

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*

Prof. Dr. Kai Ambos
Universidad Georg-August de Göttingen
Juez del Tribunal Estatal de Göttingen

Con la colaboración de

Florian Huber LL.M., doctorando Universidad de Göttingen

Rodrigo A. González-Fuente Rubilar, estudiante LLM
y doctorando Universidad de Göttingen, becario CONICYT/DAAD

John E. Zuluaga Taborda, estudiante LLM y doctorando Universidad
de Göttingen, becario DAAD

Con el auspicio de Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis”. PN: 2009.9035.8-001.00

Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional

© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH

Primera edición: 2010

ISBN 978-958-8438-41-2

Coordinación de contenido: Kai Ambos

Coordinación editorial: José Julián Prieto

Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH

Bárbara Hess

Directora Agencia GTZ en Bogotá

Andreas Forer

Coordinador ProFis

© Editorial Temis S. A.

Calle 17, núm. 68D - 46, Bogotá, D. C.

www.editorialtemis.com

Autor

© Kai Ambos, Alemania

Colaboradores

© Florian Huber, Alemania

© Rodrigo A. González-Fuente Rubilar, Chile

© John E. Zuluaga Taborda, Colombia

Impresión

Nomos Impresores.

Bogotá, D. C.

Las opiniones expresadas representan la opinión de sus respectivos autores.

PRESENTACIÓN

El presente estudio fue encargado por el Proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz” (ProFis) ejecutado en Colombia por la Agencia de Cooperación Técnica Alemana GTZ con financiación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania. Como objeto del estudio se ha fijado, en los términos de referencia, el análisis del denominado proceso de “justicia y paz” basado en la ley 975 a la luz del llamado principio de *complementariedad* del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En otras palabras, pretendemos analizar si el proceso de justicia y paz cumple con las obligaciones derivadas de este principio. Para ello, metodológicamente, pueden considerarse por lo menos dos posibilidades de organizar la investigación: en forma *deductiva*, partiendo del artículo 17 y de las obligaciones y exigencias derivadas del mismo o, en forma *inductiva*, a través del estudio del proceso de justicia y paz para luego contrastarlo con el artículo 17. Debido a que todavía no hay claridad sobre muchos aspectos (*abstractos*) del artículo 17 se ha optado por la segunda alternativa. Además, parece más prometedor comenzar con un análisis desde una situación en *concreto*. De esta manera es posible, por un lado, presentar un *análisis sistemático y autónomo del proceso de justicia y paz* en el primer capítulo de este estudio, dando cuenta de algunos resultados concretos en sí útiles para corregir defectos e inconsistencias del proceso; y, por otra, contribuir al ulterior *desarrollo e interpretación del artículo 17* a través de la respectiva subsunción de la situación colombiana.

Evidentemente este tipo de estudio de una situación concreta no se puede hacer “desde el escritorio”, o sea sin conocer y tratar de entender la realidad del proceso *in situ*. Por lo tanto, aparte del estudio extensivo y profundo de las fuentes escritas relevantes (ver Anexos, 1 a 4) el trabajo se basa en tres misiones a Colombia con varias entrevistas y reuniones (Anexos, 5) y en la experiencia acumulada del autor de estas líneas por su trabajo de ya aproximadamente 20 años en y sobre Colombia. El trabajo *in situ*, especialmente con las reuniones de discusión sobre los avances de investigación, fue realmente constructivo no solo para reconocer el contexto del objeto de análisis, sino, también, para retroalimentar el estudio con las diferentes opiniones y comentarios de académicos, funcionarios judiciales e integrantes de ONG interesados en los desarrollos del proceso de justicia y paz. En este sentido, una versión preliminar de este estudio ha sido entregada a la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y la Defensoría del Pueblo en setiembre de 2009 para darles la posibilidad de formular críticas y comentarios. Hemos recibido comentarios muy valiosos, en particular de la Fiscalía, que tomamos en cuenta para esta publicación. Además de ello, el estudio se benefició del conocimiento profundo de dos colaboradores, uno siendo colombiano (Zuluaga) y el otro (Huber) “colombianizado” por haber vivido 2 años en el país y haber estudiado el proceso de justicia y paz con profundidad dentro del marco de su trabajo de doctorado. Mientras Zuluaga trabajó en

particular desde finales de 2008 en la primera parte (colombiana), Huber intervino en la fase final con importantes ideas después de su regreso de Colombia. Aparte de estos debo agradecer a otro colaborador chileno (González-Fuente), también doctorando en Göttingen, que participó más activamente en la segunda parte del estudio, incluso con una traducción del inglés al español, y contribuyó en la redacción final del texto.

Reflexionar sobre el proceso de justicia y paz desarrollado en el marco de la ley 975 de 2005 es, también, una especial contribución a la definición de un escenario de transición discutible y, por lo tanto, más racional o menos sujeto a la discrecionalidad de los intervinientes. Esto último parece configurarse como uno de los retos más importantes del proceso de transición en Colombia, el que se viene construyendo y delimitando de manera especial con la intervención activa de las partes vinculadas al proceso. En este punto debemos destacar, como reconocimiento, la importante labor de muchos actores institucionales y no institucionales que han dejado constancia de sus esfuerzos en la consecución de los propósitos fundamentales del proceso de la ley 975 y quienes con una enorme labor dan cuenta en la actualidad de pequeños pero importantes avances judiciales. Se debe resaltar el trabajo de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, la cual ha jalonado de manera considerable los primeros desarrollos del proceso.

Queremos, en este sentido, agradecer a todas las personas que han colaborado durante esta investigación, en particular durante las visitas en Bogotá, Medellín, Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, Sincelejo y Montería con sus amplios conocimientos sobre la Ley de Justicia y Paz (véase Anexos, 5). Queremos también expresar un agradecimiento especial a Luís González, María Consuelo Méndez Cristancho, Jhon Encinales y Zeneida de Jesús López Cuadrado de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, a Eduardo Pizarro, José Hernández y otros colegas de la CNRR así como a Andreas Forer, Juan Pablo Cardona y Gloria Bernal del equipo de Profis-GTZ.

KAI AMBOS, Göttingen/Alemania, enero de 2010

ABREVIATURAS

A.L.	Acto Legislativo
art., arts.	artículo, artículos
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia (GAOML —Colombia—)
AVR	Archiv des Völkerrechts (revista jurídica alemana)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Corte Constitucional —Colombia—
CCJ	Comisión Colombiana de Juristas
C. de E.	Consejo de Estado —Colombia—
cfr.	confróntese, compárese, véase
CLF	Criminal Law Forum (revista jurídica internacional)
CNRR	Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación —Colombia—
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CITpax	Centro Internacional de Toledo para la Paz
CornJIntL	Cornell Journal of International Law (revista jurídica de EE.UU.)
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C. P.	Código Penal —Colombia—
CPI	Corte Penal Internacional (ver también: ICC)
C. de P. P.	Código de Procedimiento Penal —Colombia—
CRRB	Comisión(es) Regional(es) para la Restitución de Bienes —Colombia—
C. S. de J.	Corte Suprema de Justicia —Colombia—
CSJ	Consejo Superior de la Judicatura
CUP	Cambridge University Press
CVR	Comisión (o Comisiones) de Verdad y Reconciliación (ver también: TRC)
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad —Colombia—
DDHH	Derechos Humanos
DDR	Desmovilización, Desarme y Reintegración
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
DRC	Democratic Republic of Congo

ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
EJIL	European Journal of International Law (revista jurídica internacional)
ELN	Ejército de Liberación Nacional (GAOML —Colombia—)
Eur. J. Cr.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista jurídica internacional)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (GAOML —Colombia—)
FGN	Fiscalía General de la Nación —Colombia—
FJIL	Florida Journal of International Law (revista jurídica de EE.UU.)
GAOML	Grupo(s) Armado(s) Organizado(s) al Margen de la Ley
GAOR	General Assembly Official Records
GTZ	Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Agencia de Cooperación de Desarrollo Alemana)
HarvIntLJ	Harvard International Law Journal (revista jurídica de EE.UU.)
HRW	Human Rights Watch
HuV-I	Humanitäres Völkerrecht -Informationsschriften (revista jurídica alemana)
ICC	International Criminal Court (ver también: CPI)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (revista jurídica internacional)
ICRC	International Review of the the Red Cross (revista jurídica internacional)
ICTJ	International Centre for Transitional Justice
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for Yugoslavia
ILC	International Law Commission (ONU)
JCCD	División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista jurídica internacional)
JP	Justicia y Paz
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista jurídica internacional)
LJP	Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005)
LRA	Lord's Resistance Army
MCG	Magistrado de Control de Garantías
MbJIL	Melbourne Journal of International Law (revista jurídica de Australia)
MPUNYB nm.	Max Planck Yearbook of United Nations Law nota(s) marginal(es)
ONU	Organización de Naciones Unidas

OTP	Office of the Prosecutor
OUP	Oxford University Press
PACG	Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
p. ej.	por ejemplo
pág	página(s)
párr.	párrafo(s)
parg.	parágrafo(s)
ProFis	Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz —un ejemplo de justicia transicional— (GTZ)
PTC	Pre-Trial Chamber
rad.	radicado
res.	resolución (<i>Resolution</i>)
RFA	República Federal de Alemania
RPE	Rules of Procedure and Evidence
SCSL	Special Court for Sierra Leone
s., ss.	siguiente, siguientes
subparg(s).	subparágrafo(s)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver también: ECHR)
TSDJ	Tribunal Superior de Distrito Judicial —Colombia—
UNJP	Unidad Nacional de Justicia y Paz (FGN —Colombia—)
UNFJP	Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz -Colombia- (ver también UNJP)
UNSC	United Nations Security Council
WCRO	War Crimes Research Office
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista jurídica alemana) < www.zis-online.com >

RESUMEN EJECUTIVO

1. Las discusiones sobre complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI) en escenarios de transición que involucran a autores de graves crímenes internacionales (*core crimes*) parten, fundamentalmente, del análisis entorno a la realización de una dimensión especial del *deber jurídico de persecución penal*, especialmente de la concreción de investigaciones y juicios en la determinación de responsabilidad penal por los aludidos crímenes (*infra* parg. 4). Con ello, a la vez, se discute sobre la manera como un Estado asegura el fin esencial del deber de persecución, evitando que las apuestas por la paz se proyecten como un marco de impunidad (parg. 5). En procesos de transición es manifiesta la tensión que producen dichas apuestas frente al *desenvolvimiento tendencialmente racional de la jurisdicción penal*, especialmente por la contracción de su efectiva capacidad para investigar y juzgar hechos violatorios de bienes jurídicos considerados esenciales por el Derecho Penal Internacional (DPI) (parg. 6). Por lo mismo, las reflexiones sobre complementariedad en estos escenarios se orientan a confrontar los contenidos del procedimiento judicial, para determinar el nivel de independencia e imparcialidad de sus avances, y la *capacidad de la jurisdicción penal* para el desarrollo de procesos penales y sus respuestas frente a posibles manipulaciones políticas del sistema judicial que pudieran estimular la confección de escenarios de impunidad, especialmente de hechos tipificados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CPI (ECPI) (parg. 7).

2. La verificación de dichos asuntos en el proceso de transición colombiano se hace en el marco de la ley 975 de 2005, que prevé la investigación y juicio de *core crimes* y establece los presupuestos normativos para los procesos de desmovilización, desarme y reinserción y la suspensión de la ejecución de una pena ordinaria, reemplazándola por una alternativa (art. 3º) que oscila entre cinco y ocho años (parg. 9). Dicho marco surge ante la imposibilidad establecida en el DPI de otorgar un perdón total a los miembros de grupos irregulares, en Colombia llamados “Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley” (GAOML), como autores de graves crímenes internacionales (parg. 20) y la necesidad de gestionar la *continuidad de procesos de desmovilización* de numerosos grupos y líderes paramilitares que, previo a 2003, habían iniciado su licenciamiento como actores irregulares (parg. 21). La concreción de la ley 975 estuvo antecedida de multitud de proyectos de ley que oscilaron entre articulados que respondían, unos a la protección de la garantía de justicia y, otros, a la maximización de la impunidad por un (pretendido) principio de paz (pargs. 22-27). Como resultado, la ley aprobada inicialmente perfiló la judicialización de los GAOML en función de los intereses de *desarticulación de estructuras armadas* irregulares (pargs. 28-30) y con ello la *facilitación del proceso de paz y reincorporación* a la vida civil de combatientes (pargs. 31-35).

3. A esos fines la ley 975 configuró un *procedimiento especial* estructurado en dos etapas: una administrativa y otra judicial (pargs. 36-40, Anexos, 6). Los propósitos insertos en

el proceso especial de la ley 975 establecen un particular derrotero de límites, determinando los alcances del cuerpo normativo de justicia y paz. Así, establece competencias específicas entorno a los hechos punibles que se deben judicializar, la forma de realización y el régimen de pena a imponer (párg. 41); como también, se vincula la vigencia de la LJP y los dominios de su puesta en práctica a un ámbito especial de aplicación personal (párg. 42), material (párgs. 43-45), funcional (párg. 46) y temporal (párgs. 47-48). Con ello se complementó la *ley 782 de 2002* que establece un tratamiento reservado para conductas constitutivas de delito político (párg. 50-58). Además, se incorporó una gran parte de la teleología del (nuevo) sistema procesal penal colombiano (párgs. 58-62), vinculando a *instituciones* como la Fiscalía General de la Nación (párgs. 73-74), las Salas de Justicia y Paz (párgs. 75-76), la Defensoría del Pueblo (párgs. 77-78), la Procuraduría General de la Nación (párg. 79) y el Instituto Nacional Penitenciario y, así también, con un rol específico, otras instituciones como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (párgs. 80-87) y Acción Social (párgs. 88-89).

4. El inicio del procedimiento de la ley 975 se sustenta en el *cese de hostilidades*. Para ello la LJP contempla una *fase administrativa*, en la cual se pretende quebrar la vinculación armada de los integrantes de GAOML (párgs. 98-102). De este modo, en dicho momento se concreta la *desmovilización y dejación de armas*, ya sea de manera *colectiva* (párgs. 103-104) o *individualmente* (párgs. 105-106). El *inicio judicial del proceso* está determinado por la *postulación*, que se realiza con el arribo de la lista de postulados a la FGN (párgs. 116-117). Con ello se activan unas competencias para iniciar la investigación, tendientes a establecer los presupuestos que sustentarán la formulación de cargos. Las actividades relativas al esclarecimiento de la verdad material, la determinación de autores y partícipes y la identificación de bienes destinados fundamentalmente a la reparación, son de competencia de la FGN, quien actúa mediante un fiscal delegado. En esta etapa se distingue un *ciclo preliminar* y otro de investigación propiamente dicho. En la preliminar se comprenden las actividades de indagación previas a la versión libre (párgs. 143-147); mientras que en la fase de *investigación*, aunque comienza formalmente con la formulación de imputación, se abarcan todas las actividades desde la *versión libre* (párgs. 148-162) hasta la formulación de cargos. Si bien la Fiscalía antes de la versión libre desarrolla trabajos de investigación metodológicamente orientados, es en la fase de investigación donde, en términos estrictos de la ley, se debe ejecutar un *programa metodológico* con el que se desarrollan los objetivos investigativos, formulados y fundamentados en las averiguaciones previas y revelaciones hechas en la confesión realizada en dicha versión (párgs. 163-172).

5. Una vez culminadas las actuaciones que giran alrededor de la versión libre, se prevé una serie de actos procesales intermedios, con la finalidad de adelantar la preparación de la sentencia. Para ello, la LJP en su artículo 18 habilita la solicitud de *formulación de imputación*, subordinada a la existencia de una *inferencia razonable* de autoría o participación de uno o varios delitos del postulado, desprendida de la valoración de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida hasta el momento (párgs. 187-203). Así mismo, la delimitación del objeto del proceso se manifiesta en la *formulación de cargos*, en la cual se expone el resultado jurídico de la investigación y se hacen públicas las razones de la acusación, garantizándose que no se podrá condenar por hechos punibles diferentes de los expuestos. Con ello se delimitan, también, los hechos que el desmovilizado debe aceptar para acceder al beneficio de la alternatividad penal. (párgs. 204-214).

6. Como *cierre* del procedimiento se tiene la audiencia de *sentencia e individualización de la pena*, en la que se exhiben los argumentos que fundamentan la declaración de responsabilidad penal, las penas principales y accesorias, la pena alternativa o las razones para no concederla, el contenido del fallo del incidente de *reparación integral* (IRI) (párgs. 215-220) y la declaratoria de extinción del derecho de dominio de los bienes entregados por el postulado. La etapa de fijación e individualización de la pena deberá estar precedida por la investigación, la formulación de cargos y la declaratoria de legalidad de la aceptación de cargos. A ello se debe sumar la verificación del *cumplimiento de los requisitos de elegibilidad*, ya sea respecto de una desmovilización colectiva o individual. Supone también el momento procesal para la acumulación de penas y procesos por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al GAOML (párgs. 234-237). Esta etapa es además relevante, porque en ella se concede la *pena alternativa* (párgs. 238-241), producto de la verificación y valoración de varios actos jurisdiccionales exigidos por la LJP. La verificación de dichos actos y otras condiciones legales son el presupuesto de la constitución del acto de la sentencia y entrega de la pena alternativa, producto de los delitos juzgados y de las penas acumuladas contra el desmovilizado (párgs. 242-244). La ejecución de la pena alternativa está sujeta a las normas de control penitenciario ordinario y, luego de su cumplimiento, se concederá la *libertad a prueba* por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta (párgs. 245-247). Múltiples críticas se han presentado a la regulación de la pena alternativa, entre las que se resalta que algunos factores podrían llevar a una reducción considerable de esta ya muy reducida pena. Entre esos factores se encuentran los establecidos en el decreto 3391 de 2006, con el cual se renueva la posibilidad de *descontar* del tiempo de ejecución de la pena alternativa el lapso durante el cual el desmovilizado hubiera permanecido en las *zonas de concentración*, establecidas por el gobierno nacional. Con ello se contradice el precedente jurisprudencial que negaba dicho descuento (sent. C-370/2006), con el argumento de que tal concentración no era asimilable a una pena, por no imponer coercitivamente la restricción de derechos fundamentales. Además, se desinstala el núcleo retributivo que soporta la idea de pena en el régimen alternativo de la LJP, pues la pena alternativa no se proyecta, fundamentalmente para las víctimas, como una reacción estatal frente al delito, sino como una cooperación con la impunidad. (párg. 253). A eso se suman asuntos problemáticos en la *ejecución de la pena*. Por un lado, los desmovilizados tienen ciertas preferencias en los establecimientos de reclusión. Por otro, la LJP no establece para la libertad a prueba mecanismos que permitan un seguimiento serio al proceso de reincorporación postpena. El simple compromiso de no reincidir, presentarse periódicamente ante el tribunal o informar cambio de residencia, no son variantes efectivas para concretar la reincorporación. En ese sentido, ese espacio de libertad no constituye ninguna prueba, simplemente un escenario donde *pasivamente se espera el paso del tiempo a prueba* (párg. 255).

7. En el marco procesal de la LJP, la *participación de las víctimas* es determinante. Como derecho, su participación ya ha sido reconocida en la normativa interna, (arts. 4 y ss. LJP) y en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional (CC), Corte Suprema de Justicia (C. S. de J.) y Consejo de Estado (C. de E.) (párgs. 259-261). En el aspecto reglamentario de la ley 975, los derechos y la participación de las víctimas se han puntualizado principalmente sobre la acreditación de su calidad, las citaciones y comunicaciones a la diligencia de versión libre, su acceso a las Salas, la pluralidad de sus representantes legales, las restricciones sobre la publicidad de las diligencias, la manera de transmisión de las audiencias, la metodología para presentar preguntas en la diligencia, etc. (párgs. 262-287). Destaca especialmente la reglamentación minuciosa de la intervención de las

víctimas en la etapa de investigación hecha por el *decreto 315 de 2007*. A pesar de las disposiciones que regulan su *intervención*, ella se ha visto *disminuida*, especialmente por factores externos al desarrollo del procedimiento, como amenazas e intimidaciones, problemas logísticos que afectan la comunicación con las víctimas, inclusive en el escenario de la versión libre para contrapreguntar, y la impredecible voluntad de los fiscales que dirigen las audiencias (párgs. 289-290). Existe *sobrecarga* de casos en la Unidad de Justicia y Paz y en la Defensoría del Pueblo. También es evidente la *falta de coordinación inter-institucional e intra-institucional* de los intervinientes en el proceso (párg. 306). En lo institucional organizativo, se deben resolver vacíos y falencias que entorpecen el trabajo coordinado en muchos puntos comunes a las entidades que configuran el marco institucional de justicia y paz. Junto a los problemas de gestión, se advierte una falta de planificación del trabajo, pues la mayoría de los funcionarios desempeñan sus labores de acuerdo a las necesidades y exigencias que surgen día a día (párg. 94). Se advierte de manera especial múltiples falencias en instituciones como *Acción Social*, fundamentalmente por su deficiente relación y atención a las víctimas. Si bien es cierto que Acción Social no actúa directamente en el proceso judicial, sí es importante que haga presencia en dichas diligencias para tener una relación directa con las víctimas que, en la mayoría de los casos, no han obtenido ninguna información sobre su reclamación administrativa, y muchas de ellas no han tenido asesoría para hacerlo (párg. 96).

8. Ante este escenario se plantea la aplicación del *test de complementariedad*, el cual es un *proceso en curso y permanente* (párg. 328). Se refiere tanto al análisis de una situación como al de un caso concreto que se deriva de una situación (párg. 331 y ss.). Para que la complementariedad en sentido estricto se torne relevante, la situación o el caso debe ser lo suficientemente *grave* (párg. 330). La gravedad en el sentido del artículo 17 (1) (d) tiene importancia en dos etapas diferentes de los procedimientos, es decir, respecto de la iniciación de la investigación de una *situación* y del (los) *caso(s)* que derivan de dicha situación. Sin embargo, no existe una elaboración sistemática del criterio de gravedad. El art. 29 (2) del reglamento de la oficina del fiscal se refiere a la evaluación de la gravedad de varios factores, que comprenden su magnitud, naturaleza, modo de comisión e impacto. En la *magnitud* se toma en cuenta el número de víctimas y el ámbito geográfico y temporal de los crímenes. Respecto a la *naturaleza*, se ha considerado que todos los crímenes de la CPI se suponen graves en sí mismos. En cuanto al *modo de comisión*, se consideran aspectos de particular crueldad. El criterio de *impacto* es objeto de controversia, en tanto se considera el de los crímenes en la comunidad, en la paz y seguridad regional, que en sentido amplio comprende el daño social, económico y ambiental (párg. 336).

9. Para entender la gravedad en su sentido pleno y para elaborar un concepto consistente de la misma, en primer lugar se debe distinguir las *dos formas de gravedad* contempladas en el artículo 53, es decir, gravedad jurídica (no discrecional) conforme al artículo 53 (1)(b), 17 (1)(d) y gravedad relativa (discrecional) de acuerdo al artículo 53 (1)(c) (párgs. 340-343). Son elementos de *gravedad jurídica* —factores cuantitativos— la *magnitud, naturaleza y modo de comisión*, al contrario, la *gravedad relativa* abarca —factores cualitativos y subjetivos— las circunstancias individuales que se refieren al autor en concreto y su contenido en el crimen, como también el criterio de *impacto* (párg. 340). De este modo, la gravedad *jurídica* en función a la situación como al caso tienen un umbral generalmente bajo, mientras que la gravedad *relativa* respecto de tal situación, como del caso, requieren de un umbral alto.

10. En cuanto a la *situación en Colombia*, se ha llegado a afirmar que Colombia es un verdadero *país de víctimas* pues más del 10 por ciento de la población ha sido afectada en forma directa por las consecuencias del conflicto armado. En ese sentido, difícilmente puede existir duda de que la *situación* colombiana, vista desde una perspectiva general, supera el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d), entendido como gravedad *jurídica* (no discrecional) que se puede dar por la mera existencia de *factores cuantitativos por sí solos suficientemente relevantes*. Eso, sin embargo, no quiere decir que todos los *casos* objeto de la LJP lleguen al umbral (jurídico) de gravedad, pues la participación de los integrantes de GAOML en las conductas violatorias de Derechos Humanos (DDHH) y Derecho Internacional Humanitario (DIH) es diferente por su modo concreto de actuar *in casu* y según su posición en la estructura de la organización respectiva (págs. 344-349). No superan ese umbral, por ejemplo, algunos miembros de bajo nivel de grupos paramilitares, los llamados miembros “rasos”, que solo ejecutan las órdenes de sus superiores y son fácilmente reemplazables (págs. 350-351).

11. En el caso de la *complementariedad en sentido estricto* se deduce, ya desde un comienzo, a partir del texto del artículo 17 (1) (“La Corte ... resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando ...”) que la admisibilidad se presume y que tal presunción puede ser rechazada —además de la insuficiencia de gravedad ya comentada— por *cierta actividad* del Estado en relación con su obligación de investigación y enjuiciamiento (art. 17 (1)(a)–(c)). Evidentemente, esta actividad debe ser examinada con más detalles en atención a los requisitos establecidos en el artículo 17 (1) (a), (b) y (c) en relación con el artículo 20 (3). Si la actividad del Estado en cuestión cumple estos requisitos, el caso o la situación son inadmisibles. Si, al contrario, la actividad del Estado indica o implica falta de voluntad o incapacidad en el sentido del artículo 17 (2) y (3) la situación o caso deben ser declarados admisibles. Por otra parte, si tal actividad es totalmente inexistente, como en el caso de una inactividad total, la admisibilidad puede ser presumida sin entrar en mayor análisis (párg. 352).

12. En cuanto a la inactividad, aun cuando se trate de un concepto empírico y no normativo, no está limitada a la inactividad fáctica, sino que se extiende también a la inactividad *normativa*, es decir, situaciones en las cuales la inactividad se debe a obstáculos normativos (procesales), en particular amnistías absolutas (que son generalmente inadmisibles) (párg. 354). En la situación colombiana, en síntesis, *no existe una inactividad fáctica ni normativa*, es decir, en este último sentido, los obstáculos procesales no determinan una sustancial desactivación de las posibilidades del aparato institucional para iniciar o continuar investigaciones o juicios por crímenes internacionales graves (párg. 355). Fenómenos como el principio de oportunidad y la extradición generan, sin embargo, algunas dudas que deben ser atendidas en el ámbito de la *falta de voluntad o capacidad* del Estado para lograr que los desmovilizados, postulados o no, desarrollen una más activa participación en el proceso (págs. 356-359). En ello, como se ha anotado en la primera parte de este estudio (párg. 292 y ss.), influyen fundamentalmente factores políticos, logísticos-operativos, administrativos y de gestión. En ese sentido, los problemas de diligencia no pueden confundirse con una inactividad total, ni fáctica ni normativa (párg. 360). Al contrario, a primera vista parece bastante obvio que el procedimiento de la LJP cumple con los requisitos de investigación, enjuiciamiento y juicio del artículo 17 ECPI (párg. 365).

13. En cuanto a la *falta de voluntad*, si bien el artículo 17 (2) incorpora una lista taxativa de criterios para determinar su falta (subpárgs. (a), (b) y (c)), la existencia de uno de esos

criterios no conduce a comprobar falta de voluntad (parg. 369). En todo caso, la obligación de investigar recae en el Estado y no puede ser sustituido por un órgano no estatal o internacional; además, un Estado no se puede encubrir en la actividad positiva de uno de sus órganos si otros boicotean la investigación (parg. 370). El propósito de *sustraer una persona de responsabilidad penal* (subparg. (a)) es una expresión de mala fe del respectivo Estado. Para determinar esto se debe recurrir a indicios constituidos, v. gr., por evadir normas legales del procedimiento mediante el nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores. En todo caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la consecuencia de sustracción (parg. 371). La determinación de una *demora injustificada* (subparg. (b)) se puede hacer recurriendo a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre DDHH tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración comparativa de los procesos penales en el Estado respectivo (parg. 373). La *falta de independencia* (subparg. (c)) se establece teniendo en cuenta el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra personas externas y si el organismo presenta una apariencia de independencia. La *imparcialidad* hace referencia a que el personal de un tribunal esté subjetivamente libre de parcialidad y que existan garantías suficientes de imparcialidad (parg. 374). Los subparágrafos (b) y (c) requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean incompatibles con la *intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia*, es decir, que la persona llegue a ser investigada o enjuiciada (parg. 375). En resumen, el test de la falta de voluntad gira en torno a la *calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe* con miras a conducir a la persona ante la justicia (parg. 376).

14. Acerca de la *situación en Colombia*, un análisis sobre la falta de voluntad debe poner en contexto los criterios establecidos por el artículo 17 (2) ECPI (parg. 377). En cuanto al propósito de sustraer de la responsabilidad penal a los miembros de los GAOML, la esencia del punto radica en la *evaluación de la pena alternativa*. En el fondo, dicha pena no significa en sí misma una desproporción en relación con el derecho a la justicia ya que no extingue automáticamente la pena principal (parg. 378). Por otro lado, el criterio de demora injustificada puede analizarse desde un enfoque absoluto, teniendo en cuenta los lapsos del proceso mismo, y un enfoque relativo, comparando los tiempos del proceso con los de la justicia ordinaria. Ambos enfoques enfrentan el problema de no encontrar información fiable sobre la *duración de los procesos* (parg. 379). De hecho solamente existe como dato relevante que el caso más avanzado en JP ha tomado por lo menos tres años después de la desmovilización y aún no está terminado (parg. 380). Por lo tanto, la demora injustificada debe valorarse más desde el punto de vista de la *técnica y estrategia de investigación* de la Fiscalía, tomando en cuenta que se trata de asuntos muy complejos debido a las exigencias jurisprudenciales de sistematicidad y generalidad en la investigación de hechos cometidos por GAOML (parg. 381). Sobre procedimientos independientes e imparciales debe advertirse que la aplicación de la IJP tiene en la actualidad como fundamento central las disposiciones interpretadas por la CC y la C. de S. J., lo que muestra independencia de las actividades judiciales en la interpretación y aplicación del marco legal (parg. 382). En cuanto al procedimiento en sí mismo, los asuntos más decisivos están bajo control judicial y no administrativo (parg. 383). Otros *aspectos más generales* confirmarían la inadmisibilidad debido a la dificultad para constatar ausencia de voluntad, por ejemplo, en razón de la existencia de un marco institucional complejo con el que se respalda la ejecución del procedimiento de justicia y paz (parg. 384). En cuanto a los *postulados*

extraditados, no hay pruebas suficientes para confirmar que la extradición se ha hecho con el propósito de sustraer a los comandantes de responsabilidad penal. Esto no quiere decir que no haya indicios que dirían de la mala fe del gobierno, especialmente porque las extradiciones han dificultado la presentación de información, por los postulados. De hecho, estos revelarían múltiples relaciones de agentes estatales con grupos paramilitares por lo cual no parece corresponder a los intereses del gobierno, que sigan en el país como fuente de información pública (parg. 385). En cuanto al *principio de oportunidad* es claro que solamente puede ser aplicado a los soldados rasos por pertenencia al grupo, pero no por delitos (más) graves posiblemente cometidos durante su pertenencia al GAOML (parg. 386). Además se debe tomar en cuenta que los procesos penales a causa del fenómeno del paramilitarismo no se han limitado a miembros de las AUC, sino que se han impulsado en otros escenarios como el de la *parapolítica*. De esta manera la LJP y los procesos de justicia ordinaria se complementan mutuamente (parg. 387). En resumen, con todo ello es difícil concluir la existencia de falta de voluntad, pero evidentemente con esta conclusión no se niega los múltiples problemas y déficits del proceso de justicia y paz analizados detenidamente en la primera parte de este estudio (parg. 388).

