordinaria, como el principio de oportunidad y finalmente, ofreceremos algunas consideraciones actuales y conclusiones pertinentes.

1. EL PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ.

El operador jurídico que trabaja con la Ley de Justicia y Paz, enmarcada en lo que se ha denominado justicia transicional, se encuentra en el dilema de ponderar, al momento de dar aplicación a sus normas, los derechos a la justicia y a la paz, y además, en la necesidad de optimizar los recursos disponibles, de por sí escasos, para obtener los mejores resultados e impactos en el menor tiempo posible en una sociedad que clama por saber la verdad de lo sucedido en muchos años de violencia institucionalizada, no judicializada, con elevados índices de criminalidad, que conducen a un círculo vicioso de impunidad, unida con la desconfianza de toda la sociedad en el poder judicial por sus escasos resultados.

El proceso de Justicia y Paz en Colombia, requiere nuevas estrategias de investigación, pues las que se han intentado hasta el momento, no han resuelto

ese círculo de impunidad, ni han llenado las expectativas que la sociedad tenía con su aplicación.⁵

En términos generales, la Fiscalía General de la Nación y en especial la UNFJYP, ha considerado hasta hoy, como tesis mayoritaria, que se debe imputar y acusar por el conjunto total de delitos que hayan cometido cada uno de los postulados por el Gobierno Nacional a la Ley de Justicia y Paz (Tesis Maximalista), no hacerlo, según la Fiscalía, equivaldría a contrariar: el Estatuto de Roma⁶; la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷; y, la *ratio decidendi* del auto de segunda instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 28 de mayo de 2008, dentro del Proceso contra Wilson Carrascal Salazar, alias el Loro, pues de acuerdo con estas fuentes del derecho se deben realizar investigaciones integrales en las que cada una de las víctimas sienta que satisfizo su derecho subjetivo a la verdad, a la justicia y a la reparación.⁸

Nosotros consideramos que esta posición maximalista de la UNFJYP sería la ideal, pero en la práctica es inalcanzable. Si nos referimos al funcionamiento del sistema de justicia colombiano, basta con ver su falta de capacidad de investigar, juzgar y sancionar distintos tipos de delitos, lo que ha derivado en una alta cuota de impunidad. Evidencia de ello, es que la tasa estimada de impunidad de ejecuciones extrajudiciales sea, según el informe de 2010 del Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones arbitrarias, Prof. Philip Alston, del 98.5%⁹ o que, por ejemplo, entre los años 2005-2008, del total

⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, 3 de Febrero de 2011, p. 9 y 10; SAFFON, María Paula. "Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience". En: BERGSMO, Morten (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. International Peace Research Institute (PRIO). Oslo. 2009. p. 93 y ss.

⁶ Preámbulo, párr. 6 "Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

⁷ ARTÍCULO 8. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Garantías Judiciales "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter." ARTÍCULO 25. Protección Judicial "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b). a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 28 de mayo de 2008. Rad. No. 29560. En: Centro Internacional para la Justicia Transicional. *El proceso penal de justicia y paz*. Compilación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 2009.Extracto Nr. 25, pp. 139 y ss.

⁹ ALSTON, Philip. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions A/HRC/14/24/Add.2. Human Rights Council, Fourteenth session, Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. 31 March 2010. Disponible en: http://www.dhcolombia.com/IMG/pdf_Colombia_Report_A.HRC.14.24.Add.2_en2.pdf. (15.12.2011).

de casos investigados de homicidio doloso, extorsión, secuestro extorsivo, cohecho, peculado y celebración indebida de contratos sólo el 7.09% hayan sido condenados¹⁰.

Si nos referimos al contexto particular de la aplicación de la ley de justicia y paz, la posición maximalista puede ser aún más complicada si se tiene en cuenta la alta complejidad del conflicto colombiano; el creciente y progresivo número de postulados y de víctimas; el número y clase de conductas punibles confesadas -que muchas veces no obedecen a los parámetros del GAOML, ni a hechos sistemáticos o generalizados o a los hechos ocurridos en combate, sino que se muestran como hechos aislados de la política del Grupo-; la distribución geográfica de los delitos y su grave impacto en la sociedad.

Sumado a lo anterior, y partiendo de la estrategia planteada por la UNFJYP¹¹ en la que -con el fin de aprovechar y transferir la información de “terceros”¹² obtenida de las versiones libres de los postulados y de los informes investigativos de Policía Judicial a las autoridades competentes- los servidores de la Unidad deben compulsar copia de casos y verificar el desarrollo de los mismos mediante el personal de enlace seleccionado entre la unidad y la Dirección Nacional de Fiscalías; debe resaltarse la cantidad de víctimas y el número inmenso de compulsación de copias a la justicia ordinaria para investigar a servidores públicos, políticos y miembros de la fuerza pública y de la policía nacional¹³. Todos estos factores, han incidido para que el proceso penal diseñado en la Ley de Justicia y Paz se vuelva lento, sin rumbo definido y sin resultados visibles.

En efecto, los delitos cometidos por los GAOML son delitos de sistema, caracterizados por la presencia de altos niveles de coordinación, complejidad, con estructuras de mando claramente definidas (jefe militar, financiero, político) que por su dinámica y su historia de impunidad no le permite al Estado a través de la UNFJYP investigar todos los delitos y a todos los autores.

¹⁰ ARBOLEDA, Mildred Hartmann. “La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social”. En: *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA. Año 8 No 15. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/849.pdf> (15.12.2011).

¹¹ Para mayor información sobre la estrategia de compulsación de copias y enlaces con otras Unidades de Fiscalías, enfocada de manera importante en la investigación de fuentes de financiación de los GAOML véase. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 17, Febrero 24 de 2011.

¹² Personas que han sido señaladas por los postulados a lo largo de su proceso de versión libre como partícipes, (por ejemplo por financiación), en la realización de distintos tipos de delitos, pero que al no ser miembros de GAOML o postulados al proceso especial de justicia y paz quedan fuera del mismo y deben ser investigados por la justicia ordinaria.

¹³ La compulsión de copia por persona ascienden a 30 de septiembre de 2011 a 6.463, distribuidas (como se anotó en la cita 3 de este documento) así: Políticos (534); Miembros de la Fuerza Pública (551); Servidores Públicos (194) y Terceras personas y desmovilizados (5.184). información contenida en: Cifras Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. 30 de septiembre de 2011. (Información en proceso de consolidación y verificación).

Por eso, una selección de delitos y de autores en la investigación es indispensable, aunque no se debe desconocer que esta estrategia generaría una brecha de impunidad, porque significaría que algunos crímenes o perpetradores no serían sujetos de investigación en el marco del proceso de Justicia y Paz. Además y en *contrario sensu* a lo que sucede en los casos que adelanta la Corte Penal Internacional o los tribunales *ad-hoc*, donde los delitos no seleccionados para su investigación, son de conocimiento de tribunales mixtos y/o de la justicia nacional del país afectado.

Un claro ejemplo de lo anterior es el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y la transferencia de casos menores “no seleccionados” por el Tribunal a cada uno de los países bajo su competencia. Dada la dificultad de investigar, condenar y sancionar, (debido en gran parte a falta de criterios de selección y priorización iniciales como se mostrará más adelante), se crearon mecanismos de transferencia a las jurisdicciones nacionales y a tribunales mixtos en países como Kosovo, Bosnia y Herzegovina y Croacia, que buscaban descongestionar el proceso y cubrir el universo de los demás delitos.

Así, la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK)¹⁴ estableció un programa, en el marco de la lucha contra la impunidad, que consistía “(...) en jueces y fiscales internacionales, dotados de las mismas competencias que los jueces locales en materia penal, para garantizar que los procesos penales sean conducidos de manera independiente, imparcial y compatible con el derecho internacional”¹⁵. De esta manera, los jueces internacionales debían trabajar en una relación de colaboración con los jueces locales para dar respuesta ágil y adecuada a la demanda de asistencia y transferencia de casos menores (o no seleccionados) por el TPIY¹⁶

Por su parte, en el caso de Bosnia y Herzegovina -como respuesta a la solicitud del Consejo de Seguridad para que los tribunales nacionales asistieran al TPIY en el marco de la “estrategia de conclusión”¹⁷-, cerca de treinta países

¹⁴ Con la labor de “administrar el territorio y la población de Kosovo” el Consejo de Seguridad estableció, mediante resolución 1244 del 10 de junio de 1999, “una presencia internacional en el territorio de Kosovo (la MINUK) con la tarea de administrar el territorio y la población de Kosovo”. Citado en: Track Impunity Always. El programa de la MINUK. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/programa-de-jueces-internacionales-en-kosovo/el-programa-de-la-minuk.html>. (15.12.2011).

¹⁵ Track Impunity Always. Programas de jueces internacionales en Kosovo. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos.html> (15.12.2011).

¹⁶ La creación del mecanismo no presupone su eficacia. Muestra de ellos es que “solamente 6 nuevos procesos por crímenes de guerra se iniciaron entre 2002 y abril de 2007. Véase: Track Impunity Always. El programa de la MINUK. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/programa-de-jueces-internacionales-en-kosovo/el-programa-de-la-minuk.html>. (15.12.2011).

¹⁷ Esta estrategia será explicada más adelante, pero en términos generales buscaba agilizar la investigación y sanción de crímenes graves y representativos y que los procedimientos en los tribunales de primera instancia estuviesen finalizados a diciembre del año 2008. Véase Resoluciones 1503 de agosto de 2003 y 1534 de marzo de 2004 y UN-ICTY.

contribuyeron financieramente para la creación de la llamada Cámara para Crímenes de Guerra. Este tribunal, integrado en el sistema legal bosnio, que inició en marzo de 2005 y que en un principio contó con cuotas de jueces internacionales y nacionales, buscaba investigar los casos no seleccionados transferidos por el TPIY¹⁸ y adicionalmente aquellos casos más sensibles presentados a nivel nacional o local¹⁹; cubriendo así, en teoría, todos los delitos y no dejando de investigar aquellos no seleccionados.

En el caso de Croacia, aunque no se estableció un tribunal mixto, se adoptaron mecanismos para la transferencia de casos a la jurisdicción nacional. En el año 2003, se adoptó la Ley de Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y del enjuiciamiento de Delitos contra las leyes internacionales de guerra y Derecho Internacional Humanitario, que buscó establecer el marco general para posibilitar y hacer más eficiente y objetivo el trámite e investigación de los casos transferidos y que entre otras disposiciones estableció la creación de Cámaras Especiales para Crímenes de Guerra en cuatro de los tribunales de distrito croatas²⁰ y de departamentos especializados de investigación en cada una de las Cámaras.²¹

No obstante, y a pesar de la creación de instrumentos para armonizar las disposiciones del TPIY con las de orden nacional, muchos conceptos no se lograron definir de manera concreta y apropiada -como es el caso de la autoría mediata- y eso junto con una falta de implementación de todas las medidas dispuesta por la Ley de Aplicación, han llevado a que se hable de baja capacidad de investigación y sanción. Muestra de ello es que según estadísticas del gobierno croata, cerca de 700 crímenes no se encuentran aún procesados y que en promedio anual solo se logra procesar y concluir 18 casos.²²

Completion Strategy: President Meron's Address before the Security Council. 08 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://icty.org/sid/10873> (15.12.2011).

¹⁸ Track Impunity Always. Cámara para Crímenes de Guerra en Bosnia y Herzegovina. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camara-para-crimenes-de-guerra-en-bosnia-y-herzegovina.html> (15.12.2011).

¹⁹ Acá la transferencia también tuvo lugar a nivel nacional. Los casos considerados menores dentro de los menores se transfirieron a los tribunales cantonales de la República Srpska y la Federación de Bosnia y Herzegovina. Véase: *Ibidem*.

²⁰ Estos son: OSIJEK, RIJEKA, SPLIT Y ZAGREB. La creación de dichas cámaras especiales fue tratar los delitos transferidos por el TPIY, fuera de la comunidad en que estos tuvieron lugar, buscando no solo imparcialidad en las decisiones sino seguridad de testigos. Para mayor información Véase: JOSIPOVIC, Ivo. "Responsability for war crimes before national courts in Croatia" En: *International review of the Red Cross, IRRC*, 2006. pp. 145-168. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_861_josipovic.pdf (15.12.2011).

²¹ Véase: Amnesty International. *Croatia: Briefing to the European Commission and Member States of the European Union (EU) on the progress made by the Republic of Croatia in Prosecution of War Crimes*. 2008. Disponible en: http://www.foreignpolicy.com/files/ftp_uploaded_documents/100505_Croatia%20EU%20EUR64_002_2010.pdf (15.12.2011).

²² Amnesty International. *Behind a wall of silence. Summary report of war crime prosecutions in Croatia*. Diciembre-2010. p 4. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR64/005/2010/en/b12212f1-a806-4c01-9689-6610e17051b8/eur640052010en.pdf> (15.12.2011).

Los anteriores ejemplos muestran que instrumentos existieron para tratar con esos delitos no seleccionados, pero en el caso del procedimiento previsto en Colombia, la Fiscalía General de la Nación no tiene una instancia a la cual puede remitir los casos que no serían objeto de la estrategia de selección. Entonces, ¿qué pasaría con ellos?

Llevarían, indudablemente a una impunidad parcial que es aceptada internacionalmente, pues en países como Colombia que han padecido una violencia generalizada por muchos años es imposible humana y técnicamente investigar todos los autores y todas las conductas.²³

Con una visión maximalista existe el riesgo, bastante probable, de que las investigaciones y juicios nunca acaben (o por lo menos no antes de la muerte de los postulados, testigos o víctimas); llevaría en todo caso, a una mayor impunidad. A diferencia de lo que piensan las autoridades judiciales colombianas, nosotros creemos que sí es posible hacer una selección y no juzgar penalmente algunas conductas punibles sin que ello contravenga las obligaciones del Estado a la luz del derecho internacional, dado que hay instrumentos alternativos para investigar hechos no seleccionados, que garantizan los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación.

En efecto, se ha considerado que siempre y cuando los crímenes internacionales y los autores con mayor rango o grado de responsabilidad sean juzgados y condenados, el Estado no violaría las obligaciones contraídas en los diferentes instrumentos internacionales²⁴. Inclusive, algunos juristas opinan que, desde una perspectiva pragmática, una amnistía nacional, aún para delitos que constituyen crímenes internacionales (menos graves) sería admisible bajo el Estatuto de Roma²⁵.

En el mismo sentido, bajo el régimen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha considerado que una amnistía condicionada para crímenes que no revisten mayor gravedad no violaría la Convención Americana de Derechos Humanos cuando el deber de los Estados Parte de investigar,

²³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, "Iniciativas de enjuiciamiento", 2006, p. 7: "Cuando han sido miles de personas las que han participado en la comisión sistemática de crímenes, es imposible proceder judicialmente contra todos. Es fundamental establecer un conjunto de criterios transparentes para explicar la estrategia de identificación de aquellos sospechosos que van a ser investigados y procesados".

²⁴ Compárese el preámbulo del Estatuto de Roma, párr. 6.

²⁵ AMBOS, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición. En especial referencia al caso colombiano*. Temis. Bogotá. 2008. Párr. 40, 43, 2; STAHN, Carsten. "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice". En: *Journal of International Criminal Justice* (JICJ). Vol. 3. 2005. p. 695 y ss.; ROBINSON, Darryl. "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court". En: *European Journal of International Law* (EJIL). Vol. 14. No. 3, 2003. p. 481 y ss.; MALLINDER, Louise. "Can Amnesties and International Justice be reconciled?" En: *International Journal of Transitional Justice* (IJTJ). Vol. 1. 2007. p. 208 y ss.; ROCHE, Declan. "Truth Commission, Amnesties and the International Criminal Court". En: *British Journal of Criminology*. Vol. 45. 2005. p. 565 y ss.

juzgar y sancionar se ha cumplido a través instrumentos alternativos, porque la Corte no demanda explícitamente una persecución penal.²⁶

Como instrumento alternativo, por ejemplo, se puede pensar en la constitución de una comisión de la verdad, que tendría el papel de investigar los casos “no seleccionados” para brindar un escenario, tanto a los postulados como a las víctimas, con el fin de esclarecer el violento pasado.²⁷

Ésta institución tendría la competencia de otorgar una amnistía individual y condicionada siempre y cuando los autores cumplan con las condiciones que se impongan, como por ejemplo confesar todos los delitos cometidos, reparar integralmente a las víctimas, mostrar su arrepentimiento, no delinquir nuevamente, etc. La documentación y publicación de las informaciones recibidas en el trabajo de la Comisión de la Verdad puede contribuir a la superación de un pasado violento, lograr la reconciliación y garantizar la no-repetición de los hechos.²⁸

A lo anterior, podrían sumarse otros mecanismos tales como la aplicación del principio de oportunidad²⁹, amnistías e indultos para los casos de delitos políticos³⁰ y menos graves, u otros mecanismos para lograr la verdad y la

²⁶ Caso “Barrios Altos”, *Chumbipuma Aguirre et a. v. Peru*, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C), No. 87 (2001), paras. 41, 43; Mallinder, Nota al pie 23, pp. 216 y 217.

²⁷ ACNUDH, Op. cit., nota al pie 26, p. 10: “Con el fin de cerrar la brecha de impunidad, las iniciativas de enjuiciamiento habrán de entablar relaciones constructivas con otros mecanismos de la justicia de transición. Se acepta en general que las violaciones masivas de los derechos humanos exigen una respuesta compleja e integrada que abarca diversos mecanismos complementarios, entre ellos enjuiciamientos, mecanismos de búsqueda de la verdad, reformas institucionales, reparaciones y programas de reinserción de ex combatientes. En el diseño de cada uno de esos mecanismos debe procurarse garantizar que complementa a los otros y no los perjudique.” En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, también exhortó al Gobierno Nacional para que convocará a las principales fuerzas sociales (representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otras agrupaciones civiles), para estudiar la conformación de una comisión de la verdad, para que paralelamente con los juicios penales que se sigan a la luz de la Ley de Justicia y Paz, ayudará a establecer la verdad sobre el pasado que se estaba juzgando. Cfr. Rad. 32022 de 21 de septiembre de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa.

²⁸ Compárese para las ventajas y riesgos de una comisión de verdad: OLSEN, Tricia. Et al. “When Truth Commissions Improve Human Rights”. En: *International Journal of Transitional Justice* (IJTJ). Vol. 4. 2010. p. 457 y ss. (469); Bisset, Alison. “Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute”. En: *Journal of International Criminal Justice* (JICA). Vol. 7. 2009. p. 963 y ss.; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han sufrido un conflicto, “Comisiones de la Verdad”, 2006.

²⁹ V. gr. En Colombia se creó una causal específica dentro de Principio de Oportunidad para desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, mediante la Ley 1312 de 2009, así: “Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.”. No obstante, la causal ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-936 de 2010, decisión cuyo texto definitivo para la fecha de publicación de este documento no ha sido publicada, pero que, de acuerdo al comunicado de prensa emitido Corte, se basó en consideraciones como que la Ley 1312 de 2009 no establece elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas y sin embargo autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2059%20Comunicado%2023%20de%20noviembre%20de%202010.php>. (03.08.2011).

³⁰ En Colombia se cuenta con un procedimiento especial que prevé los beneficios de amnistías e indultos para quienes

reconstrucción de la memoria³¹, para aquellos casos en los cuales la conducta no revista un alto grado de reproche social, siempre y cuando se respeten los derechos de las víctimas.

De acuerdo con López Medina³² la tesis maximalista que pretende obligar a los operadores judiciales a una investigación integral en la que se investiguen todos los delitos y todos los autores utilizada por la Fiscalía colombiana, está construida a partir de una defectuosa interpretación del artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz³³ y del Auto de segunda Instancia de 28 de Mayo de 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra alias “el Loro”.

La investigación integral no significa investigar todos los hechos punibles confesados sino sólo aquellos que se encuentren dentro del contexto de criminalidad del respectivo GAOML. Se debe investigar la dinámica de sistema en el que las conductas punibles se cometieron, los patrones de conducta de sus miembros, las relaciones de mando y cooperación entre actores armados, para lograr una narrativa que nos permita elaborar el dossier de cada grupo y el mapeo general de sus actividades lo que nos ayudará a establecer si hubo sistematicidad y concierto para cometer los delitos bajo las políticas trazadas por los superiores jerárquicos de cada GAOML.³⁴

La Corte Suprema, como lo dice López Medina “no exige que haya acusación y condena por todos los delitos cometidos; la Corte exige que los delitos presentados, según criterios razonablemente aplicados por el ente acusador, queden claramente enmarcados dentro de la criminalidad de sistema que el país y las víctimas tiene derecho a conocer. La Corte exige narrativas

han incurrido en delitos políticos y conexos establecido en la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

³¹ Ver, v.gr. Ley 1424 de 2010. “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

³² Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego. *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional*. Informe presentado como Consultor a la UJP el 10/01/08 a la UJP.

³³ Ley 975 de 2005, Art. 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 participe 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 de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas. “A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Finalizado el término, o antes si fuere posible, el fiscal del caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar “Con la formulación de la imputación se interrumpe la prescripción de la acción penal”.

³⁴ Cfr. LÓPEZ MEDINA. *Op Cit*.

globales para cada delito imputado, no la imputación de todos los delitos. La Corte sabe que esto último es imposible”.³⁵

López Medina tiene razón, porque la Corte solo demanda que el Estado investigue, juzgue y condene con penas adecuadas a los responsables de **graves** violaciones a los derechos humanos³⁶. Así las cosas, existe también en el contexto nacional la opción de diferenciar y tratar de manera diferente los distintos autores y crímenes sin salirse del marco legal en sentido amplio.

A partir de la experiencia de otros procesos de la justicia transicional, las Comisiones de la Verdad y Reconciliación junto con una amnistía condicionada pueden satisfacer las exigencias de las víctimas y de la sociedad y cerrar la “brecha de impunidad”.

Por ejemplo en Ruanda –dónde también se aplicó la tesis maximalista, se optó por hacer una división según los niveles de criminalidad enviando por un lado a los autores y partícipes de delitos más graves cuando no habían sido juzgados por el tribunal *ad hoc*, a la justicia ordinaria y por otro lado, a los perpetradores de delitos de menor gravedad a las cortes tradicionales ruandesas (Gacacas).

En este contexto, el fiscal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) en el año 2004 desarrolló lineamientos para seleccionar casos a ser investigados por el tribunal y para ser distribuidos a la jurisdicción nacional. Éstos estuvieron dados por la gravedad y naturaleza de los delitos (priorizando el crimen de genocidio)³⁷; por el papel desempeñado por los perpetradores (responsabilidad en la comisión del crimen y su posición en la sociedad)³⁸ y por la distribución geográfica de los delitos³⁹.

Lo anterior, correspondió a una organización interna del ICTR más no a una estrategia nacional de selección, por lo que el procedimiento utilizado por las autoridades ruandesas de investigar y juzgar todos los delitos (ha distintos niveles jurisdiccionales) ha sido, en sentir de muchos expertos y

³⁵ *Ibidem*, p. 7.

³⁶ Radicado 29560 – 28 de mayo de 2008, en “El proceso penal de justicia y paz”, Compilación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2009, Extracto Nr. 25, p. 139.

³⁷ Se debe destacar que el fiscal determinó que la violación y otros tipos de violencia sexual también eran crímenes de primer orden para ser investigados. Véase: OBOTE-ODORA, Alex. “Case selection and prioritization criteria at the International Criminal Tribunal for Rwanda”. En: BERGSMO, Morten (ed). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. PRIO FICHL Publication 4. Oslo. 2009.. p. 48-49.

³⁸ Teniendo en cuenta que “...el genocidio en Ruanda fue el resultado de una conspiración planeada por miembros del gobierno”, el primer lineamiento adoptado por el Tribunal consistió en investigar con primer orden de prioridad a miembros del gobierno interino, seguidos por miembros de las Fuerzas Armadas Ruandesas, directores y empleados de cadenas radiales y prensa que jugaron un rol significativo en la promoción de actos violentos y miembros del clero que participaron y propiciaron graves delitos en iglesias y escuelas de su propiedad. *Ibidem*.

³⁹ Esta selección se basó en criterios de distribución geográfica de acuerdo a objetivos e incidentes y por ello, el Tribunal decidió hacer una selección objetiva de los victimarios que cubriera todas las regiones del país. Véase. *Ibid.* p. 49.

observadores del proceso de paz en Ruanda, un impedimento para alcanzar la reconciliación en ese país⁴⁰.

Pese a la anterior crítica y a pesar que en el proceso ruandés, la fórmula de dividir y distribuir en diferentes tribunales de conocimiento el juzgamiento de los delitos a partir de la gravedad de los casos y responsabilidad de los perpetradores, sirve como buen ejemplo para lograr un éxito en la dinamización del proceso⁴¹, ya que, entre otras ventajas, las cortes Gacacas ha logrado la condena de cerca de 1.5 millones de personas hasta enero de 2011.⁴²

Finalmente, otro ejemplo de la utilidad de tener un mecanismo alternativo para superar una masividad de crímenes se ve reflejado también en el proceso de transición en Timor del Este donde se constituyó una Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación con la competencia de otorgar una amnistía condicionada e investigar crímenes menos graves, paralelamente con el funcionamiento de una Corte Penal Especial para los crímenes nucleares⁴³ y graves.⁴⁴

2. ESTRATEGIA DE SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS. PERSPECTIVA INTERNACIONAL.

En esta instancia, cobra sentido preguntarse por la manera en que se han establecido esos criterios de selección y priorización de casos, y para ello es indispensable estudiar los desarrollos internacionales en la materia. El primer ejemplo significativo que tomaremos es el de Bosnia y Herzegovina, posteriormente el del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y finalmente, la Corte Penal Internacional.

En el caso de Bosnia y Herzegovina, tres documentos⁴⁵ dieron forma a dichos criterios que partieron de la división entre casos altamente sensibles y

⁴⁰ SCHABAS, William "Genocide Trials and Gacaca Courts". En: *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), vol. 2. 2005. p. 2; SARKIN, Jeremy J y DALY, Erin. "Too Many Questions, Too Few Answers: Reconciliation in Transitional Societies". En: *Columbia Human Rights Law Review*. 35 (3). 2004. pp. 59 y 60; SOSNOV, Maya. "The Adjudication of Genocide: Gacaca and the road to Reconciliation in Rwanda". En: *Denver Journal of International Law and Policies*. Vol. 36. No. 2. 2008. p. 142 y ss.

⁴¹ KRITZ, Neil J. "Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanisms for mass violations of Human Rights". En: *Law and Contemporary Problems*. Vol. 59, No. 4. 1998. p. 138.

⁴² Human Rights Watch. Informe Mundial Human Rights Watch: Capítulo Ruanda. 24 de Enero de 2011. Disponible en: <http://www.hrw.org/en/world-report-2011/rwanda>; aunque uno tiene que admitir, que esta cifra evoca dudas en respecto al Estado de Derecho de estas condenas, compárese Sosnov, Maya, *Op. cit.*, Nota al pie 32. p. 141.

⁴³ Por crímenes nucleares se entienden aquellos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los artículos 6, 7 y 8 que comprenden el Genocidio, los crímenes de Lesa Humanidad y los de Guerra, respectivamente.

⁴⁴ ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, "Iniciativas de enjuiciamiento", 2006, p. 10; HIRST, Megan y VARNEY, Howard. *Justice abandoned? An assessment of the serious crimes process in East Timor*. International Center for Transitional Justice. 2005. pp. 5 - 13.

⁴⁵ Los documentos en orden de realización son: 1. "Criterios de Orientación para Casos Sensibles de las Rules of the Road" del Colegio de Fiscales del 12 de octubre de 2004 (Book of the rules on the Review of War Crimes Cases. Art.10 (3)

casos sensibles⁴⁶, con base en la gravedad (tanto de los crímenes como de la jerarquía y roles de los victimarios) y en consideraciones generales (criterios de oportunidad en términos de seguridad de los testigos, de “prontitud de proceder” y de resolución de los casos)⁴⁷; para posteriormente, modificar dicha división enfatizando la importancia de la priorización de casos al interior de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina por nivel de responsabilidad de los autores y, concentrándose en la ampliación de la aplicación de los criterios cobijando a jueces y ya no solo a fiscales⁴⁸. Finalmente, y ampliando aún más las categorías, fueron cuatro los criterios de priorización que se determinaron: el referido a la gravedad (mencionado previamente); “el interés público” (impacto de los crímenes y de las persecuciones en la comunidad); la viabilidad (factibilidad de buenos resultados de las investigaciones) y la capacidad (disposición de recursos suficientes)⁴⁹.

Los desarrollos anteriormente descritos en Bosnia y Herzegovina, han brindado contribuciones significativas para la creación y adopción de criterios de selección y priorización en otros países y niveles jurisdiccionales, en tanto presentaron un ejemplo de cómo establecer criterios organizados y coherentes y permitieron posicionar la importancia de análisis demográficos y contextuales para el éxito de investigaciones con importantes niveles de gravedad y representatividad, a pesar no de haber sido expresamente justificados ante el conjunto de la sociedad de dicho país.

Otras contribuciones significativas en la materia las brinda el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) creado en 1993 y la Corte Penal Internacional (CPI). En el primer caso la definición y adopción de criterios de selección y priorización se fue construyendo en el camino⁵⁰

Citado en: BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?” En: AMBOS, Kai. (coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Bogotá. 2010. p. 37); 2. “Estrategia Nacional sobre Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina” del Grupo de Trabajo establecido por el Ministerio de Justicia aprobado en septiembre de 2007 por Consejo de Ministros de Bosnia y Herzegovina (National War Crimes Prosecution Strategy of Bosnia and Herzegovina. Citado en: *Ibid.* p. 44) y 3. “Directrices de Persecución” desarrollado por el Departamento Especial de Crímenes de Guerra de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina en progreso desde el año 2007 (Schewendiman, David. Prosecution Guidelines. Citado en: *Ibid.* p..52).

⁴⁶ Esa división se realizó para los crímenes incluidos en la categoría A correspondientes a aquellos transferidos por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia que “(se) consideraba que contenían suficiente prueba de acuerdo a los estándares jurídicos internacionales”. *Ibid.* p. 37.

⁴⁷ Estos criterios fueron los contenidos en el primer documento “Criterios de Orientación para Casos Sensibles de las *Rules of the Road*”.

⁴⁸ Dicha ampliación involucró y posicionó el tema de priorización a distintos niveles jurisdiccionales y se encuentra contenida en el segundo documento “Estrategia Nacional sobre Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina”.

⁴⁹ Criterios contenidos en el tercer documento “Directrices de Persecución”.

⁵⁰ La falta de definición de criterios llevó a que las investigaciones iniciales del TPIY se centrarán en actores de bajo perfil y que incluso después de la adopción de ciertos criterios prevaleciera bastante discrecionalidad del fiscal en la selección de casos y un cúmulo de investigaciones de poca relevancia teniendo en cuenta el mandato de tribunal. Véase. ANGERMAIER, Claudia. “Case Selection and Prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. En: BERGSMO, Morten. (ed). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*,

mientras que en el segundo, éstos fueron establecidos desde la constitución y definición del mandato mismo,

En octubre de 1995, y en gran parte como resultado de la declaración pública en la que los jueces se pronunciaron frente a la necesidad de establecer criterios de selección y priorización que hicieran compatibles las acusaciones y crímenes investigados con las expectativas de la comunidad internacional⁵¹, la fiscalía del TPIY adoptó cinco grupos de criterios⁵² a saber: “personas” (referido a la posición del autor, a la disponibilidad de recursos probatorios y al objetivo de los ataques); “graves violaciones” (relacionado con la naturaleza de los crímenes dada por su duración, repetición y cantidad de víctimas con un enfoque más en el impacto que en la tipología del delito); “consideraciones políticas” (referida al impacto de las investigaciones y juzgamientos en un contexto de lucha contra la impunidad); “consideraciones prácticas” (concerniente a la disponibilidad de recursos, pruebas e información, a la prontitud de proceder, al impacto de resultados de investigaciones sobre otros procesos y a la preparación de juicios); y “otras consideraciones” (factores de naturaleza jurídica)⁵³.