15. La *incapacidad* está determinada por tres situaciones: 1) colapso “total”, (2) colapso “sustancial” o (3) el “carecer” de un sistema de justicia nacional. El *colapso total* puede definirse como “una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia. El *colapso sustancial* puede ser compensado mediante el desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar (parg. 391). En ese sentido, la no disponibilidad (*carencia*) se superpone con el requisito del colapso sustancial. Con una interpretación literal amplia se podrían revelar por lo menos tres aspectos del concepto *no disponibilidad*: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad (parg. 392). Sin embargo, el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial, sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad (parg. 393).

16. En cuanto a la *situación en Colombia*, por todo el marco institucional y su infraestructura, es claro que no se puede hablar de un colapso total del sistema de justicia en el sentido del artículo 17 (3) ECPI (parg. 394). Además, dado el concreto funcionamiento de todo el sistema de justicia y paz, tampoco se puede hablar de colapso sustancial (parg. 395). En cuanto a la *carencia* o no disponibilidad de un sistema de justicia nacional y a partir de la declaración que formuló el Estado colombiano en relación con el test de admisibilidad conforme al artículo 17 (3) ECPI (según la cual el uso de la expresión “por otras razones” en relación con la determinación de la capacidad del Estado de investigar o juzgar un caso se refiere a la ausencia evidente de las condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio) *no existe carencia* o no disponibilidad, pues a pesar de sus limitaciones y deficiencias, en términos generales el sistema judicial colombiano funciona (parg. 396). Un observador externo, sin entrar en un juicio de valor sobre el funcionamiento interno del sistema colombiano de administración de justicia, difícilmente concluiría que existe una “ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo un juicio” en general o en el contexto específico de la LJP (parg. 397). Claro está, una interpretación más amplia del criterio de incapacidad que parte de un análisis de la *efectividad de un recurso judicial en concreto* podría llevar a otra conclusión alegando que los déficits en la aplicación de la LJP junto a la sobrecarga o falta de recursos personales, económicos e institucionales constituyen una denegación de un recurso efectivo y así generan cierta

incapacidad del sistema judicial (parg. 398). Si bien esta *ineficiencia relativa* no necesariamente lleva a un juicio (global) de incapacidad en el sentido del artículo 17 (3) ECPI, por lo menos si no se sigue una interpretación demasiado estricta de su tercera variante, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una *estrategia global e integral* para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOML (parg. 399).

17. Al clasificar la situación colombiana recurriendo a los cinco escenarios de la justicia de transición elaborados en otro lugar, esta puede ser ubicada en el cuarto grupo de “medidas que no llegan a ser plenas exenciones”, ya que la ley 975 no extingue completamente el castigo, sino solo otorga una considerable reducción de la pena (parg. 400). En este momento parece difícil, si no imposible, hacer constar una falta de voluntad o incapacidad y justificar así la intervención de la CPI. Es posible que se considere que en cuanto a casos concretos, por ejemplo los de los comandantes extraditados, el Estado colombiano no ha hecho todo lo necesario a la luz del artículo 17 ECPI, pero esto no cambia la *valoración global* defendida aquí (parg. 401). Es de anotar en este contexto que aún no se ha hecho suficiente uso de mecanismos alternativos de justicia, en particular, una efectiva CVR y sanciones no punitivas. Sin estos mecanismos es difícil conciliar un tal proceso de desmovilización con el interés de justicia en escenarios de transición. De hecho, los problemas prácticos del procedimiento previsto en la LJP podrían ser subsanados por el uso más activo de tales mecanismos alternativos. En todo caso, el test de complementariedad, como ya se dijo (*supra* parg. 8), es un *proceso en curso y permanente*, por lo cual Colombia y su proceso de Justicia y Paz seguirá siendo observado por la CPI y la comunidad internacional (parg. 402).

18. Con esto ya podemos presentar algunas *recomendaciones* claves (parg. 412 y ss.) para superar los déficits establecidos en el proceso de JP y mejorar el proceso en su totalidad. Podemos resumirlas así:

i. *Diseñar una estrategia global de investigación*, ya que los procesos que se adelantan tienen actualmente como objeto asuntos no sistemáticos y no sintetizan el fenómeno macro criminal de una forma más integral (parg. 413). Para el diseño y puesta en práctica de dicha estrategia se debe fortalecer la coordinación inter- e intrainstitucional (también *infra* vii). Se deben tomar en cuenta, como en el próximo punto, las experiencias extranjeras e internacionales (parg. 414).

ii. *Mejorar el proceso de selección de postulados y casos a imputar*, haciendo énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves en la estructura del GAOML, contribuyendo a una mejor visibilización de los patrones de victimización y de daños colectivos causados por un GAOML (parg. 415).

iii. *Usar adecuadamente la figura de las imputaciones parciales* de manera que contribuya al esclarecimiento de patrones sistemáticos de violaciones a DDHH y DIH. Con ello es importante definir criterios de orientación a la adecuación de la imputación, especialmente temporales, territoriales, materiales y personales (parg. 418). En todo caso, debe entenderse que las imputaciones parciales no son una herramienta de solución definitiva al problema de congestión en la investigación, pues ello es fundamentalmente un problema de estrategia (parg. 417).

iv. Facilitar la unificación de procesos contra varios postulados, especialmente cuando en la planeación y ejecución de hechos punibles hubo división de trabajo (parg. 418), de tal manera que también se faciliten imputaciones conjuntas contra postulados vinculados a un mismo hecho (parg. 419).

v. Perfeccionar la exposición sobre los aspectos contextuales del accionar de los GAOML en las audiencias judiciales, fundamentalmente en las audiencias de imputación y formulación de cargos. La participación de otras instituciones como la CNRR y las ONG contribuiría en gran medida a ese ejercicio, pues actualmente Colombia no cuenta con una CVR efectiva (parg. 420).

vi. Unificar los criterios para la tipificación de conductas delictivas, de tal manera que se logre más congruencia en la forma como la Fiscalía imputa las conductas delictivas, asunto mucho más evidente a causa de la confusión conceptual sobre la tipificación de crímenes internacionales y su imputación (material) a los postulados (parg. 421). En esta materia también es obvia la necesidad de consultoría (internacional).

vii. Mejorar la coordinación inter-institucional e intra-institucional, debido a la centralización de los procesos de justicia y paz (parg. 423). Para ello, en primer lugar, es necesario una mejor coordinación entre los actores principales de los procesos especialmente en el intercambio de información (parg. 424); y en segundo, debe mejorarse la coordinación al interior de las instituciones, fundamentalmente oficinas regionales de justicia y paz de la Fiscalía y Defensoría del Pueblo (parg. 425).

viii. Garantizar la preparación adecuada de las audiencias, especialmente frente a la víctimas garantizándoles la debida asignación de defensores, pues muchas veces la falta de representación de víctimas ha generado demoras en el desarrollo de las audiencias. Para ello también es importante un cronograma de realización de audiencias, público y accesible (parg. 426).

ix. Garantizar una participación eficaz de las víctimas evitando que una excesiva sobre-reglamentación de sus derechos y facultades procesales afecte su verdadera intervención eficiente. Para lograr esto es de suma importancia que las víctimas sean parte integral del diseño del programa metodológico y que cuenten con la asistencia de las instituciones en términos de una preparación adecuada para la intervención durante las audiencias (parg. 427).

x. Agilizar el desarrollo del procedimiento, fusionando la audiencia de *formulación de cargos* ante el MCG con la de la *legalización de cargos* ante la Sala de Conocimiento. Dado que la C. S. de J. no encontró una inconstitucionalidad manifiesta del procedimiento actual, sería necesario un *cambio legislativo* por medio de una ley. Además, sería recomendable revisar la relación entre las funciones de la audiencia de imputación y las audiencias judiciales posteriores con el fin de dinamizar los procesos penales (parg. 428).

xi. Descentralizar los procesos penales, fundamentalmente las audiencias de control de legalidad de la aceptación de cargos, el incidente de reparación y la sentencia, que se llevan a cabo exclusivamente en la única Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá (parg. 429).

xii. *Fortalecer los mecanismos de información existentes*, especialmente para garantizar un acceso debido de víctimas a la justicia y la publicidad del procedimiento como garantía de control interno y externo (parg. 430).

xiii. *Poner en práctica mecanismos de acceso a la información revelada en las audiencias*, creando una base de datos unificada a la que tengan acceso todas las instituciones que participan en los procesos judiciales (parg. 431).

xiv. *Formalizar y mejorar la cooperación judicial entre Colombia y Estados Unidos en los casos de los extraditados*, garantizando el acceso a estas personas por funcionarios colombianos y así asegurar el logro de los objetivos de la LJP (parg. 432).

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII
Abreviaturas	IX
Resumen ejecutivo	XIII

INTRODUCCIÓN

1. Observación preliminar	1
2. El interés de justicia en procesos de transición	2
3. Procesos de transición y complementariedad de la CPI	3
4. Jurisdicción penal en la Ley de Justicia y Paz (975 de 2005)	4
5. Desarrollo de la investigación y algunos aspectos metodológicos	5

CAPÍTULO PRIMERO

PROCESO DE LA LEY 975 DE 2005. ANÁLISIS CRÍTICO

1. Observación preliminar	9
2. Desarrollo legislativo y características esenciales	11
A) Antecedentes	11
B) Propósitos centrales	16
C) Panorama de la estructura procedimental	19
D) Ámbito de aplicación	21
E) Complementariedad con la ley 782 de 2002	27
F) Integración normativa con el C. de P. P.	31
G) Comentarios	33
3. El marco institucional del proceso de Justicia y Paz	38
A) La Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación	38
B) Los Tribunales de Justicia y Paz	39
C) La Defensoría del Pueblo	40
D) La Unidad de Justicia y Paz de la Procuraduría General de la Nación	42
E) La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación	42
F) Acción Social, el Fondo de Reparación y el Programa Administrativo de Reparación Individual	47
G) Comentarios	49

	PÁG.
4. Fase administrativa	54
A) Desmovilizaciones	54
a) Desmovilizaciones colectivas	56
b) Desmovilizaciones individuales	57
c) Tratamiento de los privados de libertad	59
B) Certificación de desmovilizados	60
C) Beneficios	61
D) Reinserción	61
E) Postulación	62
a) Generalidades	62
b) Exclusión de postulados	62
c) Extradición sin exclusión	66
F) Comentarios	68
5. Investigación y versión libre	73
A) Actuaciones previas a la versión libre	74
B) Audiencia de versión libre	77
a) Desarrollo de la audiencia	79
b) Confesión completa y veraz	81
c) Control judicial por el MCG	82
C) Programa metodológico	83
a) Estructuración	84
b) Desarrollo	86
c) Archivo de diligencias	86
D) Comentarios	87
6. Fase intermedia	90
A) Audiencia de formulación de imputación	91
a) Naturaleza, contenido y consecuencias legales	91
b) Control de legalidad por el MCG	93
c) Imputaciones parciales	94
d) Etapa probatoria	96
B) Audiencia de formulación de cargos	97
a) Aceptación de cargos	98
b) Acusación como acto complejo	99
C) Audiencia de verificación de aceptación de cargos	99
a) Naturaleza de la audiencia	99
b) Control de legalidad por la Sala de Conocimiento	99
D) Incidente de reparación integral	101
a) Desarrollo del incidente	102
b) Reparación del daño	102
E) Comentarios	103
7. Fijación e individualización de la pena	107
A) Pena alternativa	108
B) Acumulación de procesos y penas	110
C) Ejecución de la pena	110
D) Comentarios	111
8. El papel de la víctima en el marco de la LJP	114

	PÁG.
A) El concepto de la víctima en el proceso penal ordinario de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 y en el marco de la LJP	114
B) Los derechos generales de la víctima a la verdad, justicia y reparación y los derechos específicos en el proceso de la LJP	116
C) Los derechos a la información, participación, representación y protección según la jurisprudencia en el marco del proceso de la LJP	118
a) El derecho a la información	118
b) El derecho a la participación	120
c) El derecho a la representación judicial	123
d) El derecho a la protección	125
e) La acreditación de la calidad de víctima como condición previa para la intervención en el proceso de la LJP	126
f) Comentarios	127
9. Conclusiones intermedias	129
A) Del marco normativo de justicia y paz	130
B) Tensiones entre justicia ordinaria y LJP	131
a) Concierto para delinquir y principio de oportunidad	131
b) El uso de “informaciones” resultado de la versión libre	133
C) Sobre la fase administrativa	134
D) Participación de víctimas	134
E) Acerca de la efectividad del recurso judicial	135
F) De la integridad en la verdad	136
a) Estrategia de investigación e imputaciones parciales	136
b) Comisión de memoria histórica	138
c) Extradición de comandantes paramilitares	140
G) Resultados (oficiales) del procedimiento de justicia y paz	146

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TEST DE COMPLEMENTARIEDAD (ARTÍCULO 17 ESTATUTO CPI) Y SU APLICACIÓN AL CASO COLOMBIANO

1. Observación preliminar y estructura del análisis	149
2. El objeto de referencia del test de complementariedad	151
3. Gravedad suficiente (art. 17 (1) (d))	156
A) El estándar en la práctica procesal actual	156
B) El enfoque propio	162
C) Aplicación a la situación en Colombia	165
4. Complementariedad “stricto sensu”	169
A) Admisibilidad por inactividad total del Estado	170
a) Consideraciones generales	170
b) Aplicación a la situación en Colombia	172
B) Inadmisibilidad por actividad del Estado (arts. 17 (1) (a)-(c) y 20 (3))	175
a) Consideraciones generales	175
b) Aplicación a la situación en Colombia	179

	PÁG.
C) Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad (art. 17 (2) y (3))	180
a) Observaciones preliminares	180
b) Falta de voluntad	182
c) Incapacidad	197
5. Conclusión: la clasificación de la situación colombiana con miras . a otros escenarios de justicia de transición	206
 CONCLUSIONES FINALES	 209
 RECOMENDACIONES	
1. Diseñar una estrategia global de investigación	213
2. Mejorar el proceso de selección de casos a imputar	213
3. Usar la figura de las imputaciones parciales de manera adecuada	214
4. Facilitar la unificación de procesos contra varios postulados	215
5. Perfeccionar la exposición sobre los aspectos contextuales del accionar de los GAOML en las audiencias judiciales	215
6. Unificar los criterios para la tipificación de conductas delictivas	215
7. Mejorar la coordinación inter-institucional e intra-institucional	216
8. Garantizar la preparación adecuada de las audiencias	217
9. Garantizar la participación eficaz de las víctimas	217
10. Agilizar el desarrollo del procedimiento	218
11. Descentralizar los procesos penales	218
12. Fortalecer los mecanismos de información existentes	219
13. Poner en práctica mecanismos de acceso a la información revelada en las audiencias	219
14. Mejorar la cooperación judicial entre Colombia y Estados Unidos en los casos de los extraditados	219
 ANEXOS	
1. Fuentes normativas	221
A) Legislación	221
B) Decretos reglamentarios	221
C) Resoluciones, acuerdos, memorandos y otros	223
a) Resoluciones y memorandos de la Fiscalía General de la Nación ...	223
b) Resoluciones de la Presidencia de la República	224
c) Resoluciones y Acuerdos de Ministerios de la República	225
d) Consejo Superior de la Judicatura	226
e) Procuraduría General de la Nación	226
f) Defensoría del Pueblo	226
g) Otros	227
2. Jurisprudencia	227
A) Jurisprudencia internacional	227
a) Corte Penal Internacional	227
b) Corte Interamericana de Derechos Humanos	228
c) Resoluciones de otros tribunales internacionales	229

	PÁG.
B) Jurisprudencia colombiana	229
a) Corte Constitucional	229
b) Corte Suprema de Justicia	231
c) Consejo de Estado	233
d) Tribunal Superior de Justicia y Paz de Bogota	233
3. Documentos	233
A) Oficiales	233
a) Oficina del Alto Comisionado para la Paz	233
b) Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación	234
c) Ministerio de Defensa	235
d) Procuraduría General de la Nación	236
e) Defensoría del Pueblo	236
f) Otros documentos oficiales	236
B) Internacionales y no-gubernamentales	238
a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos	238
b) Centro de Investigación y Educación Popular	239
c) Fundación Ideas para la Paz	239
d) Otros documentos	239
e) Documentos inéditos	242
C) Artículos de prensa	243
4. Bibliografía	247
A) Monografías/Libros	247
a) Derecho penal internacional, justicia de transición, proceso de paz, desmovilización y otros	247
b) Ley 975 de 2005	252
B) Artículos en revistas/libros	253
a) Derecho penal internacional, justicia de transición, proceso de paz, desmovilizaciones y otros	253
b) Ley 975 de 2005	264
5. Trabajo de campo: entrevistas y reuniones	264
A) Entrevistas	264
B) Reuniones	266
6. Esquema ley 975 de 2005	268
Índice de autores	269

INTRODUCCIÓN

1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

1. El presente informe pretende determinar si, y en qué medida, la ejecución del procedimiento especial de la ley 975 de 2005 (denominada de “*justicia y paz*”) cumple con las exigencias jurídico-penales derivadas del llamado test de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI). Específicamente se intenta identificar cuáles son las limitaciones del procedimiento de la ley 975 y del desenvolvimiento del aparato judicial, en la determinación de la responsabilidad penal de los “desmovilizados-postulados”. Así, se podrá establecer cómo las deficiencias procesales afectarían el derecho a un recurso judicial efectivo, deduciéndose los elementos que permitan determinar la viabilidad de una posible intervención complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI) de acuerdo con el artículo 17 del ECPI.

2. Para cumplir con el objetivo propuesto es necesario establecer el grado de “credibilidad” en el desarrollo de las investigaciones y juzgamientos, como consecuencia de ser conducidos por un aparato judicial competente, imparcial e independiente. En razón de la ratificación hecha del ECPI por el Estado colombiano el 5 de agosto de 2002 y su entrada en vigor el *1 de noviembre de 2002* (art. 126 (2) ECPI), la CPI tiene competencia para conocer casos de *crímenes de lesa humanidad y genocidio*¹ cometidos en Colombia o por colombianos (art. 12 (2) ECPI) a partir de esta

¹ Es importante notar que la regulación del genocidio en el Código Penal colombiano es más amplia que la del ECPI. La ley 599 de 2000 en su art. 101 regula el genocidio del siguiente modo: “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de [...], la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Así mismo, el art. 102 tipifica como apología del genocidio: “El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, [...]”. Según APONTE CARDONA, “Co-

fecha. En virtud de una declaración hecha por el Estado colombiano (art. 124 ECPI), la CPI solo tendrá competencia sobre *crímenes de guerra* a partir del 1 de noviembre de 2009 o sea vencidos los siete años después de la entrada en vigencia del ECPI para Colombia.

3. A continuación, previo a la presentación del desarrollo de la investigación y de sus aspectos metodológicos, se considerarán los presupuestos desde los cuales se desarrollan los objetivos planteados. En síntesis, se aprecia el trámite judicial de la ley 975 como un régimen especial en el sistema procesal penal colombiano, instaurado en razón de las exigencias del Derecho Penal Internacional (en adelante DPI) para el tratamiento de los responsables de crímenes internacionales atroces. La implementación de este procedimiento ha exhibido múltiples deficiencias, que hacen difícil una valoración en el marco del test de complementariedad (art. 17 ECPI).

2. EL INTERÉS DE JUSTICIA EN PROCESOS DE TRANSICIÓN²

4. En escenarios de transición que involucran a autores de los crímenes internacionales más graves (*core crimes*), las discusiones sobre la complementariedad de la CPI parten, en principio, del análisis entorno a la realización de una dimensión especial del *deber jurídico de persecución penal*. Las expectativas adheridas a los resultados de la justicia transicional se centran básicamente en la concreción seria de investigaciones y juicios que permitan el desenlace no solo del factor retributivo del deber de persecución, sino también, del objetivo de restauración plasmado en los *derechos de las víctimas* dentro del contexto de transición. En ese sentido, la dimensión del deber jurídico de persecución presenta características propias frente a los dispositivos orientados a asegurar la determinación de la responsabilidad de actores armados —llamados en Colombia “al margen de la ley”—, promoviendo su reconciliación y reincorporación a la vida civil. Todo lo anterior se encuentra enmarcado dentro de una especial *noción de justicia (amplia)* que incorpora exigencias de verdad y reparación, adecuándose el deber de persecución a los intereses y propósitos concomitantes con el tránsito a la paz o a la democracia, o a las dos.

5. Por consiguiente, tratándose de *core crimes*, el contenido mínimo del deber de persecución, expresado en la necesidad de investigar y enjuiciar, no tolera manipulaciones generadoras de impunidad, aun cuando se representen como mecanismos alternativos de persecución. La misma finalidad persigue el artículo 17 del ECPI autoriza que a la CPI a ejercer su jurisdicción complementaria cuando en los res-

lombia”, en AMBOS/MALARINO (eds.) *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Edit. Temis, 2008, pág. 170, respecto de estos tipos penales “el déficit de persecución es prácticamente absoluto. [...] Los motivos de este déficit son múltiples. El más concreto puede referirse a la dificultad para constatar el elemento subjetivo y, más aún, la dificultad para concretar la existencia de un grupo étnico, religioso o político”.

² Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico, véase *in extenso* KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, págs. 28-117.

pectivos crímenes un Estado parte no tiene la voluntad o capacidad de investigar o enjuiciar. En tal caso, el Estado no está asegurando el fin esencial del deber de persecución (*evitar impunidad*). En definitiva, el interés de justicia debe estar también asegurado en los procesos de transición, evitando que las apuestas por la paz se proyecten como escenario de impunidad. Bajo ese enfoque se presenta la complementariedad como un mecanismo de “salvaguardia” al deber de perseguir los crímenes internacionales nucleares. Esta garantía se acciona frente a situaciones de falta de voluntad, de falta de capacidad para conducir investigaciones o enjuiciamientos penales, de acuerdo con el artículo 17 ECPI, o de carencia de las dos.

3. PROCESOS DE TRANSICIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DE LA CPI

6. La naturaleza *sui generis* de la justicia transicional entendida como “el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”³, es propicia para generar un escenario de tensión frente a las exigencias del DPI. Por un lado, ella promueve una relativización especial del carácter racional de la persecución penal ligado a las máximas del Estado de Derecho. Por otro, estimula una disputa de los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad que se plantean en la discusión y negociación de las contraprestaciones por desmovilización, desarme y reinserción. En este escenario cabe destacar la tensión que se produce en la *legitimación democrática de la función judicial*, especialmente por la contracción de la competencia material de la jurisdicción penal para investigar y judicializar los hechos punibles de los presuntos responsables.

7. Tratándose de los crímenes aludidos en este estudio, el debilitamiento del carácter tendencialmente racional, garantista e independiente de la jurisdicción parece generar un problema adicional, pues crece la posibilidad de un cierto grado de impunidad frente a hechos violatorios de bienes jurídicos considerados esenciales por el DPI. Con ello se desarrolla una especie de aporía de los propósitos de persecución penal en el ámbito nacional, que abre paso a conjeturas en torno a la legitimidad de la función judicial. En ese marco se alberga la discusión sobre complementariedad de la CPI en escenarios de transición. En el fondo, se trata de reflexiones sobre la *capacidad de la jurisdicción penal* para asegurar un desarrollo judicial garante de verificación procesal e inmune de los albedríos de poderes alternos. La complementariedad implica, a su vez, una confrontación con el contenido de los procedimientos de transición, su desenvolvimiento racional e imparcial frente a las posibles manipulaciones políticas del sistema judicial y de las garantías fundamentales de los

³ Report Secretary General transitional justice, parg. 8; para una definición amplia similar LOUIS BICKFORD, ‘Transitional Justice’, en *The Encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, Nueva York, Macmillan Reference, 2004, pág. 1045 (trad. del inglés por John Zuluaga).

intervinientes, que pudieren estimular la confección de posibles escenarios de impunidad, especialmente de hechos tipificados en los artículos 6º, 7º y 8º del ECPI⁴.

8. Por lo tanto, la discusión de la justicia transicional en el ámbito de la complementariedad persigue debatir acerca de la necesidad de un escenario judicial, en el cual se considere la garantía de una verdad procesal empíricamente dominable y controlada como *primera ratio*. Ello exige, además, acentuar un análisis sobre las falencias del procedimiento dirigido a consolidar la reincorporación de miembros de los llamados “Grupos armados organizados al margen de la ley” (en adelante GAOML) y, a largo plazo, la consecución de la paz, respetando los estándares internacionales sobre verdad, justicia y reparación.

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

9. La ley 975 establece un marco normativo para los procesos de desmovilización, desarme y reinserción (en adelante DDR) y para la concesión de beneficios jurídicos frente a un amplio número de hechos punibles, muchos de ellos vinculados a *crímenes internacionales*⁵. Por medio de esta regulación se pretende propiciar procesos de paz y de reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de diversos GAOML. Así, la LJP contempla la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria establecida mediante sentencia, una vez cumplidos los requisitos señalados en sus artículos 10 y 11, reemplazándola por una “*alternativa*” (art. 3º) que oscila entre cinco y ocho años.

10. La investigación, juzgamiento, sanción y entrega del beneficio judicial a los desmovilizados se encuentran regulados por medio de un *procedimiento especial* compuesto por una etapa administrativa y otra judicial⁶. En ellas se encuentra plasmada la teleología del sistema procesal penal colombiano, vinculando a gran parte de sus instituciones, como la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN), la Defensoría del Pueblo, las Salas de Justicia y Paz y el Instituto Nacional Penitenciario. En ese sentido, la realización de los derechos a la verdad, justicia y reparación, además del propio proceso de DDR, encuentran en la ruta jurídica de la LJP

⁴ Sobre la CPI como parte de los proyectos de justicia de transición AMBOS (*supra* nota 2), págs. 119-215.

⁵ Véase arts. 1º y 2º de la ley 975 de 2005 y arts. 1º y 2º del decret. 3391 de 2006 sobre objeto, ámbito de aplicación y naturaleza de la Ley de Justicia y Paz.

⁶ Así mismo C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 27 agosto 2007, rad. 27873, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, secc. 2.1. (“Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”); C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 23 agosto 2007, rad. 28040, M. P. María del Rosario González de Lemos, sección 2 Consideraciones de la Corte, cuestión previa; C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 25 septiembre 2007, rad. 28040, M. P. María del Rosario González de Lemos, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz”.

uno de los principales escenarios para consolidar la transición a la paz y, con ello, la materialización de los derechos de las víctimas.

11. De esta manera, la tramitación de la LJP asume un cometido funcional, al desarrollar un *papel específico en la relación entre el sistema judicial y los propósitos de neutralización, sanción y reincorporación de actores irregulares*. A través de la misma, se intenta poner fin a las estructuras armadas ilegales mediante la estimulación y facilitación del paso a la vida civil. Para ello se ha establecido un régimen de pena que no omite la exigencia de sanción para crímenes atroces, tratando así de cumplir con los estándares internacionales para el desarrollo de procesos transicionales.

12. Sin embargo, la aplicación del procedimiento de la LJP, ha evidenciado limitaciones respecto de la *capacidad del sistema judicial* para la realización de investigaciones y enjuiciamientos a los desmovilizados postulados. Ello se representa, por un lado, en la bifurcación del escenario de transición —con la vigencia paralela del marco jurídico de la ley 782 de 2002—, el tratamiento paralelo de muchos desmovilizados en justicia ordinaria y la extradición de importantes líderes paramilitares, y por otro, en las dificultades para la compilación de material probatorio que permita la determinación de responsabilidades y las falencias administrativas y de planeación de muchas de las instituciones vinculadas a la LJP. En ese sentido, junto con la independencia, imparcialidad y competencias del sistema judicial en el régimen de justicia y paz, también parece naufragar el objetivo de consecución de una *verdad* procesal empíricamente dominable, controlada y respetuosa de los derechos de las víctimas e intervinientes del procedimiento.

5. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y ALGUNOS ASPECTOS METODOLÓGICOS

13. A través de un estudio jurídico, analítico y sistemático de la jurisdicción penal desarrollada con la LJP se pretende determinar si el procedimiento de justicia y paz se adecua a las obligaciones desprendidas del artículo 17 ECPI o si, por el contrario, debiese ser objeto de conocimiento por la CPI. Para ello, el informe contiene dos partes: primero, un análisis detallado del procedimiento de la LJP y su aplicación; segundo, la subsunción de este proceso a los lineamientos del artículo 17 del ECPI.

14. Las consideraciones de estas dos partes se concentran fundamentalmente en la discusión del proceso de justicia y paz, ya que en él se sintetiza el principal escenario de definición de responsabilidades penales para los postulados al beneficio de pena alternativa, con el que se pretende facilitar el desmonte de GAOML y la transición en Colombia. Para concretar y desarrollar las variables de discusión propuestas y, así mismo, compilar las líneas de reflexión normativa por medio de las cuales se analiza la evolución del procedimiento de la LJP —junto al trabajo de campo— se han considerado las fuentes reseñadas en los anexos (1 a 4). En la compilación bibliográfica se destaca la prevalente concentración de litera-

tura primaria y secundaria en lengua castellana publicada desde la entrada en vigencia de la LJP frente a la escasa literatura en inglés y en alemán⁷.

⁷ RODOLFO ARANGO RIVANEDEIRA, *Derechos Humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma-Universidad de los Andes, 2008; CITpax, “Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, Informe Primera Fase” – diciembre 2008; CITpax, “Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia”, Área de Justicia, 2º informe sobre las fórmulas de imputación de crímenes internacionales en el marco de Justicia y Paz, 2009; CCJ. *Anotaciones sobre la Ley de justicia y paz: una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007; CCJ. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008; JORGE IVÁN CUERVO RESTREPO, et al., *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales: a propósito de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; GTZ-ProFis. *Manual de procedimientos para ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2009; GTZ-ProFis/Embajada de la RFA/FGN. *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009; Fundación Social, *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá, El Autor, 2007; Fundación Social, *Observatorio de opinión sobre la “Ley de alternatividad penal”. Comentarios y recomendaciones de los actores más importantes en la materia*, Bogotá, FS-ICTJ, 2003; OLGA LUCÍA GAITÁN, *Mecanismos para impulsar el esclarecimiento de la verdad en los procesos penales por el delito de desaparición forzada de personas en Colombia, en aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá, Fundación Social, 2006; DIEGO ANDRÉS GONZÁLEZ MEDINA/JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES/CIELO MARIÑO ROJAS, *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ-Embajada RFA, 2009; FLORIAN HUBER, *La ley de justicia y paz: desafíos y temas de debate*, Bogotá, Fundación Ed. Cerec, 2007; ROBERTO MORA SARASTI, “Ley de justicia y paz y justicia transicional: un avance significativo”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 6, Bogotá, julio-dic 2005, págs. 119-157; Procuraduría General de la Nación, *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, Bogotá, El Autor, 2 ts. (2006) IV ts. (2008); RODRIGO UPRIMNY YEPES, *Justicia transicional ¿sin transición?: verdad justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, págs. 173-230; LORENA ZULUAGA LÓPEZ, “Ley de justicia y paz: ¿camino idóneo para la acción de paz?”, en *Divergencia*, núm. 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, dic. 2007, págs. 10-13; del punto de vista del poder judicial. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, “La administración de justicia en el marco del proceso de paz colombiano”, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 157 y ss. (para una consulta más detallada de las fuentes véase Anexos).