Si bien el catálogo fue rico en propuestas tuvo pocos niveles de aplicación, en tanto su implementación fue tardía (dos años después de la creación del Tribunal) pero, especialmente, porque fueron instrumentos y directrices poco coordinadas, coherentes y prácticas para una selección sería y justificable de delitos y de responsables.

Como consecuencia de lo anterior, en 1998 la fiscalía del TPIY creó una nueva lista de criterios -que en realidad correspondían más a factores de una estrategia global de investigación y agilización de los procesos que a criterios estrictos de selección⁵⁴-, y desde el 2001 se emprendió la “estrategia de conclusión”⁵⁵ de la Fiscalía del TPIY, que enfocó su trabajo en líderes de un mayor nivel buscando dar un trámite más ágil pero sobretodo más pertinente con su mandato y con las expectativas sobre su labor, que se evidenció y vio reforzado por el pronunciamiento del Consejo de Seguridad de Naciones

PRIO FICHL Publication 4. Oslo. 2009. pp. 29-39.

⁵¹ BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. *Op. cit.* p. 72.

⁵² Contenidos en documento interno de la Fiscalía llamado “Criterios para investigaciones y persecuciones”. *Ibidem*.

⁵³ BERGSMO, Morten. Et al. *Some remarks on the handling of the backlog of core international crimes cases in Bosnia and Herzegovina*. 2008.

⁵⁴ A saber: “(a) “Antecedentes” (background); (b) “Consideraciones estratégicas”; (c) “Carácter de las violaciones y teoría de la acusación”; (d) “Características del (de los) presunto(s) autor(es)”; (e) “Estatus de la información y de la prueba”; (f) “Plan de investigación”; (g) “Otra información”. Fiscalía-TPIY, “Internal Circular”, modificado el 20 de noviembre de 200. Citado por BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. *Op. cit.* p. 83.

⁵⁵ ANGERMAIER, Claudia. *Op Cit.* pp. 35-38.

Unidas⁵⁶, en el que hizo un llamado al tribunal para adoptar lo necesario con el fin de implementar dicha estrategia.

Como se observa, el proceso fue bastante complejo en términos de establecimiento de criterios y de mecanismos reales para su implementación; no obstante, y en gran parte gracias a su adopción, el TPIY avanzó y logró reducir sustancialmente su carga de casos y obtener mejores resultados focalizando sus esfuerzos en graves crímenes cometidos por perpetradores de un nivel más alto.

Contrariamente a las dificultades que enfrentó el TPIY, para la CPI desde su creación se contó con un set claro de criterios de (a) selección y de (b) asignación de prioridad.

En cuanto a los primeros, se establecieron cuatro criterios secuenciales para, por un lado, seleccionar las *situaciones* a investigar y, por el otro, los *casos* a perseguir: Estos criterios⁵⁷ que funcionan como un *umbral* que determina que casos eventualmente podrían ser considerados, son: test de fundamento razonable (jurisdicción propia de la CPI)⁵⁸; test de admisibilidad (evaluación de la gravedad suficiente y de la complementariedad)⁵⁹; test de interés de la justicia (discrecionalidad del Fiscal de decidir no actuar cuando, a pesar de criterios como la gravedad de crímenes y de los intereses de las víctimas, considere que la investigación no resulta en interés de la justicia) y criterios adicionales (relacionados con los intereses de víctimas y de testigos, disponibilidad de las pruebas, etc.)⁶⁰

En cuanto a la priorización, la Oficina del Fiscal de la CPI estableció en un documento de trabajo criterios guiados a una selección/eliminación gradual de casos partiendo de lo macro a lo micro bajo criterios de región, episodios, grupos armados, personas, cargos y crímenes⁶¹, logrando distintos niveles

⁵⁶ Security Council resolution 1503 (2003), UN doc. S/Res/1503 (2003), 28 August 2003, Preamble, para.7. Citado en: *Ibid.* p. 36.

⁵⁷ Contenidos en el Art. 53 del Estatuto de Roma y ampliados por la Oficina de la Fiscalía-Corte Penal Internacional en Documento Política de Examen Preliminar, 4 de octubre de 2010. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41-C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf. Citado en: GARZÓN, Baltasar (Coord). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. OEA/Mapp-OEA. Bogotá. 2011. p. 168.

⁵⁸ Para la selección de *situación* evalúa la ocurrencia del evento y la competencia de la corte para investigarlo y para la selección de *casos* a investigar evalúa la existencia de suficiente información y bases para ordenar eventualmente una detención. Véase por BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. *Op. cit.*

⁵⁹ La *gravedad* es evaluada por (a) la naturaleza del delito; (b) la escala (número de víctimas, extensión cronológica y geográfica); (c) el modo de comisión (sistematicidad, naturaleza organizada y planeada de los crímenes, motivación por discriminación y abuso de poder) y (d) el impacto (Evaluación de las consecuencias de las actuaciones para la comunidad afectada y para la seguridad y paz regionales). La *complementariedad* es evaluada por a existencia o no de procesos investigativos a cargo del Estado(s) parte concernido y por la falta de voluntad y/o incapacidad del Estado para la investigación, persecución y juzgamiento. *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ OF-CPI, "Criteria for selection of situations and cases", citado por. *Ibid.* p. 104.

de análisis e incluyendo una forma novedosa de asignar prioridad, no por la invención de las herramientas sino por la categorización y organización que les da a las mismas.

Los casos descritos hasta este punto muestran en términos generales la importancia de establecer y aplicar criterios de selección y priorización claros y oportunos que permitan realizar investigaciones imparciales y relevantes para la sociedad. Dos tipos de principios generales fundamentan en los distintos casos la formulación y aplicación de los criterios. Por un lado, la gravedad (bien sea de los crímenes y/o de las responsabilidades y rango de los sospechosos) y la representatividad (demostración de carácter sistémico y organizado de las violaciones para lo que se requieren análisis contextuales) y por el otro, consideraciones de orden práctico (entendido como disponibilidad de distintos tipos de recursos) y político (referidos a discrecionalidad de los operadores judiciales en distintos ámbitos. Vgr. Test del Interés de Justicia)⁶²

Por si solos los criterios no son suficientes y es necesario adoptar una mixtura de mecanismos que permitan la descongestión y la agilidad de los procesos a distintos niveles jurisdiccionales. Así las cosas, con las enseñanzas de la experiencia internacional y atendiendo las particularidades del proceso colombiano, creemos que la selección de casos es una **estrategia** útil de investigación y persecución penal, que puede implementarse a partir de, lo que consideraremos criterios **objetivos, subjetivos, y otros complementarios**, para tener casos de insalvable trascendencia y de alto impacto en la sociedad.

Primero, se tendría que determinar los criterios para la selección, que por lo general constituyen la forma de una lista de chequeo (*checklist*). A renglón seguido se deberá establecer una jerarquía de criterios para facilitar una priorización de los delitos seleccionados⁶³. La determinación *clara y transparente* de los criterios es crucial para la comprensión y aceptación del proceso, que no debería dejar ninguna duda acerca de la legitimidad, honestidad e independencia de influencias exteriores de la fiscalía⁶⁴.

La política de selección de casos parte del reconocimiento por parte de las autoridades judiciales, ejecutivas o legislativas, de la imposibilidad de investigarlo todo y de la necesidad de visibilizar ante la comunidad nacional e internacional los casos más complejos, de mayor impacto social y

⁶² Apuntes retomados de la conferencia de María Paula Saffon en la Conferencia Internacional “Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales” organizada por la Mapp OEA, ICTJ y ProFIS-GIZ, realizada en la ciudad de Bogotá, Colombia el día 24 de Agosto de 2011.

⁶³ BERGSMO, Morten y SAFFON, María Paula. *Op cit.* p. 23.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 5, 25 y Nota al Pie 74, con el ejemplo del desarrollo del Documento sobre políticas de la Fiscalía de la CPI, que hizo circular ampliamente un borrador del Documento para que el público hiciera comentarios.

paradigmáticos que sirvan de modelo ejemplificativo de la verdadera capacidad que tiene un Estado para enfrentar la criminalidad de sistema. Así mismo, debe servir como agente disuasorio de conductas punibles que no se deben repetir en la sociedad.

La selección de casos basada en un **criterio subjetivo**, tiene en cuenta tanto la calidad de los victimarios como de sus víctimas. Se debe por lo tanto dejar claramente sentado cuáles son los autores que dentro del aparato criminal vamos a investigar, acusar y condenar. Se recomienda que en primer lugar se seleccionen a los autores que hacen parte de los mandos superiores; o de la cúpula de la organización criminal; o que estén vinculados al Estado directa o indirectamente; o que tengan capacidad de generar impunidad. Se debe por lo tanto, crear una tipología de los autores que en primer lugar se deben investigar, definiéndolos concretamente para que el operador judicial priorice esas investigaciones⁶⁵. Lo mismo se debe hacer en relación con las víctimas. Se debe establecer claramente cuáles son las personas, grupos o sujetos colectivos que vamos a priorizar porque pertenecen a un determinado grupo, como por ejemplo: defensores de derechos humanos, operadores judiciales, representantes laborales o sindicales, testigos, periodistas, miembros de ONG, defensores públicos, indígenas, niños, mujeres, afrodescendientes, etc⁶⁶.

El **criterio objetivo** para la selección de casos consiste en establecer la lista de los delitos que de preferencia se cometen en la criminalidad de sistema. Ellos deberán ser el centro de atención del operador judicial, en todas las etapas procesales. Por lo tanto, se debe establecer el catálogo de delitos que se deben investigar. Se debe contar con investigadores y expertos en los delitos que hagan parte de esta lista para avanzar rápida y certeramente en las investigaciones. Por ejemplo, si de lo que se trata es de investigar la criminalidad organizada, dentro de esa lista deben estar por lo menos los siguientes delitos: concierto para delinquir, uso ilegal de uniformes, comercialización de armas, etc...). Igualmente, se deberá definir lo que significa la criminalidad organizada estableciendo claramente sus características. Una vez establecido ese catálogo de los delitos seleccionados, se debe establecer clara y públicamente por parte del Director o Jefe del ente investigador el criterio que los priorizará, es decir, se debe establecer en el tiempo el orden en que se deben investigar.

⁶⁵ López Medina considera que se puede establecer en la UJP una estrategia de priorización de delitos basada en el criterio de "mayor responsabilidad". *Op. cit.* p. 8 y ss.

⁶⁶ En el marco de este criterio en particular, la Unidad de Justicia y Paz ha avanzado en la creación y adopción de lineamientos diferenciales para sujetos colectivos (Indígenas y Afrodescendientes contenidos en las guías FGN-58000-g-02 y FGN-58000-g-03 incluidas en el Sistema Integrado de Gestión de Calidad de la institución) y está revisando la "Propuesta para la Implementación de una estrategia investigativa diferencial con el fin de avanzar en la judicialización de casos perpetrados contra pueblos indígenas".

Aparte de los criterios subjetivos y objetivos⁶⁷, para la selección de casos también se pueden tener en cuenta otros **criterios complementarios**⁶⁸: factibilidad, necesidad, viabilidad, impacto social y político, y, riqueza didáctica.⁶⁹

En el criterio de **factibilidad** se evalúa la información disponible de la conducta punible en relación a la probabilidad real de encontrar la que hace falta. Se deben tener en cuenta factores como el tiempo que ha transcurrido desde la comisión de la conducta y la investigación que se adelanta para saber si es posible tener aún evidencia, testigos, agentes encubiertos, etc.

Por su parte el criterio de **necesidad** evalúa la capacidad que tiene el Estado a través de la Fiscalía de impulsar sólo o con ayuda de otros entes estatales o de la misma víctima la investigación para que llegue a una condena.

El criterio de la **viabilidad** tiene que ver con la capacidad económica, de cooperación y logística de que se disponga para obtener pruebas suficientes para acusar y condenar. Se pretende obtener el máximo resultado posible con el mínimo de recursos. Requiere invertir recursos humanos, de tiempo, despliegue territorial y recursos materiales.

En el criterio de **relevancia o impacto social y político del hecho** se debe tener en cuenta que dado que no hay muchos recursos, se debe privilegiar aquellos casos que tengan connotación social que generen alta sensibilidad en la sociedad y el impacto necesario para demostrar que la justicia si funciona y funciona bien.

El criterio de **riqueza didáctica** tiene que ver con la capacidad que debe tener el caso seleccionado de generar buenas prácticas de investigación, persecución, jurisprudencia que promueva principios y valores fundamentales de justicia. Con base en todos ellos, se pueden proponer reformas en lo judicial y legislativo para impedir la impunidad.

Los casos seleccionados bien por criterios objetivos, subjetivos, complementarios o por varios de ellos a la vez, deben orientarse a casos de calidad o significativos, con valores técnicos e ilustrativos. Se debe valorar en abstracto si el caso tiene riqueza y calidades mínimas que permitan un avance

⁶⁷ Los criterios llamados subjetivos y objetivos en este texto se puede comparar con el criterio denominado *representatividad* de uno de los dos pilares principales que identifica Bergsmo, Morten, *Op. cit.*, nota al pie 36, Pág. 72; el criterio subjetivo tiene –en el sentido en que recomienda la selección de los autores que hacen parte de los mandos superiores– también conformidad con el criterio de *gravedad* de Bergsmo.

⁶⁸ Los criterios complementarios coinciden con BERGSMO, Morten. *consideraciones prácticas y políticas* en sus denominados pilares menores, véase nota al pie 36, p. 73.

⁶⁹ Cfr. CICIG. Informe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Disponible en: <http://www.cicig.org>. Citado en: CASTRESANA FERNANDEZ, Carlos, *Et al.* p. 18 y ss.

en la doctrina y la jurisprudencia, así como en las técnicas de investigación. Igualmente, el caso priorizado, debe ser capaz de mostrarse como “modelo” o “caso tipo” de manera ilustrativa y ejemplarizante.⁷⁰

3. ESTRATEGIA DE “PRIORIZACIÓN” DE DELITOS EN LA UNIDAD NACIONAL JUSTICIA Y PAZ.

Se debe destacar que a partir de la promulgación de la Ley 975 de 2005 y la entrada en funcionamiento de las instituciones creadas para su implementación⁷¹, han sido tres las fuentes principales mediante las cuales se ha marcado el derrotero del proceso y se han llenado los vacíos del procedimiento: i) los decretos reglamentarios del Gobierno Nacional⁷² con el fin de facilitar la implementación normativa de dicha ley, ii) la Jurisprudencia⁷³, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que actúa como tribunal de segunda instancia en el proceso de Justicia y Paz⁷⁴; y, iii) las directrices de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (memorandos y circulares)⁷⁵.

Tanto la jurisprudencia como las directrices de la Unidad, han intentado brindar estrategias para dar salida al mencionado problema de la masividad en cuanto a autores y conductas punibles (aunque éste último parece revestir mayor atención). De la primera se destaca la medida de las imputaciones parciales⁷⁶ como método para dinamizar el proceso, en tanto que las segundas

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁷¹ Los artículos, 33; 35; 50; y, 54 de la Ley 975 de 2005 crean, respectivamente, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Fondo para la Reparación de las Víctimas.

⁷² Decretos 4760 de 2005, 2898 de 2006, 4417 de 2006, 3391 de 2006, 4436 de 2006, 315 de 2007, 423 de 2007, 3570 de 2007, 176 de 2008, 880 de 2008, 1290 de 2008, 1346 de 2008, 4719 de 2008 y 614 de 2009. Cfr. también: HENAO, Evelio (Coord.). *Et al. Memoria de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Bogotá. 2010. p. 89 y ss.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencias: C-319 de 2006, C-575 de 2006, C-719 de 2006, C-370 de 2006, C-650 de 2006, C-127 de 2006, C-455 de 2006, C-531 de 2006, C-670 de 2006, C-400 de 2006, C-476 de 2006, C-426 de 2006, C-080 de 2007, C-1199 de 2008. Acerca de los Autos de la Corte Suprema de Justicia, véase: Centro Internacional para la Justicia Transicional. El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Tomo I, 2009 y Tomo II, 2010. Cfr también: HENAO, Evelio, nota al pie 5, p. 80 y ss.; LOPEZ DIAZ, Claudia y VARGAS, Álvaro (Coord.) *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Bogotá.: 2009. p. 102.

⁷⁴ Ley 975 de 2005, Art. 26.

⁷⁵ Cfr. Fiscalía General de la Nación. Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GMBH. Bogotá: 2009.

⁷⁶ “El sentido de la imputación parcial está vinculado con imprimir al proceso agilidad y la seguridad progresiva en torno a la judicialización de lo que el postulado confiese (...)”, disponible en: Corte Suprema de Justicia. Auto del 02 de febrero de 2009. Rad. No. 30955. M.P. Leonidas Bustos Martínez. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha sugerido la constitución de una Comisión de la verdad para Colombia; ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 21 de septiembre de 2009 Rad. No. 32.022. M.P. Stigifredo Espinosa Pérez.

se han orientado por la “priorización”⁷⁷, en relación con las actividades de investigación de conductas punibles de su competencia.

En esta parte, en primer lugar nos centraremos en la revisión de las directrices elaboradas por la Jefatura de la UNFJYP en las que se encuentran lineamientos para priorización de delitos, enmarcados en diversos memorandos, unas veces de manera expresa y otras de manera tácita, para que se de prelación a la investigación de uno u otro delito en particular y posteriormente, demostraremos que hasta el momento, esos lineamientos trazados no se han visto reflejados en las acusaciones y condenas proferidas en el marco del proceso de justicia y paz.

A. LINEAMIENTOS DE PRIORIZACIÓN EN DIRECTRICES DE LA UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ

Desde la conformación misma de la UNFJYP y la definición de sus procedimientos internos de acopio documental, distribución y ubicación geográfica, conformación de equipos investigativos y creación de subunidades⁷⁸, se han dado directrices de priorización de actividades que, aunque en un principio no se consideraron de manera explícita como tal, sí llevaron (junto con el desarrollo mismo del proceso) a que posteriormente, a través de *memorandos y circulares*, se haya hecho referencia expresa a la priorización de delitos y de víctimas como base para adelantar las investigaciones en el marco del proceso especial de justicia y paz, recogiendo los criterios objetivo y subjetivo, explicados anteriormente, y que han sido utilizados por la comunidad internacional en procesos de justicia transicional.

No obstante, es muy importante señalar en este punto, y como se demostrará a continuación, que esos desarrollos no han correspondido a una “*estrategia de priorización*” en el sentido estricto de claridad, coherencia y organización. Por el contrario, son herramientas útiles pero dispersas, que aunque representan avances pueden dificultar su aplicación en distintos niveles, su comprensión por parte de operadores judiciales y su justificación ante la sociedad en general.

1. Criterio Objetivo. Los Memorandos número 008 de 22 de mayo de 2006 y 73 de Octubre 7 de 2008 son demostrativos de la intención de la Jefatura

⁷⁷ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

⁷⁸ Para información sobre el proceso de creación, conformación, organización interna y de implementación de actividades de la UJP Véase. HENAO, Evelio (Coord). *Op cit.*

de la UNFJYP de priorizar delitos en las investigaciones que se siguen en los procesos regidos por la Ley 975 de 2005.

i. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

Este documento dirigido a los Fiscales Delegados ante el Tribunal de la UNFJYP, dispone como directriz la “priorización de actividades” y en cuanto a la revisión de procesos, establece una clasificación de acuerdo con los siguientes criterios:

- “**Delitos graves** especialmente masacres, apoderamiento de tierras, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, homicidio, reclutamiento de menores, delitos de género, atentados contra indígenas y menores.
- Utilización ilegal de uniformes e insignias; fabricación, porte y tráfico de armas y municiones y concierto para delinquir.
- Otros delitos.”⁷⁹ –Subrayas fuera del texto original-

Conforme a este Memorando, es claro que la UNFJYP ha optado desde sus inicios por un sistema de investigación jerarquizado en el cual no se dejan de investigar conductas, pero, sí se establece un orden específico para el efecto atendiendo el criterio de los “delitos graves” como lo indica la citada disposición.

ii. Memorando No. 73 de Octubre 7 de 2008

En esta directriz, se dispone la “Recepción de registros de hechos atribuibles a grupos armados organizados al margen de la ley y otros relacionados con violencia sexual y delitos conexos”⁸⁰.

2. Conjugación de Criterios objetivo, subjetivo y complementarios.

La UNFJYP ha mezclado en varios memorandos y circulares los criterios objetivos y subjetivos y complementarios, veamos:

a. Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

Es quizá la más clara disposición acerca del tema bajo examen. Menciona como directriz la “Estrategia para dinamizar el proceso”⁸¹ y tuvo

⁷⁹ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

⁸⁰ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 73 de Octubre 7 de 2008.

⁸¹ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.,Circular, septiembre 16 de 2008.

como destinatarios cada uno de los Fiscales Delegados ante el Tribunal que conforman la UNFJYP.

El documento tiene como parte de sus propósitos y motivaciones “*impulsar el procedimiento para arribar en el menor tiempo posible a la fase judicial ante los Magistrados de Justicia y Paz, en particular a las audiencias de formulación de Imputación en casos priorizados y, por ende, lograr las primeras sentencias*”⁸².

Entre las recomendaciones que señala para continuar adelantando los procesos, se destaca la siguiente:

“(...) es imprescindible retomar la estrategia de priorizar los casos de mayor relevancia atribuibles a una organización ilegal tales como masacres; desplazamiento forzado; desaparición forzada; secuestro; homicidio de periodistas; sindicalistas; miembros de la UP, indígenas, defensores de DDHH, integrantes de ONG y servidores públicos; reclutamiento de menores, delitos de género, apoderamiento de tierras, especialmente aquellos cometidos a partir de noviembre de 2002, para agruparlos por tipo penal y su relación con los comandantes de bloque o frentes y ejecutores materiales del hecho”⁸³.

En esta circular se prioriza teniendo en cuenta tanto el criterio objetivo como el subjetivo, pues no solamente se enlistan los delitos que se deben investigar en primer lugar: homicidio, reclutamiento y relativos al género sino también se tiene en cuenta la calidad de las víctimas. Igualmente, y como se lee en la última línea, en esta directriz, se alude por primera vez a una diferenciación entre los comandantes de bloque o frentes y ejecutores materiales del hecho, aunque no se clarifica si hay lugar a priorizar la investigación según el rango, de manera que se mantiene la tendencia de la estrategia en el sentido de jerarquizar la investigación únicamente por conducta punible.

b. *Memorando No. 70, septiembre 16 de 2008*

En este documento, se ordenan disposiciones especiales para atender a las víctimas de un delito en particular: Desaparición forzada.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

iii. Memorando No. 48 de 10 de julio de 2009.

En este Memorando de la UNFJYP, que trata sobre la “Transmisión de versiones a salas remotas de víctimas de versiones libres a extraditados”⁸⁴, se dice lo siguiente:

“En las versiones libres debe abordarse la CONFESIÓN de los siguientes hechos:

- De conocimiento del sistema interamericano (Corte o Comisión).
- De posible competencia de la Corte Penal Internacional.
- Hechos graves de acuerdo al fenómeno delictivo: desaparición forzada, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito y violencia sexual entre otros.
- Hechos graves en atención a la calidad de la víctima: conductas realizadas contra sindicalistas, periodistas, miembros de la unión patriótica, indígenas, afrodescendientes y menores entre otros.”⁸⁵

En esta directriz la Unidad privilegia, en orden jerárquico la investigación de crímenes que puedan tener trascendencia en organismos internacionales, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema Penal Internacional. En el último ítem se alude a la importancia de la víctima, criterio que también ha sido retomado en otros Oficios como a continuación se muestra.

iv. Memorandos No. 57 de agosto 15 de 2008 y Memorando No. 74 de noviembre 19 de 2009.

En estas dos directrices de la UNFJYP se hace priorización por la calidad o la importancia de la víctima.

En efecto, el Memorando No. 57, que trata sobre “sesiones especiales para abordar el tema de reclutamiento ilegal de menores”⁸⁶, dispone lo siguiente:

“En directrices trazadas por la Jefatura de Unidad a partir del año 2006, se ha insistido en la imperiosa necesidad de documentar los hechos atribuibles a Grupos Organizados al Margen de la Ley, especialmente el reclutamiento de menores, violencia sexual, hechos cuyas víctimas ostentaban la calidad de sindicalistas, periodistas, Defensores de Derechos Humanos, entre otros”⁸⁷.

⁸⁴ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz. Memorando No. 48, julio 10 de 2009.

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 57, Agosto 15 de 2008.

⁸⁷ *Ibidem.*

Por su parte, el Memorando No. 74, que contiene “directrices para la recepción de declaraciones o entrevistas como estrategia de documentación de hechos atribuibles a GAOML”⁸⁸ también alude a la necesidad de orientar la investigación, y, en este caso, durante procedimientos como las entrevistas y las declaraciones, hacia algunos delitos en particular tomando en cuenta la calidad de la víctima (...).”

1. Información sobre a víctima directa

“(...) Calidad: Especificar si la víctima ostentaba un rol especial por el cual era conocido en la comunidad. Ej. periodista, sindicalista, miembro de la UP, religioso, afrodescendiente, líder comunitario, defensor de derechos humanos, miembro de una ONG, integrantes de alguna asociación o grupo de personas (...)”⁸⁹

Aquí se evidencia un interés por indagar sobre ciertas víctimas y con ello, la investigación se inclinará hacia los delitos derivados de la afectación a aquellas.

v. Memorando No. 3 de Febrero 19 de 2010

En este documento, se ordena remitir a la Jefatura de la UNFJYP una gran cantidad de datos sobre menores de edad reclutados ilícitamente.

vi. Memorando No. 17 de Febrero 24 de 2011

Este memorando es quizás, el que de manera más explícita desarrolla el tema de priorización. Su objetivo es reiterar “la estrategia de regionalización para la investigación de hechos atribuidos a Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley”⁹⁰. Aunque se concentra en temas particulares como las versiones libres y la participación de las víctimas, indica que la investigación debe priorizar las regiones donde tuvieron lugar los crímenes más relevantes y donde el impacto social de éstos fue más significativo.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que son pocas las directrices en las que la Unidad de Justicia y Paz dispone expresamente una estrategia de priorización de crímenes. No obstante, las mismas pueden complementarse al leerse armónicamente con otras que contienen criterios para diferenciar y ordenar la investigación según la calidad de la víctima o a

⁸⁸ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 74, Noviembre 19 de 2009.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, Memorando No. 17, Febrero 24 de 2011.

partir del énfasis en algunos delitos en particular con connotación internacional, las cuales tienen efecto directo en la priorización de conductas a investigar. Sin embargo, y como lo veremos a continuación no existen criterios o directrices en materia de priorización o selección de delitos y autores que sean seguidos por todos los operadores de la ley de Justicia y Paz.

B. ¿SE PRIORIZA DURANTE EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ ATENDIENDO CUALQUIERA DE LOS CRITERIOS YA SEÑALADOS?

Si bien las directrices de la UNFJYP no han sido numerosas, sí parecen claras a la hora de establecer como estrategia para el proceso la priorización de casos teniendo en cuenta los criterios objetivo, subjetivo y complementario. Sin embargo, la práctica del proceso ha demostrado que los lineamientos esbozados no han sido aplicados en todos los Despachos o en todas las investigaciones, como se desprende del breve análisis de los tres casos que hasta ahora han concluido con sentencia. Veamos.

En el caso de Wilson Salazar Carrascal, fallado el 19 de marzo de 2009 por el Tribunal de Bogotá -Sala de Justicia y Paz-, la condena se profirió tras encontrarlo autor material de los “delitos homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, extorsión y falsedad material en documentos públicos, delitos por los cuales fue acusado por la Fiscalía General de la Nación.”⁹¹

Aunque la actuación fue declarada nula por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia “a partir del acto de formulación de cargos, inclusive”⁹², para el tema bajo examen es oportuno resaltar que los hechos objeto de la condena no corresponden con aquellos que, por diferentes criterios, se ha considerado que merecen especial atención o priorización en la investigación⁹³.

En sentido similar se encuentra la segunda condena proferida en el marco del Proceso de Justicia y Paz⁹⁴. En su parte resolutoria, el Tribunal encuentra a “**EDWAR COBOS TELLEZ** coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación,

⁹¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 19 de marzo de 2009. Rad. No. 200680526. M.P. Eduardo Castellanos Roso. V. Resuelve, num. 3.

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 31 de Julio de 2009. Rad. No. 31539. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

⁹³ Cfr. *Supra*. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006 y Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

⁹⁴ Decisión recurrida en primera instancia. Actualmente, se encuentra pendiente el fallo de segunda instancia por parte de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia.

tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo”.⁹⁵ –Subrayas fuera del texto original-.

A renglón seguido, señala a “**UBER ENRIQUE BANQUEZ MARTINEZ** coautor responsable de cometer los delitos de homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, hurto calificado y agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo”⁹⁶. –Subrayas fuera del texto original-.

Por su parte, en el caso de Jorge Iván Laverde, alias “El Iguano”, el Tribunal, en la parte resolutive de la sentencia⁹⁷, adujo lo siguiente: “Condenar a JORGE IVAN LAVERDE ZAPATA conocido con los alias ‘El Iguano’, ‘Sebastián’, ‘Raúl’ y ‘Pedro Fronteras’, identificado con Cédula de Ciudadanía número 71.985.935 de Turbo (Antioquia), a la pena principal de cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión y multa de cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, luego de haber sido hallado responsable de cometer los delitos de homicidio en persona protegida, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, actos de terrorismo, tortura, secuestro simple, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, destrucción y apropiación de bienes protegidos, exacción o contribuciones arbitrarias, daño en bien ajeno y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo. Conductas constitutivas (algunas de ellas) de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como de graves atentados contra los Derechos Humanos, conforme a lo expuesto en la motivación de esta decisión.”⁹⁸ –Subrayas fuera del texto original-.

Como la muestra más significativa de la no implementación de la estrategia de priorización en la investigación que se ha esbozado, se tiene la sentencia proferida contra Aramis Machado Ortíz, alias “Cabo Machado”, ex - integrante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC⁹⁹.

⁹⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de junio de 2010. Rad. No. 200680077. M.P. Uldi Teresa Jiménez.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Decisión recurrida en primera instancia. Actualmente, se encuentra pendiente el fallo de segunda instancia por parte de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia.

⁹⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 02 de diciembre de 2010. Rad. No. 200680281. M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

⁹⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 29 de junio de 2011. Rad. No. 200782790. M.P. Alexandra Valencia Molina.

En este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve: “**CONDENAR** a ARAMIS MACHADO ORTIZ, (...) a la pena principal de **CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MESES (424) MESES DE PRISIÓN**, y multa de 23.1222 smlv, por la responsabilidad penal que por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR, PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO (sic) y FUGA DE PRESOS”.

A pesar de ser un fallo proferido tras la depuración y consolidación de estrategias de investigación más eficaces, es el único, entre los examinados, que no contiene ninguno de los delitos que las directrices de la Unidad de Justicia y Paz han sugerido como de especial atención¹⁰⁰.