PETER BURBIDGE, “Justice and Peace? The role of law in resolving Colombia’s Civil Conflict”, en *ICLR* 8, issue 3, 2008, pág. 589-626; CATALINA DÍAZ, “Colombia’s Bid for Justice and Peace”, en AMBOS/LARGE/WIERDA (eds.) *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín, Springer-Verlag, 2009, pág. 469-501; LISA J. LAPLANTE/KIMBERLY THEIDON, “Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia’s Ley de Justicia y Paz”, en *MJIL* vol. 28 n° 1, 2007, págs. 50-108; MARÍA PAULA SAFFON, “Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience”, en MORTEN BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series núm. 4, 2009, pág. 93-101; RODRIGO UPRIMNY/MARÍA PAULA SAFFON, “Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some Insights from the Colombian case”. Disponible, en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=348 (Visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); SAFFON/UPRIMNY, Uses and abuses of transitional justice in Colombia, in: BERGSMO/KALMANOVITZ (eds.), *Law in Peace Negotiations* (2009), at 217, 218 et seq., available at: [http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5](http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5%20law%20in%20peace%20negotiations.pdf) (law in peace negotiations).pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009; KALMANOVITZ, ‘Introduction’, in *ibid.*, págs. 7 y ss.; JENNIFER EASTERDAY, *Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Study*, *Ariz. J. Int’l & Comp. L.* 26, 2009, 49

15. Es de resaltar que el análisis de estas fuentes se hizo en directa conexión con la información recogida en el trabajo de campo, por medio del cual se obtuvieron importantes datos cualitativos de los actores vinculados al transcurrir del proceso de justicia y paz. Dicho trabajo consistió en entrevistas abiertas, discusiones con grupos de especialistas y observación sistematizada del desenvolvimiento de los intervinientes en el proceso durante el transcurso de las distintas fases procesales. Las indagaciones en terreno se llevaron a cabo en dos misiones de exploración en Colombia, una a finales del 2008 y otra en agosto de 2009 (ver en detalle Anexos, 5).

16. Con todo ello se espera identificar los déficits del procedimiento de justicia y paz desde la perspectiva de las obligaciones y premisas jurídico-penales del ECPI, la elaboración de una serie de recomendaciones para la superación/compensación de las deficiencias reconocidas y la discusión de los fundamentos de intervención complementaria de la CPI mediante el análisis del caso colombiano.

KAI AMBOS, *Stellungnahme zu den kolumbianischen Gesetzesentwürfen im Rahmen des Demobilisierungsprozesses der Regierung Uribe mit "bewaffneten Gruppen"*, Ponencia en el coloquio de especialistas del grupo FriEnt, Bonn, 3 y 4 de noviembre de 2004; WILLIAM BASTIDAS, "Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?", en *Autoritärer Staat und paramilitärische Machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlín, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlín, 2007, pág. 22-29; KATHARINA BECK, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008; ROSARIO FIGARI LAYUS/ YVONNE KINTZEL, "Der Demobilisierungprozeß in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice?", en *Menschenrechtsmagazin* 13 Heft 2, Universität Potsdam, 2008, pág. 253-262, CAROLIN GÖRZIG/KATRIN PLANTA, *Das kolumbianische "Ley de Justicia y Paz", Wendepunkt oder Fallstrick?*, HuV-I 22, feb. 2009, pág. 94-100.

CAPÍTULO PRIMERO

PROCESO DE LA LEY 975 DE 2005. ANÁLISIS CRÍTICO

1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

17. La LJP establece un régimen especial dentro del sistema procesal penal colombiano¹, que asume algunas características distintivas para los asuntos de justicia y paz². Especialmente se destaca la orientación del procedimiento, no tanto dirigido hacia castigo del culpable y protección de inocentes, sino más bien, a la *determinación de la responsabilidad penal*, en el marco de un programa alternativo de sanción, que persigue la reinserción y la reconciliación³. No se refiere a la clásica confrontación y contradicción entre hipótesis de culpabilidad o inocencia, sino a la determinación del *grado de culpabilidad* de los desmovilizados, facilitando su integración a la vida civil mediante el estímulo de la pena alternativa.

18. En razón a dichas particularidades, el sistema judicial vinculado al cuerpo normativo de la LJP asume un papel funcional en la ejecución de investigaciones, enjuiciamientos y determinación del grado de responsabilidad penal de los postulados al programa alternativo de castigo. Dicha funcionalidad revela el paradigma de reacción punitiva ideado para los paramilitares o guerrilleros, como también las

¹ Así mismo, entre otras, véase CC, sent. C-370 del 18 mayo 2006, M.Ps. Cepeda Espinosa/Córdoba Triviño/Escobar Gil/Monroy Cabra/Tafur Galvis/Vargas Hernández, párr. 3.3.3; C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), secc. 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”.

² Véase Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 7, Intr.), pág. 23, donde expone la LJP no es comparable a ninguno de los procedimientos existentes en Colombia: “... este procedimiento especial tiene las siguientes características: a. Es un procedimiento estructurado sobre la oferta de incentivos para los victimarios; b. Es un modelo procesal que se concentra en el victimario y no en el descubrimiento de hechos que responden a un patrón sistemático; c. Es un sistema procesal que acoge un modelo eficientista de justicia; y d. Es un procedimiento de aplicación limitada, restringida particularmente a los paramilitares desmovilizados colectivamente”.

³ Respecto del objeto y naturaleza de la ley 975 véase *infra* lit. B) Propósitos centrales. A manera de análisis sobre el alcance efectivo de la LJP véase UPRIMNY/SAFFON (*supra* nota 7, Intr.), págs. 173-197.

disposiciones que estimula el cuerpo normativo de la LJP para realizar una efectiva comparecencia de actores armados. Por lo mismo, solo un análisis minucioso de la composición de la LJP podría exhibir lo que latente o expresamente se suscita en materia de competencias judiciales para el tratamiento de exintegrantes de GAOML. Hacia esta finalidad se orienta el siguiente balance cualitativo de la implantación del procedimiento mencionado. Este se desarrollará en el capítulo primero del estudio en ocho secciones, abordando el análisis de los antecedentes legislativos, propósitos normativos, instituciones vinculadas y el desarrollo práctico de cada una de las fases del procedimiento de justicia y paz, de la siguiente manera:

- i) *Descripción del trámite legislativo* de la LJP, de sus principales propósitos y de su marco de aplicación, diferenciando los componentes que normativamente lo integran para, a continuación, presentar de forma panorámica el esquema metodológico del procedimiento (*infra* 2).
- ii) *Marco institucional*, con el que se intenta presentar el esquema organizativo que soporta el desarrollo del proceso de LJP. Se enfatiza especialmente en las instituciones vinculadas a la implantación judicial del trámite y su función en el mismo (*infra* 3).
- iii) *Fase administrativa*, donde se desarrolla el proceso de desmovilización, desarme y reincorporación y en el que se determina el acceso al procedimiento, con el estímulo de los beneficios administrativos a los desmovilizados (*infra* 4).
- iv) *Investigación*, en particular *versión libre* comenzando con las actuaciones previas a la recepción de la versión libre, en las cuales se efectúan los primeros ejercicios probatorios tendientes a la averiguación de la verdad, identificación de bienes y otros asuntos necesarios para el esclarecimiento de los hechos de la investigación y aspectos ordenados en los artículos 15 y 16 de la LJP. Posteriormente, se discutirá sobre la versión libre y las siguientes actividades de investigación previa que la misma estimula (*infra* 5).
- v) *Fase intermedia* que, por un lado, precede el incidente de reparación integral, es decir, la formulación de imputación, la formulación de cargos y verificación de la aceptación de los mismos. Por otro lado, esta fase termina con la *reparación integral*. Al respecto es especialmente importante examinar el desenlace de dicho incidente de reparación y su trascendencia en la finalización del proceso (*infra* 6).
- vi) A su vez, se hace una caracterización de la etapa de *Fijación y ejecución de la pena* y, con ello, del modo como se dictan las sentencias condenatorias, se fija la pena privativa de libertad, la alternativa y la inclusión de los compromisos reparatorios (*infra* 7).
- vii) *El papel de la víctima en la LJP*, enfatizando entorno a su concepto en el esquema normativo que fundamenta el proceso de justicia y paz, sus derechos y las condiciones que soportan participación en el proceso (*infra* 8).

19. A manera de *conclusiones intermedias* se ha considerado un noveno subaparte, el cual contendrá un balance cualitativo y cuantitativo del procedimiento. Este abarcará una *descripción estadística* de las fases mencionadas, especialmente de los resultados entorno al número de postulados al programa alternativo de pena y el número de diligencias terminadas a la fecha de cierre de este estudio, consolidando de este modo la evaluación sobre los niveles de eficiencia e ineficiencia de la implantación del procedimiento de justicia y paz (*infra* 9).

2. DESARROLLO LEGISLATIVO Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

A) *Antecedentes*

20. Dado que la *ley 782 de 2002* establece solamente el marco legal para diálogos y negociaciones de paz con GAOML, y la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos para *delitos políticos*⁴, pero no comprende el juzgamiento de crímenes atroces, surgió la necesidad de establecer un marco jurídico complementario, que permitiera el enjuiciamiento de los involucrados en esos delitos, bajo el respeto de los estándares internacionales para procesos de transición⁵. Aunque el régimen normativo mencionado fue considerado por el gobierno colombiano como un instrumento político oportuno para el desmantelamiento de grupos armados, la imposibilidad de otorgar un perdón total a los miembros de tales grupos estimuló la necesidad de crear una nueva ruta jurídica, en la que pudiesen ser tratados los crímenes internacionales cometidos por estos grupos.

21. Además, la discusión sobre un nuevo marco jurídico se suscitó con el apuro de gestionar la *continuidad de procesos de desmovilización* de numerosos grupos y líderes paramilitares que, previo a 2003, habían iniciado su licenciamiento como actores irregulares⁶. Propició también la promulgación de la “ley de justicia y paz”

⁴ Sobre el complejo tema del delito político véase *infra* lit. D), pág. 21, parg. 43 y lit. E) pág. 27, parg. 50 y ss.

⁵ Como bien se aclara en la exposición de motivos de los proyectos de ley 211 de 2005 Senado y 293 de 2005 Cámara, “en los últimos años el ordenamiento jurídico constitucional e internacional y la sociedad colombiana exigen con insistencia que se niegue el beneficio del indulto o la amnistía a quienes han cometido delitos graves, diferentes de la rebelión, la sedición, el concierto para delinquir o la asonada, y que en tales casos, es necesario aplicar medidas dentro del marco de la Verdad, la Justicia y la Reparación que en desarrollo del Código de Procedimiento Penal, permitan avanzar de manera decidida hacia la reconciliación nacional. En ese orden, se requiere la aplicación de especiales medidas que permitan, en aras de lograr la reconciliación nacional, que los autores o partícipes de dichas conductas punibles respondan ante los jueces de la República pero con la posibilidad de otorgárseles algunos beneficios si colaboran con actos concretos y efectivos a la paz y convivencia nacionales. [...] Ese es precisamente el sentido del proyecto de ‘Justicia y Paz’, que se presenta para el estudio y trámite del honorable Congreso de la República, el cual complementaría la ley 782 de 2002, llenando así un vacío jurídico en relación con los miembros de grupos armados ilegales que, estando comprometidos en delitos no indultables, avancen de manera seria por los senderos de la paz, y que se rige por los principios de la universalidad, equilibrio y eficacia”.

⁶ Así mismo Fundación Social, *Trámite de la ley de justicia y paz. Elementos para control ciudadano al ejercicio del poder político*, Bogotá, El Autor, 2006, pág. 12.

la coyuntura reflejada en la incertidumbre de los comandantes paramilitares⁷ frente a las ventajas o desventajas que implicaría el no recibir los beneficios de la ley 782 de 2002⁸, principalmente el indulto o la amnistía.

22. La necesidad de contar con un régimen normativo acorde al DPI, sin que derrumbara la motivación de los primeros paramilitares desmovilizados y de los futuros candidatos a dejar las armas, propició la producción de casi una *decena de proyectos de ley*, de cuya discusión resultó la LJP⁹. Los distintos proyectos oscilaron en articulados que respondían, unos a la protección de la garantía de justicia y, otros, a la maximización del principio de paz¹⁰.

⁷ Entre otras aseveraciones destacadas en los medios véase *www.eltiempo.com*: “Sin ley de penas, se hunde la paz con las autodefensas”, en *El Tiempo*, 31 de agosto de 2003; “Paras contemplan consulta popular”, en *El Tiempo*, 1 de febrero de 2004; “Extradición divide debate sobre ley de alternatividad penal para facilitar negociaciones”, en *El Tiempo*, 24 de marzo de 2004; “Solución de extradición es política”, en *El Tiempo*, 26 de marzo de 2004; “Futuro del proyecto de Ley de alternatividad penal se decide este miércoles”, en *El Tiempo*, 4 de mayo de 2004; “El Tiempo entrevistó al Estado Mayor de las AUC en pleno. Un día en el corazón de los paramilitares”, en *El Tiempo*, 16 de mayo de 2004; “Noticias del proceso. Por qué no estaba Baéz”, en *El Tiempo*, 1º de julio de 2004; “Nuevas condiciones de Salvatore Mancuso sobre presencia de jefes paramilitares en Santa Fe de Ralito”, en *El Tiempo*, 5 de agosto de 2004; “Gobierno advierte que no creará más ralitos. Comisionado explica ultimátum”, en *El Tiempo*, 7 de agosto de 2004; “Críticas a proceso de Ralito”, en *El Tiempo*, 1º de octubre de 2004; “Álvaro Uribe dice que desmovilización de AUC facilita marco legal a la negociación”, en *El Tiempo*, 13 de diciembre de 2004; “Paramilitares anuncian que terminó el ciclo de desmovilizaciones sin contraprestaciones”, en *El Tiempo*, 26 de diciembre de 2004; “Se fugaron 11 ex paramilitares del Bloque Bananero, que debían permanecer en Santa Fe de Ralito”, en *El Tiempo*, 20 de enero de 2005; “Paramilitares amenazan con romper proceso si no se negocian términos para su sometimiento”, en *El Tiempo*, 23 de febrero de 2005; “Las AUC bajan el tono de la discusión y dicen que no presionan a gobierno, Congreso ni prensa”, en *El Tiempo*, 24 de febrero de 2005; “El procurador pide explicaciones al comisionado de paz y solicita eliminar el llamado narcómico”, en *El Tiempo*, 13 de marzo de 2004. Véase *www.elcolombiano.com*: “Autodefensas exigen ser excluidos de alcance de la CPI”, en *El Colombiano*, 18 de marzo de 2004; “Negociaciones, AUC invitan a negociar a E.U.”, en *El Colombiano*, 23 de marzo de 2004; “BCB dice que no habrá más desmovilizaciones parciales”, en *El Colombiano*, 13 de abril de 2004; “CPI se reservará derecho a juzgar guerrilleros y autodefensas”, en *El Colombiano*, 21 de octubre de 2004; “Las AUC rechazan el tribunal de la verdad”, en *El Colombiano*, 11 de diciembre de 2004; “AUC moverán sus fichas políticas”, en *El Colombiano*, 20 de febrero de 2005.

⁸ La ley 418 de 1997, modificada por la ley 782 de 2002, en su art. 50 y ss. contempla los siguientes beneficios jurídicos: indulto, cesación del procedimiento, resolución de preclusión de investigación, resolución inhibitoria. Acerca de la delimitación entre ley 782 de 2002 y ley 975 de 2005 véase *infra* lit. E), pág. 27.

⁹ Ver proyectos de ley 180 de 2004 Senado (Piedad Córdoba), 208 de 2005 Senado y 290 de 2005 Cámara (Rafael Pardo), 210 de 2005 Senado (Ricardo Español); 211 de 2005 Senado (gobierno), 294 de 2005 Cámara (Armando Benedetti), 209 de 2005 Cámara (Carlos Moreno de Caro); 214 de 2005 Senado y 291 de 2005 Cámara (Leonor Serrano y otros) y 287 de 2005 Cámara y 217 de 2005 Senado (Jesús Ignacio García y otros).

¹⁰ Así mismo Fundación Social (*supra* nota 6), pág. 104.

23. El cúmulo de propuestas y discusiones corridas desde agosto de 2003 hasta julio de 2005¹¹ da cuenta de múltiples consideraciones políticas respecto de garantías como acceso a la justicia y protección judicial, obligaciones de investigación e instrucción, cumplimiento de estándares internacionales como el derecho de las víctimas a la verdad y compromisos estatutarios internacionales contra la impunidad. Una gama de complejidades técnico-judiciales y de posiciones controvertidas sobre el tratamiento del paramilitarismo mediaron, a su vez, en cada uno de los planteamientos dirigidos al logro de un instrumento jurídico para suplir los vacíos de la ley 782 de 2002¹².

24. La multitud de variantes, y la radicalidad de algunas, provocó la división de los congresistas ponentes, y dio lugar a la presentación de dos grandes propuestas: El *proyecto base*¹³ y la *ponencia alterna*¹⁴. Ambos sentaron sendas compilaciones de los articulados previos, especialmente en lo referente al tema del ámbito de aplicación y las garantías de verdad, justicia y reparación.

25. La propuesta apoyada por el *gobierno* apeló por una pena alternativa (entre cinco y ocho años) y la consideración del tiempo de concentración en el municipio de Santa Fe de Ralito¹⁵ como periodo de cumplimiento efectivo del castigo. Además contemplaba el recurso del jubileo a modo de rebaja general de penas y la tramitación de desmovilizaciones individuales para el acceso a la gama de beneficios por dejación de armas y reincorporación a la vida civil. Así mismo, *para el acceso a esos beneficios*, la propuesta consideró como facultativa la simple colaboración a través de la versión libre (mas no la confesión completa y veraz) y la reparación material y simbólica solo respecto de bienes ilícitos de los desmovilizados¹⁶. En

¹¹ Sobre las consideraciones de cada una de las propuestas véase AMBOS (*supra* nota 7, Intr.), págs. 7-10. Versión en español véase “Dictamen sobre el proyecto de ley colombiano en el marco del proceso de desmovilización de los «grupos armados» en el gobierno de Uribe”, págs. 7-10. Disponible en http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,56/gid,159/task,doc_download/ (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹² *Ibidem*.

¹³ Ponencia coordinada en Senado por Mario Uribe Escobar y en Cámara por Armando Benedetti y Roberto Camacho. Disponible en la Gaceta 74 de 2004. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_74_05.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁴ Ponencia coordinada en Senado por Rafael Pardo Rueda y en Cámara por Gina Parody. Disponible en Gaceta 77 de 2005. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_77_05.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁵ Santa Fe de Ralito es un municipio al norte de Colombia donde líderes de las AUC y el gobierno colombiano se concentraron para “dar inicio a una etapa de negociación”, teniendo “como propósito de este proceso el logro de la paz nacional, a través del fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el restablecimiento del monopolio de la fuerza en manos del Estado”. Disponible en http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/acuerdos/acuerdos_t/jul_15_03.htm (visitado por última vez 2 de septiembre 2009).

¹⁶ Se mantuvo la idea del proyecto Benedetti de restringir los recursos del fondo para las reparaciones a los bienes ilícitos, excluyendo los lícitos y los extinguidos por el Estado en investigaciones de oficio.

suma, dicha ponencia se inclinó por el otorgamiento de un *abanico más amplio de beneficios jurídicos* a los miembros de GAOML y más ventajas para el acceso a los mismos, entre los que se encontraba, por ejemplo, la consideración de la pertenencia y conformación de grupos de autodefensa como delito de sedición¹⁷.

26. La *ponencia alterna*, aunque coincidió en el régimen de pena con la propuesta base, consideró la posibilidad que terceros a un GAOML, involucrados en hechos investigados del mismo, accedieran al beneficio de la libertad condicional al cumplir las dos quintas partes de la pena¹⁸. Además, apelaba por la introducción de un incidente de reparación y su materialización por medio de un fondo creado por la ley, cuando no fuese posible identificar al victimario. Así mismo, propendió a obtener confesiones completas, entregar reparaciones integrales con bienes lícitos e ilícitos y castigar con la pérdida de los beneficios en caso de omisión y falsedad.

27. Después de múltiples críticas e intensos debates en la Cámara de Representantes, el *proyecto definitivo* que tomó camino en las plenarias del Senado y de la Cámara conservaba la estructura formal de la propuesta del gobierno¹⁹. Esta establecía la obligatoriedad de la confesión plena, el deber de reparar a cargo de los desmovilizados, permitía desmovilizaciones individuales y mantuvo una variedad de beneficios como estímulo a la desmovilización. Igualmente, posterior al trámite legislativo, el texto definitivo conservó en su armazón la cercanía hacia la preponderancia del principio de paz sobre el de justicia y, consecuentemente, amplios beneficios como contraprestación por desmovilizaciones y dejación de armas.

28. En suma, la *ley aprobada* contempló su aplicación para autodefensas y guerrilleros, considerando también a los primeros como delincuentes políticos²⁰, autorizando desmovilizaciones colectivas e individuales, versiones libres con interrogatorios de la Fiscalía, pérdida parcial de beneficios por falsedad u omisión intencional en las confesiones realizadas en la versión libre, pena alternativa entre cinco y ocho años, tiempo de concentración como tiempo de pena, beneficio

¹⁷ Las características propias de delitos políticos se aplicarían a autodefensas.

¹⁸ Ello incluía a miembros de la fuerza pública involucrados en crímenes cometidos por grupos armados al margen de la ley.

¹⁹ Entre otras críticas véase las de Human Rights Watch, en <http://hrw.org/ingles/docs/2005/06/23/colomb11216.htm>, Amnistía Internacional, en <http://www.amnestyusa.org/spanish/countries/colombia/index.do>, The New York Times, “Colombia’s Capitulation”, en www.nytimes.com, 4 de julio de 2005; CIDH, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06esp.htm> (visitados por última vez 10 de noviembre de 2009). A manera de revisión de las críticas al proceso de justicia y paz véase HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, “Castigo y perdón en el proceso de justicia y paz con los paramilitares en Colombia”, en RANGEL SUÁREZ (ed.) *Justicia y paz: ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 2009, pág. 109-111.

²⁰ Sobre el delito político véase *infra* lit. D), pág. 21, parg. 43 y lit. E), pág. 27, parg. 50 y ss.

general de jubileo y reparación a cargo de los miembros de GAOML condenados con sus bienes ilícitos²¹.

29. La culminación en la elaboración del marco jurídico desencadenó sendas *críticas*, especialmente orientadas a sus deficiencias frente a los estándares internacionales que fijan los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación²². También fue objeto de críticas la ausencia de una participación más amplia de la ciudadanía en el proceso de negociaciones, realizado principalmente en Santa Fe de Ralito, y en el trámite legislativo. Por un lado, ya que las negociaciones previas a las desmovilizaciones de grupos paramilitares no contaron con la suficiente publicidad para permitir a los interesados conocer los temas y definiciones de dichas negociaciones. En ese sentido, se criticó el desarrollo secreto de dichas negociaciones y la falta de inclusión en las mismas de la sociedad civil e incluso de integrantes de los mismos GAOML cuya jerarquía en el grupo no les permitió conocer de los compromisos definidos en las negociaciones por sus comandantes²³. Por otro lado, en el escenario legislativo, ello se podría explicar por la urgencia e insistencia impartida por el gobierno el 16 de febrero de 2005 de contar con un mecanismo que pudiese enfrentar los intereses de algunos sectores políticos, voceros de grupos armados y algunos representantes de víctimas²⁴.

30. La *exposición de motivos* del texto final recoge gran parte de los discernimientos de los proyectos del gobierno colombiano y del senador Armando Benedetti²⁵, en lo relacionado con las reivindicaciones políticas para el tratamiento de los asuntos sobre negociaciones con GAOML. De esta exposición se destacan las siguientes consideraciones:

“Se trata de un instrumento valioso, aplicable por igual a miembros de grupos guerrilleros y grupos de autodefensas, que muestren un propósito sincero de avanzar por los caminos de la paz. Una vez aprobado, este proyecto de ley entraría a complementar las disposiciones establecidas en la ley 782 de 2002, llenando así un vacío jurídico en relación con los miembros de grupos armados ilegales que, estando comprometidos en delitos no indultables, avancen de manera seria por los senderos de la paz.

²¹ El texto definitivo está disponible en la Gaceta 43 de 2005. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_43_05.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). En todo caso, como se señaló arriba, con la sent. C-370 de 2006 se reestructura su contenido. (*supra* nota 1).

²² *Supra* nota 19.

²³ Así lo expresaron algunos voceros de grupos paramilitares el pasado 12 de agosto de 2009, al afirmar que para muchos de ellos era desconocido el contenido de acuerdos realizados entre el gobierno y sus comandantes previo al proceso de desmovilización. Entrevista a Jorge Rojas —Vocero de los desmovilizados de las AUC—, Germán Senna, Walter Ochoa Guisao —alias el Gurre—. Cárcel La Picota-Pabellón de justicia y paz, Bogotá, 12 de agosto de 2009.

²⁴ Así mismo Fundación Social (*supra* nota 6), pág. 187.

²⁵ *Ibidem*, pág. 182.

”[...]

”Sin embargo, es necesario tener presente que la decisión de conceder prerrogativas a personas que han ofendido de manera grave a la nación, no solamente es un asunto que compete a los tribunales de justicia, sino también un tema de innegable envergadura política, relacionado no solo con el logro de la paz y su mantenimiento a nivel nacional, sino con nuestras relaciones internacionales. Por tal motivo, *para la concesión de dicho beneficio se propone un mecanismo mixto de toma de decisiones, donde las judiciales quedan en manos de los jueces y las de oportunidad y pertinencia política, en manos del presidente de la república*. Es así que la competencia de la rama jurisdiccional del poder público queda incólume, en tanto que la evaluación de la perspectiva y conveniencias políticas para el logro de la paz, facultad indelegable asignada por la Constitución al presidente de la república, queda en sus manos. Al atribuir al gobierno la facultad de presentar ante los jueces los nombres de miembros de grupos armados que puedan recibir el beneficio, justificando los motivos de la decisión, y de definirla en una segunda fase, previa recomendación de las autoridades judiciales, se consolida un *mecanismo de seguridad* que permite reevaluar, desde el punto de vista de la *favorabilidad política*, lo que ya los jueces han conceptuado como *favorabilidad judicial*. Este beneficio debe otorgarse tanto a desmovilizados individuales como colectivos, atendiendo básicamente a la contribución que unos u otros hayan hecho para avanzar en el desmantelamiento de las organizaciones armadas al margen de la ley” (*énfasis nuestro*).

31. Con el propósito de contar con una legislación eficaz se optó por “criterios de oportunidad y conveniencia” pues, según los ponentes, “de nada sirve contemplar penas excesivamente altas si no es posible cumplirlas. Estas razones llevan a proponer un mínimo y un máximo razonables que evitan la impunidad y la ineficacia de las penas”²⁶. De esta manera, el perfilamiento de la judicialización de desmovilizados se realizó en función de los intereses de desarticulación de estructuras armadas irregulares. Lo anterior se expresa en la idea de un cuerpo jurídico especial, dúctil a las consideraciones de conveniencia política que surgen en la consecución de la paz, como sucede respecto del licenciamiento de grupos irregulares.

B) *Propósitos centrales*

32. El artículo 1º de la LJP fija como objetivo la *facilitación del proceso de paz y la reincorporación* a la vida civil de combatientes, de forma individual o colectiva y, como consecuencia de esos procesos, las garantías de verdad, justicia y reparación²⁷. Al definir lo que debe entenderse por GAOML, se estableció que dichos comba-

²⁶ Proyecto de ley 211 de 2005.

²⁷ Ley 975, art. 1º. “*Objeto de la presente ley*: La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

tientes deben ser integrantes de grupos paramilitares o guerrilleros, o bien, una parte integral de dichos grupos, ya sea en bloques, frentes u otra modalidad de formación militar.

33. La configuración del propósito plasmado en el artículo 1° estimuló múltiples debates en torno al reconocimiento de un conflicto armado interno, la pertinencia de la existencia simultánea de modalidades colectivas e individuales de desmovilización y el tratamiento genérico a guerrillas y paramilitares con la etiqueta de GAOML²⁸. Dichas discusiones no solo determinaron la redacción final del artículo, sino además, marcaron uno de los criterios más importantes para la interpretación de la vinculatoriedad de las normas del *Derecho Internacional Humanitario* (en adelante DIH), particularmente, las del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (PACG II) al tratamiento de actores del conflicto y las negociaciones con ellos.

34. La necesidad del reconocimiento del conflicto armado interno se enfatizó como criterio modulador de la conexión entre el régimen de pena de la LJP y la parte especial del Código Penal (ley 599 de 2000). Este último incorpora las prohibiciones en materia de conflictos armados establecidos por el DIH como normas penales (arts. 135-164), especialmente en los asuntos donde resulta afectada la población civil. A pesar de todo, las posiciones que abogaban por el no reconocimiento del conflicto armado interno²⁹ terminaron acoplándose al articulado de la

²⁸Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la ley 782 de 2002”.

²⁸ Véase Gaceta 355 de 2005. La ley 975 de 2005 para la definición de GAOML reenvía al párg. 1° del art. 8° de la ley 418 de 1997, la que a su vez, retoma la definición establecida en el art. 1° del Protocolo II adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Así se entiende por *grupo armado organizado al margen de la ley* el que, “bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_355_05.htm, (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁹ Entre otros, véase las argumentaciones del Senador Uribe Escobar: “Nosotros respetamos mucho a quienes piensan que en Colombia hay un conflicto armado interno, nosotros no lo pensamos así, no lo creemos, nosotros pensamos que el término conflicto armado, hoy está reservado para describir los enfrentamientos entre bloques de la población, algo así como si se tratara de una guerra civil que enfrenta a sectores de la población. [...]. Por eso con todo respeto, no compartimos la propuesta de quienes nos proponen que declaremos vía ley, que en Colombia hay un conflicto armado porque eso no corresponde a la realidad según nuestra muy particular manera de apreciar el acontecer nacional. En Colombia hay terrorismo, y hay terroristas. Y no son aquellos, y no son de poca relevancia, los ataques terroristas que a veces por su gravedad, por su extensión han amenazado a las instituciones y lo que se pretende con ellas es de pronto someterlas”. (Gaceta 355 de 2005, *supra* nota 28). El Senador parece desconocer que la calificación de un conflicto como conflicto armado en el sentido del DIH no depende de la creencia o ideología de los políticos o partes del conflicto sino que es un dato objetivo determinado justamente según las reglas del DIH, en particular del art. 1° (2) del PACG II. Esto es justamente así para evitar la discrecionalidad o apreciación subjetiva del gobernante de turno y de las propias fuerzas armadas disidentes o insurrectas. Además, el mismo Protocolo no considera el objeto de lucha como condición determinante de la existencia

ley y justificando una pena “blanda” que facilitará los desmantelamientos de GAOML. En sentido similar, se arguyó la necesidad de sostener las modalidades colectivas e individuales de desmovilización, con la idea de propiciar una desintegración más amplia de GAOML. Ello se llevó a cabo a pesar de la oposición de quienes optaban solamente por consagrar las desmovilizaciones *colectivas*, con la finalidad de estimular un efectivo alto al fuego y cese de hostilidades, propiciar una construcción sistemática de la verdad y evitar maniobras fraudulentas de los integrantes de GAOML³⁰.

35. Estas consideraciones fueron reglamentadas por el *decreto 3391 de 2006*, norma que exige para la concesión de los beneficios jurídicos, en concordancia con los condicionamientos de la sentencia C-370 de 2006, tanto la confesión plena y veraz de los hechos, como el otorgamiento de una reparación efectiva. Además, se plasmó la constancia de que la idea de judicialización sugerida en la LJP es la expresión de una consideración especial político-criminal, expresada en un instrumento jurídico de carácter pacificador, abreviado, basado fundamentalmente en confesiones individuales, y que genera importantes repercusiones en materia de adecuación del sistema judicial en función de los propósitos especiales consagrados en la ley³¹.

de una situación de conflicto (Véase K. AMBOS, “Vorbemerkung zu §§ 8 ff.”, en: *Münchener Kommentar Strafrechtsgesetzbuch. Nebenstrafrecht III Völkerstrafgesetzbuch*, München, Beck, 2009, párg. 21 y ss., pág. 631 y ss. con ulteriores referencias. Sobre el reconocimiento del conflicto armado en Colombia véase la observación correcta de la C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. del 15 febrero 2006, rad. 21330, M. P. Lombana Trujillo, pág. 36: “Para comenzar, debe precisarse que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables (...)”; sent. del 05 diciembre 2007, rad. 25931, M. P. González de Lemos, Consideraciones; sent. del 11 marzo 2009, rad. 30510, M. P. Ramírez Bastidas, Consideraciones.

³⁰ En términos del Senador Navarro Wolf, “esta ley tiene sentido para la desmovilización colectiva de las formas de violencia de las organizaciones armadas al margen de la ley que queremos resolver mediante este proceso de paz y no la desmovilización individual que puede terminar con que jefes de organizaciones armadas se desmovilicen solos sin tener que hacer otro aporte a la tranquilidad nacional y a la paz del país. Por eso para ser muy puntual, repito, prefiero la definición del art. 3º, párg. 1º, sobre lo que son los grupos armados al margen de la ley en el marco del Derecho Internacional Humanitario y por lo tanto voto a favor de la proposición del doctor Vargas, suprimiendo el inciso segundo y pido de una vez que el término individual se vote por aparte, ese es un derecho reglamentario, votación por partes cuando se vote el inciso primero porque le encuentro toda la razón a quienes argumentan que la desmovilización que queremos era de desmovilización colectiva”. (Gaceta 335 de 2005 *supra* nota 28).

³¹ Decreto 3391 de 2006, art. 2º, “*Naturaleza*. La ley 975 de 2005 consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible, mediante la cual se posibilita la desmovilización y reinserción de los grupos armados organizados al margen de la ley, el cese de la violencia ocasionada por los mismos y de sus actividades ilícitas, la no repetición de los hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de Derecho, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal efecto, el procedimiento integrado establecido en esta ley incluye un proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, dentro del cual las víctimas tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos a conocer la verdad sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos punibles y a obtener reparación del daño sufrido.

Más precisamente, se trata de una política criminal especial de justicia restaurativa que, en busca del cese de hostilidades, facilita desmovilizaciones y reinserciones.

C) *Panorama de la estructura procedimental*

36. Fundamentalmente el procedimiento de la LJP tiene dos importantes momentos, uno administrativo y otro judicial (ver también Anexos, 6). En la *etapa administrativa* se confecciona la lista de elegibles³², en la cual se identifican los miembros del GAOML que *colectivamente* se desmovilizan. Efectuada dicha desmovilización, el representante del grupo irregular, por medio de escrito dirigido al Alto Comisionado, indica quiénes pertenecen al grupo, así como individualiza a aquellos que se encuentren privados de libertad. Los desmovilizados *individuales* inician también el camino de postulación en esta fase, por medio de su entrega según los requisitos de la ley 782 de 2002. Dicha individualización de desmovilizados, es informada posteriormente a la FGN para el inicio del trámite judicial.

37. La *fase intermedia* (fase judicial en términos de la C. S. de J. se distingue por desarrollar una fase *preprocesal*³³, a cargo de la FGN, y otra *procesal*, bajo la responsabilidad de las Salas de Justicia y Paz de los tribunales superiores de distrito judicial³⁴. La preprocesal, es integrada por un escenario preliminar y otro de investigación.

”La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la garantía de no repetición y la reparación a las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias establecidas en esta ley, constituyen el fundamento de la concesión del beneficio jurídico de la pena alternativa. El gobierno nacional adelantará las acciones necesarias para la difusión y pedagogía del objeto y naturaleza especial de la ley 975 de 2005, con el fin de que el conocimiento adecuado de los mismos permita el logro de su finalidad”.

³² Con los nombres e identidades de los miembros de los GAOML desmovilizados colectivamente de conformidad con la ley 782 de 23 diciembre 2002 (decr. 4760 de 30 diciembre 2005, art. 3º, reglamentario de la ley 975 de 2005).

³³ La distinción “preprocesal” y “procesal” como fases del proceso penal es particular de la doctrina y jurisprudencia colombiana. Dicha diferenciación no existe en el derecho comparado y ni siquiera en otros sistemas latinoamericanos, entendiéndose que el proceso se inicia desde el conocimiento de la *notitia criminis*. Véase KAI AMBOS/JAN WOISCHNIK, “Resumen comparativo de los informes nacionales”, en MAIER/ AMBOS/ WOISCHNIK (coords.) *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000, pág. 859-867.

³⁴ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), secc. 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005: Este procedimiento está integrado por dos etapas, una administrativa y otra judicial, esta última compuesta por los ciclos preprocesal y procesal, que terminan con un fallo de condena si convergen los requisitos legales, beneficiándose al postulado con la imposición de una pena alternativa. De adelantarse el trámite, las investigaciones cursadas por las conductas punibles realizadas por el postulado durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal, o por la organización delincencial que puedan comprometer su responsabilidad deberán ser acumuladas a la investigación, así mismo, se adicionarán jurídicamente las penas impuestas en otros procesos por esa misma clase de delitos a la que se le llegue a imponer, sin que la pena alternativa

Los mismos avanzan desde el arribo de la lista de postulados a la Fiscalía, pasando por la recepción de la versión libre, la formulación de la imputación, hasta la formulación de cargos ante el magistrado de control de garantías (en adelante MCG).

38. En el cierre del trámite se lleva a cabo en la etapa de *juzgamiento*, la cual se desarrolla desde que quede en firme el control de legalidad de la formulación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz del tribunal de distrito judicial, hasta el fallo³⁵. En la sentencia, además de incorporarse la decisión sobre la reparación, se fija la pena *principal y la accesoria*, incluyéndose la pena alternativa³⁶, y también los compromisos de comportamiento, las obligaciones de reparación moral y económica de las víctimas y la extinción del dominio de los bienes muebles e inmuebles con los que *se hará efectiva* la reparación.

39. Existen tres *mecanismos de terminación extraordinaria* o anticipada del procedimiento especial de la LJP, que son la exclusión del postulado, el archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación³⁷. Estos conceptos obedecen a causas diferentes y producen efectos distintos³⁸. La *exclusión* del postulado ocurre ante una situación de incumplimiento de los requisitos de elegibilidad para acceder a la pena alternativa; o en el caso de que el postulado exprese su voluntad de no someterse a la LJP o en el de renuencia (tácita) a comparecer (ver para más detalles *infra* lit. a), pág. 56). El *archivo* de las diligencias se presenta cuando antes de realizar la impu-

pueda superar el término legal, de ser ella impuesta. El trámite judicial, está integrado por dos etapas, una preprocesal a cargo de la Fiscalía General de la Nación y otra procesal de competencia de las Salas de Justicia y Paz de los tribunales de distrito judicial. La primera, está constituida por un ciclo preliminar y otro de investigación. El preliminar discurre desde el arribo de la lista de postulados a la Fiscalía hasta la recepción de la versión libre, pasando por la formulación de la imputación, hasta la formulación de cargos. El de investigación se extiende desde la versión libre, pasando por la imputación y hasta la formulación de cargos ante el magistrado de control de garantías. La etapa de juzgamiento a partir de que quede en firme el control de legalidad de la formulación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Distrito Judicial de conocimiento, hasta el fallo”.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Acerca de los criterios característicos de la pena alternativa véase C. C., sent. C- 370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.1.4.2.

³⁷ Véase C. S. de J., auto del 29 julio 2009, rad. 31539, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Consideraciones, 2.2.13.

³⁸ C. S. de J., rad. 31539 (*supra* nota 37), Consideraciones, 2.2.13.: “[...] La exclusión no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues, simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente de cargo de la justicia ordinaria. [...] Frente al archivo de las diligencias [...], es deber de la fiscalía adoptar esta decisión cuando concluya, luego de ponderar los resultados de la actuación previa y de la investigación, que no convergen los elementos objetivos del tipo penal, teniendo la posibilidad de reabrirla si sobrevienen elementos de prueba o información que así lo amerite. [...] Por su parte, el artículo 334 de la misma normativa determina que una vez en firme la decisión de preclusión, [...] cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos...”.

tación los resultados de la actuación previa y la investigación muestran que no existen los elementos objetivos del tipo penal. La *preclusión* se tramita bajo los mandatos de los artículos 331 y siguientes del Código de Procedimiento Penal vigente (ley 906 de 2004), aplicable por remisión del artículo 62 LJP³⁹.

40. Los *establecimientos de reclusión* están sometidos a las normas jurídicas del sistema penitenciario, computándose como tiempo de ejecución de la pena, aquel en el que los desmovilizados, antes de la sentencia C-370 de 2006, estuvieron en zonas de concentración⁴⁰. Una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, se concede *libertad a prueba* por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta. Si esta libertad a prueba se llegase a revocar por incumplimiento de los compromisos establecidos en la sentencia, se debe cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal.

D) *Ámbito de aplicación*

41. Los propósitos insertos en el proceso especial de la LJP establecen un particular derrotero de límites, que determinan los alcances del cuerpo normativo de justicia y paz. De esta forma, se moldean competencias específicas entorno a los hechos punibles que se deben judicializar, la forma de realización y el régimen de pena imponible; como también, se vincula la vigencia de la LJP y los dominios de su implantación a un ámbito especial de aplicación personal, material, funcional y temporal. Precisamente, el artículo 2º de la LJP, reglamentado por el decreto 4760 de 2005 en los artículos 1º, 2º y 26⁴¹, y el decreto 3391 de 2006 en su ar-

³⁹ Véase el art. 332 de la ley 906 de 2004 (“Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este Código”).

⁴⁰ Decr. 3391 de 2006, art. 20.

⁴¹ Art. 2º. “*Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa.* La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

”La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

”La reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley”.

Art. 1º. “*Ámbito de aplicación.* Las conductas delictivas cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, que no queden cobijadas por la ley 782 de 2002, podrán ser investigadas y juzgadas por el procedimiento

título 1^o⁴², especifican el panorama de competencias que delimitan el desarrollo de investigaciones, juzgamientos y sanciones orientados a la concesión de benefi-

previsto en la ley 975 de 2005 cuando hayan sido realizadas antes del 25 de julio de 2005, siempre que los desmovilizados se encuentren en los listados que el gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan además los requisitos de elegibilidad de que tratan los artículos 10 y 11 de la misma, según corresponda.

”En todo caso, el otorgamiento de los beneficios jurídicos contemplados por la ley 782 de 2002 para los delitos políticos y conexos, no excluye la responsabilidad penal por las demás conductas punibles, la cual podrá hacerse efectiva mediante el procedimiento previsto en la ley 975 de 2005 o por el previsto en las leyes vigentes al momento de su comisión cuando aquel no sea procedente de conformidad con los requisitos legales”.

Art. 2°. “*Marco interpretativo*. La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en la ley 975 de 2005 deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la citada ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

”En lo no previsto de manera específica por la ley 975 de 2005 se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquella, lo dispuesto por la ley 600 de 2000, así como la ley 793 de 2002 y las normas civiles en lo que corresponda”.

Art. 26. “*Conductas de ejecución permanente*. Cuando se trate de conductas punibles de ejecución permanente, la ley 975 de 2005 solamente será aplicable en aquellos eventos en que la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

”En todo caso para acceder a los beneficios previstos en la citada ley, será necesario que en los delitos de ejecución permanente haya cesado la afectación al bien jurídico y se preste colaboración eficaz para materializar los derechos de las víctimas, en especial el restablecimiento de la libertad de las mismas y/o su ubicación”.

⁴² Decr. 3391 de 2006, art. 1°. “*Objeto y ámbito de aplicación de la ley*. La ley 975 de 2005 tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

”Los beneficios penales previstos en la ley 975 de 2005 se aplicarán a las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley que hayan decidido desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional, respecto de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, cuando estos no queden cobijados por los beneficios jurídicos de que trata la ley 782 de 2002, sea que respecto de tales hechos curse o no investigación judicial de cualquier índole o se haya proferido sentencia condenatoria.

Parágrafo 1°.—Para todos los efectos procesales, el Alto Comisionado para la Paz certificará la fecha de iniciación del proceso de paz con miras a la desmovilización y reinserción del respectivo grupo en concordancia con lo dispuesto por la ley 782 de 2002. Tratándose de desmovilización individual la certificación corresponderá al Comité Operativo para la Dejación de Armas-CODA.

Parágrafo 2°.—El otorgamiento de los beneficios jurídicos contemplados por la ley 782 de 2002, no excluye la responsabilidad penal por la comisión de otras conductas punibles no amparadas por ella.

Parágrafo 3°.—En relación con los beneficiarios de la aplicación de la presente ley, la condición de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, a que hace referencia el artículo

cios judiciales, estableciendo al mismo tiempo, las equidistancias y complementariedades con la normativa nacional e internacional en materia de interpretación y aplicación de la ley.

42. Esa normativa, en primer lugar, incluye en el ámbito de *aplicación personal* a los integrantes de GAOML que se hayan desmovilizado colectiva o individualmente, es decir, grupos o miembros de autodefensas o guerrillas, que hayan dejado las armas y abandonado el respectivo grupo ante autoridad competente⁴³. De ello se deduce que la ley no se aplica a los servidores públicos que en calidad de determinadores, autores materiales o cómplices hayan sido parte de los delitos imputados a integrantes de GAOML. Para definir a quienes de los desmovilizados se aplicará el marco normativo, se estableció un criterio formal, en virtud del cual solo están comprendidos aquellos desmovilizados insertos en el listado de postulados que es remitido por el gobierno nacional a la Fiscalía, y que reúnan los requisitos de elegibilidad⁴⁴.

43. En segundo lugar, respecto al *alcance material*, la LJP no establece una parte especial a la manera de un Código Penal, sino que se aplica en principio a todas las conductas delictivas contenidas en el Código Penal vigente (ley 599 de 2000). Las *dos excepciones* las constituyen, por un lado, la ley 782 de 2002, que permite beneficios jurídicos respecto de los *delitos* que tradicionalmente han sido calificados como *políticos* en Colombia, es decir, la rebelión, la sedición y delitos conexos (art. 19); y por otro lado, el artículo 69 de la LJP⁴⁵, que prevé los mismos beneficios para los delitos de concierto para delinquir simple (art. 340 (1) C. P.), utilización ilegal de uniformes e insignias (art. 346), instigación a delinquir simple (art. 348 (2)), fabricación, tráfico y porte de armas y municiones (art. 365). En ningún caso se conceden, a partir de la jurisprudencia⁴⁶, los beneficios de la ley 782 de 2002 respecto del

2º de la ley 975 de 2005 y el parágrafo 1 del artículo 3º de la ley 782 de 2002, se entiende respecto del bloque o frente al que, en su momento, se encontraron vinculados.

”En todo caso, el proceso previsto en la ley 975 de 2005 dará lugar a una sola condena judicial y pena alternativa, haya el beneficiario pertenecido a uno o varios bloques o frentes, siempre que los hechos punibles objeto de la decisión judicial se hubieren cometido durante y con ocasión de su pertenencia a los mismos”.

⁴³ Véase *infra* 2. Fase administrativa, acerca de la regulación y desarrollo de las desmovilizaciones.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Ley 975, art. 69. “Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la ley 782 de 2002 y que hayan sido certificadas por el gobierno nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

”Las personas condenadas por los mismos delitos y que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo, también podrán acceder a los beneficios jurídicos que para ellas consagra la ley 782 de 2002”.

delito de *concierto para delinquir agravado* por pertenecer a grupos armados ilegales. Tal es el caso de los paramilitares, respecto a quienes no se aplica la categoría del delito político. Sobre este punto volveremos más adelante (parg. 51 y ss. y parg. 297).

44. Ante la decisión de la C. S. de J. de negar la aplicación de los beneficios jurídicos previstos en la ley 782 de 2002 para miembros de grupos paramilitares (parg. 53 y ss.)⁴⁷, surgió el debate de cómo resolver la situación jurídica de los miembros de grupos paramilitares que como consecuencia de su *mera pertenencia* a dichos grupos habían incurrido en el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 inc. 2° C. P.). Como solución se aprobó la *ley 1312 de 2009* que permite la aplicación del *principio de oportunidad*, vía proceso penal ordinario, a miembros desmovilizados de GAOML que no estén postulados a la LJP (art. 2° (17)). La ley incorpora una modificación al nuevo Código de Procedimiento Penal permitiendo que el principio de oportunidad sea aplicado a desmovilizados de GAOML bajo ciertas condiciones, cuando el desmovilizado “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 LJP 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”⁴⁸.

45. La ley autoriza a la Fiscalía a solicitar la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad niega la aplicación del principio por delitos contemplados dentro del DIH, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, y para los investigados, acusados o enjuiciados en la denominada “parapolítica”⁴⁹. La ley advierte que la FGN podrá aplicar dicho principio a algunos narcotraficantes y terroristas cuando colaboren con la jus-

⁴⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 11 julio 2007, rad. 26945, M. P. Ramírez Bastidas y Socha Salamanca, Consideraciones.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Véase art. 2° de la ley 1312 del 9 de julio de 2009, por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad. Acerca de su regulación es cuestionable que la ley solo exija una declaración bajo gravedad de juramento para dar por entendido la pertenencia al GAOML y la no comisión de otros delitos. En otras palabras, la ley 1312 alienta un vacío de diligencia entorno a la verificación de lo declarado y con ello a la determinación de la verdad sobre todos los hechos cometidos por los aspirantes a la aplicación del principio de oportunidad (ver también *infra* parg. 68 y s.). Si bien la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad exigirá labores de verificación e indagación, las mismas no se entienden como una investigación en sentido estricto, es decir, se limitarían al espectro de las posibilidades de los antecedentes del desmovilizado no postulado a la LJP e información concomitante a su postulación.

⁴⁹ La llamada “parapolítica” se refiere a los nexos existentes entre miembros de grupos paramilitares y políticos que han sido descubiertos desde el año 2005. Véase con más detalle sobre el tema, MAURICIO ROMERO/LEÓN VALENCIA (ed.), *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, Intermedio, 2008.

ticia o sirvan como testigos y siempre que no sean cabecillas o jefes. Con toda esta regulación se intenta solucionar la situación jurídica de una parte de desmovilizados de las AUC que no se acogieron a la LJP y que al no haber tenido ninguna investigación penal en curso, debieron haber resuelto su situación por la vía de la ley 782 de 2002, lo que se impidió por la sentencia mencionada de la C. S. de J. (*supra* parg. 44).

46. En tercer lugar, como referente funcional, la LJP consagra un procedimiento penal especial y beneficios jurídicos solamente por delitos cometidos *durante y con ocasión de la pertenencia al GAOML*. Esto quiere decir que el desmovilizado tiene que haber cometido el delito respectivo en su condición de integrante de un GAOML específico y en el lugar de operación de este grupo en el territorio nacional; delitos cometidos fuera de este contexto quedan excluidos⁵⁰. Así, la LJP, con esta formulación, abarca de manera exclusiva y excluyente las conductas que cometió el desmovilizado como miembro del grupo del que se desmovilizó formalmente y por las cuales fue postulado a los beneficios alternativos. Claro, al no ser una formulación que disponga una definición taxativa de las conductas a las que se aplicará la LJP, establece una *cierta indeterminación interpretativa* facilitando así una posible extensión de beneficios a conductas de hecho no relacionadas con la actividad del grupo.

47. En cuarto lugar, como *referente temporal*, el artículo 72 LJP define que los actos delictivos cometidos con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de la ley, no podrán ser considerados como asuntos de aplicación de la LJP⁵¹. Esto fue avalado por la C. S. de J. al indicar:

“Es importante aclarar en este punto que las desmovilizaciones de los miembros de grupos armados al margen de la ley, evidentemente son procedentes dentro del marco de la ley 1106 de 2006 hasta el 21 de diciembre de 2010, pero lo que es perfectamente claro para la Corte es que, sin excepción alguna, los hechos cobijados por la alternatividad penal consagrada en la conocida ‘*Ley de Justicia y Paz*’ deben haber tenido ocurrencia antes del 25 de julio de 2005”⁵².

⁵⁰ Ley 975 de 2002, art. 2º, 10, 11, art 1º de los decrs. 4760 de 2005 y 3391 de 2006; véase también C. S. de J., Sala Penal, auto del 12 de febrero de 2009, rad. 30998, M. P. Sigifredo Espinoza Pérez. En términos de la Corte Constitucional (C-370 de 2006 *supra* nota 1, parg. 6.2.4.4.7.): “Lo anterior conduce a señalar que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la *causalidad* existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un *nexo de causalidad* entre la *actividad* del grupo específico y los daños ocasionados individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas” (énfasis nuestro).

⁵¹ Art. 72. “*Vigencia y derogatorias*. La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación”.

⁵² C. S. de J., Sala Penal, rad. 30999, auto del 24 de febrero de 2009, M. P. Gómez Quintero, Consideraciones de la Sala (énfasis en el original). Como consecuencia, el gobierno publicó un proyec-

48. Este límite temporal incluye conductas de *ejecución permanente* únicamente cuando la acción haya comenzado antes de la vigencia de la ley y, al momento de la desmovilización, haya cesado la afectación al bien jurídico⁵³. Nótese que posteriormente a la entrada en vigencia de la LJP es posible que el integrante de un GAOML desmovilizado colectivamente acceda a los beneficios de la ley, siempre y cuando se encuentre certificado en la lista de desmovilizados entregada por el representante del GAOML. En otras palabras, el miembro de un GAOML desmovilizado no podrá regirse por la LJP si se presenta después de la entrada en vigencia del texto legal (25 de julio de 2005) y no se encuentra en las listas de integrantes del grupo. Ello se debe a que con posterioridad a la desmovilización colectiva no pueden certificarse integrantes que no participaron o no fueron certificados en la desmovilización del respectivo GAOML por su representante. De otra manera se corre el riesgo que posteriormente personas que no fueron miembros de un GAOML se “cuelguen” al proceso de Justicia y Paz para buscar los beneficios jurídicos⁵⁴.

49. Además de lo anterior, se determinó que para todo lo no previsto procesalmente, entre otros, el acto legislativo 3 de 2002 y los dos Códigos de Procedimiento Penal (leyes 600 de 2000 y 906 de 2004) serán aplicables (art. 62 LJP). En este sentido, las remisiones normativas cumplen un cometido importante para la interpretación de la LJP, en tanto en ellas se encuentra un escenario de accesoriedad y de adición de los vacíos en el desarrollo del procedimiento de la aludida ley. Este marco interpretativo informa los contenidos mínimos y específicos de los institutos procesales que prevé la ley 975, que permiten superar de mejor manera ambigüedades e indeterminaciones en la puesta en marcha de la estructura procesal de justicia y paz.

to de ley en el que el legislador decidirá si extiende el ámbito de aplicación a todos los delitos cometidos antes de la desmovilización de los grupos irregulares, es decir, el referente temporal no sería ya la entrada en vigor de la ley, sino la desmovilización del grupo. Disponible en www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2009/marzo/documentosPROYECTO%20DE%20LEY-VIGENCIA.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Esto es problemático, ya que socava el fundamento original de la aplicación temporal, esto es, exigir a los respectivos grupos adherirse al acuerdo negociado y abstenerse de cometer nuevos delitos después de la entrada en vigor de la ley 975.

⁵³ Cf. art. 26 de cr. 4760, *supra* nota 41.

⁵⁴ Decr. 3391 de 2006, art. 5°. “Evaluación de los requisitos de elegibilidad de los postulados. Con la ratificación de que trata el artículo 1° del decreto 2898 de 2006 se entenderá prestado bajo la gravedad del juramento el compromiso de cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previsto en los artículos 10 y 11 de la ley 975 de 2005, según sea el caso, lo cual no suple la obligación de observancia efectiva y material de los mismos para efectos de acceder a los beneficios penales establecidos por la ley 975 de 2005. [...] *A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, con posterioridad a la desmovilización colectiva del grupo armado organizado al margen de la ley, no podrá certificarse la desmovilización de quien no habiendo participado en aquella, alegue haber sido integrante del grupo, y en consecuencia, no podrá adelantarse trámite alguno para efectos de la aplicación de la ley 975 de 2005 [...]*” (énfasis nuestro).

E) *Complementariedad con la ley 782 de 2002*

50. Mientras la ley 782 de 2002 establece el marco legal para diálogos y negociaciones de paz con GAOML, el procedimiento de DDR, y el otorgamiento de beneficios jurídicos para delitos políticos⁵⁵, la LJP de 2005 complementa el marco normativo de la justicia transicional. Esto lo hace al regular lo concerniente a la investigación, procesamiento, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios a miembros de GAOML por la comisión de delitos no cobijados por los beneficios de la ley 782 de 2002 (delitos políticos o delitos conexos) o no mencionados en el artículo 69 de la ley 975 de 2005⁵⁶.

51. Como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del artículo 71 de LJP⁵⁷ por razones formales, es decir, por errores y vicios del procedimiento legislativo con el que se aprobó el artículo en el Congreso de la República⁵⁸, en la jurisprudencia de la C. S. de J. se ha establecido que por razones de orden sustancial se debe calificar la conducta delictiva de pertenecer a un grupo paramilitar como *concierto para delinquir agravado (delito común)*, y no como sedición (delito político)⁵⁹, por lo que los miembros de grupos paramilitares no pueden ser beneficiarios de las disposiciones de la ley 782 de 2002⁶⁰.

52. En síntesis, la ley 782 se ha configurado como escenario complementario de la LJP en cuanto al proceso de DDR⁶¹, pero reservado para el tratamiento de conductas constitutivas de *delito político* —que según la jurisprudencia de la C. S. de J. no incluyen las de paramilitares— entendidas como aquellas que atentan contra

⁵⁵ En este sentido, el art. 2° inc. 3° de la ley 975 de 2005 aclara que la reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley.

⁵⁶ Véase *supra* nota 45.

⁵⁷ Art. 71. “*Sedición*. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: «También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

”Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante ley 67 de 1993».

⁵⁸ Sent. C-370 de 2006 (*supra* nota 1), sección VI párr. 3.3, 3.4. Los arts. 70 y 71 de la ley 975 de 2005, son inconstitucionales por vicios de procedimiento en su formación.

⁵⁹ C. S. de J., rad. 26945 (*supra* nota 46), sección v.1. Razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el *concierto para delinquir* con la *sedición*; también rad. 25931 (*supra* nota 29), Consideraciones.

⁶⁰ C. S. de J., rad. 26945 (*supra* nota 46), sección v.1. Razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el *concierto para delinquir* con la *sedición*.

⁶¹ Véase *supra* párgs. 20 y 32.

el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden. Las conductas citadas en el artículo 69 LJP son solo una hipótesis latente para el tratamiento de los paramilitares. El acceso a los beneficios de la ley 782 no excluye el acceso al procedimiento de la LJP por las conductas no comprendidas por aquella, siempre que dichas conductas no hayan sido cometidas con *posterioridad* a la obtención de los beneficios⁶².

53. Como razón fundamental del trato diferenciado se observa la distinción normativa existente en Colombia entre *delitos políticos* y comunes. Dicha distinción tiene larga tradición en Colombia⁶³ y se encuentra presente, también, en la Constitución Política. En consecuencia, delincuentes políticos y comunes reciben un *trato diferenciado*⁶⁴. Así, por ejemplo, mientras se permite al delincuente político el futuro desempeño de funciones públicas y la posibilidad de recibir amnistías o indultos (arts. 35, 150-17, 179-1, 201-2, 232 y 299 de la Const.), el delincuente común no tiene estos derechos. Sin embargo, no existe una clasificación de los delitos políticos o una definición concreta en el Código Penal, aunque tradicionalmente se ha considerado la rebelión y sedición como delitos políticos. Los criterios de tipificación más concurridos son el objetivo y subjetivo. El primero configura la *conducta (objetiva)* partiendo del bien jurídico protegido, es decir, el régimen constitucional y legal, dejando en manos del legislador la definición de las conductas lesivas. Con el segundo criterio, la conducta se configura a partir del *móvil* al momento de cometer el delito, sin tener en cuenta el bien jurídico protegido. En la jurisprudencia citada⁶⁵, se expone un criterio mixto ya que concurren en la configuración del delito político la lesión al bien jurídico y el móvil del alzamiento en armas con el propósito de derrocar al gobierno o cambiar el sistema vigente. Si la conducta tiene otra finalidad o propósito, distinto del de derrocar o cambiar el sistema vigente, no se configura como delito político, pues dicho propósito específico es elemento constitutivo del tipo.

54. La discusión sobre la diferencia entre delito político y común propicia problemas conceptuales y tiende a desenfocar la discusión de los problemas más im-

⁶² Véase art. 1° del decret. 4760 de 2005 (*supra* nota 41) y art. 25 LJP.

⁶³ Por ello, siempre se ha privilegiado a los grupos guerrilleros (de izquierda) sobre grupos paramilitares (de derecha), alegando que solamente los primeros quieren cambiar el Estado y la sociedad hacia una alternativa mejor (véase, L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 2ª ed., reelaborada, 1978, pág. 111 y ss., en especial págs. 135 y ss., al ocuparse de los rebeldes insurrectos).

⁶⁴ Para un interesante análisis político acerca de la diferencia entre delincuentes políticos y comunes en Colombia véase IVÁN OROZCO ABAD, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Universidad de los Andes-Edit. Temis, 2009, pág. 187 y ss. “Un análisis del tratamiento jurisprudencial del tema” véase en Procuraduría General de la Nación, *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción*, (2008) (*supra* nota 7, Intr.), t. IV, págs. 31-34.

⁶⁵ Véase *supra* nota 46.

portantes. Fundamentalmente desconoce la *diferencia entre los crímenes internacionales más graves (core crimes)* que en todo caso, independientemente de cualquier móvil del autor, tienen que ser investigados, juzgados y, eventualmente, sancionados, y *crímenes ordinarios* que, justamente por no ser internacionales, estimulan una mayor número de opciones para su tratamiento. La *pertenencia a un grupo* armado, en principio, no constituye un crimen internacional (ver también *infra* párg. 69) y, por lo tanto, podría ser tratada más flexiblemente por el Estado.

55. En consecuencia, es necesario verificar, por un lado, que el desmovilizado no haya realizado conductas punibles que puedan calificarse como algo *más grave* que la mera pertenencia al GAOML. En este sentido, la CorteIDH exige “la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en dicha compleja estructura de ejecución de tales violaciones”⁶⁶. Por otro lado, no deja de ser discutible si un *concierto para delinquir crímenes internacionales*, como el previsto en el artículo 340 (2) C. P., no constituye un crimen internacional, como tal es imprescriptible y tiene que ser investigado y, en su caso, sancionado de acuerdo con el DPI⁶⁷ (ver párg. 297). En ese sentido, la determinación de la pertenencia a un GAOML como delito ordinario debería enfocarse fundamentalmente a distinguir que con dicha pertenencia no se cometieron hechos que puedan llegar a ser calificados como crímenes internacionales, de tal manera que la aplicación de la figura del principio de oportunidad (ver párg. 44) no estimule la impunidad frente a estos crímenes (ver párg. 297).

56. Debe discutirse, además, sobre la viabilidad de sostener frente a la *realidad colombiana* la diferenciación entre delito “político” y delito “común”, máxime cuando los móviles de integrantes de GAOML son multidimensionales y transversales a muchos otros propósitos, distintos de los fundamentados por la doctrina clásica sobre la categoría aludida. Con ello debe cuestionarse si hay en la práctica de los GAOML una homogeneidad entre objetivos del grupo y móviles de sus integrantes, a pesar de que sus actos tengan relación con la pertenencia al grupo. Con esto se debería abrir paso, además, a la discusión sobre si la variedad de móviles de integrantes de GAOML supera los objetivos esenciales del grupo, en otras palabras, si las categorías delito político y delito común son suficientes para encasillar los múltiples propósitos de los GAOML.

57. A nuestro modo de ver la respuesta a la pregunta formulada es claramente negativa. En primer lugar, es importante reconocer que la distinción entre delito político y común a la *colombiana* no se conoce en otros países y tampoco en el derecho comparado moderno. En segundo lugar, una parte importante de la misma

⁶⁶ Caso de la *masacre de La Rochela vs. Colombia*, sent. del 11 mayo 2007, párr. 293.

⁶⁷ Ver la discusión propiciada por el caso de *La Rochela*, *supra* nota 66, párr. 291 y ss., en particular la referencia a la inadmisibilidad de amnistías, prescripción, etc., en el párr. 294 de la misma.

doctrina colombiana es crítica frente a tal distinción y sobre todo frente a sus efectos⁶⁸; tampoco la C. S. de J. tiene una posición coherente como veremos en su momento. Finalmente y más importante no se puede ignorar más que la discriminación entre grupos insurgentes y paramilitares con fundamento en la doctrina del delito político es insuficiente para encasillar los múltiples móviles de cada organización y, últimamente, injustificada porque unos y otros están permanentemente incurso en la realización de *crímenes internacionales* y, además, sustentan su financiación principalmente con actividades vinculadas al *narcotráfico*. Ese, de hecho y con un uso muy pragmático, también ha sido el principal argumento del gobierno del presidente Uribe para sostener que los grupos de “izquierda” no deben tener ningún privilegio político o normativo frente a los grupos de “derecha”⁶⁹.

58. En esa misma línea la C. S. de J. llegó a admitir un trato similar a guerrilleros y autodefensas⁷⁰. Por lo mismo, su cambio de jurisprudencia desde el 11 de julio de 2007 ha representado, primero, una expresión de *inconsistencia* y, segundo, estimula sendas reorientaciones normativas para el tratamiento judicial de los integrantes de GAOML. Constancia de ello es la regulación del principio de oportunidad (ver par. 44) en la que se dispone el tratamiento de los integrantes “rasos” de los grupos de autodefensas, desmovilizados y no postulados a la LJP. Con ello el resultado práctico del tratamiento a dichos sujetos es casi idéntico al de un indulto, con la diferencia de que la aplicación de dicho principio se hace bajo unas condiciones diferentes. Sin embargo, el resultado sustancial del cambio jurisprudencial es notable, pues estimuló el uso de un instrumento de la justicia ordinaria

⁶⁸ Véase entre otros IVAN OROZCO ABAD, entrevista del 12.08.2009 y RODRIGO UPRIMNY, entrevista del 11.08.2009.

⁶⁹ Así la posición actual del Presidente Uribe Vélez, ver “Palabras del Presidente Uribe en el encuentro de la Jurisdicción Ordinaria”, Cali, 18.10.2007, <http://web.presidencia.gov.co/sp/2007/octubre/18/15182007.html> (visitado por última vez el 11 de septiembre 2009):

“Y he dicho, desde el punto de vista sociológico ¿qué diferencia hay entre el campesino que pertenece al grupo paramilitar, y el campesino que pertenece al grupo guerrillero?

”Y he insistido en una tesis: desde el punto de vista del padecimiento de la víctima, ¿qué diferencia hay entre el delito del uno y el delito del otro?

”Y desde el punto de vista rigurosamente jurídico —y permítanme asomar esta reiteración ante ustedes, lo hago con todo respeto— creo que violan por igual el ordenamiento jurídico, que es el Estado, quienes quieren suplantarlo, para establecer un gobierno guerrillero, o quienes lo desconocen, so pretexto de atacar a la guerrilla y de defender el orden socioeconómico. Los dos, finalmente, están por fuera y en contra de ese ordenamiento jurídico y del Estado.

”Yo no participo de la tesis de que los paramilitares están a favor del Estado. Su accionar viola el ordenamiento jurídico, lo desafía, que es finalmente el Estado”.

⁷⁰ Nótese que en la jurisprudencia de la C. S. de J. existen precedentes en los que se reconoció el tratamiento como sedición no solo a los grupos guerrilleros, sino también a las organizaciones paramilitares. Véase auto del 18 de octubre de 2005, rad. 24311, M. P. Gómez Quintero; auto del 18 octubre 2005, rad. 24310, M. P. Pulido de Barón; auto del 27 octubre 2005, rad. 24526, M. P. Gómez Quintero.

para el tratamiento de actores armados, fragmentando los rendimientos del procedimiento de la LJP y con ello del escenario de transición en Colombia.

F) *Integración normativa con el Código de Procedimiento Penal*

59. La relación entre la ley 975 de 2005, el C. de P. P. viejo (ley 600 de 2000) y el C. de P. P. nuevo (ley 906 de 2004), mediante la remisión en el artículo 62 LJP, ha sido objeto de especial controversia y ha provocado numerosos pronunciamientos de la C. S. de J. que han contribuido al esclarecimiento de las relaciones existentes entre el procedimiento penal especial diseñado por la LJP y los procedimientos penales ordinarios.

60. Al pronunciarse sobre las funciones del MCG en torno al control de las actuaciones de la Fiscalía durante la versión libre⁷¹, la relación entre las audiencias de imputación y formulación de cargos en cuanto a la aceptación de cargos⁷², y el régimen para la exclusión de postulados⁷³, la C. S. de J. ha resaltado las *similitudes entre la ley 975 de 2005 y el C. de P. P. nuevo*, indicando que LJP es un estatuto especial de transición en el que también imperan las disposiciones del acto legislativo 3 de 2002, pues se caracteriza por los principios de oralidad (art. 12), celeridad y la organización del proceso a partir de audiencias preliminares (art. 13). Para casos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio⁷⁴, la C. S. de J. estableció como la regla general, para efectos de la remisión normativa, la de acudir al C. de P. P. viejo, salvo que se trate de instituciones que solamente pueden tener identidad con las consagradas en el C. de P. P. nuevo, caso en el cual la integración normativa se debe hacer con el estatuto procesal nuevo.

61. Sin embargo, al momento de definir la competencia de los MCG para realizar la audiencia de formulación de cargos y los requisitos legales para la imputación, la

⁷¹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 23 mayo 2007, rad. 27052, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Consideraciones.

⁷² C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto 8 junio 2007, rad. 27484, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Consideraciones.

⁷³ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones; auto del 26 octubre 2007, rad. 28492, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, Consideraciones; auto del 10 abril 2008, rad. 29472, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, Consideraciones; véase también C. S. de J., auto del 11 julio 2007, rad. 26945, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, Consideraciones.

⁷⁴ El término “acusatorio” para el C. de P. P. vigente, si bien común en Colombia, no es totalmente correcto, pues la expresión “acusatorio” se refirió en su significado histórico original, a la manera de iniciar el proceso (por el acusador privado). Hoy se lo entiende en el sentido de un proceso de partes de corte angloamericano (adversarial), que no es el caso colombiano, donde sí existe, a lo mejor como en Alemania, un proceso acusatorio inquisitivo (“*inquisitorisches Akkusationsverfahren*”), véase con más detalle, KAI AMBOS, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en LORENA BACHMAIER WINTER (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 49 y ss.; versión revisada en *Derecho penal contemporáneo*, Edit. Legis, núm. 28, julio-septiembre de 2009, pág. 5 y ss. (véase también pags. 214 y 260).

C. S. de J. resaltó las diferencias estructurales entre la LJP y el nuevo sistema penal acusatorio⁷⁵, y las similitudes con el C. de P. P. viejo⁷⁶.

⁷⁵ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 12 mayo 2009, rad. 31150, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones: “[...] observa la Sala, que la decisión del *a quo* se aparta de la estructura y finalidades político-criminales de la ley 975 de 2005, que por su singularidad no puede apoyarse en las exigencias legalmente consagradas para el proceso adversarial en el Código de Procedimiento Penal —ley 906 de 2004— [...]”; C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 31 marzo 2009, rad. 31491, M. P. Alfredo Gómez Quintero, Consideraciones: “[...] la ley de Justicia y paz no regula un proceso de partes [...], sino un proceso especial, particular y transicional; [...] no sigue los mismos derroteros del sistema implantado por el acto legislativo 3 de 2002, a pesar de que la ley 975 de 2005 y el decreto reglamentario 4760/05 hayan consagrado normas de integración. En efecto, la ley 906 de 2004 regula un procedimiento dispositivo regido por el principio adversarial donde el fiscal, titular de la acción penal, investiga, acusa y demanda una condena, la prueba se practica en presencia del juez de conocimiento y con desarrollo del contradictorio, al paso que en el proceso consagrado en la ley 975 de 2005 [...] no hay intermediación de la prueba por parte del juez de conocimiento y menos controversia de la misma, o debate en torno a teorías antagónicas sobre los hechos develados porque invariablemente los intervinientes van por el mismo sendero en busca de los componentes de verdad, justicia y reparación. [...] Desde esa óptica indudablemente se trata de un proceso de características sustancialmente distintas el previsto en la Ley de Justicia y Paz y, en consecuencia, no es posible equiparlo al sistema acusatorio implantado con el acto legislativo 3 de 2002 reformativo del artículo 250 de la Constitución Política [...]”; C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 2 abril 2009, rad. 31492, M. P. María del Rosario González de Lemos: “[...] la Ley de Justicia y Paz, contrariamente al sistema concebido en la ley 906 de 2004, no responde a la naturaleza de un proceso de partes, por ser consecuente con un modelo de justicia transicional, y por ello no se ciñe ciegamente a los lineamientos del modelo de enjuiciamiento criminal adoptado mediante el acto legislativo 3 de 2002, no obstante que la ley 975 de 2005 y el decreto reglamentario 4760 de 2005 consagran, como ya se dijo, normas de integración, pero ello circunscrito a suplir vacíos legales. Por otro lado, el modelo al cual adscribe la ley 906 de 2004 tiene por eje el principio adversarial, [...]. A diferencia de este sistema de enjuiciamiento, en el implantado con la ley 975 de 2005 la actuación no se sigue a instancias del fiscal, sino a partir de la manifestación del integrante del grupo armado ilegal al momento de desmovilizarse de acogerse a sus beneficios y con su postulación por parte del gobierno nacional. En el plano probatorio también se advierten diferencias vertebrales porque la ley 975 está diseñada para obtener la confesión voluntaria y libre del postulado, [...]. Por su lado, como ya se indicó, en la ley 906, el debate probatorio es ilimitado en cuanto a su contenido, en donde cada una de la partes presenta los medios de persuasión con los cuales pretende demostrar su teoría del caso. En esa misma medida, igualmente varía de manera sustancial el rol de la fiscalía dentro del proceso, pues en el especial de justicia y paz su labor principalmente se supedita a constatar la certeza de lo confesado por el postulado, al cabo que en el trámite ordinario está compelida a presentar ante el juez los medios de prueba de los cuales emerja la responsabilidad del procesado más allá de toda duda razonable. [...] [En] el procedimiento especial de justicia y paz, diferente al modelo de la ley 906, no hay intermediación ni controversia de la prueba ante el juez de conocimiento, básicamente porque el interés de todos los intervinientes, aún de la defensa, apunta hacia el mismo cometido de lograr los axiomas de verdad, justicia y reparación, que junto a la contribución para la obtención de la paz nacional y la garantía de no repetición, constituyen el fundamento de concesión de la pena alternativa”.

⁷⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 20 mayo 2009, rad. 31495, M. P. José Leonidas Bustos Martínez, Consideraciones, donde la Corte advierte que la ley 600 de 2000 tiene una enorme influencia sobre la ley 975 de 2005, lo cual se puede identificar por lo menos en dos aspectos: la versión libre con fines de confesión y el concepto de la permanencia de prueba.

62. Cabe concluir que la LJP define un *proceso sui generis* y regula un procedimiento especial y diferente de los de la ley 600 de 2000 y 906 de 2004⁷⁷. Se trata de mecanismos excepcionales y propios dentro del modelo particular de una justicia de transición, razón por la cual las disposiciones no pueden analizarse mediante una hermenéutica convencional, sino con principios políticos normativizados en la Constitución y en los tratados internacionales⁷⁸. Por lo tanto, para rellenar vacíos normativos, la integración de los C. de P. P. según el artículo 62 LJP debe realizarse con base en un análisis *caso por caso* teniendo en cuenta la naturaleza especial de la LJP y el asunto específico que debe resolverse⁷⁹.

G) Comentarios

63. El diseño original del procedimiento de justicia y paz deja ver una marcada inclinación por facilitar los propósitos de paz y de reincorporación⁸⁰. A su vez, dicha inclinación viene estimulada por las apuestas de una política de seguridad influida por los propósitos de los instrumentos de justicia restaurativa o de transición en Colombia⁸¹. Ello se expresa en priorizar la reincorporación en los presupuestos normativos de dicha política⁸², flexibilizando a su vez, los fundamentos esenciales de judicialización que soportan la comprensión retributiva de la idea de justicia penal⁸³ y el trámite procesal para el acceso a beneficios.

⁷⁷ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 21 mayo 2009, rad. 31620, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés, Consideraciones.

⁷⁸ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 13 abril 2009, rad. 31527, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, Consideraciones.

⁷⁹ La forma como la Sala Penal de la C. S. de J. ha expuesto los criterios para definir el grado de integración del viejo o nuevo C. de P. P. son completamente insatisfactorios e indeterminados. La jurisprudencia no logra resolver con claridad los asuntos que exactamente deben considerarse de uno u otro estatuto en la LJP. El vacío de información y sistematicidad de las jurisprudencias abre paso a múltiples incertidumbres jurídicas y alienta la discrecionalidad de los operadores jurídicos, al ser ellos los que en últimas tengan que elaborar la doctrina de integración normativa para fundamentar la resolución de sus casos.

⁸⁰ Véase *supra* párr. 26. Así mismo Fundación Social (*supra* nota 6), pág. 182.

⁸¹ Especialmente en el sentido de enmarcar los ejercicios de DDR a los propósitos de réditos militares, véase entre otros, Procuraduría General de la Nación. *Control preventivo y seguimiento a las políticas públicas en materia de desmovilización y inserción*, (2005) (*supra* nota 7, Intr.), t. I, pág. 54; JOSÉ ARMANDO CÁRDENAS SARRIAS, *Los parias de la guerra. Análisis del proceso de desmovilización individual*, Bogotá, Edic. Aurora, 2005, pág. 22; MANUEL ALONSO ESPINAL *et al.*, *Estudio sobre la desmovilización, el desarme y la reincorporación en Medellín*, Medellín, Instituto de Estudios Políticos-Universidad de Antioquia, 2007, pág. 16.

⁸² Ley 782 de 2002, art. 2°. “El enunciado del capítulo I, del título I, de la primera parte de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999, quedará así: «Disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica»”; Sobre los propósitos centrales de la LJP véase *supra* B) Propósitos centrales.

⁸³ Según la exposición del motivos del proyecto de ley 211 de 2005 discutido en plenaria del Senado: “en cuanto a las funciones de la pena, mejor aún, el derecho a la justicia, nuestra normatividad

64. En el marco de antecedentes de gestación de la LJP es visible cómo las motivaciones del proyecto han propendido la interacción del sistema judicial vinculado a los asuntos de justicia y paz con criterios de *oportunidad y pertinencia política*. En ese sentido, las determinaciones de corte mayormente político-pragmático han moldeado la idea de transición recogida en la LJP, especialmente en lo referente a justicia, verdad y reparación. Se trata de un reentendimiento de la naturaleza de dichas garantías como límite, que pretendió concederle espacio a la discrecionalidad política”.

65. Con ello se instala una cuestionable línea político-criminal que plantea un tratamiento diferenciado a los integrantes de GAOML, mientras que frente a otras formas de criminalidad la valoración es altamente punitiva. Si bien es cierto que un régimen especial como el de la LJP no puede continuar el expansivo punitivismo que orienta las discusiones sobre el delito y la pena en Colombia, también es cierto que es un escenario que exige reflexionar sobre el derecho penal de los ciudadanos “comunes y corrientes”, en un sentido de real utilidad y justicia⁸⁴. Para que la LJP y el beneficio alternativo de pena reduzca los niveles de *ilegitimidad*, debe abrirse la discusión político criminal acerca de la dureza del castigo ordinario en Colombia, de tal manera que se considere con suficiente seriedad muchas otras variables de políticas de desarrollo social descuidadas en dicho país. La LJP no puede sostenerse como un escenario contradictorio a la línea político punitiva ordinaria en Colombia y, con ello, tampoco debe inspirar la idea de pena y proceso penal como la solución central de todos los asuntos que con el proceso de paz se quieren encausar. En otras palabras, debe considerarse la necesidad de una seria planeación de las políticas de persecución penal.

66. Esta *falta de planeación* está visiblemente ausente en los asuntos de justicia y paz. Ese descuido en el diseño original de la ley, quizás estimulada por las limitaciones en la discusión legislativa y por la falta de protagonismo de diferentes actores y estamentos durante su trámite⁸⁵, deja ver también, cómo en su texto se dimensiona una *relativización especial de las garantías* y elementos procesales con la finalidad de asegurar la averiguación de una verdad judicial sistemática, empíricamen-

penal y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, han señalado que no es posible concebir como única finalidad de la pena el castigo, la expiación o retribución, sino que esta también cumple funciones de prevención (general y especial) y de resocialización. Por ello, se parte de la base que la retribución justa y la resocialización, no se logran solamente con una pena alta, sino ante todo con una pena adecuada y eficaz. Lo primero indica que la pena debe ser acorde no solamente con la conducta en sí misma considerada, sino con las circunstancias sociales, económicas y políticas que la rodean, ello queda claro en esta ley que tiene unos destinatarios específicos”.

⁸⁴ Así mismo CORNELIUS PRITZWITZ, “La relación entre justicia y la pena privativa de la libertad”, en *Cuadernos del Conflicto*, Bogotá, Legis-Seman-Fundación Ideas para la Paz, abril de 2005, pág. 29.

⁸⁵ Fundación Social (*supra* nota 6), pág. 187.

te dominable y controlada, que permite contar con un trámite flexible para los desmovilizados en el acceso al beneficio de alternatividad⁸⁶.

67. Fruto de la flexibilidad en materia de justicia y estándares de transición que recogió el cuerpo inicial de la LJP⁸⁷, son las respuestas de los múltiples controles jurisprudenciales que después de la entrada en vigencia de la ley se han producido⁸⁸. La jurisprudencia ha determinado cierta adecuación de la LJP para cumplir los propósitos de verdad, justicia y reparación, delimitando los lineamientos de transición de los GAOML o de sus integrantes. De este modo se ha logrado un cierto ajuste de los márgenes de discrecionalidad presentes en la ley. Sin embargo, esta adecuación jurisprudencial ha generado problemas en la aplicación, tanto de la ley 782 como de la LJP, en el posible tratamiento de futuras negociaciones con grupos guerrilleros o nuevos paramilitares.

68. En ese *juego de improvisaciones políticas y de reacciones jurisprudenciales* cobra importancia el cometido de la *justicia ordinaria*, como escenario que soportaría los fracasos del proceso de justicia y paz respecto de futuras desmovilizaciones o de exclusiones, o de una y otras. En ese sentido, la justicia penal colombiana ha comenzado decididamente a dar protagonismo a instrumentos discrecionales de carácter procesal —como el caso del *principio de oportunidad*—⁸⁹, intentando conceder beneficios para la reincorporación social de integrantes de GAOML, restringiendo posiblemente los derechos de verdad y reparación. Es el caso de la opción introducida por la ley 1312 de 2009, artículo 2°, numeral 17. La misma es una solución instrumental a fines desconectados de compromisos mínimos que en materia de verdad, justicia y reparación debe asegurar un proceso de transición. Por un lado, descompone los ejercicios de determinación de verdad sistemática e integral, instalando el tratamiento de integrantes “rasos” de GAOML en el escenario del proceso penal ordinario. Con ello, se sintetiza el esclarecimiento de la verdad en el desarrollo de una audiencia preliminar de control de legalidad, con una reducida vocación

⁸⁶ Así mismo Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 7, Intr.) pág. 21, quienes resaltan como las expresiones más visibles de dicha flexibilización judicial el “principio de contradicción” en la versión libre, la atribución de responsabilidades basada en la narración de los victimarios y una averiguación cuasi-administrativa de la verdad judicial.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ A manera de compilación de datos legislativos y jurisprudenciales véase HUBER (*supra* nota 7, Intr.), pág. 112 y ss. También como seguimiento de la producción legislativa, jurisprudencial y reglamentaria en torno a la LJP véase CNRR, “Compilación normativa: Justicia y paz procesos de desmovilización, reincorporación y reconciliación nacional”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/LIBRO%20COMPILACION%20REINSERTADOS.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Para actualización de la producción normativa más importante véase FGN <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Sentencias.htm>; Alto Comisionado para la Paz <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/juridicos/intro.htm> (visitados por última vez el 10 de noviembre de 2009). Un análisis político sobre las repercusiones de los condicionamientos jurisprudenciales véase en OROZCO ABAD (*supra* nota 64), págS. 165-187.

⁸⁹ Véase ya *supra* párg. 44 con nota 48.

para facilitar la participación de las víctimas y el ejercicio de contradicción. Con esto parece que se abre campo para que, por un lado, la comisión de crímenes atroces que no han sido objeto de apertura formal de investigación permanezca en la impunidad y, por otro, a un ejercicio de descriminalización, por inaplicación de la acción penal, de lo que en esencia había sido calificado como concierto para delinquir agravado, en el caso de paramilitares, por la mera integración de GAOML.

69. Si bien en el DPI la mera *pertenencia* a un grupo irregular no constituye un *core crime* —reciente prueba de ello es la no-inclusión de la pertenencia como forma de participación en el ECPI sino solamente una forma de participación colectiva en el art. 25 (3)(d)⁹⁰— ni una violación grave de derechos humanos y, por ello, no existe la obligación de un Estado de perseguir penalmente dicha conducta (ver *supra* parg. 54 y s.), la aplicación del principio de oportunidad genera ciertas fricciones con el estándar de veracidad e integralidad de la verdad en el proceso de justicia y paz. De todos modos en el caso de los desmovilizados no postulados que hayan reconocido pertenecer a algún GAOML, solo podría pensarse en la aplicación del principio de oportunidad, si después de la investigación exhaustiva no se encontraran elementos materiales probatorios que permitan inferir la comisión de delitos que puedan ser considerados *crímenes internacionales* o de graves infracciones contra los derechos humanos. Por lo mismo y debido a seguras dificultades en la verificación integral del actuar del desmovilizado en el GAOML, la Fiscalía pretende solicitar solamente la aplicación del principio de oportunidad por la mera pertenencia⁹¹. Con esto es probable que la medida exponga un rendimiento mínimo en la descongestión de asuntos de la LJP, especialmente porque no es factible que los miembros de un GAOML hayan pertenecido al GAOML sin incurrir en otras conductas delictivas. Esto puede deducirse de la lógica de expansión de GAOML, que produjo una especial intensificación de la violencia a partir del amedrentamiento y homicidios de civiles: “En este período, la tendencia creciente en la violencia se produce en la medida en que sus protagonistas desencadenan acciones contra los civiles, pues las respuestas para mantener su influencia sobre las posiciones en disputa se centran en la población”⁹².

70. Un proceso de transición en el marco de un conflicto permanente provocará siempre *problemas, especialmente dentro del sistema de justicia penal* y fundamentalmente en los procesos de reincorporación. Sobre el punto parecen tener una variabilidad importante, por ejemplo, los criterios procesales que canalizan la judicialización de postulados. La estructura acusatoria establecida en el acto legislativo 3 de 2002 y desarrollada por el C. de P. P. —contemplada también en la LJP— parece

⁹⁰ Para un análisis más detallado véase KAI AMBOS, “Article 25. Individual criminal responsibility”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2nd ed. 2008, pág. 760 y ss., parg. 24 y ss.; véase también *infra* parg. 299.

⁹¹ Entrevista con Luis González y Jhon Encinales, Bogotá, 13.8.2009.

⁹² Véase <http://www.verdadabierta.com/web3/la-historia/periodo3> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

no ser apta para conducir fenómenos macro criminales. Ya las falencias del proceso penal ordinario dan cuenta de ello⁹³, incrementándose las deficiencias en la LJP frente a los reclamos de problemas operativo-logísticos para obtener una verdad sistemática.

71. Asuntos como el principio de *favorabilidad* de la aplicación del texto original de la ley, dan cuenta de esa gama de disputas. Ello a pesar de que este principio no puede ser invocado en el caso de la LJP, pues su aplicación a los desmovilizados llegó a ser posterior a la sentencia C-370 de 2006 —que restringió y condicionó la aplicación de la LJP— debido a que el listado de postulados con el que se formalizaba la aspiración al beneficio de pena alternativa, solo se envió a la Fiscalía después de dictarse dicha sentencia⁹⁴. Además, los asuntos de integración de grupos paramilitares no pueden ser —según la jurisprudencia de la C. S. de J.⁹⁵— equiparados al delito político, con lo cual se zanja la discusión de si debe o no haber favorabilidad para paramilitares desmovilizados antes de la sentencia de la Corte Constitucional⁹⁶. Sin embargo, tales controversias provocan que los referentes jurídico-normativos sean percibidos como un marco “acomodable” para la delimitación de derechos y deberes.

⁹³ Recientemente la Unión Europea ha publicado un estudio sobre la impunidad en el sistema penal colombiano como parte del proyecto “Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia”, en el cual ha enseñado entre otras conclusiones las siguientes:

“2. En términos generales, las probabilidades de condena por un delito en Colombia no supera el 20%. En materia de homicidio la probabilidad de condena gira en torno al 3%.

”3. La impunidad en Colombia es más la consecuencia de un sistema penal que no actúa como último recurso. Junto a la adopción de medidas para que el sistema penal alcance este carácter, se hace indispensable definir los ámbitos de actuación propios del sistema.

”4. Los cambios de naturaleza procesal poco inciden en la reducción de la criminalidad y de la impunidad. En una perspectiva global y utilizando la denominada metodología del embudo, la impunidad antes del sistema procesal actual giraba en torno al 95% ahora lo hace alrededor del 97%.

”La probabilidad de condena por un homicidio antes del SPOA era del 4%, hoy resulta ser un poco superior al 3%. Una nueva medición de la impunidad que arrojará datos menores a los conocidos no significa que ésta se haya reducido. Si utilizáramos el mismo método para medir la impunidad en los distintos sistemas procesales nos daríamos cuenta que los niveles de criminalidad e impunidad más o menos se mantienen”. (Informe de Consultoría “*La impunidad en el sistema penal colombiano*”, elaborado por la Unión Europea y presentado en febrero de 2009, como parte del proyecto “Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia”, pág. 200).

⁹⁴ Así mismo, Comisión Colombiana de Juristas, “Gobierno quiere evadir sentencia de la Corte Constitucional sobre ley de Justicia y Paz”. Disponible en <http://www.coljuristas.org/Portals/0/comprende300806%5B2%5D.pdf> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁹⁵ Véase *supra* nota 46.

⁹⁶ Un estudio más elaborado del tema véase en Fundación Ideas para la Paz. “Boletín siguiendo el conflicto n° 45”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_boletines/boletin_conflicto45.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

72. En las disputas por los reclamos de favorabilidad y benevolencia frente a la exigencia del respeto a los estándares mínimos de transición, se moldea aún el cuerpo normativo de la LJP. Podrían ser múltiples los factores que determinan este proceso, pudiendo desde ya discutirse la causa de las constantes relativizaciones del soporte normativo de transición en Colombia. Algunos advierten que esas tensiones podrían transformarse en un dispositivo de impunidad⁹⁷. Lo cierto es que se produce una inobservancia de los verdaderos propósitos y alcances perseguidos, especialmente por la LJP⁹⁸.

3. EL MARCO INSTITUCIONAL DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ

A) *La Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación*

73. La LJP prevé la creación de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (en adelante Unidad de Justicia y Paz, UNFJP o UNJP-FGN), con vigencia nacional para adelantar las diligencias que por razón de su competencia, le corresponden a la FGN en los procedimientos establecidos en dicha ley⁹⁹. La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz debe investigar, por conducto del fiscal delegado para el caso y el apoyo del grupo especializado de policía judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles, las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior, los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales¹⁰⁰.

74. Mediante la resolución 3461 del 13 de septiembre de 2005, se conformó la UNFJP y se iniciaron las gestiones para la consecución de los recursos logísticos, administrativos y el personal idóneo para integrar la Unidad¹⁰¹. Aunque la LJP de

⁹⁷ SAFFON (*supra* nota 7, Intr.), pág. 96 y ss.

⁹⁸ En ese sentido véase JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios políticos* núm. 31, Medellín, jul-dic, 2007, pág. 38: “La justicia transicional no escapa a las características que precisamente suscitaron las críticas al que parecía ya moribundo derecho penal: secuestra el conflicto, es selectivo, discriminatorio y desigual, es altamente instrumentalizado, no tiene casi ninguna posibilidad de cumplir las promesas que lo animan (verdad, justicia y reparación), recorre el camino que ha caracterizado el derecho penal: es decir, empieza como una institución excepcional y después se normaliza y finalmente, ofrece espacio de crítica mucho menores que el derecho penal que conocíamos”.

⁹⁹ Véase los arts. 31 y 32 LJP.

¹⁰⁰ Art. 15 inc. 2° de la LJP.

¹⁰¹ Sobre la creación de la Unidad de Justicia y Paz, véase Centro Internacional de Toledo para la Paz – CITpax, Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, Informe primera fase–Diciembre 2008. Disponible en http://www.citpaxobservatorio.org/archivos/CITpax_Informe_de_Primer_Fase_Observatorio_DDR_y_LJP.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

2005 estableció solamente la creación de 20 fiscales con sus respectivos despachos¹⁰², la carga de trabajo de la Unidad de Justicia y Paz llevó a la ampliación de la Unidad a 59 fiscales delegados¹⁰³. Para 2008 se dispusieron adicionalmente a los cargos creados por la LJP de 2005 164 fiscales auxiliares y 283 investigadores para agilizar las diligencias de investigación¹⁰⁴. La Unidad de Justicia y Paz cuenta con una jefatura, *tres sedes regionales* para la coordinación de las investigaciones en *Bogotá, Medellín y Barranquilla*, una subunidad para la búsqueda de desaparecidos y 42 grupos satélites de investigación y grupos satélites de policía judicial en igual número de ciudades. Tiene 483 investigadores, 15 asistentes de investigación criminalística y 125 fiscales de apoyo de los delegados ante tribunal¹⁰⁵.

B) Los Tribunales de Justicia y Paz

75. El artículo 32 LJP establece que los tribunales superiores de distrito judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la LJP y vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados; el artículo 13 (2) prevé que las audiencias preliminares se realizarán ante el MCG que designen los tribunales respectivos. Mientras, por un lado, que la Sala de Conocimiento o Decisión de Justicia y Paz del tribunal superior es competente para la realización de la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos, las audiencias de incidente de reparación y de sentencia, por otro lado, ante el MCG se llevan a cabo las audiencias preliminares de imputación, formulación de cargos o de otro índole.

76. Mediante los acuerdos PSAA06-3275 y PSAA06-3276 del 19 de enero de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura designó las competencias territoriales de las Salas de Conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia y Paz de *Bogotá y Barranquilla*, que fueron integradas por tres magistrados, y también designó las competencias de cada uno de los dos MCG de los tribunales superiores en estas ciudades¹⁰⁶. Posteriormente, el Consejo reestructuró las competencias funciona-

¹⁰² Véase el art. 33 LJP que prevé también que se establecen cargos para 20 fiscales auxiliares y 150 investigadores criminalísticos.

¹⁰³ Véase Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, Despachos. Disponibles en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Despachos.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁰⁴ Para 2008, se crearon 479 cargos para la Unidad de Justicia y Paz. Información disponible en: http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/DJS/DJS_Presentaciones/27_10_08_Paola_Buendia.pdf (visitado por última vez en 10 de noviembre de 2009).

¹⁰⁵ Véase para el organigrama de la Unidad de Justicia y Paz: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Organigrama.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Véase también FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 17.

¹⁰⁶ C. S. de la J., Sala Administrativa, acuerdo núm. PSAA06-3275 de 2006 (19 de enero), “por el cual se designan los tribunales superiores de distrito judicial que conocerán de las competencias de que trata la ley 975 de 2005”, Acuerdo núm. PSAA06-3276 de 2006 (19 de enero), “por el cual se crean unos cargos en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá y Barranquilla”.

les y territoriales de los tribunales de justicia y paz y creó un Tribunal de Justicia y Paz para dos magistrados con función de control de garantías en Medellín mediante el traslado de dos magistrados de Barranquilla, quedando el Tribunal de Justicia y Paz de esta ciudad sin Sala de Conocimiento y con solo dos MCG¹⁰⁷. Esto significa que actualmente existe (solamente) *una Sala de Conocimiento en Bogotá*, compuesta por tres magistrados y con competencia territorial sobre todos los distritos judiciales del país; además, existen un MCG en Bogotá, dos en Barranquilla y dos en Medellín respectivamente¹⁰⁸.

C) La Defensoría del Pueblo

77. La Defensoría del Pueblo asume un *doble papel* en el marco de la Ley de Justicia y Paz por su función de brindar información, orientación, atención y representación judicial tanto a los desmovilizados y *postulados* como a las *víctimas* determinadas¹⁰⁹. Para la reglamentación de sus funciones de acompañamiento, atención sicosocial, información, orientación, asesoría, asistencia y representación judicial de las víctimas, la Defensoría expidió las resoluciones 1113 de diciembre de 2006 para la creación de un programa de representación judicial para las víctimas y 438 de mayo de 2007 con el fin de establecer el procedimiento para la orientación y atención de las víctimas¹¹⁰. El correspondiente *Programa de Atención a Víctimas* tiene un importante despliegue pre-procesal. Este es un escenario muy importante para la planificación y acompañamiento de las víctimas en el trámite procesal, en tanto permite unos primeros acercamientos de estas con sus representantes y el conocimiento por parte de estos últimos de las necesidades de las víctimas. El *acompañamiento pre-procesal* se realiza en siete pasos. Después de una entrevista previa en la cual el representante de la Defensoría del Pueblo explora la posibilidad que la víctima participe en el proceso de JP (i), se hace una presentación del marco normativo y los procedimientos (ii). Luego, en una entrevista en profundidad, se

¹⁰⁷ CSJ, Sala Administrativa, acuerdo núm. PSAA08-4640 de 2008 (12 marzo), “por el cual se designa el Tribunal Superior de Medellín, para conocer algunas competencias de que trata la ley 975 de 2005 y se modifica la estructura de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla”; acuerdo núm. PSAA08-4641 de 2008 (12 marzo), “por el cual se modifican las competencias de que trata la ley 975 de 2005, para los Tribunales Superiores de Bogotá y Barranquilla”.

¹⁰⁸ Para la nueva designación de las competencias territoriales de los magistrados de control de garantías, véase CSJ; acuerdo núm. PSAA08-4641 de 2008 (*supra* nota 107).

¹⁰⁹ Véase los arts. 14 y 34 LJP.

¹¹⁰ Véase Defensoría del Pueblo, res. 1113 del 15 diciembre 2005, “por la cual se organiza la prestación del servicio de defensoría pública para víctimas de la conducta delictiva en el marco de la Ley de Justicia y Paz” y res. 438 del 25 mayo 2007, “por la cual se establece el procedimiento para la orientación y atención de las víctimas en el marco de la ley 975 de 2005 y se dictan otras disposiciones”. Además, la Defensoría ha producido ilustrativos documentos orientativos para la atención jurídica y sicosocial a las víctimas (véase Defensoría del Pueblo, *Guía de orientación jurídica y psico-social para la atención a las víctimas de la violencia generada por grupos armados organizados al margen de la ley*, t. 1, Bogotá, 2ª ed., 2008, 45 págs.; Unidad de Atención Integral a las Víctimas. *Protocolo de orientación psicojurídica en audiencias ley 975 de 2005*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009, 69 págs.).

indaga sobre los hechos ocurridos, las personas involucradas y los daños causados (iii). La entrevista sirve también para el análisis de opciones para medidas de reparación (iv). Finalmente, en la fase de acopio documental, la Defensoría apoya a las víctimas en la recopilación de los documentos necesarios para la posterior acreditación del daño y la calidad de víctima. Esta información será remitida a las defensorías regionales de Bogotá, Medellín y Barranquilla, donde se realizan la mayoría de las versiones libres y las audiencias judiciales (v). Adicionalmente, un simulacro de audiencias judiciales y la orientación familiar y comunitaria puede realizarse para la preparación psicológica de las víctimas (vi y vii). Lamentablemente, esta estrategia importante se ha visto afectada en la práctica por la falta de recursos humanos.

78. Según cifras del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz¹¹¹ del 30 de mayo, hay 60 defensores públicos en Bogotá, que representan judicialmente a 6.000 *víctimas*, 28 defensores públicos en Barranquilla, que representan a 12.977 víctimas, 21 defensores públicos en Medellín, que representan a 21.500 víctimas, y 11 defensores públicos en los departamentos de Cesar, Córdoba, Magdalena, Valle y Norte de Santander¹¹². En total 100 defensores públicos representan a 40.477 víctimas en los procesos judiciales¹¹³. Además, según el Comité Interinstitucional, la Defensoría del Pueblo ha atendido a 38.360 víctimas con el fin de ofrecer una orientación jurídica y sicosocial¹¹⁴. Cabe anotar que la Defensoría del Pueblo en Bogotá cuenta con 14 defensores públicos para representar judicialmente a unos 260 *postulados*. Bajo este marco, la MAPP-OEA advirtió que es necesario que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría adopten mecanismos para garantizar una protección y defensa legal adecuada¹¹⁵. El hecho de que se realicen las audiencias de imputación y formulación de cargos solamente en las ciudades de Bogotá, Barranquilla y Medellín, y las audiencias de control de legalidad de aceptación de cargos y del incidente de reparación actualmente solo en Bogotá, ha puesto de presente

¹¹¹ Este comité fue creado con base en los arts. 21 de los decrs. 3391 y 3460 de 2007 y está integrado por los representantes o delegados de la Vicepresidencia de la República, el Ministerio del Interior y Justicia, el Ministerio de Defensa, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social, la FGN, el CSJ, la C. S. de J., la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto de Bienestar Familiar, un representante de la CNRR y otro de las comisiones regionales de restitución de bienes, y la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas.

¹¹² Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 31 mayo 2009 (documento inédito).

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ MAPP-OEA, “Decimosegundo Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia”, Consejo Permanente, OEA/Ser.G CP/doc. 4365/09 corr. 1, 9 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.mapp-oea.org/sites/default/files/images/decimosegundo%20informe%20trimestral%20map.pdf> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

las dificultades que enfrenta la Defensoría del Pueblo al representar a las víctimas en el transcurso de los procesos judiciales, cuando las audiencias se realizan en varias ciudades. Además, se han planteado retos para coordinar el trabajo de las oficinas regionales de la Defensoría del Pueblo con las Unidades de Justicia y Paz de esta entidad.

D) *La Unidad de Justicia y Paz de la Procuraduría General de la Nación*

79. El artículo 35 LJP prevé la creación de la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, por lo cual el Procurador General de la Nación la creó con competencia nacional para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Además, el artículo 36 LJP establece que la Procuraduría General de la Nación impulsa mecanismos para la participación de las organizaciones sociales para la asistencia a las víctimas. En el marco de los procesos penales, la Procuraduría interviene en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. En el procedimiento penal especial de Justicia y Paz tiene la función adicional de actuar como representante de las víctimas indeterminadas de los hechos delictivos¹¹⁶. En la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos, la Procuraduría puede solicitar la apertura del incidente de reparación¹¹⁷. Finalmente, la Procuraduría tiene la responsabilidad de adoptar las medidas para impedir la sustracción, la destrucción o la falsificación de los archivos que pretendan imponer la impunidad¹¹⁸.

E) *La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*

80. Mediante la LJP se creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), compuesta por 12 comisionados, con un carácter mixto y plural (participan cuatro miembros del gobierno nacional, dos miembros del ministerio público, cinco representantes de la sociedad civil y dos representantes de organizaciones de víctimas), y una *vigencia de ocho años*¹¹⁹. La CNRR tiene una oficina nacional

¹¹⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 3 octubre 2008, rad. 30442, M. P. Alfredo Gómez Quintero, Consideraciones de la Sala. Es de anotar que las funciones de agente del ministerio público y defensor de los derechos humanos también son cumplidas por las personerías municipales, las que ante la posible ausencia de la Procuraduría fungirán de ministerio público.

¹¹⁷ Art. 23 LJP.

¹¹⁸ Art. 57 LJP.

¹¹⁹ Véase el art. 50 LJP: “*Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*. Créase la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación integrada por el vicepresidente de la república o su delegado, quien la presidirá; el procurador general de la nación o su delegado; el ministro del Interior y de Justicia o su delegado; el ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; defensor del pueblo, dos representantes de organizaciones de víctimas y el director de la Red de Solidaridad Social, quien desempeñará la secretaría técnica. El presidente de la república designará como integrantes de esta Comisión a cinco personalidades, dos de las cuales, al menos, deben ser mujeres. Esta Comisión tendrá una vigencia de 8 años”.

(con las áreas de Reparación y Atención a Víctimas, Reconciliación, DDR, Grupo de Memoria Histórica, Género y Poblaciones Específicas, y las Áreas Jurídica, Prensa-Comunicaciones y Administrativa-Financiera) y 12 oficinas regionales. Dispone de 69 empleados en la oficina nacional (58 personas con labores misionales y 11 personas con labores administrativas) y 62 en las 12 oficinas regionales¹²⁰. El *presupuesto* asignado por el gobierno para la realización de tareas esenciales para la CNRR, tales como la puesta en funcionamiento de sedes regionales o de áreas de trabajo mediante la contratación de personal ha pasado de asignar 1.300 millones de pesos en 2006 (449.000 Euros aprox.) a 5.829 millones en 2008 (2'010.000 Euros aprox.) y a 8.000, ya aprobados para el 2009 (2'758.620 Euros aprox.), mientras que los recursos provenientes de la cooperación internacional, después de un aumento entre 2006 y 2008 de 2.000 millones de pesos (689.655 Euros aprox.) a casi 6.000 millones (2'068.965 Euros aprox.), son aproximadamente 3.000 millones para el 2009 (1'034.482 Euros aprox.)¹²¹.

81. La CNRR tiene *funciones* de carácter ejecutivo-administrativo, de asesoría y orientación, seguimiento, supervisión y control. Según el artículo 51 LJP, que ha sido reglamentado por el artículo 21 del decreto 4760 de 2005, la CNRR tiene las funciones de (i) garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos, (ii) presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales, (iii) hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y el cabal funcionamiento de las instituciones en esos territorios, (iv) hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución, (v) presentar, dentro del término de dos años contados a partir de la entrada en vigencia de la LJP, ante el gobierno nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara de Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley¹²², (vi) recomendar los criterios para las reparaciones con cargo al Fondo de Reparación a las Víctimas¹²³, (vii) coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, y (viii) adelantar acciones nacionales de reconciliación que

¹²⁰ CNRR, “Informe de Gestión”, 2005-2008, pág. 3, http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/Inf-Gestion2005-2008.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹²¹ *Ibidem*, pág. 6.

¹²² Véase CNRR, “Informe al Congreso, Proceso de reparación a las víctimas-balance actual y perspectivas futuras”, 2007. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informe_congreso2007.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹²³ Véase CNRR, “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, Bogotá”, Abril 2007. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/RCRPR.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Las sedes regionales están respectivamente en Antioquia, Bogotá, Sucre, Nororienté, Atlántico, Putumayo, Nariño, Valle del Cauca, Cesar, Bolívar, Chocó y Llanos Orientales.

busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional¹²⁴.

82. En el marco descentralizado de la CNRR, es importante mencionar la función de las *Comisiones Regionales de Restitución de Bienes* (CRRB), creadas de manera expresa por la ley 975 de 2005. Esta establece su composición y objeto, el cual radica en “propiciar los trámites relacionados con las reclamaciones sobre propiedad y tenencia de bienes en el marco del proceso establecido en la presente ley” (art. 52)¹²⁵. En cuanto a su composición, estarán integradas por un representante de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, quien la presidirá; un delegado de la Procuraduría para Justicia y la Paz; un delegado de la personería municipal o distrital; un delegado del defensor del pueblo; y un delegado del Ministerio del Interior y de Justicia (art. 53). Las CRRB son presididas por la CNRR y desarrollan sus funciones bajo su coordinación y orientación, pero su instalación corresponde al gobierno nacional. Para el año 2009 el Ministerio del Interior y de Justicia junto con la CNRR instalaron las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes en las ciudades de Medellín, Cartagena, Bogotá, Bucaramanga y Sincelejo. Durante el primer semestre de 2010 otras siete comisiones serán instaladas en las ciudades de Barranquilla, Valledupar, Mocoa, Pasto, Villavicencio, Neiva y Cali.

83. Según el Informe de Gestión de la CNRR¹²⁶, esta entidad ha llegado a 294 municipios para brindar información y orientación a las víctimas. La CNRR ha realizado un total de 320 consultas sociales, ha atendido a 93.516 víctimas en todo el país y ha brindado capacitación y atención a 27.845 víctimas en jornadas de capacitación y 5.016 víctimas a través de consultas sociales. Entre febrero y mayo de 2008 fueron consultadas 4.083 víctimas de todo el territorio nacional acerca de sus opiniones e impresiones sobre la reparación integral con ocasión de la elaboración del decreto 1290 de 2008. Se ha ofrecido asesoría y apoyo legal a 12.343 víctimas para el diligenciamiento del formato de registro de hechos atribuibles a grupos armados al margen de la ley con el fin de que sean acreditadas en la UNJP y a 17.131 víctimas para el diligenciamiento y envío de formato de reparación por vía administrativa según el decreto 1290 de 2008. Además, se ha asesorado a 788 víctimas a través de la oficina jurídica sobre hechos delictivos, acompañado a 9.982 víctimas en las versiones libres, recibido y remitido 274 peticiones de víctimas solicitando medidas de protección, elaborando documentos dirigidos a las diferentes entidades con competencia en justicia y paz para que cumplan cabalmente sus funciones y capacitando a 2.768 funcionarios sobre la LJP y los derechos de las víctimas. En el marco de la creación de un programa institucional de *reparación colec-*

¹²⁴ Véase el decr. 3391, art. 19.

¹²⁵ Para lo relacionado con el objetivo, las funciones y el funcionamiento de las CRRB véase también el art. 23 del decr. 4760 de 2005 y los decrs. 176 de 2008 y 964 de 2009.

¹²⁶ CNRR, “Informe de Gestión” (*supra* nota 120), págs. 8-14.

tiva (art. 49 LJP¹²⁷), la CNRR —siguiendo su mandato de elaborar recomendaciones para un programa institucional de reparación colectiva— está participando en el diseño de un plan piloto de reparación colectiva que pretende beneficiar a 7 comunidades con aproximadamente 8.900 familias (35.000 personas)¹²⁸.

84. En relación con la tarea de presentar un *informe público* sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales (art. 52.2 LJP), el Área de Grupo de Memoria Histórica decidió trabajar *casos emblemáticos*, que condenarán procesos de violencias múltiples, que permitirán visibilizar a las víctimas de manera más precisa y ayudarán, al mismo tiempo, a recoger insumos para la construcción del informe final¹²⁹. El primer informe sobre un caso emblemático corresponde a los sucesos violentos de Trujillo ocurridos en el departamento del Valle entre 1988 y 1994, y fue publicado en septiembre de 2008¹³⁰. Durante 2009, se iniciará una segunda fase de investigación con el desarrollo simultáneo de cinco casos (La Rochela, Bojayá, El despojo de tierras y los impactos de la violencia en el movimiento campesino, Memorias de género en la guerra —Costa Atlántica, Resistencia de la sociedad civil— Los casos de La India, la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y las Guardias Indígenas del Cauca—)¹³¹.

85. Para cumplir con el mandato de hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización de los miembros de GAOML (art. 52.3 LJP), el Área de DDR realiza actualmente un seguimiento y verificación de los procesos de DDR en el ámbito regional por medio de sus asesores en las sedes regionales y mediante alianzas estratégicas con instituciones públicas locales, organizaciones de la sociedad civil y orga-

¹²⁷ Art. 49, LJP: “*Programas de reparación colectiva*. El gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.

¹²⁸ Se trata de los planes pilotos de reparación colectiva en los casos El Salado, Carmen de Bolívar, Bolívar (300 familias-1.500 personas aproximadamente), Libertad, San Onofre, Sucre (1.400 familias-7.000 personas aproximadamente), El Tigre, Valle Guamuez, Putumayo (800 familias-3.200 personas aproximadamente), Buenos Aires, Cauca (3.600 familias-18.000 personas aproximadamente), La Gabarra, Norte de Santander (3.000 familias-15.000 personas aproximadamente), Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare ATCC, Santander (1.800 familias-9.000 personas aproximadamente), Asociación Caminos de Esperanza-Madres de La Candelaria, Medellín (1.000 familias-5.000 personas aproximadamente), véase CNRR, “Informe de Gestión” (*supra* nota 120), pág. 16-17.

¹²⁹ Entrevista con IVÁN OROZCO ABAD (*supra* nota 68).

¹³⁰ CNRR, “Área de Memoria Histórica, Trujillo: una tragedia que no cesa”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/Trujillo_informe.pdf (visitado el 10 de noviembre de 2009).

¹³¹ CNRR, “Informe de Gestión” (*supra* nota 120), pág. 22.

nizaciones de víctimas con el fin de dar a conocer al país próximamente su segundo informe, después de que publicara su primer informe en septiembre de 2007¹³².

86. La CNRR cumplió con los mandatos de presentar un *informe* acerca del proceso de *reparación* a las víctimas de los GAOML (art. 52.5 LJP) y recomendar los criterios para las reparaciones (art. 52.6 LJP) mediante la presentación del “Informe al Congreso, Proceso de reparación a las víctimas—balance actual y perspectivas futuras”¹³³ y el documento “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa”¹³⁴. En relación con la función de coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la *Restitución de Bienes* (art. 52.7 LJP, decrs. 176 de 2008, 694 de 2009, en adelante CRRB), la gestión adelantada por la CNRR para lograr la realización del derecho de las víctimas a la restitución de sus bienes, abarca la formulación de un Programa de Restitución de Bienes, la instalación y puesta en marcha de las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes y de los Comités Técnicos Especializados regionales, y el acompañamiento, análisis y ejecución de estrategias frente a las solicitudes de las víctimas¹³⁵. La primera CRRB se instaló el 10 de julio de 2009 en Medellín¹³⁶.

87. Con el fin de adelantar acciones nacionales de *reconciliación* que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional (art. 52 (8) LJP, art. 19 del decr. 3391 de 2006), la CNRR impulsa *programas restaurativos* dirigidos a atender el desarrollo humano y social de las víctimas, las comunidades y los ofensores, con el fin de que se restablezcan los vínculos sociales. Mediante acciones encaminadas a propiciar la reconstrucción personal de la víctima y el victimario como sujetos sociales, de las relaciones entre ellos, y de ellos con la comunidad, se pretende recuperar la situación emocional de la población afectada y fortalecer las organizaciones sociales, a través de capacitación especializada. Además, la CNRR ha ofrecido un acompañamiento en los procesos de reconciliación para estimular la participación activa y responsable de las víctimas, las comunidades y los ofensores, e impulsar la vinculación de las víctimas y de los desmovilizados a proyectos productivos o programas de generación de ingresos y capacitación vocacional que posibiliten su acceso a empleos productivos, estimulando el apoyo por

¹³² CNRR, “Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informeDDR.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹³³ CNRR, “Informe al Congreso, Proceso de reparación a las víctimas—balance actual y perspectivas futuras” (*supra* nota 122).

¹³⁴ CNRR, “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa” (*supra* nota 123); sobre el plazo para la presentación del informe, véase el art. 16 del decr. 3391 de 2006 y el decr. 551 de 2007.

¹³⁵ CNRR, “Informe de Gestión” (*supra* nota 120), págs. 24-25.

¹³⁶ Presidencia de la República de Colombia, Arrancó Programa de Restitución de Bienes. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/julio/10/05102009.html> (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

parte del sector privado y la sociedad civil para facilitar su reinserción social¹³⁷. En cuanto a la función de propiciar la *colaboración* armónica entre las entidades y órganos del Estado para lo cual la CNRR propondrá mecanismos expeditos de interlocución con el fin de que las actividades sean desarrolladas de manera oportuna y eficiente (art. 21, num. 2 del decret. 4760 de 2005), las oficinas regionales tienen la función de contribuir a la coordinación interinstitucional y fortalecimiento a organizaciones.

F) *Acción Social, el Fondo de Reparación y el Programa Administrativo de Reparación Individual*

88. La Agencia Presidencial para Acción Social y la Cooperación Internacional —Acción Social— a través de la Subdirección de Atención a Víctimas de la Violencia es la entidad encargada de la administración del *Fondo para la Reparación* de las Víctimas y el Programa de Reparación Individual por vía administrativa¹³⁸. El Fondo de Reparación está integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras¹³⁹, y es administrado como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el director de Acción Social¹⁴⁰. Acción Social tiene a su cargo, de acuerdo con el presupuesto asignado para el Fondo, las funciones de liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley, administrar el Fondo para la reparación de víctimas, y adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar¹⁴¹. En el caso de los bienes de origen legal o ilegal y entregados al fondo de reparación, se trata de bienes entregados durante los actos de las desmovilizaciones colectivas o individuales, o provenientes de la entrega posterior de carácter colectivo o individual por parte de miembros de los grupos desmovilizados. Además de la entrega de bienes durante las desmovilizaciones colectivas, se han realizado 73 actos de entrega de bienes al Fondo de Reparación posteriores a la desmovilización colectiva¹⁴². Para la reparación de las

¹³⁷ Véase los ejemplos mencionados en CNRR, “Informe de Gestión” (*supra* nota 120), págs. 26-27.

¹³⁸ Véase Acción Social. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. Disponible en <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=297&conID=1736> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹³⁹ Inc. 2º del art. 54 LJP.

¹⁴⁰ Inc. 1º del art. 54 LJP.

¹⁴¹ Art. 55 LJP.

¹⁴² Véase <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=455&conID=1667> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Los 73 actos de entrega de bienes se refieren a entregas realizadas por 31 individuos y 7 bloques. Es de resaltar que en muchos casos los desmovilizados han ofrecido bienes o los magistrados de control de garantías han dictado medidas cautelares sobre los bienes de desmovilizados, pero hasta el momento los bienes no han sido recibidos por Acción Social. Sobre las formas de despojo de tierras, véase CNRR-GMH, *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*, Bogotá, 2009.

víctimas, se han entregado 43 inmuebles, 12 vehículos, 5.166 semovientes y 3.359.428.844 pesos¹⁴³. Del total de los bienes ofrecidos por los postulados (397 inmuebles, 30 vehículos, 6.832 semovientes y 3.929.836.779 pesos), se encuentran en proceso de verificación 354 inmuebles, 18 vehículos, 1.666 semovientes y dinero con el valor de 561.407.935 pesos. Adicionalmente, la Unidad de Justicia y Paz ha solicitado ante los MCG medidas cautelares sobre 100 inmuebles, 3 vehículos y 2.517.605.814,00 pesos. Hasta octubre de 2008, el Fondo de Reparación contaba con bienes evaluados en 12.743.570.628 pesos¹⁴⁴. A finales de septiembre de 2009, el Fondo contaba con 28.338.896.604,00 pesos aprox. (9'790.000 Euros aprox.)¹⁴⁵.

89. El *Programa Administrativo de Reparación Individual*¹⁴⁶ está a cargo de Acción Social y el Comité de Reparaciones Administrativas¹⁴⁷, y prevé el pago de indemnizaciones a víctimas de conductas delictivas contra determinados bienes jurídicos¹⁴⁸ y la posibilidad de otorgar otras medidas de reparación¹⁴⁹. El gobierno nacional ha estimado una suma de 7 billones de pesos provenientes del presupuesto nacional para la financiación de los pagos indemnizatorios en los próximos 10 años¹⁵⁰. Según cifras oficiales, hasta el 3 de julio de 2009, hay 237.759 solicitudes (con 82.592 solicitudes de Antioquia, 14.484 del Valle, 9.230 de Nariño, 8.626 del Cesar y 8.564

¹⁴³ Véase http://www.cnrr.org.co/bcnrr/numero10/CNRR_boletin10justiciaypaz.pdf (visitado por última vez el 15 de noviembre de 2009).

¹⁴⁴ Véase Departamento Nacional de Planeación. Disponible en http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/DJS/DJS_Presentaciones/27_10_08_Paola_Buendia.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁴⁵ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz del 30 de septiembre de 2009 (documento inedito); dinero en efectivo constituido en bancos (96.023.233,00 pesos), en TES (8.530.378.096,00 pesos), bienes inmuebles (17.728.000.000,00 pesos según avalúos técnicos) y bienes muebles (1.984.495.275,00 pesos según avalúos técnicos).

¹⁴⁶ Decr. 1290 del 22 abril 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”. Publicado en el *Diario Oficial* 46.968, 22 abril 2008.

¹⁴⁷ Decr. 1290 de 2008, arts. 1º y 15.

¹⁴⁸ Según el art. 2º del decr. 1290 de 2008, el programa de reparación administrativa comprende los siguientes derechos fundamentales que hubieren sido objeto de una vulneración por parte de un grupo armado organizado al margen de la ley: vida, integridad física, salud física y mental, libertad individual, libertad sexual. A título de la indemnización, de acuerdo con los derechos fundamentales violados, el art. 5º del decr. 1290 de 2008 prevé las siguientes sumas de dinero: 40 salarios mínimos mensuales legales (SMML), para homicidio, desaparición forzada y secuestro, hasta 40 SMML para lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente, hasta 30 SMML para lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente, 30 SMML para tortura, 30 SMML para delitos contra la libertad e integridad sexual, 30 SMML para reclutamiento ilegal de menores, y hasta 27 SMML para desplazamiento forzado.

¹⁴⁹ Véase los arts. 4º, 6º, 7º, 8º y 9º del decr. 1290 de 2008.

¹⁵⁰ CNRR, “Primera entrega de reparación vía administrativa”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1697> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

del Cauca)¹⁵¹. Las primeras entregas de las indemnizaciones se realizaron el 5 de julio de 2009 en Popayán para 300 víctimas, el 12 de julio de 2009 en Montería para 279 víctimas y el 26 de julio de 2009 en Medellín para 591 víctimas¹⁵². El número total de beneficiarios hasta finales de julio de 2009 asciende aproximadamente a 4.700 víctimas. Hasta finales del año 2009 se pretende indemnizar a un total de 10.000 personas con un presupuesto de 200 mil millones de pesos¹⁵³. El Comité de Reparaciones Administrativas ha priorizado las reclamaciones de víctimas de minas antipersona, violencia sexual y reclutamiento forzado¹⁵⁴, en razón de su vulnerabilidad y la gravedad de los hechos. En ese sentido, las primeras indemnizaciones entregadas han correspondido a estos casos priorizados y a los casos resueltos por orden cronológico¹⁵⁵.

G) Comentarios

90. El aparato institucional vinculado al proceso de justicia y paz es reflejo fundamental del marco institucional que soporta el trabajo de la justicia penal ordinaria en Colombia. A pesar de los deberes específicos que dichas instituciones asumen en los asuntos de justicia y paz, y del complemento particular que le dan ciertas comisiones vinculadas a los asuntos de transición por mandato de la LJP, el marco institucional de esta última no logra desprenderse del andamiaje y mentalidad que se ha instalado en el desarrollo de funciones de la justicia ordinaria. Esto se refleja, por un lado, en el *trabajo interinstitucional descoordinado* de las instituciones vinculadas a justicia y paz y *entre los mismos funcionarios de una institución*¹⁵⁶. Por otro lado,

¹⁵¹ CNRR, “Ruta de la reparación administrativa llegó a 521 familias antioqueñas”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1765> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁵² Véase CNRR, “Inicia entrega de reparación vía administrativa” Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1685> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); CNRR, “Continúa jornada de reparación individual por vía administrativa”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1733> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); CNRR, “Turno de la reparación administrativa llega este domingo a Medellín”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1760> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁵³ CNRR, “Todo esfuerzo que se haga por la reparación ayuda a que el dolor no se convierta en odio ni en venganza: Presidente Uribe”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1739> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁵⁴ El art. 5° del decr. 1290 de 2008 prevé una indemnización de 40 salarios mínimos legales vigentes en el caso de lesiones de carácter permanente y 30 salarios mínimos legales vigentes para casos de violencia sexual y el reclutamiento de menores (un salario mínimo para 2009 equivale a 496.900 pesos colombiano o aprox. 167 euros).

¹⁵⁵ Véase Centro Internacional para la Justicia Transicional, Las lecciones que dejan las primeras reparaciones administrativas, disponible en: <http://reparaciones.ictjcolombia.org/edicion2/06reparaciones.html> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁵⁶ Esto claramente resultó de nuestra visita a la región piloto (costa caribe) en agosto de 2009, ver informe AMBOS/BERNAL, Visita a región piloto, 25.08.2009 y las entrevistas/reuniones documentadas en Anexos, 5.

en una *burocratizada estructura organizativa* que sostiene el trabajo de las aludidas instituciones en el cuerpo de la LJP y otros escenarios ordinarios en las que normativamente, también, desarrollan otros deberes. A manera de ejemplo, un visible plano donde puede observarse las repercusiones del complicado y burocratizado andamiaje político y organizativo es el relativo a la reparación de las víctimas.

91. A pesar de los avances en materia de reparación de las víctimas a través de las distintas rutas diseñadas por la LJP (la reparación judicial, el programa institucional de reparación colectiva y el programa administrativo de reparación individual), prevalecen *dificultades normativas y prácticas* para garantizar una reparación adecuada, eficaz y rápida de las víctimas. En este contexto cabe mencionar la sentencia T-085 de 2008 de la Corte Constitucional, en la cual analizó el impacto de la reparación judicial y la reparación administrativa previstas en la LJP y el decreto 1290 de 2008 en casos de desplazamiento forzado causado por grupos armados ilegales. La Corte concluyó que ninguno de los mecanismos de reparación diseñados por la LJP se presenta actualmente como un mecanismo rápido, efectivo y adecuado para la reparación de las víctimas¹⁵⁷. Por lo tanto, la Corte, ante las deficiencias identificadas, ordenó en abstracto la indemnización del daño causado por el desplazamiento, que habrá de liquidarse mediante incidente como lo dispone el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, específicamente, ante un juez de circuito administrativo¹⁵⁸.