En el siguiente cuadro, se puede contrastar la relación entre los hechos que han sido objeto de condena en Justicia y Paz y la estrategia de priorización de delitos trazada por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía:

Postulado	Delito	Parte de la Estrategia de Priorización ¹
Wilson Salazar Carrascal	Homicidio agravado	Si
	Extorsión	No
	Falsedad material	No
Edwar Cobos Téllez	Homicidio agravado	Si
	Concierto para delinquir agravado	No
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Secuestro simple	Si
	Hurto calificado y agravado	No
	Utilización ilegal de uniformes e insignias	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	No

¹⁰⁰ Si bien, este documento se centra en el análisis de las priorización de conductos punibles, no está de más advertir que en el caso del postulado Machado, al igual que en el de alias “el Loro”, se trata de desmovilizados sin ningún nivel de jerarquía dentro de la organización o participación en hechos de relevancia, en comparación con otros cometidos por las AUC, de manera que se puede colegir, que tampoco existe una estrategia consolidada de priorización de autores para investigar, atendiendo criterios como, su nivel de mando y en ese sentido, de responsabilidad, entre otros.

Uber Enrique Bánquez Martínez	Concierto para delinquir agravado	No
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Secuestro simple	Si
	Hurto calificado y agravado	No
	Utilización ilegal de uniformes e insignias	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	No
Jorge Iván Laverde Zapata	Homicidio en persona Protegida	Si
	Homicidio agravado	Si
	Concierto para delinquir agravado	No
	Actos de Terrorismo	No
	Tortura	No
	Secuestro simple	Si
	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil	Si
	Destrucción y apropiación de bienes Protegidos	Si
	Exacción o contribuciones arbitrarias	No
	Daño en bien ajeno	No
	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas Armadas	No
Aramis Machado Ortiz	Concierto para delinquir	No
	Porte ilegal de armas de fuego ²	No
	Fuga de presos	No

Para realizar una interpretación sobre el cuadro, es necesario hacer algunas precisiones. La primera es acerca del delito de “concierto para delinquir agravado”, el cual, sin ser considerado de los más graves sí tiene un nivel de

importancia resaltado en las directrices de la Unidad¹⁰¹ y posee un carácter especial que hace indispensable su imputación y posterior condena, debido a que la Corte Suprema de Justicia lo ha considerado el delito base¹⁰² en el proceso de Justicia y Paz. La segunda, es que aún no se ha definido cual sería el delito base al momento de imputar y posteriormente condenar a postulados de subversión; cuestión que resulta especialmente relevante teniendo en cuenta que a 30 de septiembre de 2011, hay 503 postulados en el proceso¹⁰³, y que la decisión del 11 de Julio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia sólo hace explícita la aplicación del concierto para delinquir como delito base para los miembros de los grupos paramilitares, excluyendo la posibilidad de aplicar la categoría de delito político, pero no excluyendo de ella a los miembros de la subversión¹⁰⁴.

Ahora bien, a partir de la lectura del cuadro es posible esbozar algunas conclusiones preliminares con el propósito de establecer el nivel de priorización de delitos en la investigación que se encuentra ejecutando la Fiscalía como parte de una estrategia en la materia, o la carencia de la misma en la práctica, a pesar que, como se ha visto, hay directrices internas al respecto.

Del abordaje de los documentos de la Unidad de Justicia y Paz sobre la estrategia de priorización de conductas punibles¹⁰⁵, se pueden extraer tres premisas, a saber: En primera medida el catálogo no es cerrado. En los dos documentos insumo para el desarrollo del tema, se emplean palabras que así lo insinúan. Veamos:

Delitos graves especialmente masacres, apoderamiento de tierras (...)¹⁰⁶.—Subrayas fuera del texto original—.

¹⁰¹ Véase: Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006, en el cual en la lista de delitos por priorizar para efectos de la investigación, el concierto para delinquir, así como la utilización ilegal de uniformes e insignias; fabricación, porte y tráfico de armas y municiones, se ubican en el segundo renglón, después de los "delitos graves".

¹⁰² Cfr: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 31 de julio de 2009. Rad. No. 31539. M.P. Augusto Ibáñez: "(...) el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo (...)". "(...) ante la ausencia de pronunciamiento respecto del delito base en la Ley de Justicia y Paz -concierto para delinquir- no es posible aplicar la pena alternativa (...)". "No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe preferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta".

¹⁰³ Cifras de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (Información en proceso de consolidación) a 30 de septiembre de 2011.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de julio de 2007. Rad. No. 26945. MM.PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁰⁵ Véase: Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006 y Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

¹⁰⁶ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

“(..) es imprescindible retomar la estrategia de priorizar los casos de mayor relevancia atribuibles a una organización ilegal tales como (...)”¹⁰⁷. –Subrayas fuera del texto original–.

En segunda medida, los listados no se refieren exclusivamente a tipos penales en la forma como los consagra el Código penal colombiano, sino que combinan aquellos con categorías de delitos y formas de comisión (en un sentido no estrictamente jurídico), como cuando se alude a “masacres” o a “delitos de género” o a “atentados contra indígenas y menores”, entre otros.

En tercer lugar, se echa de menos un análisis sobre la región específica, y en ese sentido el Bloque o forma organizativa del grupo al margen de la ley, según el tipo de criminalidad que se presentó, pues no en todas las regiones se registraron las mismas formas de delincuencia y no todos los Bloques o grupos operaron de la misma forma o con los mismos patrones de comportamiento, aspecto que definitivamente, tiene que tomarse en cuenta.

Este último punto se evidencia al encontrar que las directrices de la UJP revisadas se dirigen a todos los fiscales de la Unidad de una manera general.

Realizada esta observación y contando con la información que suministra el cuadro, se tiene que las condenas en Justicia y Paz han sido proferidas por la comisión de 17 tipos de delito¹⁰⁸, de los cuales sólo cinco podrían considerarse como parte de la “estrategia de priorización”: homicidio agravado, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro simple, destrucción y apropiación de bienes protegidos y Homicidio en persona protegida.

Lo anterior, recordando la claridad que se hizo acerca del delito de concierto para delinquir agravado, el cual, en desarrollo de una interpretación extensiva de la estrategia, podría considerarse una sexta conducta punible del listado de las priorizadas.

Tras examinar estas cifras, se tiene que, tomando como muestra las sentencias proferidas en el proceso de Justicia y paz, la estrategia de priorización de conductas en la investigación no ha sido plenamente eficaz, y, por el contrario, hay un número significativamente mayor de delitos que están siendo objeto de las condenas cuya importancia no corresponde con los criterios de relevancia esbozados.

¹⁰⁷ Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Circular de fecha Septiembre 16 de 2008.

¹⁰⁸ Homicidio agravado, Extorsión, Falsedad material, Concierto para delinquir agravado, Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, Secuestro simple, Hurto calificado y agravado, Utilización ilegal de uniformes e insignias, Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, Homicidio en persona protegida, Actos de terrorismo, Tortura, Destrucción y apropiación de bienes protegidos, Exacción o contribuciones arbitrarias, Daño en bien ajeno, Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones Y fuga de presos.

4. CONSIDERACIONES ACTUALES Y CONCLUSIONES.

A. CONSIDERACIONES ACTUALES:

Antes de finalizar este documento es importante anotar que de manera paralela y quizás complementaria a los desarrollos mediante disposiciones internas de la UNFJYP, se evidencia un avance en la discusión y posicionamiento de la importancia de una estrategia de selección y priorización que se ve reflejada en pronunciamientos, propuestas e iniciativas a distintos niveles.

En primer lugar, actualmente en Colombia se está tramitando y debatiendo el llamado “marco legal para la Paz”, que consiste en una reforma constitucional que busca establecer “instrumentos jurídicos de justicia transicional” para futuros procesos de paz¹⁰⁹. En términos generales, este proyecto de acto legislativo, da la potestad al legislador para que establezca distintos tipos de beneficios jurídicos, que van desde penas alternativas establecidas en el Código Penal colombiano hasta la suspensión de la acción penal para casos excepcionales, para quienes decidan desmovilizarse y cumplir con los compromisos de verdad, justicia y reparación de las víctimas y la sociedad colombiana.

Particularmente en el tema de selección y priorización el proyecto reza:

“Los criterios de priorización y selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante Ley determinar los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; establecer los casos en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; y autorizar la renuncia a la persecución judicial penal de los casos no seleccionados”.¹¹⁰

Si bien, el mismo artículo sostiene que eventualmente se diseñaran instrumentos judiciales y no judiciales para garantizar la investigación y sanción, expresamente acepta (en casos extraordinarios y a ser definidos) la no persecución penal de los casos no seleccionados y aunque los criterios serán establecidos mediante ley, el artículo ya nos habla de una base para esa

¹⁰⁹ Proyecto de acto legislativo 14 Senado – 94 Cámara de 2011. “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones” Texto propuesto para tercer debate del proyecto de acto legislativo 14 Senado – 94 Cámara. de 2011.

¹¹⁰ *Ibidem*.

selección dada por la **gravedad**: “los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra” excluyendo el crimen de genocidio.

En segundo lugar, la Fiscalía General de la Nación mediante el proyecto de ley No. 096/11 presentó al Congreso de la República la reforma a la Ley de Justicia y Paz¹¹¹ y en el artículo 11 de la iniciativa, incluyó expresamente criterios de priorización de casos entre los que señaló la “representatividad del crimen cometido”; la “vulnerabilidad de la víctima” y la “magnitud de los efectos de determinados crímenes de connotación masiva especial”¹¹². Lo anterior, a pesar de la falta de inclusión del tema de selección, es un paso significativo en cuanto a lineamientos generales y expresos para lo que, posteriormente, la Fiscalía General de la Nación y los magistrados de justicia y paz deberán diseñar y definir como estrategia de priorización de casos.

Finalmente, en términos de promoción del debate y posicionamiento de temas en la agenda pública, organismos internacionales se han pronunciado en la materia.

El proyecto ProFis-GIZ¹¹³, diseñó y presentó a la Fiscalía General de la Nación una propuesta de reforma a la ley de justicia y paz¹¹⁴, que incluyó, como uno de sus temas más importantes, instrumentos para la priorización y selección en el proceso de justicia y paz.

El documento sostiene que la priorización se debe realizar a partir de una metodología de *trabajo en equipo* basada en *división de tareas* y en *asignación de competencias por niveles*, de manera que en las distintas etapas del proceso exista la siguiente correspondencia laboral: “Fiscal Delegado ante Tribunal con Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial; Fiscal Delegado ante Juzgados Penales de Circuito Especializado con Jueces Penales de Circuito Especializado; Fiscal Delegado ante Juzgados Penales del Circuito con Jueces Penales de Circuito”¹¹⁵. Lo anterior, teniendo en cuenta el propósito de descongestionar el procedimiento y lograr el éxito del mismo, se acoge a lo establecido en el Código Penal en el que se establece la priorización de conductas a investigar para los distintos niveles. En este caso particular significaría, en términos generales, que el Fiscal Delegado ante Tribunal

¹¹¹ Véase. Proyecto de ley No. 096/11-“Por el 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”. Texto aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes del proyecto de ley No. 096/11.

¹¹² *Ibid.* Art. 11 modificadorio del artículo 16 de la ley 975 de 2005. (Inclusión artículo 16A).

¹¹³ Proyecto de apoyo al proceso de paz en Colombia, en el contexto de la ley de justicia y paz, un ejemplo de justicia transicional. ProFis-GIZ. Véase: www.profis.com.co.

¹¹⁴ Proyecto de ley Número ____ de 2011 “Por medio de la cual se modifica la ley 975 de 2005. Documento interno Proyecto ProFis GIZ. Entregado a la Fiscalía General de la Nación el día 01 de abril de 2011.

¹¹⁵ *Ibid.* Art. 15 y Art. 16. Justificación de las propuestas sugeridas en los Artículos 14 y 15.

investigaría los crímenes más graves y/o los responsables de mayor rango y el Fiscal Delegado ante Juzgados Penal de Circuito los de menor gravedad.

La idea de fondo de esa división de trabajo de acuerdo a los niveles de competencia investigativa de cada instancia, se perfiló teniendo en cuenta las experiencias internacionales, en especial de los casos de Ruanda y de Yugoslavia y de sus criterios de priorización y transferencia. En el caso de Colombia lo que se pretende es que los magistrados entreguen al país sentencias **macro** falladas por el tribunal en primera instancia que le sirvan de referencia a los jueces especializados y de circuito para que en el terreno, puedan concretar sentencias **micro** de casos menores sin tener que hacer un nuevo análisis contextual y demográfico sino que se puedan referir a los ya desarrollados en primera instancia..

Una idea parecida, es desarrollada en la propuesta de selección y priorización basada en la experiencia de la CPI¹¹⁶ presentada por la Misión de Apoyo al Proceso de Paz- Mapp-OEA, en su “Diagnostico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia”. Lo que resulta interesante en su propuesta es que “la selección y priorización de casos no implica que se eximan de responsabilidad los casos restantes”¹¹⁷; por ello, sostiene que los casos no seleccionados dentro de justicia y paz pasen a trámite por la ley 1424 de 2010¹¹⁸ y, que aquellos que no se pueden tramitar de esta manera, se transfieran a la justicia penal ordinaria, en donde se “debería considerar su cooperación con la justicia para poder obtener un beneficio de rebaja de pena”.¹¹⁹

Las dos propuestas tienen la ventaja que la justicia se está acercando a las víctimas, ya que al involucrar a las distintas instancias del sistema judicial colombiano, se logra obtener una mayor cobertura territorial y mayor información del impacto local de las violaciones, y por otro lado, que para garantizar el éxito y agilidad del proceso no requieren un cambio constitucional. No obstante, la diferencia entre los dos proyectos mencionados anteriormente, es que mientras el primero mantiene la estructura de justicia y paz y el marco de justicia transicional para los casos no seleccionados, el segundo la modifica enviándolos a la justicia ordinaria.

¹¹⁶ Si bien, este tema se abordó previamente en este documento, vale destacar que el documento se refiere expresamente a criterios dados por: “la escala del crimen”; “naturaleza del crimen”; “la forma de comisión del delito” y “el impacto de los crímenes”. GARZÓN, Baltasar (Coord). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. OEA/Mapp-OEA. Bogotá. 2011. pp. 168-169.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 169.

¹¹⁸ Ley 1424. Art. 1. Véase texto citado en nota al pie 1.

¹¹⁹ GARZÓN, Baltasar. *Op cit.* p. 170.

Comparando los proyectos anteriores con el propuesto por la Fiscalía General de la Nación, la ventaja de los primeros es que tratan el tema de selección y definen cual es el proceso a seguir de aquellos casos considerados de menor gravedad y representatividad, mientras que la Fiscalía sólo establece criterios de priorización sin aclarar lo que sucede con los criterios de selección. Por su parte, el proyecto de “marco legal para la paz” propone una solución aún más radical para la descongestión del sistema judicial, abriendo la posibilidad de no persecución penal en casos excepcionales de delitos no seleccionados. Y es aquí donde vale preguntarse si es necesaria una reforma constitucional o si sería mucho mejor ampliar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad establecido en la ley 906 de 2004.

La Constitución en su Art. 150 autoriza el Congreso a conceder amnistías. Este derecho está limitado a delitos políticos y una ampliación de la competencia más allá de estos delitos, requeriría una correspondiente modificación de la Constitución. Las posibilidades se extienden desde la simple adición de uno o varios grupos delictivos hasta una regla general que permitiría (excepcionalmente) amnistías en procesos de justicia transicional o situaciones de macrocriminalidad.

Otra posibilidad es renunciar a la persecución penal sin necesidad de reformar la constitución, sería la aplicación del principio de oportunidad en tanto la Constitución permite en el Art. 250 inciso 2 la renuncia a la persecución penal en los casos del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

Así, la Constitución delimita el marco para la configuración precisa del principio de oportunidad, pero no contiene preceptos concretos, dado que éstos han de adoptarse por medio de leyes ordinarias.

La ley 906/2006 dedica un título (Libro II, Título V) al principio de oportunidad y su Art. 324 contiene 18 numerales de causales del principio de oportunidad. Una ampliación del ámbito de aplicación (posiblemente a delitos internacionales también), podría lograrse mediante una modificación de dicha ley.

Justamente para evitar el conflicto con esa disposición se podría también abogar por la regulación de los instrumentos alternativos para integrantes de GAOML y para el proceso de Justicia y Paz en una ley individual. Tampoco existe inconveniente u obstáculo alguno para regular la temática en una ley por separado llevando a que las dos posibilidades sean equivalentes¹²⁰.

¹²⁰ Propuesta de acto legislativo. Proyecto ProFis.GIZ: ART. 1. SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN:

(I) En el marco de la justicia transicional y, en especial, en las investigaciones relacionadas con la comisión de conductas punibles cometidas con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, la Fiscalía General de la Nación seleccionará y priorizará los autores y hechos, con el fin de acelerar las investigaciones y acusaciones.

(II) Para efectos de este artículo se entenderá por selección, la escogencia de algunos autores y conductas punibles

No obstante, es importante recordar que en un país con amplios indicadores de impunidad y de congestión del sistema judicial, como se señaló al inicio del documento, es difícil no solo la creación de los criterios y estrategias sino su justificación ante la sociedad civil y su determinación bajo premisas indispensables de *claridad, pertinencia y transparencia*. Para ello se necesitan formulas que permitan crear confianza y objetividad en la determinación de criterios de selección. En este sentido y para concluir se podrían retomar ideas como la planteada por Orozco Abad, "(...) se podría pensar, por ejemplo, en una comisión mixta, creada por el Congreso o por el Ejecutivo, en el marco de las negociaciones de paz, integrada por representantes del Estado y de sus opositores armados, de los partidos políticos, de la Iglesia, de las ONG's y de las víctimas, para que seleccionara, siguiendo determinados criterios como la gravedad, el impacto sobre la conciencia moral y la probabilidad de éxito, un grupo de quince o veinte casos paradigmáticos de crímenes, de manera que sean sometidos a juicio, sin que la obligación de aplicar de manera rigurosa el viejo principio de la igualdad de todos los delitos ante la ley pueda abortar el mecanismo con el argumento de la selectividad"¹²¹. Todo esto, claro esta, en el marco de esfuerzos estatales, gubernamentales e institucionales de fortalecimiento de política de derechos humanos que genere confianza en la sociedad.

CONCLUSIONES

La estrategia de selección y priorización de conductas punibles para la investigación que ha adoptado la UNFJYP no ha sido afortunada en dos

de la totalidad a investigar. Una vez efectuada la selección, se ordenarán o priorizarán las conductas a investigar.

(III) Los procesos de selección y priorización deben guiarse u orientarse atendiendo a: la naturaleza de los hechos, la gravedad de los delitos, las condiciones personales y rangos de los autores, así como la calidad y número de víctimas, a las regiones afectadas y a la magnitud del daño causado.

(IV) Los jueces y magistrados podrán priorizar casos con base en los criterios anteriores.

ART. 2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

(I) La aplicación del principio de oportunidad por delitos comunes enjuiciados en el proceso de justicia y paz se regirá por lo dispuesto en los artículos 321 y ss. de la Ley 906 de 2004.

(II) Para los autores y conductas punibles que no fueron seleccionadas conforme a los criterios señalados en el artículo anterior, previa investigación que adelante la Fiscalía, se aplicará el principio de oportunidad, inclusive para los delitos internacionales, salvo en los casos de: genocidio, desaparición forzada, tortura, acceso carnal violento (art. 205 de la Ley 599 de 2000), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207, inc. 1° de la Ley 599 de 2000), acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 de la Ley 599 de 2000), acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir (art. 210, inc. 1° de la Ley 599 de 2000), y reclutamiento ilícito de menores de edad. Tampoco aplicará para financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas (art. 345 de la Ley 599 de 2000).

El art. 324 parágrafo 3 del Código de Procedimiento Penal no surtirá efectos en estos casos.

(III) En ningún caso se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

¹²¹ OROZCO ABAD, Ivan. "Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia" En: Rangel Suarez, Alfredo (Ed.) *Justicia y Paz, ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*. Ed. Intermedio. Bogotá. p. 157.

sentidos: en su diseño, por cuanto no es consecuente con las realidades que afronta el Proceso de Justicia y Paz como el carácter masivo de conductas y autores que se investigan y por el nivel de dispersión de sus directrices; y en su implementación, dado que las decisiones proferidas por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no reflejan la estrategia propuesta por la UNFJYP.

En ese sentido, se hace necesario proponer nuevas iniciativas que sirvan como estrategia para implementar en el Proceso de Justicia y Paz, cuyo contenido puede recoger lo más acertado de las experiencias internacionales y estar de acuerdo con los estándares que en materia de investigación han impuesto Tribunales internacionales, como la selección y priorización de autores y delitos para la investigación.

Adicionalmente, a esta estrategia podrían sumarse otras fórmulas que también contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación como comisiones de la verdad, o envío de casos menos graves a la justicia ordinaria, amnistías e indultos para casos sin mayor gravedad, herramientas del procedimiento penal ordinario como el principio de oportunidad, e inclusive en el caso particular de Colombia, una reforma a la Ley 975 de 2005 en punto de su procedimiento con la finalidad de hacerlo menos complejo y más eficaz.

Aunque Bergsmo y Saffon¹²² consideran que la implementación tardía de la estrategia de selección de autores y de delitos sería muy crítica (debido a la experiencia en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), entre otras razones, por la dificultad de asegurar una práctica efectiva, adecuada y consistente; el hecho que en el caso de Colombia el proceso lleve más de seis años de vigencia, puede implicar una ventaja: En estos años, las autoridades competentes han recolectado bastante material e información sobre el conflicto – tanto acerca de la naturaleza de los crímenes cometidos y de los autores involucrados como de los distintos grupos de víctimas y regiones afectadas– que se podría usar ahora para rediseñar la estrategia de investigación a través de una cartografía, un estudio del contexto en el cual se desarrolló la actividad del GAOML, que contendría las siguientes finalidades y elementos:

1. Obtener información sobre el tipo de crímenes cometidos, los lugares, fechas, posible identificación de los perpetradores y de las víctimas.¹²³

¹²² En el mismo sentido, nota al pie 46, pp. 53 y 54.

¹²³ ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, p. 6 y ss.

2. Desarrollar un patrón general del conflicto, que serviría para establecer los criterios de selección y priorización de delitos, autores y regiones.¹²⁴
3. Involucrar en el proceso de la cartografía y de la determinación de los delitos y autores que van a ser investigados y juzgados en el Proceso de Justicia y Paz, a todas las instituciones que forman parte del proceso, las ONG involucradas en el tema, otros actores de la sociedad civil y, desde luego, a las víctimas.
4. Prestar especial atención a las víctimas para facilitar su comprensión y aceptación de la nueva estrategia, ya que debido a la selección, algunos delitos no terminarían con una sentencia condenatoria. Así mismo, tendría que garantizarse la transparencia durante todo el proceso a través de divulgación amplia de informaciones y resultados.¹²⁵

No es posible establecer desde ya qué resultados arrojaría esta fase de cartografía, pero se esperaría que en el siguiente nivel, luego de determinar criterios de la selección de autores¹²⁶ y de delitos, el enfoque en el nivel de la priorización se concentrara en juzgar casos ejemplares en regiones emblemáticas y autores con mayor grado de responsabilidad o jerarquía dentro de la organización criminal.

También será importante tener en cuenta aspectos prácticos, es decir, seguir de preferencia con los casos que después de seis años de investigación, han llegado a un nivel de elaboración avanzado y considerar la situación fáctica en la respectiva región, que pueda avanzar o impedir el adelantamiento de la estrategia, cuando por ejemplo, el conflicto permanece de tal manera que no se puede llevar a cabo una investigación adecuada o se ponga en riesgo la seguridad y la vida de víctimas y testigos.

En cuanto a delitos específicos, como delitos de género o reclutamiento ilícito de menores de edad, también vale la pena pensar en la creación de un grupo especial de investigadores y fiscales, como expertos en el delito en cuestión, que puedan ejercer sus funciones en aquellas regiones en las

¹²⁴ FORER, Andreas y GUERRERO, Alejandro. "La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia". En: *Iberoamericana No. 38. América Latina – España – Portugal*. Madrid. 2010. p. 167. Véase también: SAFFON, María Paula. "Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience". En: BERGSMO, Morten (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. International Peace Research Institute (PRIO). Oslo. 2009. p. 93.

¹²⁵ ACNUDH, *Op. cit.*, nota al pie 26, pp.11 y 12.

¹²⁶ y/o edad del autor. FORER, Andreas: *Milosevic y Justicia y Paz*, EL ESPECTADOR, 12 de Julio 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/andreas-forer/columna-213004-milosevic-y-justicia-y-paz>.

cuales, fruto de la cartografía y la estrategia de selección, se han identificado patrones de comportamiento criminal, de suerte que su permanencia en un lugar pueda ser más útil para el proceso, que una asignación fija o inamovible a un determinado Fiscal.

En este punto es entonces relevante retomar las preguntas iniciales: ¿Es necesario y posible establecer más criterios de selección y priorización para la agilidad del proceso y la entrega de mejores resultados del mismo? O simplemente ¿se tendría un impacto negativo en la cuota de impunidad del país?

Como se ha desarrollado a lo largo del documento, sí es necesario y posible establecer más criterios siempre y cuando ellos no correspondan a catálogos dispersos de instrumentos sino a una estrategia pensada, planeada, realizable y justificable. Por su parte el impacto “negativo” en cuanto a la impunidad dependerá mucho de la estrategia aplicada en este tema de “selección y/o priorización” y puede incluso no haberlo, dependiendo de la salida que se dé a los delitos no seleccionados y/o no priorizados.

De esta manera la selección y priorización mediante instrumentos como la aplicación de un fuerte criterio de principio de oportunidad y/o de amnistías condicionadas para ciertos delitos en cambio a verdad y Reparación no se deben equiparar o tomar como sinónimo o causa intrínseca de impunidad; por el contrario, se debe hacer una análisis cauteloso de sus efectos en el que también se tome en consideración la agilidad del proceso como un beneficio para las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS Y REVISTAS CONSULTADAS:

Advisory Council on International Affairs. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition. No 65, AIV/No 19, CAVV April 2009*. La Haya: 2009.

Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions A/HRC/14/24/Add.2*. Human Rights Council, Fourteenth session, Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. 31 March 2010. Disponible en: http://www.dhcolombia.com/IMG/pdf_Colombia_Report_A.HRC.14.24.Add.2_en2.pdf. (15.12.2011)

Alta Consejería para la Reintegración. *Reintegración: Hechos y Datos*, Disponible en: <http://www.reintegracion.gov.co/Es/prensa/noticias/Documents/febrero11/factAgosto11.pdf> (15.12.2011)

Alexy, Robert. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. En: Vigo, Rodolfo [Coord.]. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Fontamara. México, D.F.: 2008.

Ambos, Kai. *El marco jurídico de la justicia de transición. En especial referencia al caso colombiano*. Temis. Bogotá. 2008.

Ambos, Kai. *La Parte general del derecho penal internacional*. Fundación Konrad Adenauer. Uruguay: 2005.

Ambos, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia*. ProFis- GTZ. Bogotá. 2010.

Ambos, Kai.(Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. ProFis-GIZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá. 2011.

- Ambos, Kai. Meyer-Abich, Nils. "Alemania. La superación jurídico penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas." En: Ambos, Kai. Malarino, Ezequiel (Ed.) En: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Konrad Adenauer Stiftung. Uruguay. 2009.
- Amnesty International. *Behind a wall of silence. Summary report of war crime prosecutions in Croatia*. Diciembre-2010. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR64/005/2010/en/b12212f1-a806-4c01-9689-6610e17051b8/eur640052010en.pdf> (15.12.2011).
- Amnesty International. *Croatia: Briefing to the European Commission and Member States of the European Union (EU) on the progress made by the Republic of Croatia in Prosecution of War Crimes*. 2008. Disponible en: http://www.foreignpolicy.com/files/fp_uploaded_documents/100505_Croatia%20EU%20EUR64_002_2010.pdf (15.12.2011)
- American Bar Association; Victims Committee Criminal Justice Section. *The Victim in the Criminal Justice System*. 2006.
- Angermaier, Claudia. "Case Selection and Prioritization criteria in the work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". En: Bergsmo, Morten. (ed). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, PRIO FICHL Publication 4. Oslo. 2009.
- Aponte, Alejandro. *El proceso penal especial de Justicia y Paz, alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional. Monográfico No. 2*. Centro Internacional de Toledo para la Paz- CITpax- Bogotá D.C. 2011. Pág. 74
- Aponte Cardona, Alejandro. *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia*. CITPAX y Observatorio Internacional DDR Ley de Justicia y Paz. Bogotá: 2009.
- Aponte, Alejandro. "Informe Colombia". En: *Justicia de Transición*. Editores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Montevideo: 2009.
- Arboleda, Mildred Hartmann. "La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social". En: *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA. Año 8 No 15. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/849.pdf> (15.12.2011)

- AAVV. *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. GTZ, Fiscalía General de la Nación, Embajada de la República Federal de Alemania, Editorial Temis y el Instituto de Ciencias Criminales de Georg-August_Universität Göttingen. Bogotá: 2009.
- AAVV. *Justicia de Transición*. Konrad Adenauer Stiftung y Georg – August - Universität – Göttingen. Uruguay: 2009.
- Barbosa, Gerardo. “Estructura del proceso Penal, Aproximación al Proceso Penal Colombiano”. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Colección Derecho Penal No.2*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá: 2006.
- Baumgartner, Elisabeth. “Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court”. En: *International Review of the Red Cross*. Volume 90, Number 870, June 2008. Pág. 434. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-870-p409.htm> (07.12.2011).
- Bergsmo, Morten. *Et al. Some remarks on the handling of the backlog of core international crimes cases in Bosnia and Herzegovina*. 2008.
- Bergsmo, Morten y Saffon, María Paula. “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?” En: Ambos, Kai. (coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.. Bogotá. 2010.
- Bernal, Gloria, Álvarez, Nhora. *Aprendizaje Significativo de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, ProFis- GTZ. Bogotá. 2009
- Bitti, Gilbert; Salinas Cerda, Ania. *La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional* Bogotá: 2011. Pág. 1. En: *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*. Compiladora: Claudia López Díaz. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania Bogotá: 2011.
- Bisset, Alison. “Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute”. En: *Journal of International Criminal Justice (JICA)*. vol. 7. 2009.
- Botero, Catalina; Restrepo, Esteban. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En: Rettberg, Angelika (Comp.). *Entre el perdón y el perdón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Ed.Uniandes, Bogotá. 2005.

- Bold, Machtheld. "Nullum Crimen Sine Lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court". Intersentia. School of Human Rights Research.
- Braum, Helbert. "Los mundos del 9 de Abril o la historia vista desde la culata". En: Sánchez, Gonzalo Y Peñaranda, Ricardo (Comps.). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Medellín. 2007.
- Brubacher, Matthew. "The development of prosecutorial discretion in international criminal courts". En: Hughes, Edel. et ál. (ed.) *Atrocities and international accountability: Beyond transitional justice*. United Nations University Press: 2007.
- Burbidge, Peter. "Justice and peace?- The role of law in resolving Colombia's civil conflict." En: *International Criminal Law Review*. Vol 8. 2008.
- Caicedo, Luz Piedad. Buenahora, Natalia. Benjumea Adriana. *Guía para llevar casos de violencia sexual*. Humanas, Ed. Antropos. Bogotá. 2009.
- Cardona Chaves, Juan Pablo. *Aportes dogmáticos de la experiencia colombiana a procesos de Justicia Transicional*. [Tesis de Maestría]. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2011.
- Casa de la Mujer y Ruta Pacifica de las Mujeres. "Las violencias sexuales contra las mujeres en Colombia". En: *Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado. IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Bogotá. 2009
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press. Oxford: 2003.
- Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas. Informe instrumentos de lucha contra la desaparición forzada. Embajadas Británica y de la República Federal de Alemania en Bogotá, Instituto Internacional sobre personas desaparecidas y GTZ. *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*. Bogotá: 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Capítulo IV – Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Colombia*.
- Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax). Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz. *Informe Primera Fase*. Madrid: diciembre de 2008.

- Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax). Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz. *Segundo Informe*. Bogotá: 2009.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá. Tomo I, 2009 y Tomo II, 2010.
- CICIG. Informe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), disponible en: www.cicig.org (15.12.2011).
- Comisión de Derechos Humanos, *Resolución No. 2005766* del 20 de abril de 2005; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: *Guatemala 03/04/96. CCPR/C/79/Add.63*, 3 de abril de 1996; Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 107/1981: Uruguay.21/07/83. CCPR/C/19/D/107(1981*, 21 de julio de 1983.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas Iniciales del Proceso de Desmovilización de las Auc y Primeras Diligencias Judiciales*. 2 de octubre de 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No 1/07, Caso 11.878, Admisibilidad*. Azucena Ferry Echaverry y otros. Nicaragua, 27 de febrero de 2007.
- Congreso de la República. Proyecto de ley No. 096/11. *Por el 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*. Texto aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes.
- Congreso de la República. Proyecto de acto legislativo 14 Senado – 94 Cámara. *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones*. Texto propuesto para tercer debate del. Proyecto de acto legislativo No. 14-Senado/94 Cámara de 2011.
- Consejo de Seguridad de la ONU, *Resolución 827 del para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para el ex Yugoslavia: SC Resolution 827, Tribunal (ex Yugoslavia)*, 25 Mayo de 1993, S/RES/827.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,
- Correa, Cristian. Guillerot, Julie (Et. Al). "Reparaciones y Participación de las Víctimas: una Mirada a la Experiencia de las Comisiones de la Verdad. En: Catalina Díaz (Ed.) *Reparaciones para las Víctimas de la Violencia Política*. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Bogotá: 2008.
- Corporación Colectivo De Abogados José Alvear Restrepo. "*¿ Terrorismo o Rebelión ?*. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap5.html> (13.06.2009)
- Corporación manejo de conflictos del Norte del Cauca COMAC. Evolución de la Ley de Justicia y Paz en el Cauca. Popayán: 2011.
- Chaparro, Liliana. "Ley de justicia y paz. Se perpetúa la impunidad de los crímenes sexuales y de género cometidos contra las mujeres." En: Bueso, Margarita (Coord.). *¿Justicia desigual? Género y derecho de las víctimas en Colombia*. Ed. Pro- Offset S.A. Bogotá. 2009.
- Chapman, Autrey. Van Der Merwe, Hugo. *Truth and reconciliation in South Africa, did the TRC delives?*.
- Dannenbaum, Tom. *The Internacional Criminal Court, Article 79, and Transitional Justice: The Case for an Independent Trust Fund for Victims*. Pág. 261 ss. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1544564 (30.11.2011).
- De Hemptime, Jérôme. "Challenges Raised by Victims Participation in the Proceedings of the Special Tribunal for Lebanon". En: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford University Press.2010.
- De Hemptime, Jérôme. "Victims' Participation in International Proceedings". En: Cassese, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford University Press. Oxford: 2009.
- Defensoría del Pueblo. Programa de Fortalecimiento a la Justicia. *Protocolo de articulación. Entre el programa de atención integral a víctimas del conflicto armado y el programa de representación judicial a las víctimas*. Bogotá D.C: 2011.
- Díaz, Catalina. "Elementos para un programa administrativo de reparaciones colectivas en Colombia." En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. ICTJ. Bogotá. 2010.

- Diario La Republica (Perú), página principal. *Érase una vez el muro de Berlín*. 21 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/internacionales/21/08/2009/erases-una-vez-el-muro-de-berlin>. (23.03.10).
- Donat-Cattin, David. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, article by article* "Art. 68". Baden-Baden: Nomos.2004,
- Duncan, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Planeta y Fundación Seguridad y Democracia. Bogotá. 2006.
- El Espectador. Sección Judicial, 24 de julio de 2009 en: <http://www.elespectador.com/articulo152461-mas-de-4-mil-casos-de-menores-desmovilizados-manega-el-icbf>. (22.01.10).
- El Tiempo. Sección Judicial. *Dictarán primera sentencia por violencia sexual de las Auc*. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/primerasentencia-por-violencia-sexual-de-las-auc_10863407-4 (05.12.2011).
- Elster, Jon. *Rendición de Cuentas, la justicia transicional en perspectiva histórica*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2006.
- Englebrecht, Cristine. "The Struggle for "Ownership of Conflict": An Exploration of Victim Participation and Voice in the Criminal Justice System". En: *Criminal Justice Review*. 3 march 2011.
- Estatuto del Tribunal de Ruanda: Disponible en: http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/02Textos%20normativos/02TN05PENAL/02TEXNOR_05_03ICTR.htm (03.08.2011).
- Fiscalía General de la Nación. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GMBH. Bogotá. 2009.
- Faz. Net, 9 de noviembre de 2004 .Disponible en: <http://www.faz.net/s/homepage.html> (13.07.2009).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Madrid: 2000.
- Forer, Andreas. "Estado actual, perspectivas y Retos del proceso especial de Justicia y Paz." En: *Periódico Al Derecho*. Universidad de los Andes. Edición 14. Bogotá. Octubre de 2009.
- Forer, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: Hacia una Comisión de la Verdad". En: *Universidad del Cauca, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, volumen 11 , Números 16 y 17*. Popayán: 2011.

- Forer, Andreas y López Díaz, Claudia. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2011.
- Forer, Andreas. *¿Comisiones de verdad en lugar de Justicia y Paz? ¿Ambos al mismo tiempo?*. En *El Espectador*, Columna de Opinión del 29 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna-232253-comisiones-de-verdad-lugar-de-justicia-y-paz-ambos-al-mismo-tiempo> (07.12.2011)
- Forer, Andreas. "Justicia Transicional en Colombia: por fin hay un fin en el horizonte". En: *El Espectador del 18 de noviembre de 2011, Columna de Opinión*. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-312059-justicia-transicional-colombia-fin-hay-un-fin-el-horizonte> (12.12.2011)
- Forer, Andreas. "Sentencia sobre la masacre de Mampuján: ¿crónica de una nulidad anunciada?. Columna de opinión" En: *El Espectador*, 14 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna-229687-sentencia-sobre-masacre-de-mampujan-cronica-de-una-nulidad-anunciada> (12.12.2011).
- Forer, Andreas. "Participación de las víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional- el caso colombiano en la Ley de Justicia y Paz". En: López Díaz, Claudia (Coord). *Participación de las Víctimas en la Ley de Justicia y Paz y Corte Penal Internacional*. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2011.
- Forer, Andreas: *Milosevic y Justicia y Paz*, EL ESPECTADOR, 12 de Julio 2010. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/columnistasdelimpreso/andreas-forer/columna-213004-milosevic-y-justicia-y-paz> (15.12.2011).
- Forer, Andreas. *Las víctimas como columna vertebral del proceso de paz*. El Espectador, Columna de opinión. Bogotá: 25 de febrero de 2011.
- Forer, Andreas. *Ley de Justicia y Paz: Orígenes, Estado Actual y Proyecciones*. Bogotá: 2010. Disponible en:
http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/Microsoft%20Word%20-%202010%2003%2004_AF_AG_Ley%20de%20Justicia%20y%20PAZ,%20origenes,%20estado%20actual%20y%20proyecciones.pdf.
- Forer, Andreas. Guerrero, Alejandro. "La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia". En: *Iberoamericana No. 38. América Latina – España – Portugal*. Madrid: 2010.

- Forer, Andreas. Lopez, Claudia. "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia" En: Ambos, Kai. (Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.. Bogotá. 2010.
- Fundación Ideas para La Paz (FIP). *Boletín de paz 27. Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia*. Bogotá: noviembre de 2011.
- Fundación Social y Unión Europea. *Los Retos de la Justicia Transicional en Colombia. Percepciones, Opiniones y Experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional, con énfasis en cuatro regiones*. Bogotá: 2009.
- Garzón, Baltasar (Coord). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. OEA/Mapp-OEA. Bogotá. 2011.
- Gahima, Gerald. "Alternatives to prosecution: The case of Rwanda", En: Hughes, Edel. *et ál. (ed.) Atrocities and international accountability Beyond transitional justice. Op. Cit. Pág. 161*.
- Garkawe, Sam Boris. "The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights?" En: *Melbourne University Law Review*, vol 27, No.2. pág. 335 pp. 5. Disponible en: http://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=law_pubs (06.12.2011)
- Gómez Isa, Felipe. "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia". En: *Transiciones en Contienda*. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Bogotá. 2010.
- Gómez, María Paula. "Comisiones de verdad ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación?". En: *Revista OASIS, No.11 2005*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
- Guerrero, Alejandro. Galindo, Juliana. "Implicaciones de la competencia de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano: notas a propósito del encuentro "retos y perspectivas de la competencia de la Corte Penal Internacional" (Universidad de los Andes, octubre de 2009)" En: *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes, Bogotá: 2009.
- Guzmán, Diana. "Reparaciones para las mujeres víctimas de la violencia en Colombia". En: Uprimny, Rodrigo *Et.al (Ed.) Reparar en Colombia, los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Centro Internacional

- para la Justicia Transicional- ICTJ. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia). Bogotá. 2009.
- Guzmán, Diana; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo. "Colombia". En: *Las Víctimas y la Justicia Transicional- ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*. Washington: 2010.
- Henao, Evelio (Coord.), *Et Al. Memoria de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GMBH. Bogotá. 2010.
- Hirst, Megan y Varney, Howard. *Justice abandoned? An assessment of the serious crimes process in East Timor*. International Center for Transitional Justice. 2005.
- Human Rights Watch. Informe Mundial Human Rights Watch: Capitulo Colombia. 24 de Enero de 2011.
- Human Rights Watch. Informe Mundial Human Rights Watch: Capitulo Ruanda. 24 de Enero de 2011.
- International Center for Transitional Justice (ICTJ), *What is Transitional Justice?*. Disponible en: <http://ictj.org/about/transitional-justice> .
- International Crisis Group. *Corregir el Curso: Las Víctimas y la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Policy Report*. Bogotá/Bruselas: 2008. Pág. 14.
- Imprenta Nacional. *Diario Oficial No. 45.980* de 25 de julio de 2005.
- Jimenez, Absalón (Comp). *Las Luchas por la Memoria*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá. 2009.
- Joinet, Luis. "Justice transitionnelle: principes et standards internationaux- un état des lieux". En: *La Justice transitionnelle dans le monde francophone: état des lieux. Conference paper 2/2007*. Bleeker, Mô. Political Affairs Division IV, Federal Department of Foreign Affairs FDFA. 2000.
- Joinet, Luis (1997) ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° periodo de sesiones, Doc.E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2 de octubre de 1997. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>.
- Josipovic, Ivo. "Responsability for war crimes before national courts in Croatia" En: *International review of the Red Cross*, IRRIC, 2006. Disponible en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_861_josipovic.pdf (15.12.2011)
- Kamatali, Jean-Marie. *From the ICTR to ICC: Learning From the ICTR Experience in Bringing Justice to Rwandans*. Pág. 99. Disponible en: <http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejicl/vol12/kamatali.pdf> (30.11.2011).

- Kilpatrick, Dean. Otto, Randy. *Constitutionally guaranteed participation in criminal proceedings for victims: Potential effects on psychological functioning*. Wayne L. Rev., 34. 1987.
- Kritz, Neil J. "Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanisms for mass violations of Human Rights". En: *Law and Contemporary Problems*. Vol. 59, No. 4. 1998.
- Kosovar Institute for Policy Research and Development. *Transitional Justice in Kosovo – Discussion Paper*, Prishtina: 2009.
- Liebmann, Mariane. *Restorative Justice: How it works*. Jessica Kingsley Publishers. London: 2007.
- López Díaz, Claudia. "Nulidad y Ley de Justicia y Paz, Sala de Casación Penal". En: *Cuadernos de Derecho Penal N° 3*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, mayo del 2010.
- López Díaz, Claudia y Vargas, Álvaro (Coord.) *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y Paz*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GMBH. Bogotá. 2009.
- López Medina, Diego. *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional*. Informe presentado como Consultor a la UJP el 10/01/08 a la UJP.
- Lozano Bedoya, Carlos Augusto. *Justicia para la dignidad. La opción por los derechos de las víctimas*. Ed. Consejería en Proyectos (PCS). Bogotá. 2009.
- Mallinder, Louise. "Can Amnesties and International Justice be reconciled?". En: *International Journal of Transitional Justice (IJTJ)*. Vol. 1. 2007.
- Marín Ortiz, Iris. "La Ley de Justicia y Paz en el Auto 005: los Derechos de la Población Afrocolombiana Víctima del Conflicto Armado". En: ProFis-GIZ; Embajada de la República Federal de Alemania; INDEPAZ. *Memorias: Diplomado Comunidades Afrocolombianas y memoria histórica en el marco de justicia y paz*. Bogotá: 2010. Pág. 54-55.
- Martinez Rave, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema Penal Acusatorio*. Editorial Temis, Décimo tercera edición, Bogotá: 2006.
- MAPP/OEA. *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. 26 de abril de 2010.

- McKay, Fiona. *Victim Participation before the international Criminal Court*. Pág. 2. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/15/3mckay.pdf?rd=1> (03.08.2011).
- Mettraux, Guénaél (Ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford: 2008.
- Miers, David. "An International Review of Restorative Justice", En: *Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Crime Reduction Research Series Paper 10*. London: 2001.
- Mrozinski, Stefan. *International Criminal Tribunals and the Unfulfilled Hopes and Aspirations of the Victims*. University of Cambridge; London School of Economics & Political Science (LSE). 2009.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589*.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005*.
- Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
- Naciones Unidas. *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior. Sr. James Anaya. A/HRC/15/34/8 de enero de 2009*.
- Naciones Unidas, *Promoción y Protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1
- Naciones Unidas. Bassiouni, Cherif. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. El derecho de restitución,*

indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. ONU, ECOSOC. E/CN.4/2000/62.

Naciones Unidas. Van Boven, Theo. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

Obote-Odora, Alex. "Case selection and prioritization criteria at the International Criminal Tribunal for Rwanda". En: Bergsmo, Morten (ed). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. PRIO FICHL Publication 4. Oslo. 2009.

Olasolo, Héctor, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes (Studies in International and Comparative Criminal Law)*. 2009.

Olasolo, Héctor. "Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados". Tirant. Monografías 450 y Cruz Roja Española. 2007.

Olásolo, Héctor. Kiss, Alejandro. "El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2010, Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf> .

Olsen, Tricia. *Et al.* "When Truth Commissions Improve Human Rights". En: *International Journal of Transitional Justice (IJTJ)*. Vol. 4. 2010.

Oquist, Paul. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Biblioteca Banco Popular. Bogotá. 1978.

Orentlicher, Diane. *That Someone Guilty Be Punished – The Impact of the ICTY in Bosnia*. Open Society, International Center for Transitional Justice. 2010.

Orozco Abad, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Ed. Temis. Bogotá. 2009.

Orozco Abad, Iván. "Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia".. En: Rangel, Suarez, Alfredo (Ed.). *Justicia y Paz, ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*. ed. Intermedio. Bogotá. 2009.