92. Con el *Proyecto de ley 044/2008 Cámara, 157/07 Senado* “por el cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”, que fue presentado el año 2007 por el senador liberal Juan Fernando Cristo como fruto de un consenso entre distintos sectores, incluidas las víctimas, se buscaba contribuir a una política de Estado para las víctimas de graves violaciones de DDHH, de graves infracciones al DIH y de sus derechos. Luego de su aprobación en el Senado, los representantes de la Cámara Jorge Humberto Mantilla y Fernando de la Peña presentaron un nuevo proyecto, apoyado por el gobierno, proyecto aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, lo que provocó el rechazo de las víctimas y de grupos de derechos humanos¹⁵⁹. Luego de varias sesiones en la Cámara

¹⁵⁷ CC, sent. T-085 del 16 febrero 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería, III.4.3.

¹⁵⁸ *Ibidem*, III.4.4; la decisión es interesante en el sentido que la Corte Constitucional crea una nueva ruta de reparación para víctimas del conflicto armado a la luz de las deficiencias de los mecanismos de Justicia y Paz.

¹⁵⁹ “Aprueban ley de víctimas del gobierno”, 13 de noviembre de 2008. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/la-historia/periodo4/entrega-de-bienes-de-victimarios/542-aprobada-version-gubernamental-de-la-ley-de-victimas> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); Amnistía Internacional, “La ‘Ley de víctimas’ es discriminatoria”, 25 de noviembre de 2008. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/ley-victimas-colombia-discriminatoria-20081125> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). El gobierno, por medio de su Ministro del Interior indicó que el proyecto de ley no es discriminatorio, pues el concepto de víctimas comprende también a aquellas que sean objeto de delitos por agentes del Estado. El hecho de establecerse una vía procesal diferente para los distintos tipos de víctimas no implica una violación a la resolución 60/147

de Representantes, en las cuales no se lograba obtener consenso en cuanto al contenido del proyecto de ley, fue aprobado un texto que reprodujo en gran medida el proyecto que ya había sido aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Este texto contenía una serie de puntos controvertidos, entre los cuales se pueden destacar la distinción entre las víctimas de los GAOML y de la fuerza pública en materia de acreditación del daño y acceso a la reparación administrativa, la solidaridad como fundamento normativo de la obligación estatal de reparar, la falta de una distinción clara entre los conceptos de ayuda humanitaria, reparación y servicios sociales, el de la limitación de la restitución a bienes inmuebles, la incorporación de la tabla del decreto 1290 para los montos de indemnización, la exclusión de las víctimas futuras y aspectos relacionados con la interpretación favorable de las disposiciones¹⁶⁰.

93. Después de haberse aprobado el proyecto favorecido por el gobierno, al día siguiente, la Comisión de Conciliación del Congreso optó por un texto de conciliación que recogía gran parte del proyecto aprobado anteriormente en el Senado. Sin embargo, y en virtud de las presiones ejercidas por el gobierno a la banca oficialista, esta rechazó finalmente el proyecto en el Senado¹⁶¹. Para argumentar el rechazo se esgrimieron razones de orden económico, fundamentadas por el Ministerio de Hacienda¹⁶². El gobierno indicó que aprobar el proyecto, tal cual lo presentó la Comisión de Conciliación del Senado le implicaría al Estado desembolsar 80 billones de pesos, suma mucho mayor a los 22 billones que tenía pensado desembolsar el gobierno en favor de las víctimas¹⁶³. Si bien la preocupación económica no se puede rechazar como ilegítima en tiempos de una crisis global financiera para evitar un desfaldo financiero de las arcas fiscales, se debe tomar en cuenta que una ley de víctimas se encuentra enmarcada dentro de un proceso de

de Naciones Unidas, ver en “Ley de víctimas no es discriminatoria”, 8 de diciembre de 2008. Disponible en <http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo97101-ley-de-victimas-no-discriminatoria-gobierno> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁶⁰ Texto aprobado en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes del Proyecto de ley 044/08 —CÁMARA— 157/07 —SENADO— “por la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”. Disponible en http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/044_08ctexaproencomision.doc (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

¹⁶¹ Secretaría de Prensa, Noticias, “Comunicado”, 18 de junio de 2009. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/05182009.html> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); “Colombia: Uribe pide a los legisladores no aprobar la ley de víctimas”, 18 de junio de 2009. Disponible en http://www.infolatam.com/entrada/colombia_uribe_pide_a_los_legisladores_n-14513.html (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁶² Los detalles del informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia se encuentran disponibles en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/carta.pdf> (visitado por última vez el 31 de junio de 2009).

¹⁶³ Secretaría de Prensa, Noticias, “Palabras del presidente Álvaro Uribe en el seminario ‘Pobreza, desarrollo y ODM’, en la Universidad de la Salle”, 18 de junio de 2009. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/07182009.html> (visitado por última vez el 31 de junio de 2009).

reconciliación y paz. En ese entendido, “... la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad política de quienes definen las normas de presupuesto...”¹⁶⁴. Y aún más, para el cumplimiento de los fines del proceso de paz, la propia Corte Constitucional ha puesto énfasis en la necesidad de adoptar las medidas de reparación adecuadas, como contrapartida a la reducción de las penas establecidas en la ley¹⁶⁵.

94. Otro argumento que pesó en la decisión del gobierno de no apoyar el proyecto radica en su postura de exigir una sentencia judicial para la acreditación de la calidad de víctima de agentes estatales para el acceso a la reparación administrativa. Ello ha sido expresamente reconocido por el Presidente Uribe al afirmar que no apoyaría una ley que trata de igual forma a “terroristas, soldados y policías”¹⁶⁶. Este tratamiento diferencial ha sido criticado como violatorio de principios y estándares internacionales¹⁶⁷. Para el momento, ya se han presentado dos nuevos proyectos para una ley de víctimas en el nuevo período legislativo¹⁶⁸, así que se trata de un tema todavía en discusión.

95. A los *problemas* de definición de los lineamientos normativos, panorámicamente advertidos en el capítulo primero, se suman los *institucionales-organizativos*. Estos últimos deben resolver un amplio margen de vacíos y falencias que entorpecen el trabajo coordinado en muchos puntos comunes a las entidades que configuran el marco institucional de justicia y paz. Con los problemas de gestión, debe advertirse paralelamente la falta de planeación del trabajo, ya que la mayoría de los funcionarios visitados en las mencionadas instituciones orientan su trabajo en la medida en que lo exijan las necesidades y problemas, pero en su desempeño resultan ser poco determinantes criterios institucionales.

96. Entre otros puntos, debe advertirse las implicaciones de la *centralización* del componente judicial, especialmente de las salas de conocimiento y, con ello, las funcio-

¹⁶⁴ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1), secc. 6.2.4.1.15.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ “Uribe dice que rechazó ley de víctimas porque «trataba igual a terroristas, soldados y policías»”, 2 de junio de 2009. Disponible en <http://www.semana.com/noticias-conflicto-armado/uribe-dice-rechazo-ley-victimas-porque-trataba-igual-terroristas-soldados-policias/125419.aspx> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); ver también “Colombia: Ley de Víctimas rechazada en el Senado, Uribe no la apoyó”, 18 de junio de 2009. Disponible en http://www.infolatam.com/entrada/colombia_ley_de_victimas_rechazada_en_el-14516.html (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁶⁷ Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, “Oficina de la ONU para los derechos humanos lamenta hundimiento del proyecto de ley de víctimas”, 23 de junio de 2009. Disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2009/comunicados2009.php3?cod=17&cat=74> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁶⁸ Véase el Proyecto de ley núm. 001 de 2009 Cámara, “por medio de la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”, del 20 de julio de 2009, y el Proyecto de ley núm. 036 de 2009 Cámara, “por la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”; para los textos de los dos proyectos, véase <http://www.observatorio.derechoshumanosypaz.org/agenda.php> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

nes de representación de víctimas especialmente por la Defensoría del Pueblo en el marco del incidente de reparación integral. En lo primero, debe llamarse la atención sobre las inconveniencias que estimuló la centralización de los jueces de conocimiento en la ciudad de Bogotá, pues con ello se redefine toda la logística del *traslado de víctimas y postulados* a la LJP. La necesidad de trasladarse desde regiones muy lejanas hasta la capital de Colombia es, en esencia, un factor de disuasión especialmente para muchas víctimas que no tienen los recursos y facilidades económicas para su desplazamiento¹⁶⁹. De igual manera, respecto a los postulados, su movilización implica el uso de muchos recursos y la exposición del personal operativo y de los postulados a factores de riesgo que serían menores si los asuntos que competen a las salas de conocimiento pudieran resolverse en las regiones donde se encuentran los reclusos¹⁷⁰.

97. Por otro lado, debe mencionarse también la *deficiente atención a las víctimas* por parte de los *defensores públicos*. En ella influyen muchos factores como la falta de recursos, de personal y, también, la falta de compromiso de muchos defensores. En este último punto se ha comprobado que muchas víctimas llegan a ser representadas pero no han hablado en ningún momento con sus representantes legales. Otras solo han podido conversar por teléfono con sus abogados. Son muchas las víctimas que no han tenido contacto directo con su defensor y no han visto el rostro (“principio de realidad”) de su abogado. En esa misma línea, debe criticarse el trabajo de *Acción Social*, fundamentalmente por su ausencia e, incluso, a veces, por el maltrato a las víctimas de parte de alguno de sus funcionarios¹⁷¹. Si bien es cierto que Acción Social no actúa directamente en el proceso judicial sí es importante que haga presencia en dichas diligencias para tener una relación directa con las víctimas que, en la mayoría de los casos, no han obtenido ninguna información sobre su reclamación administrativa y muchas de ellas, no han tenido la asesoría para hacerlo.

98. Como consecuencia de estos problemas, la *asistencia a las víctimas* recae casi exclusivamente en la *Fiscalía*, distrayendo de esta manera una parte importante de su función principal en materia de investigación. Al hacerse también cargo la Fiscalía de los demás intereses de las víctimas, se evidencia claramente la razón del ineludible *retraso* en el tiempo. Particularmente la reconstrucción completa de la verdad, exigida por la ley, junto a la obligación de perseguir todos los delitos penales perpetrados por una persona, ocasionan la *parálisis* de una rápida y efectiva persecución penal. Y gran parte de la población esperará como señal de cambio una pronta reacción por parte del Estado frente a los victimarios. Así mismo se detectan muchos problemas en la atención a las víctimas, por ejemplo, en escenarios como el de las *Comisiones Regionales de Restitución de Bienes*. En primer lugar, existe

¹⁶⁹ Así mismo Barra Académica de la Defensoría del Pueblo, reunión del 13.08.2009.

¹⁷⁰ Véase informe AMBOS/BERNAL (*supra* nota 156).

¹⁷¹ *Ibidem*.

consenso frente a que la principal dificultad de las CRRB radica en su *composición*, pues estarían integradas por instituciones —los organismos de control (Procuraduría, Defensoría del Pueblo, personerías), un representante del Ministerio del Interior y de Justicia y un miembro de la CNRR— que no son las más adecuadas para asumir un trabajo específico que se exige para su buen funcionamiento. Por el contrario, para la mayoría de estas instituciones el trabajo en las CRRB se constituiría como una función adicional dentro de las muchas que ya poseen en las regiones. Por otra parte, en muchos lugares estas instituciones no cuentan con los instrumentos adecuados ni con el personal especializado que una labor así requiere. Otra limitación que se presenta para poner en práctica medidas de restitución de bienes es la falta de cifras claras sobre el despojo, la falta de reglas específicas sobre la carga de la prueba en el marco de un proceso judicial sobre el despojo, los limitados recursos físicos y humanos para atender las solicitudes de las víctimas, y la escasez de bienes ofrecidos o entregados voluntariamente por miembros desmovilizados de grupos armados¹⁷².

4. FASE ADMINISTRATIVA

99. La política de transición a la paz, orientada en la LJP, sustenta su inicio en la lógica del *cese de hostilidades*. El rompimiento militar hecho ante las autoridades competentes, conforme a los criterios de licenciamiento que la ley dispone, se proyecta como el primer y fundamental ejercicio de preparación para el comienzo del trámite de conducción al régimen alternativo de pena. Para dicho alistamiento la LJP contempla una fase administrativa, en la cual se quiebra la vinculación armada de los integrantes de GAOML. De este modo, en dicho momento se confecciona la *dejación de armas* y se disuelven las formaciones paramilitares o guerrilleras, ya sea como unidades armadas o solo por medio de uno de sus integrantes. Junto con la desmovilización, dejación de armas y las primeras asistencias de manutención a excombatientes, se hace una conexión con la jurisdicción penal de “justicia y paz” por medio de la cual se informa a las autoridades judiciales quiénes optaron por acceder al régimen especial de pena. Esa conexión es coordinada por el Alto Comisionado para la Paz, en el caso de unidades militares, o por el Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (en lo sucesivo PAHD) del Ministerio de Defensa, en el caso de desertiones o entregas voluntarias de integrantes de grupos irregulares. Dicha adhesión es canalizada por el Ministerio del Interior y de Justicia, el cual hace llegar a la FGN la información requerida para el inicio del trámite judicial (*postulación*).

A) Desmovilizaciones

100. La desmovilización es el *primer paso* de la fase administrativa, consistente en el acto por medio del cual se licencia o desmantela, de manera formal, un grupo

¹⁷² Observaciones de Claudia Vizcaino, funcionaria del área jurídica de la CNRR, sobre el papel de las CRRB, email 3 de noviembre de 2009.

armado organizado al margen de la ley activo¹⁷³. Entre sus propósitos se encuentra la ruptura o quiebre de estructuras de combate, que permite la consolidación del tránsito a la vida civil de los desmovilizados. En este escenario, especialmente de manera colectiva, se realizan concentraciones de combatientes para lograr su registro y desarme, logrando de este modo su dimisión formal.

101. Según el artículo 9° de la ley 975 la desmovilización¹⁷⁴ es entendida como un *acto de dejación de armas y abandono del GAOML* realizado ante autoridad competente. La ley diferencia, según las prácticas de desmovilización previa y su respectivo marco normativo¹⁷⁵, dos formas de desmovilización: colectiva e individual. La primera está sujeta a las condiciones de elegibilidad del artículo 10¹⁷⁶, mientras que la segunda exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11¹⁷⁷.

102. Los procesos *colectivos* se mantienen bajo responsabilidad directa del Alto Comisionado para la Paz, siendo sus etapas más importantes: 1) la sensibilización, preparación y adecuación; 2) la concentración, desmovilización y verificación¹⁷⁸; 3)

¹⁷³ COLIN GLEICHMANN, *Desarme, desmovilización y reintegración. Guía teórica y práctica*, Frankfurt am Main, Colegio Sueco para la Defensa Nacional (FHS), Centro Noruego para la Defensa Internacional (FSS), Centro Canadiense para el mantenimiento de la Paz (PPC) y Cooperación Técnica Alemana (GTZ), 2004, pág. 49.

¹⁷⁴ Ley 975, art. 9°. “*Desmovilización*. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente. La desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley se realizará de acuerdo con lo establecido en la ley 782 de 2002”.

¹⁷⁵ También en las leyes 418 de 1997, 782 de 2002 y los decretos 128 de 2003, 3360 de 2003, 4760 de 2005, 880 de 2008 y 1059 de 2008 se forma el soporte jurídico de este primer momento de la fase administrativa. Especialmente el decreto 128 de 2003 y el decreto 395 de 2007, modificadorio del primero, delimitan los pasos del proceso de desmovilización y de reincorporación a la vida civil, estableciendo los beneficios preliminares correspondientes y los propios del momento de reincorporación.

¹⁷⁶ Ley 975, art. 10. “*Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva*. a) que sea en cumplimiento de acuerdos con el gobierno nacional; b) que se encuentren en el listado que el gobierno remita a la Fiscalía General de la Nación; c) que entreguen los bienes producto de la actividad ilegal; d) que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados; e) que el grupo cese toda actividad ilícita e interferencias frente a los derechos políticos y libertades públicas; f) que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o enriquecimiento ilícito; g) que liberen las personas que tengan secuestradas” (en la sent. C-370 de 2006, este aparte fue declarado condicionalmente exequible, “en el entendido de que también debe informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas”).

¹⁷⁷ Ley 975, art. 11. “*Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual* a) La entrega de información o colaboración con el desmantelamiento del grupo; b) que haya suscrito un acta de compromiso con el gobierno nacional; c) que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el gobierno nacional para tal efecto; d) que cese toda actividad ilícita, y e) que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima”.

¹⁷⁸ La concentración, verificación y desmovilización suponen a la vez la creación de zonas de ubicación temporal o los llamados “circuitos jurídicos” o “circuitos judiciales” de la desmovilización, que tienen por objeto identificar a quienes se desmovilizan, registrar su pertenencia a la estructura

el inicio de procesos de reincorporación. En las desmovilizaciones *individuales*, la desmovilización y dejación de armas propiamente tal, es certificada por el Comité de Dejación de Armas (en adelante CODA); respecto de la entrega de información o colaboración relacionada con el desmantelamiento del GAOML, la certificación la realiza el PAHD del Ministerio de Defensa¹⁷⁹. En el marco normativo se destaca la posibilidad que tienen los privados de libertad para, de manera individual o colectiva, postular al procedimiento de la ley 975¹⁸⁰. La misma facultad se extiende también a los miembros de grupos guerrilleros que se encuentren en igual situación¹⁸¹.

a) *Desmovilizaciones colectivas*

103. Desde noviembre de 2003 hasta agosto de 2009 se han desmovilizado colectivamente 31.671 miembros de las autodefensas¹⁸². Se destaca que hasta la fecha no existe ninguna desmovilización de bloques o frentes de las FARC-EP, ni del ELN o disidencias; al contrario, han sido más de 40 agrupaciones de las AUC desmovilizadas. De la cifra total a 2009, el 94 por ciento correspondió a hombres y 6 por ciento a mujeres¹⁸³. Los licenciamientos colectivos consisten en la *presentación grupal* de un GAOML o una parte del mismo para abandonar las actividades bélicas, previo acuerdo con el gobierno nacional y el concomitante cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10 de la LJP¹⁸⁴. Dichos acuerdos son gestionados por el Alto Comisionado para la Paz¹⁸⁵, con quien se definen las condiciones del proceso. En un primer momento, previo a la desmovilización, los integrantes del GAOML reciben una introducción sobre el desarrollo del proceso y sus alcances. Luego dichos integrantes se concentran en *zonas de ubicación* temporal

armada ilegal y verificar su pasado judicial para la dictación de la resolución judicial mediante la cual la Fiscalía General de la Nación se inhibe de procesarlos.

¹⁷⁹ Véase decr. 128 de 2003 y decr. 423 de 2007.

¹⁸⁰ Véase decr. 3391 de 2006 y decr. 4719 de 2008.

¹⁸¹ Véase decr. 1059 de 2008.

¹⁸² Véase Alto Comisionado para la Paz, Proceso de Paz, Presentación general, disponible en www.altocomisionadopalapaz.gov.co/web/g_autodefensa/dialogos.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Las desmovilizaciones de los miembros de GAOML son procedentes dentro del marco de la ley 1106 de 2006 hasta el 21 de diciembre de 2010, pero los hechos cobijados por la alternativa penal consagrada en la ley 975 deben haber tenido ocurrencia antes del 25 de julio de 2005 (véase ya *supra* parg. 47).

¹⁸³ Véase Fundación Ideas para la Paz, “Estadísticas sobre reinserción en Colombia 2002-2009”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/conflictynynegociacion/estadisticas.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹⁸⁴ Véase *supra* nota 176.

¹⁸⁵ Decr. 3391 de 2006, art. 1º, parg. 1º. “Para todos los efectos procesales, el Alto Comisionado para la Paz certificará la fecha de iniciación del proceso de paz con miras a la desmovilización y reinserción del respectivo grupo en concordancia con lo dispuesto por la ley 782 de 2002. Tratándose de desmovilización individual la certificación corresponderá al Comité Operativo para la dejación de Armas-CODA”.

para su desmovilización y verificación, con lo cual se clarifica la situación jurídica del desmovilizado para determinar el marco normativo al cual se acogerá. En el *circuito judicial*¹⁸⁶, es decir, las zonas donde se concentran los GAOML para la desmovilización y entrega de armas, se identifican los desmovilizados, se levanta un acta dejando constancia de su pertenencia al GAOML y se verifican sus antecedentes penales.

104. También para la verificación señalada, los voceros del grupo entregan un *listado* con el nombre de las personas desmovilizadas colectivamente, el que se confecciona de acuerdo a lo dispuesto en el decreto 3360 de 2003¹⁸⁷. Este texto propone como forma de comprobar la calidad de miembro de un GAOML, entre otros, “el reconocimiento expreso de los voceros o representantes del mismo” En ese sentido, los líderes de los bloques identifican en el listado a los miembros de la estructura que ellos comandan, para luego entregarlo al Alto Comisionado para la Paz, y ser remitido posteriormente a la FGN por medio del Ministerio del Interior y de Justicia.

b) *Desmovilizaciones individuales*

105. Las desmovilizaciones individuales consisten en una forma especial de abandono de GAOML y de dejación de armas, en las que se intenta desarticularlos a partir de *deserciones*. Para ello se ofrece una serie de beneficios socio-económicos y jurídicos que estimulan la decisión de los combatientes de romper filas. En el fondo, se promueve la desarticulación de los GAOML desde su base, provocando así una afectación moral y militar ante la colaboración que uno o más de sus integrantes realizan al Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior. Desde agosto de 2002 a enero de 2009 se han presentado voluntariamente un total de 18.168 integrantes de GAOML, lo que ha representado un 36 por ciento de la cifra global de desmovilizados. El número más alto corresponde a las FARC-EP con 11.601, AUC con 3.682, ELN con 2.417 y otros con 468. Del total de desmovilizados, 17 por ciento fueron mujeres, 83 por ciento hombres; de todos ellos 14 por ciento fueron

¹⁸⁶ El art. 8° de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y por el art. 3° de la ley 782 de 2002, faculta al gobierno para acordar, de considerarlo conveniente, la ubicación temporal de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, con los que se adelanten diálogos, negociaciones o acuerdos, en zonas precisas y determinadas del territorio nacional o internacional.

¹⁸⁷ Decr. 3360 de 2003, art. 1°: “Cuando se trate de desmovilización colectiva en el marco de acuerdos con el gobierno nacional, la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una *lista* de *desmovilizados* suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad.

”Esta lista debe ser recibida y aceptada por el Alto Comisionado para la Paz.

”La lista de que trata el presente artículo habilita al desmovilizado para acceder al proceso de reincorporación y sustituye, para todos los efectos, la certificación expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, Coda”.

menores de edad. En el lapso mencionado, el promedio mensual de desmovilizaciones individuales es de 232,92, siendo atendidas el 86 por ciento de todas las presentaciones por las unidades de fuerzas militares y policiales¹⁸⁸.

106. El régimen de desmovilización individual está orientado fundamentalmente por la ley 418 de 1997, modificada por la ley 548 de 1999 y la ley 782 de 2002, y reglamentada, entre otros, por los decretos 128 de 2003, 2767 de 2004 y 395 de 2007. En los asuntos de competencia de la ley 975 se sigue específicamente lo ordenado por el artículo 11 de la misma¹⁸⁹. La desmovilización y el acceso a los primeros beneficios¹⁹⁰ supone como momento inicial y fundamental la *presentación personal* de guerrilleros o paramilitares ante la autoridad civil o militar¹⁹¹. En dicha presentación deberá entregarse el material de guerra, en caso de poseerse, como la información de las actividades del grupo al que se pertenecía. Además, se redacta un acta de entrega voluntaria, a partir de la cual se tiene derecho a alojamiento, comida, y a permanecer en el sitio de entrega mientras se define su ubicación definitiva¹⁹².

¹⁸⁸ Véase Fundación Ideas para la Paz (*supra* nota 183).

¹⁸⁹ Véase *supra* nota 177.

¹⁹⁰ Véase *infra* lit. C) Beneficios.

¹⁹¹ Decr. 128 de 2003, art. 3° “*Desmovilización*. Las personas que pretendan acceder a los beneficios previstos en este decreto deberán presentarse ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del procurador, representantes del defensor del pueblo o autoridades territoriales, quienes informarán inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación y a la guarnición militar más cercana al lugar de la entrega. Véase también directiva n° 25 del Ministerio de Defensa”.

¹⁹² Decr. 128 de 2003, art. 4°. “*Recepción*. Desde el momento en que la persona se presenta ante las autoridades a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional prestará la ayuda humanitaria inmediata que requiera el desmovilizado y su grupo familiar, cubriendo en todo caso sus necesidades básicas como son las de alojamiento, alimentación, vestuario, transporte, atención en salud y realizará la valoración integral del desmovilizado.

”Durante este proceso de desmovilización, el Ministerio de Defensa Nacional gestionará la consecución de instalaciones especiales de seguridad para efectos de alojar a los desmovilizados, de manera que se procure su integridad personal y permanencia.

”Una vez recibido el desmovilizado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar aviso de tal circunstancia al Ministerio del Interior en el término de tres (3) días hábiles, y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicional.

”La entrega física del desmovilizado se hará mediando un acta en la cual constarán los datos iniciales de su individualización, su huella dactilar y las circunstancias de su desmovilización del grupo armado al que pertenecía.

”*Parágrafo 1°*.—Para efectos de adelantar la investigación correspondiente y definir la situación jurídica de las personas beneficiarias del presente decreto, el Ministerio del Interior coordinará con la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura la designación de fiscales y jueces de menores.

”*Parágrafo 2°*.—La Defensoría del Pueblo promoverá la designación de abogados de oficio con dedicación exclusiva para ejercer la defensa del desmovilizado”.

c) *Tratamiento de los privados de libertad*

107. En medio de las modalidades individual y colectiva, existe la posibilidad de la desmovilización de *privados de la libertad*¹⁹³. Se trata de un acto mediante el cual una o varias personas pertenecientes a un GAOML toman la decisión de abandonarlo, encontrándose fuera del mismo y privados de libertad, en razón de una medida cautelar personal o de la ejecución de una pena impuesta. En principio, por medio del decreto 1059 de 2008, fue regulada dicha situación para el caso de guerrilleros¹⁹⁴. Para ello se exigía la certificación del CODA¹⁹⁵, dirigiendo la solicitud al Ministerio del Interior, el cual clasifica la información para luego, a través del CODA, verificar tanto la pertenencia al GAOML, como los otros requisitos exigidos para acceder al proceso de justicia y paz en calidad de desmovilizado. Así mismo, por medio de los decretos 880 de 2008 y 614 de 2009, se dio facultad al Alto Comisionado para solicitar la suspensión condicional de la pena¹⁹⁶ y las órdenes de captura¹⁹⁷ en favor de miembros de GAOML para facilitar acuerdos humanitarios con grupos armado ilegales, previsto en el artículo 61 de la LJP.

¹⁹³ Sobre la posibilidad de una desmovilización de un miembro de un grupo armado ilegal privado de la libertad, véase también C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 1º noviembre 2008, rad. 28393, M. P. Javier Zapata Ortiz, Consideraciones.

¹⁹⁴ Decr. 1059 de 2008, art. 1º: “*Procedencia*. Los miembros de los grupos de guerrilla de que tratan el parágrafo 10 del artículo 30 de la ley 782 de 2002, prorrogada por la ley 1106 de 2006, y el inciso 20 del artículo 10 de la ley 975 de 2005, que se encuentren privados de la libertad mediante decisión judicial en cualquier estadio de la actuación procesal, podrán desmovilizarse de manera individual y recibir los beneficios previstos en las leyes citadas, previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos contemplados en el presente decreto”.

¹⁹⁵ Decr. 1059 de 2008, art. 2º: “*Requisitos*. Quienes aspiren a los beneficios de que trata el artículo 10 del presente decreto deberán obtener la certificación que sobre pertenencia y abandono en forma individual y voluntaria de una organización armada al margen de la ley expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas-CODA, para lo cual deberán cumplir los siguientes requisitos:

”1. Haber pertenecido a un grupo de guerrilla con anterioridad a la privación de su libertad e indicar el tiempo de permanencia en el mismo, área de influencia de la respectiva organización guerrillera, actividad que en ella desarrolla el solicitante y el nombre de sus superiores.

”2. Expresar por escrito la voluntad de abandonar el grupo u organización de guerrilla al cual pertenece.

”3. Realizar actos manifiestos, públicos y objetivos de rechazo al grupo u organización de guerrilla del cual pretende desmovilizarse.

”4. Colaborar de manera eficaz con las autoridades para el desmantelamiento del grupo de guerrilla del cual forma parte.

”5. Colaborar con la administración de justicia para la investigación de las conductas punibles que pudo haber cometido durante su permanencia en el grupo armado organizado al margen de la ley del cual pretende desvincularse y para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.

¹⁹⁶ Véase decr. 880 de 2008, arts. 2º y 3º.

¹⁹⁷ Véase decr. 614 de 2009, art. 1º.

108. Con la expedición del decreto 4719 de 2008, se permitió el acceso a la LJP para miembros de grupos paramilitares privados de la libertad en el momento de la desmovilización del respectivo grupo que no se encontraban certificados por el comandante del grupo, como lo exigía el artículo 7° del decreto 3391 de 2006¹⁹⁸.

B) *Certificación de desmovilizados*

109. Efectuada la desmovilización de los miembros del GAOML, se realiza la comprobación de la calidad de integrante de dicho grupo y el acogimiento institucional para la posterior entrega de beneficios. La lista de los nombres¹⁹⁹ es entregada al Alto Comisionado para la Paz, quien certifica el cumplimiento de los requisitos de la desmovilización. Desde el momento en que este funcionario reconoce formalmente la desmovilización del grupo ilegal, se adquiere la calidad de desmovilizado.

110. Tratándose de desmovilizaciones *individuales*, se inicia la habilitación para acceder al proceso de reincorporación con la *recepción* formal hecha por el Ministerio de Defensa Nacional. De dicha recepción se sigue la entrega física del desmovilizado al Ministerio del Interior —dejándose constancia en acta— para la posterior investigación y definición de su situación jurídica, con la concurrencia de la FGN y del Consejo Superior de la Judicatura²⁰⁰.

111. Los privados de libertad no comprendidos en la lista entregada por el representante del GAOML, pueden presentar una *solicitud* de acogimiento a los bene-

¹⁹⁸ Decr. 4719 de 2008, art. 1°: “Adiciónese al artículo 7° del decreto 3391 de 2006, un parágrafo 2° del siguiente tenor:

”*Parágrafo 2°*.—Pasados tres meses desde la fecha de la desmovilización colectiva del grupo armado organizado al margen de la ley, las personas privadas de la libertad cuya pertenencia al grupo no haya sido acreditada por el miembro representante, que expresen de manera explícita su voluntad de acogerse a los procedimientos y beneficios de la ley 975 de 2005, deberán manifestar por escrito al Alto Comisionado para la Paz y bajo la gravedad del juramento, el nombre del bloque o frente al que pertenecían, adjuntando copia íntegra de la providencia judicial donde conste su pertenencia al respectivo grupo armado organizado al margen de la ley.

”Recibida la solicitud, el Alto Comisionado para la Paz podrá remitirla con sus anexos a la Fiscalía General de la Nación con el propósito que se valoren los siguientes aspectos:

”1. Pertenencia del solicitante al grupo armado organizado al margen de la ley.

”2. Privación de la libertad al momento de la desmovilización colectiva del respectivo bloque o frente.

”3. Voluntad de colaborar con la administración de justicia y con el esclarecimiento de la verdad.

”Efectuada la respectiva valoración del caso, la Fiscalía General de la Nación devolverá la solicitud, sus anexos y el concepto valorativo al Alto Comisionado para la Paz, quien a su vez podrá remitir al Ministerio del Interior y de Justicia dicha documentación, cartera que decidirá acerca de la postulación del solicitante”.

¹⁹⁹ Véase decretos 3360 de 2003, 423 de 2008 y 1364 de 2008.

²⁰⁰ Véase decretos 128 de 2003, 395 de 2007, 423 de 2007 y 1364 de 2008.

ficios de la LJP, indicando “el nombre del bloque o frente al que pertenecían, adjuntando copia íntegra de la providencia judicial donde conste su pertenencia al respectivo grupo armado organizado al margen de la ley”²⁰¹.

112. Dichos reconocimientos, ya sea a través de la lista de desmovilizados o por medio de la recepción del Ministerio de Defensa, activan las competencias administrativas, en el primer caso, de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y, en el segundo, del CODA y del PAHD del Ministerio de Defensa. Estos organismos se encargan de brindar todas las condiciones necesarias para el otorgamiento de los beneficios que respaldan el proceso de reinserción.

C) *Beneficios*

113. Como parte del proceso de DDR, los desmovilizados reciben una serie de beneficios administrativos. En estos se comprenden todas aquellas medidas que, establecidas como derechos en el marco jurídico del proceso, respaldan la reinserción de paramilitares o guerrilleros y el desmantelamiento del GAOML. Según el artículo 2º del decreto 128 de 2003, se entienden como beneficios las ayudas humanitarias y los incentivos económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a los desmovilizados para su *reintegración* a la vida civil.

114. La LJP regula exactamente, como se ha dicho, el beneficio de alternatividad²⁰², correspondiendo su concesión a la sala del tribunal superior de distrito judicial, exclusivamente a quienes cumplan las exigencias previstas en los artículos 1º, 3º, 10, 11, 24, 29, 42 y 44 LJP y demás contempladas en la misma. No se accede a dicho beneficio cuando los desmovilizados incumplan los requisitos de elegibilidad, como tampoco en el caso de la posterior imputación de delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización²⁰³.

D) *Reinserción*

115. La desmovilización se asegura materialmente con el desmantelamiento del GAOML o la entrega voluntaria de uno de sus integrantes, la respectiva identificación de los mismos, la inclusión en el listado del GAOML y la entrega de los beneficios administrativos preliminares. Esto implica que los desmovilizados deberán tener asegurado un *nivel mínimo de asistencia* para desarrollar el proceso de

²⁰¹ Decr. 4719 de 2008 (*supra* nota 198).

²⁰² Ley 975 de 2005, art. 3º. A manera de informe sobre la concesión de beneficios jurídicos otorgados en aplicación de la ley 975 de 2005 véase Procuraduría General de la Nación (2008) (*supra* nota 7, Intr.), t. iv, pág. 35-43.

²⁰³ Ley 975 de 2005, art. 25. Sobre exclusión de postulados del proceso de Justicia y Paz, véase C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), sección 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; rad. 28492 (*supra* nota 73), Consideraciones; rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

reinserción. De acuerdo con el decreto 128 de 2003, se llama reincorporado al desmovilizado certificado por el CODA que se encuentre en el proceso de “reinserción” a la vida civil. En el caso de las desmovilizaciones colectivas, a partir del decreto 3360 de 2003, la lista de desmovilizados suscrita por los voceros o representantes del GAOML habilita al desmovilizado para acceder al proceso de reincorporación, sustituyendo para todos los efectos la certificación del CODA.

E) *Postulación*

a) *Generalidades*

116. La postulación de los desmovilizados al procedimiento de la LJP se hace por medio de un *listado especial*²⁰⁴, el cual es enviado por el Ministerio del Interior y de Justicia a la FGN, una vez determinada la pertenencia del desmovilizado a un determinado GAOML y el cumplimiento de los requisitos de la LJP. Recibida la postulación, y luego de las actividades previas o de indagación, el fiscal delegado competente procederá a la recepción de la versión libre²⁰⁵.

117. El envío de la lista de postulados es una *condición necesaria* para que la Fiscalía desarrolle las actividades tendientes a la averiguación de la verdad, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes y la compilación de la información para la determinación de la responsabilidad penal²⁰⁵. Estas actividades se realizan previo a la versión libre, permitiendo obtener los primeros elementos probatorios tendientes a respaldar el proceso.

b) *Exclusión de postulados*

118. El asunto de la exclusión de postulados no ha sido objeto de reglamentación en la LJP, razón por la cual este vacío ha causado una *controversia* sobre los presupuestos materiales, las competencias, el trámite formal y las consecuencias que deben regir la exclusión. La jurisprudencia de la Sala de Conocimiento de Justicia

²⁰⁴ Véase decr. 4760 de 2005, art. 3°.

²⁰⁵ Decr. 4417 de 2006, art. 1°.

²⁰⁶ Art. 4°. “*Actuaciones previas a la recepción de versión libre*. Recibida la lista de postulados enviada por el gobierno nacional, el fiscal delegado competente asignado, previamente a la recepción de la versión libre, realizará las actividades tendientes a la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de bienes, fuentes de financiación y armamento de los respectivos grupos armados organizados al margen de la ley, así como los cruces de información y demás diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la ley 975 de 2005 durante el plazo razonable que se requiera para el efecto, que no podrá exceder del término de seis (6) meses previsto en el artículo 325 de la ley 600 de 2000.

”La información y los elementos materiales probatorios legalmente obtenidos en desarrollo de las actuaciones previas, podrán ser aportados en la etapa de juzgamiento y valorados por la Sala del Tribunal de Distrito Judicial de conformidad con el Código de Procedimiento Penal”.

y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en una serie de decisiones sobre el tema.

a') *Principios generales*

119. Las reglas sobre la exclusión de postulados de la LJP se derivan de la estructura especial procesal de la LJP diferenciando entre una etapa administrativa y una etapa judicial. Por la naturaleza especial del procedimiento de la LJP y las motivaciones que dieron lugar a su expedición, el gobierno nacional ejecuta un *acto de naturaleza política* cuando otorga a un sujeto la condición de postulado a los beneficios previstos en la ley²⁰⁷. Sin embargo, con la remisión del listado de postulados por el Ministerio del Interior a la FGN, el trámite deja de ser político-gubernativo para *convertirse* en estrictamente *judicial*²⁰⁸, así que el gobierno nacional pierde la competencia de excluir a postulados de la LJP²⁰⁹.

120. Las facultades para excluir a una persona de la lista de postulados deben ser entendidas dentro del espíritu del acto legislativo 3 de 2002, razón por la cual resulta imperativo examinar las potestades de los fiscales y magistrados de Justicia y Paz a la luz de la ley 906 de 2004 (C. de P. P. vigente)²¹⁰. Si se ha iniciado el trámite judicial en los términos de la LJP, toda solicitud que pretenda excluir de los beneficios de la ley a un postulado —por solicitud propia, de la Fiscalía o del gobierno nacional— tiene que ser tramitada de acuerdo con lo dispuesto por los artículos de la citada ley en concordancia con los de la ley 906 de 2004²¹¹, es decir, vía decisión judicial en sede de la Sala de Conocimiento.

b') *Exclusión por falta de una confesión plena y veraz*

121. Hasta el momento no se ha presentado ningún caso de exclusión de un postulado del procedimiento y los beneficios de la LJP por haber omitido rendir una confesión plena y veraz²¹². La Corte Constitucional, en su sentencia C-370 de 2006,

²⁰⁷ C. S. de J., rad. 28492 (*supra* nota 73), Consideraciones; rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Por estas razones la C. S. de J., rad. 30998 (*supra* nota 50), e invocando la figura de la excepción de inconstitucionalidad, declaró que el decr. 1364 de 2008, que le otorgaba al gobierno nacional la facultad de excluir a postulados después de la remisión del listado de postulados a la Fiscalía General de la Nación, era ilegal.

²¹⁰ C. S. de J., rad. 29472, (*supra* nota 73), Consideraciones.

²¹¹ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones; rad. 28492 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²¹² Es importante aclarar en este contexto que *Daniel Rendón Herrera* (alias don Mario), desmovilizado del bloque Élder Cárdenas, renunció voluntariamente a Justicia y Paz (véase Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Justicia y Paz, Bogotá, auto del 18 mayo 2009). Sin embargo, Rendón Herrera está actualmente vinculado al proceso especial de justicia y paz como quiera que —después de la reasignación de su caso a otro despacho— ratificó su sometimiento al inicio de la ver-

solamente se pronunció en términos generales sobre la posibilidad de una revocación de la pena alternativa, advirtiéndolo:

“[...] no basta para que se revoque el beneficio concedido que, durante el periodo de libertad a prueba, alguien alegue que se ocultó la verdad en la versión libre o que denuncie al beneficiario por la comisión de un delito cualquiera no mencionado en dicha versión libre. El delito ocultado debe ser real, no fruto de la imaginación o la sospecha, lo cual exige que exista una sentencia judicial que otorgue certeza durante el período de libertad a prueba sobre la comisión del delito ocultado. La existencia de una sentencia judicial es importante, porque implicará para el condenado cumplir una pena ordinaria de larga duración, dada la magnitud de los delitos cometidos, lo cual presupone que exista certeza sobre su participación en tales delitos. Además, el delito ocultado sobre el accionar del bloque o frente debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad, como pilar de la reconciliación, aspecto que debe ser valorado por el juez de tal forma que la revocación del beneficio, posible durante el período de libertad a prueba, sea necesaria a la luz de los propósitos que justifican la ley 975/05”²¹³.

c’) *Otras causales de exclusión*

122. Otras causales de exclusión son la no ratificación del sometimiento a la LJP o renuncia posterior por el postulado, la renuencia o ausencia injustificada en las audiencias y la reincidencia del postulado. La *no ratificación*²¹⁴ o la posterior *renuncia* —en forma explícita— es una facultad autónoma del postulado, razón por la cual la exclusión no requiere una decisión de la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz para ordenar el fin del trámite de Justicia y Paz. La confesión plena y veraz de los delitos cometidos por el postulado o de los cuales tiene conocimiento debe ser obtenida en forma voluntaria, sin juramento ni coacciones de naturaleza alguna, y la pena alternativa constituye un derecho disponible por su

sión libre ante la nueva fiscal. En su caso aconteció que la fiscal que inicialmente conoció del proceso, solicitó la exclusión del postulado por renuencia a comparecer a las citaciones que le hizo con esta finalidad. La Sala de Justicia y Paz negó la solicitud con el argumento de que la renuencia es una renuencia tácita, luego era a la Fiscalía a quien le correspondía tomar la decisión. La fiscal apeló la decisión y la C. S. de J. en auto del 11 marzo 2009 le dio la razón y devolvió el asunto a la Sala de Justicia y Paz; en el entre tanto “don Mario” fue capturado y en la nueva audiencia expresó que no era su deseo someterse a la LJP, luego la Sala se declaró inhibida para resolver la solicitud de exclusión. Días después el caso fue reasignado a la fiscal que documenta el bloque Centauros. Ante ese despacho rinde actualmente versión libre. En el caso de *Luis Arnulfo Tuberquia* (alias Memín), comandante desmovilizado del Frente Noroccidente Antioqueño de las AUC, fue excluido de Justicia y Paz por su renuencia a participar en las diligencias de versión libre (véase C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 15 abril 2009, rad. 31181, M.P. María del Rosario González de Lemos).

²¹³ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1), Consideraciones de la Corte, 6.2.2.1.7.27.

²¹⁴ Véase el art. 1° de cr. 4417 de 2006.

beneficiario, sin que esto menoscabe los derechos de las víctimas y la sociedad, toda vez que los crímenes cometidos y sus autores, serán investigados por la justicia ordinaria²¹⁵. En términos de procedimiento, la Fiscalía —de conformidad con lo normado por los arts. 1º del decr. 4417 de 2006, 19, parg. 1º y 21 LJP— debe proferir la decisión por medio de una orden cumpliendo las formalidades de los artículos 161 y 162 del C. de P. P. (vigente), poniendo fin al trámite y disponiendo el envío de las diligencias a la justicia ordinaria. No procede ordenar la exclusión de su nombre de la lista de elegibles, porque constituyendo esta un acto administrativo dimanado del gobierno nacional, la Fiscalía y la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial respectivo carecerán de competencia para modificarlo, pero sí deberán formalizar esa petición ante el ejecutivo, como consecuencia de la terminación del trámite²¹⁶, informando, de todos modos, al gobierno nacional de esta decisión. Cabe resaltar que el gobierno nacional debe acatar la solicitud de la Fiscalía de excluir formalmente al postulado del listado. La exclusión de la lista de postulados le impide al postulado acceder a futuro nuevamente al trámite y a eventuales beneficios²¹⁷.

123. La *renuencia o ausencia injustificada* del postulado, por ejemplo en el caso de que este no acuda a una diligencia judicial citada, equivale a una renuncia tácita al procedimiento de Justicia y Paz²¹⁸. Sin embargo, es función de la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz verificar las razones por las cuales un postulado no se presenta, es decir, si se trata realmente de una ausencia injustificada²¹⁹. Para la exclusión de un postulado del proceso de Justicia y Paz por *reincidencia* en actividades ilícitas, se requiere una condena del postulado mediante un fallo que se encuentre firme, porque, con fundamento en el principio de la presunción de inocencia, solamente se puede señalar a una persona como responsable de un delito cuando en su contra se haya proferido sentencia que alcanza ejecutoria formal y material²²⁰. Una situación especial de terminación del proceso de Justicia y Paz se plantea con la *muerte* de un postulado, en cuyo caso se está ante una causal de preclusión de la investigación que debe ser solicitada por el fiscal delegado ante la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz, que está facultado para resolverla²²¹.

²¹⁵ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones; rad. 28492 (*supra* nota 73), Consideraciones; rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²¹⁶ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones; auto del 4 marzo 2009, rad. 31235, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

²¹⁷ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones.

²¹⁸ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 11 marzo 2009, rad. 31162, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca; rad. 31181 (*supra* nota 212), Consideraciones.

²¹⁹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, rad. 31162 (*supra* nota 218), Consideraciones.

²²⁰ C. S. de J., Sala de Casación Penal, rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²²¹ Véase C. S. de J., rad. 28492 (*supra* nota 73), Consideraciones; véase también Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Justicia y Paz, Bogotá, auto del 9 junio 2008, rad. 82133, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

c) *Extradición sin exclusión*

124. Según el derecho colombiano, la concesión de la extradición es facultativa del gobierno, pero requiere un *concepto previo y favorable de la C. S. de J.*²²². Durante los diálogos y las negociaciones con las AUC, el gobierno nacional mantuvo su postura de no negociar la extradición²²³ y solamente suspendió las órdenes de extradición vigentes. La extradición de postulados de la LJP ha sido objeto de una serie de pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes. Ante la situación de una solicitud de extradición de un postulado que está participando en el proceso penal especial de la LJP, la C. S. de J. ha aclarado que el concepto que emite por mandato legal se hace teniendo en cuenta los siguientes *requisitos*: (i) que se trate de hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (Const. Pol., art. 35 y ley 906 de 2004, art. 490), (ii) que no se trate de delitos políticos (Const. Pol., art. 35 y ley 906 de 2004, art. 490), (iii) que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años (ley 906 de 2004, art. 493-1) y (iv) que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente (ley 906 de 2004, art. 493-2)²²⁴. La C. S. de J. debe emitir un concepto favorable o negativo a la extradición que se fundamentará en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (ley 906 de 2004, art. 502)²²⁵.

125. Ante el hecho de que una persona se encuentre postulada a la LJP, la C. S. de J. aclaró inicialmente que esto de ninguna manera es óbice para conceptualizar de manera desfavorable una solicitud de extradición²²⁶. Sin embargo, la C. S. de J. advirtió:

“(…) en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en un supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto deberá ser emitido en forma negativa o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los deli-

²²² Véase el art. 492 de la ley 906 de 2004.

²²³ Comunicado de la Presidencia de la República, 27 abril 2004, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2004/abril/abr_27_04.htm (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²²⁴ C. S. de J., rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 2 abril 2008, rad. 28643, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

tos confesados por el desmovilizado-postulado, supuesto ineludible que de no atenderse convertirá el concepto en negativo, con las respectivas consecuencias”²²⁷.

126. La C. S. de J. destacó que el gobierno nacional, al tomar una decisión sobre la extradición, debía tener en cuenta la vigencia de los tratados internacionales ratificados por Colombia, particularmente los que se refieren al cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos, en los que encuentran respaldo las *garantías* fundamentales de las *víctimas* en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, para que conforme a la filosofía de la LJP, se adopten medidas compatibles con los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y los estándares internacionales²²⁸. El Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas²²⁹.

127. Cabe mencionar que la extradición de un postulado no implica la *exclusión* automática del régimen de Justicia y Paz, razón por la cual el proceso penal especial continúa²³⁰. En la práctica, sin embargo, la extradición de los comandantes paramilitares, que fue justificada por el gobierno alegando la falta de colaboración en materia de reparación por parte de los extraditados, la continuación de la comisión de delitos y la omisión de confesar los crímenes²³¹, ha causado *dificultades legales y logísticas* en cuanto a la continuación de las audiencias de Justicia y Paz y la posibilidad de disponer de ellos como testigos en procesos contra personas con vínculos con el paramilitarismo (ver también *infra* 9.6.3., parg. 319 y ss.). Por estas dificultades derivadas de la extradición de varios comandantes paramilitares, la C. S. de J., en sentencia muy reciente, tomó la decisión de emitir un concepto desfavorable ante la solicitud de extradición de un postulado desmovilizado de las AUC²³². La C. S. de J. fundamentó su negativa a emitir concepto favorable en el espíritu de la LJP, en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, en la necesidad de evitar la impunidad de los hechos delictivos cometidos y en la prevalencia del juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos sobre la persecución de delitos de narcotráfico²³³. Sin embargo, la C. S. de J. aclaró que en los casos

²²⁷ C. S. de J., rad. 29472 (*supra* nota 73), Consideraciones.

²²⁸ C. S. de J., rad. 28643 (*supra* nota 226), Consideraciones; auto del 31 julio 2008, rad. 28503, M. P. Javier Zapata Ortiz.

²²⁹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, rad. 28503 (*supra* nota 226), Consideraciones.

²³⁰ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 22 abril 2008, rad. 29559, M. P. Julio Enrique Socha.

²³¹ Presidencia de la República, Secretaría de Prensa, Colombia envió nota a Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2008, <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/mayo/15/13152008.html> (visitado por última vez el 3 de agosto de 2009).

²³² C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 19 agosto 2009, rad. 30451, M. P. Yesid Ramírez Batidas.

²³³ *Ibidem*, Concepto, 10. Fundamentos para emitir concepto desfavorable a la solicitud de extradición.

en que el postulado requerido en extradición no contribuya con el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, incurra en causal de exclusión del trámite y beneficios de la LJP, resulte absuelto por los delitos que se le imputan, incumpla las obligaciones y compromisos derivados de la pena alternativa, u ocurra cualquier supuesto similar a los anteriores, quedan sin sustento los argumentos para emitir concepto desfavorable²³⁴.

F) Comentarios

128. En la fase administrativa se gestan las *principales bases* del desarrollo del proceso de la LJP. Por ser la etapa en que se concibe el quiebre del GAOML²³⁵ y, con ello, la definición de los sujetos que se vincularán al proceso de reincorporación, se proyectan desde esta fase múltiples condicionamientos al trámite judicial. Ello marca el desarrollo de los propósitos de la LJP, pues con las desmovilizaciones se definen los protagonistas para la consecución de justicia, reparación y verdad; esta última especialmente vía confesión.

129. En la ejecución de dicho escenario se han advertido *múltiples problemas*, fundamentalmente ligados a la falta de planificación²³⁶, abandonando el desarrollo de la fase al ritmo y discrecionalidad de sus intervinientes, como a las falencias de su operatividad²³⁷. La *ausencia de referentes normativos* en los procesos de desmovilización ha sido una constante. Dichos procesos comenzaron sin la existencia de normas claras. Solo después de un tiempo se concertaron criterios para la concentración²³⁸. Todo ello dejó en evidencia la desinformación de múltiples sectores de la sociedad civil y de la comunidad internacional; incluso, al interior de las filas de las AUC la participación de las bases no fue significativa, ni activa, además, se dejó de incluir una red de terceros vinculados a las actividades paramilitares²³⁹. Una gran parte del trámite y contenido de las negociaciones entre gobierno y paramilitares fue secreta²⁴⁰ para los mismos integrantes de GAOML²⁴¹ y terceros observadores²⁴².

²³⁴ *Ibidem*, Concepto, 11. Salvedad. Acerca de la extradición de comandantes paramilitares véase *infra* lit. c), pág. 140.

²³⁵ Sobre la relación entre DDR y política de seguridad en Colombia, véase Procuraduría, (2005) (*supra* nota 7, Intr.), t. 1, pág. 54; CÁRDENAS SARRIAS (*supra* nota 81), pág. 22; ALONSO ESPINAL (*supra* nota 81), pág. 16.

²³⁶ ALONSO ESPINAL (*supra* nota 81), pág. 21.

²³⁷ Sobre los temores que ha despertado el proceso de desmovilización véase Fundación Ideas para la Paz, “Los 10 temores sobre la desmovilización”, en *Hechos del callejón* núm. 8, octubre de 2005, pág. 2-4.

²³⁸ ALONSO ESPINAL (*supra* nota 81), pág. 21.

²³⁹ *Ibidem* pág. 22.

²⁴⁰ OROZCO ABAD (*supra* nota 64), pág. 169.

²⁴¹ Así mismo Jorge Rojas —Vocero de los desmovilizados de las AUC—, Germán Senna, Walter Ochoa Guisao —alias el Gurre—. Cárcel la Picota (*supra* nota 23).

²⁴² Así mismo Camilo Ceballos, Juan Carlos Roncal. MAPP-OEA. Bogotá, 13 agosto 2009.

130. Críticos son los inconvenientes respecto del diseño e implantación del proceso de DDR y del contexto violento de su ejecución en la fase administrativa²⁴³. También merece reparos el *enfoque individual* y de atención focalizada que ha persistido en esta fase, en el sentido de concentrarse especialmente en la autonomía del desmovilizado, restándole importancia a los controles judiciales²⁴⁴. Como actos insertos en la política de lucha contra organizaciones insurgentes, los ejercicios de desmovilización, desarme y reinserción, dejan ver una especial inclinación por un desenvolvimiento tendencialmente individualista de este primer trámite, asociando el recorrido de excombatientes como un transcurrir basado en la autonomía de los mismos²⁴⁵. En ese sentido, destacan en el modelo de DDR utilizado por la LJP la importancia de desmovilizaciones individuales, y también colectivas de solo ciertas cuadrillas o agrupamientos de GAOML²⁴⁶.

131. A pesar de lo anterior, particular atención requieren las *desigualdades entre los programas de desmovilización individual y colectiva*²⁴⁷, por cierto tratamiento favorable que reciben los licenciamientos efectuados de esta segunda forma. En ello ha cumplido importante papel la falta de claridad respecto de las garantías judiciales que acompañan al trámite de desmovilización y la entrega de beneficios socio-económicos que lo respaldan²⁴⁸. Por esta razón, muchos de los desmovilizados han optado por rearmarse, lo que se ve facilitado por la inexistencia de un rompimiento contundente de los circuitos de acceso a las armas y al soporte económico de los

²⁴³ ALONSO ESPINAL (*supra* nota 81), pág. 13 y ss.; CIDH, “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, Washington, 13 diciembre 2004, párr. 75-100; CIDH, “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 6, 2 octubre 2007, pág. 3-11. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf/%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁴⁴ MARTHA LUCÍA MARTÍNEZ E., “Tres años en la ruta hacia la reparación y la verdad”, en *Boletín CNRR* núm. 6, Bogotá, jul-2008, pág. 6.

²⁴⁵ Así mismo CAMILA MEDINA ARBELÁEZ, “La relación ex combatientes-Estado en el marco del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia. Un debate permanente sobre participación política, ciudadanía y garantía de derechos”. Disponible en <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-284.html> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁴⁶ Véase art. 1º, inc. 2º, ley 975 de 2005: “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la ley 782 de 2002”.

²⁴⁷ CÁRDENAS SARRIAS (*supra* nota 81), pág. 254.

²⁴⁸ *Ibidem* pág. 255; sobre el tema de rearmes véase entre otros Amnistía Internacional. *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, Madrid, 2008, pág. 22; CIDH (*supra* nota 243), pág. 27; CNRR (*supra* nota 132), pág. 19 y ss.; Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance de la aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2007, pág. 16 y ss; MAPP-OEA. “Sexto informe trimestral del secretario general al consejo permanente sobre la misión de apoyo al proceso de paz en Colombia” (MAPP/OEA), 2006, pág. 7 y ss.

GAOML, basado fundamentalmente en el narcotráfico²⁴⁹. Fruto de todas estas dificultades han surgido fuertes críticas que postulan la ineficacia de la desmovilización²⁵⁰, impidiendo conseguir justicia y paz²⁵¹; por el contrario, solo ha estimulado la aparición de *nuevos actores armados*²⁵². Este problema debe llevar a una reflexión seria acerca de los propósitos del programa de DDR que fundamenta los desarrollos de la LJP. Por un lado, no será posible la superación de la violencia paramilitar si a los combatientes desmovilizados no se les asegura un proceso serio y seguro de reinserción. Por otro lado, la estructura paramilitar en sí misma tampoco será desmantelada mientras sectores de apoyo político, institucional y social no aparezcan en ese proceso. En estos sectores, más extensos incluso que el de los mismos combatientes, se encuentran los fundamentos esenciales del funcionamiento paramilitar en Colombia.

132. Dicha crítica ha sido acentuada, además, por la falta de cuidado en las particularidades del *proceso de socialización* de los desmovilizados²⁵³. En ese sentido, parece ser que el desmovilizado se enfrenta, con su entrega, a más dificultades que ventajas. En la recepción de los desmovilizados se destacan falencias en la aceptación de desertores por parte de las autoridades administrativas y en el tratamiento que intenta conducir a la reincorporación civil de los desmovilizados. Mayoritariamente, las unidades militares oficiales se han ocupado de la recepción de desertores; sin embargo, las primeras asistencias otorgadas han sido deficientes, al punto de negarse su concesión, en algunos casos, debido a la falta de presupuesto²⁵⁴. Junto

²⁴⁹ OROZCO ABAD (*supra* nota 64), pág. 171; ALONSO ESPINAL (*supra* nota 81), pág. 51; JUAN CARLOS PALOU/MARÍA VICTORIA LLORENTE, *Reintegración y seguridad ciudadana en Medellín: un balance del programa de paz y reconciliación (2004-2008)*, Bogotá, Fundación Ideas para la Paz, 2009, pág. 14 y ss.

²⁵⁰ Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 248), pág. 16.

²⁵¹ Amnistía Internacional (*supra* nota 248), pág. 23.

²⁵² Sobre el rearme puede verse una interesante compilación bibliográfica en <http://www.verdadabierta.com/web3/archivos-para-descargar/category/8-documentos-sobre-rearme>. En ese sentido, la MAPP OEA en su informe XIII se lee: “Se ha verificado que en algunas zonas del país ha reaparecido la modalidad de masacres y amenazas, ligadas a la denominada ‘limpieza social’ contra algunas poblaciones vulnerables. Estas últimas son generalmente atribuidas a las denominadas bandas emergentes. También se aprecia que en algunas ciudades capitales y municipios, se ha recrudecido la práctica de delitos de alto impacto como los homicidios, generalmente ejecutados mediante la modalidad de sicariato. Esta situación de inseguridad afecta a víctimas, funcionarios judiciales y participantes del programa de reintegración. En ciertos lugares, las víctimas son amenazadas por intervenir en las versiones libres o por liderar procesos de restitución de tierras. Algunos funcionarios judiciales han sido objeto de intimidaciones en el desempeño de sus labores y de otro lado, desmovilizados han sido hostigados y pre-sionados por los grupos emergentes con el fin de reclutarlos. En determinados casos, estos incidentes han desembocado en la muerte de los afectados”. (ver informe en <http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/XIII%20INFORME%20MAPP09.pdf> visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁵³ CÁRDENAS SARRIAS (*supra* nota 81), pág. 255.

²⁵⁴ Procuraduría General de la Nación, (2005) (*supra* nota 7, Intr.), t. I, pág. 55.

a ello, los programas de reincorporación no han funcionado en las mejores condiciones, ni estimulado una correcta rehabilitación del desertor²⁵⁵. De todos modos hay una cierta *contradicción* entre la especial preocupación del Estado por el bienestar económico de los desmovilizados, quienes han sido ante todo artífices de los grandes problemas macrocriminales en Colombia, y la falta de reparación para las víctimas ya criticada (*supra* párg. 80 y ss.).

133. A pesar de que la modalidad individual ha reportado un porcentaje significativo de la *cifra total de desmovilizaciones*²⁵⁶, por contraste se ha indicado que aún continúa, aparte del ya mencionado resurgimiento de nuevas bandas (párg. 131), el constante reclutamiento forzado de niños y adultos, sin decaer la tasa de crecimiento de los grupos irregulares²⁵⁷. En materia de DDR no ha habido una política estatal de paz, circunstancia que queda de manifiesto en el énfasis que se observa en obtener ventaja militar en el programa de desmovilizaciones, siendo estas desarrolladas en una lógica de guerra, es decir, bajo el sometimiento militar del GAOML²⁵⁸.

134. Por otro lado, las críticas a los procesos colectivos de desmovilización no han sido menores, particularmente las dificultades en la *verificación de identidades* de los desmovilizados²⁵⁹. Ello se debió a distintas razones, como por ejemplo, que las identificaciones hechas solo a partir del “alias”, no permitieron conocer los antecedentes penales de los desmovilizados, lo que produjo una potencial falta de judicialización respecto de algunas personas del grupo. Otra razón fue la falta del cotejo de la información suministrada por los voceros de los grupos junto con el listado de integrantes del GAOML por la oficina del Alto Comisionado para la Paz. La *elaboración del listado* aludido mostró en la práctica dificultades en la determinación de los nombres que se debía incluir. En razón de la dinámica del proceso de concentración —anterior a la desmovilización y entrega de armas— la confección de la lista se realizó en las zonas de ubicación²⁶⁰, paralelamente con la llegada de los sujetos que se iban a desmovilizar. Con la elaboración del listado de manera concomitante a la concentración de paramilitares, hubo en las tales zonas cierta discrecionalidad en la inclusión o exclusión de nombres, lo que facilitó que personas no integrantes del grupo accedieran a la desmovilización²⁶¹.

²⁵⁵ CÁRDENAS SARRIAS (*supra* nota 81), pág. 255.

²⁵⁶ A manera de análisis estadístico véase *infra* lit. G), pág. 146.

²⁵⁷ CIDH (*supra* nota 243), párr. 92; Amnistía Internacional (*supra* nota 248), pág. 66; Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 248), pág. 24.

²⁵⁸ Procuraduría General de la Nación, (2005) (*supra* nota 7, Intr.), t. I, pág. 54; Procuraduría General de la Nación, (2008) (*supra* nota 7, Intr.), t. IV, pág. 136.

²⁵⁹ Véase CIDH (*supra* nota 243) pág. 4 y ss.; Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control?. Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, 2008, pág. 34; Amnistía Internacional (*supra* nota 248), pág