- Parra, Jorge. "Verdad y reparación" En: *Reparación en Colombia: ¿Qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integridad*. ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. Bogotá: 2010.
- Parmentier, Stephan. *Transitional Justice – Justice and Peace in Situations of Transition*. No 65, AIV/No 19, CAVV. Netherlands: April 2009. Disponible en: http://www.aiv-advies.nl/ContentSuite/upload/aiv/doc/AIV_65-19_webversie.pdf
- Patiño González, María Cristina (Ed.). *La Intervención Procesal de la Víctima*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.: 2009.
- Payne, Leigh. *Testimonios perturbadores- ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*. Ed. Uniandes. Bogotá. Noviembre de 2009.
- Pizarro Leongómez, Eduardo. *Las FARC 1949-1966. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha*. Tercer mundo editores y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1991.
- Pizarro, Eduardo. Valencia, León. *Ley de Justicia y Paz. Colección Cara & Sello*. Editorial Norma y publicaciones Semana. Bogotá: 2009.
- Polowek, Kim. *Victim participatory rights in parole: Their role and the dynamics of victim influence as seen by board members*. Burnaby: 2005.
- ProFis- GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania; Fiscalía General de la Nación. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005. Bogotá D.C.:2010.
- ProFis-GTZ; Embajada de la República Federal de Alemania. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: 2010.
- ProFis-GIZ; del Río Moncada, Anasca. *ProFis: Dos años de transmisiones satelitales (2008-2010)*. GIZ; Embajada de la Republica Federal de Alemania. Bogotá: 2010.
- Proyecto FortalesDer- GIZ; Defensoría del Pueblo. *El programa de reparación Individual por Vía Administrativa*. Bogotá. D.C.: 2011.
- Quinche, Manuel Fernando. *Los Estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.
- Ramelli Arteaga, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. Proyecto ProFis – Universidad de los Andes. Bogotá D.C: 2011.

- Rauschenbach, Mina; Scalia, Damien. "Victims and international criminal justice: a vexed question?" En: *International Review of the Red Cross Vol. 90 Number 870*. Geneva: 2008. Pág. 442.
- Rettberg, Angélica. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ); Fiscalía General de la Nación; Universidad de los Andes. Bogotá: 2008.
- Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación, la justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010.
- Robins, Simon. *Towards a victim-centred transitional justice: Understanding the needs of wives of the disappeared in post-conflict Nepal*. New Orleans: 2010.
- Robinson, Darryl. "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court". En: *European Journal of International Law (EJIL)*. Vol. 14. No. 3. 2003.
- Roche, Declan. "Truth Commission, Amnesties and the International Criminal Court". En: *British Journal of Criminology*. Vol. 4. 2005.
- Rodríguez Felizzola, Evaristo Rafael. "Indulto encubierto a paramilitares y capitulación de la Corte Constitucional" En: *Revista Pensamiento Jurídico No. 17. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz*. Universidad Nacional (Sede Bogotá) Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Noviembre-Diciembre 2006.
- Romero, Mauricio. *De paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003.
- SáCouto, Susana y Cleary, Katherine. *Victims' Participation in the Investigations of the International Criminal Court*. Disponible en: <http://www.uiowa.edu/~interls/PDFs/SaCouto.finalfinal.dse.030908.pdf> (03.08.2011).
- Saffon, María Paula. "Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience". En: Bergsmo, Morten (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*. International Peace Research Institute (PRIO). Oslo. 2009.
- Salmon, Elizabeth. "Reflections on International humanitarian law and transicional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience". En: *International Review of the Red Cross*. Volume 88, Number 862. June 2006.
- Sánchez Gómez, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Áncora Editores. Bogotá. 2008.

- Sarkin, Jeremy J y Daly, Erin. "Too Many Questions, Too Few Answers: Reconciliation in Transitional Societies". En: *Columbia Human Rights Law Review*. 35 (3). 2004
- Schabas, William "Genocide Trials and Gacaca Courts". En: *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), vol. 2. 2005.
- Sherman, Lawrence W; Stran, Heather. *Restorative justice: the evidence*. The Smith Institute. London: 2007.
- Sosnov, Maya. "The Adjudication of Genocide: Gacaca and the road to Reconciliation in Rwanda". En: *Denver Journal of International Law and Policies*. Vol. 36. No. 2. 2008.
- Stahn, Carsten. "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice". En: *Journal of International Criminal Justice* (JICJ). Vol. 3. 2005.
- State Government of Victoria. *A Victim's Voice - Victim Impact Statements in Victoria: Findings of an evaluation into the effectiveness of victim impact statements in Victoria*. Victoria: 2009.
- Statute of the Special Court for Sierra Leone : "Having been established by an Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, the Special Court for Sierra Leone". Disponible en: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3D&>
- Teitel, Ruti. "*Genealogía de la Justicia Transicional*" (Publicado en inglés). En: *Harvard Human Rights Journal*. Vol 16. Spring 2003. Cambridge. MA.
- Track Impunity Always. *Cámara para Crímenes de Guerra en Bosnia y Herzegovina*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camara-para-crimenes-de-guerra-en-bosnia-y-herzegovina.html> (15.12.2011)
- Track Impunity Always. *El programa de la MINUK*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/programa-de-jueces-internacionales-en-kosovo/el-programa-de-la-minuk.html>. (15.12.2011)
- Track Impunity Always. *Programas de jueces internacionales en Kosovo*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos.html> (15.12.2011)
- Trial – Track Impunity Always. *The victims before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda*. Disponible en: <http://www.trial-ch.org/en/resources/international-law/the-victims-statuts-in-international-criminal-trials/the-victims-before-icty-and-ictr.html> .

Trumbull, Charles P. *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Pág. 780. Disponible en:

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/mjil29&div=24&id=&page=> (30.11.2011)

UN-ICTY. *Completion Strategy: President Meron's Address before the Security Council*. 08 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://icty.org/sid/10873> (15.12.2011)

Umbarilla, Jose Ignacio. "¿Quién Representa a la Víctima en el Nuevo Proceso Penal?. En: *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados. Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal No 3*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2009.

United Nations. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005*. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm> .

United Nations. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/victims.htm> .

United Nations. "Guidelines on the Role of Prosecutors". En : Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm> .

United Nations. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm> .

United Nations. *What is Transitional Justice? A Backgrounder*. 2008.

Uprimny, Rodrigo (Coord.) *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). Bogotá. 2006.

Uprimny, Rodrigo. "Prólogo". En: Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Universidad del Rosario. Bogotá: 2010.

Vicepresidencia de la República. *Dinámica espacial de las muertes violentas en Colombia: 1990 – 2005*. Bogotá: 2008.

Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. T.M.C. Asser Press. Netherlands: 2005.

Wojcik, Mark. E. "False Hope: The Rights of Victims Before International Criminal Tribunals". En: *L'Observateur des Nations Unies, 2010-1, vol. 28*. 2010.

Zahar, Alexander. "*International Criminal Law*", Oxford University Press: 2008.

CONFERENCIAS:

Cristo, Juan Fernando, en: Coloquio Internacional – Retos de Justicia y Paz. Bogotá: 17 de Febrero de 2011.

Cristo, Juan Fernando en : conferencia Atención y reparación integral a las víctimas, ejercicio de construcción de país construir una patria. Santa Marta 09 de diciembre de 2011.

Juez Claude Jorda, hablando en Sarajevo el 12 de Mayo de 2001. ICTY Press Release, *The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina, JL/P.I.S./591-e, The Hague, 17 May 2001*.

Maria del Rosario González de Lemos y Miguel Samper Strouss. En: Coloquio Internacional – Retos de Justicia y Paz. Bogotá: 17 de Febrero de 2011.

NORMATIVIDAD CONSULTADA:

Constitución Política de Colombia de 1991

Decreto 2700 de 1991.

Decreto 317 de 2007

Ley 600 de 2000

Ley 906 de 2004

Ley 941 de 2005

Ley 975 de 2005.

Ley 1448 de 2011

SENTENCIAS CONSULTADAS:

Corte Constitucional Sentencia C- 293 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-1267 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional Sentencia C-228 de 2002, MM.PP. Eduardo Montealegre Lynett y Manuel Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C- 578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional. Sentencia C- 004 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T- 249 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia: C-127 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia: C-319 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia: C-400 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia: C-426 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia: C-455 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia: C-476 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

- Corte Constitucional. Sentencia: C-531 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional Sentencia C-570 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2006. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-719 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010, 23 de noviembre de 2010. Salvamento parcial de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de julio de 2007. Rad. No. 26945. MM.PP. Yesid Ramírez Bastidas y otros.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 2 octubre 2007, Rad. 2748 4M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Auto de mayo 28 del 2008. Rad. No. 29560. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 10 de abril de 2008. Rad. 29472. M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de abril de 2008. Rad. 29553. M.P. Julio Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 02 de febrero de 2009. Rad. No. 30955. M.P. Leonidas Bustos Martínez.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 2 de abril de 2009. Rad. 31492 M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 13 de abril de 2009. Rad 31527 M.P. Julio Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de abril 2009. Rad. 31145. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 20 de mayo de 2009. Rad. 31495 M.P. José Leonidas Bustos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de mayo de 2009. Rad. 31620 M.P. Jorge Quintero Milanés.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 31 de julio de 2009. Rad. No. 31539. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 16 de septiembre de 2009. Rad. 29640. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario de Lemos; y, Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2009. Rad. No. 32022. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de diciembre del 2009. Rad. 31582. M.P. María del Rosario González.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2010. Rad. No. 33.301. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 16 de diciembre de 2010. Rad. No. 33039. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de abril de 2011. Rad. 34547. M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de agosto 3 de 2011. Rad. No. 36563, M.P. José Luis Barceló.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de agosto 31 de 2011. Rad. 36125. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Juzgado tercero penal del circuito especializado de Bogotá. Sentencia Rad. No. 20080002500. Junio 9 de 2010.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 19 de marzo de 2009. Rad. 11001600253200680526.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 25 de junio de 2010. Rad. 110016000253200680077.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 2 de diciembre de 2010. Rad. 110016000253200680281.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, Sentencia del 29 de junio de 2011. Rad. 110016000253200782790.

Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Legalización de cargos del 23 de septiembre de 2011. Rad. 110016000253200782701. M.P. Uldi Teresa Jiménez López.

Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 01 de diciembre de 2011. Rad. 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070. M.P. Léster María González Romero.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL:

Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Tercera. Sentencia num. 16 de 2005.

Cámara Federal de Mendoza. Autos *N° 86.569-F 20.868*, noviembre 23 de 2011.

Corte de Casación de Francia, Sentencia de 20 de diciembre de 1985.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Touvier c. Francia*, sentencia de 13 de enero de 1997, 29420/95.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Kurt v. Turkey*, (1998).

Corte Europea de Derechos Humanos. *Ertak v. Turkey*, (2000).

Corte Europea de Derechos Humanos. *Timurtas v. Turkey* (2000).

Corte Europea de Derechos Humanos. *Tas v. Turkey*, (2000).

Corte Europea de Derechos Humanos. *Cyprus v. Turkey*, (2001).

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Stretetz y Otros c. Alemania*, sentencia de 22 de marzo del 2001, 34044/96; 35532/97; 44801/98.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Papon c. Francia*, sentencia de 15 de noviembre del 2001. 54210/00.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Kolk c. Estonia*, sentencia de 17 de enero del 2006 23052/04; 24018/04.

- Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Penart c. contra Estonia*, sentencia de 24 de enero del 2006, 14685/04.
- Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Heliodoro Vs. Portugal*. Sentencia de 12 de agosto del 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras* del 20 de enero de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez Vs. Perú*, Reparaciones. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loaiza Tamayo Vs. Perú*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios altos vs. Perú* del 14 de marzo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hilarie, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 21 de junio de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Chang Vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hermanos Gómez Paquiyaui vs. Perú* del 8 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre del 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de noviembre de 2004.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Sentencia del 03 de marzo de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidad Moiwana vs. Suriname* del 15 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia* del 15 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Raxacacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia del 01 de julio de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia del 22 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servelión García y otros vs. Honduras*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Neptune c. Haití*. Sentencia de 6 de mayo del 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso TiuTojín Vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre del 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs, Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ticona Estrada y otros Vs, Bolivia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia del 28 de enero de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Anzualdo Vs. Perú*. Sentencia de 22 de septiembre del 2009.
- Corte Internacional de Justicia, Caso Plataforma Continental del Norte. Sentencia de 20 de febrero de 1969. ICR Report.
- Corte Penal Internacional. *Caso Jean Pierre Bemba Gombo*. Junio 15 de 2009.
- Corte Suprema de Israel, sentencia de 29 de mayo de 1962, *Caso Attorney General of Israel v. Eichmann*.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina, S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. --causa N° 17.768--" –
- Corte Suprema de Justicia Argentina, asunto *Enrique Lautaro Arancibia Clavel*, sentencia del 24 de agosto de 2004.
- Corte Suprema de la Nación Argentina, Maqueda, Juan Carlos voto particular. Sentencia de 24 de agosto del 2004, causa N° 259.
- Corte Suprema de la Nación Argentina, Sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259
- Corte Suprema de México. Tesis: P./J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno.
- CSJN - 14/06/2005 IX A, Sala Penal Nacional del Perú, sentencia de fecha el 20 de marzo del 2006, Exp. 111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber,
- Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, No. 12.531, 14 de noviembre de 2008.
- Distrito Tribunal de Jerusalén, Sentencia de 12 de diciembre de 1961.
- International Military Tribunal for the Far East Charter, Art. 5. Ver: <http://www.icwc.de/fileadmin/media/IMTFEC.pdf>.
- Juez Superior del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. Sentencia de 6 de noviembre de 1998.
- Juzgado Federal de Buenos Aires (*Juez Norberto Oyarbide*). Auto de 26 de septiembre del 2006.

- República de Guatemala, Corte de Constitucionalidad. Expediente 929 – 2008, sentencia de 7 de julio del 2009.
- Resolución de la Corte IDH de 19 de noviembre del 2009, *Caso Goiburú y otros c. Paraguay*, Supervisión de Cumplimiento de sentencia.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto del 2007.
- The Einsatzgruppen Case (USA Vs. Ohlendorf et al.), 25 de julio de 1947.
- Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 12 de noviembre del 2001, N° 1190/01-R. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Penal, sentencia de 2 de marzo del 2004.
- Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo del 2004, expediente N° 2488-2002-HC/TC. Sentencia de 9 de diciembre del 2004, expediente N° 2798-04-HC/TC.
- Tribunal de Nüremberg. *Caso Goring and others, caso Delalic et al*, Primera Instancia, IT-96-21, párrafo 313, sentencia de 16 de noviembre de 1998.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal de Primera Instancia, *Caso DuskoTadic - aliasDule*.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Caso Akayesu*
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Caso Tadic*, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Caso Furundzija*, Primera Instancia, sentencia de 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Judgement. *The Prosecutor Vs. Tihomir Blaskic*. Sentencia de 3 de marzo de 2000.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Cámara II de apelaciones, *Caso Kunarac, Kovac y Vukovic*. Sentencia de 12 de junio del 2002.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Caso Blagojevic y Jokic*. Sentencia de 17 de enero del 2005.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Caso Kunarac y otros*. Sentencia de 4 de febrero del 2009.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. *Caso Mile Mrksic And Veselin Slijivancanin*. Sentencia de 5 de mayo del 2009.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Caso Fiscal Vs. Alfred Musima*, caso N° ICTR 96-13-T Cámara I, Sentencia de 27 de enero del 2000.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Caso Kayishema-Ruzindana* Judgement. Sentencia de 1 de junio del 2001.

USA Vs. Erhard Milch, Indictment, 19 de noviembre de 1946.

USA Vs. Friedrich Flick et al. Indictment, 18 de marzo de 1947.

USA Vs. Pohl et al, Indictment, 13 de enero de 1947.

USA Vs. Ulrich Greifelt (The Rusha Case), 1º de julio de 1947

PACTOS, CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES:

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Convención de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas en Contra de las Desapariciones Forzadas.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

RESOLUCIONES Y MEMORANDOS FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz Memorandos: No. 10 de febrero 25 de 2005

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz Memorando No. 007 de marzo 26 de 2007

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz Memorando No.11 del 16 abril de 2007

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz Memorando No. 070 de septiembre 16 de 2008.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Circular, septiembre 16 de 2008.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 008, Mayo 22 de 2006.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 57, Agosto 15 de 2008.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 73 de Octubre 7 de 2008.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 48, julio 10 de 2009.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 74, Noviembre 19 de 2009.

Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando No. 17, Febrero 24 de 2011.

Resolución 3398 de 2006

Resolución 0-3998 de 2006

Resolucion 0-2296 de 2007

Resolución 387 del 2007

Resolución N° 0-7178 de 2008

Esta obra se terminó de imprimir
el 4 de abril de 2012
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia

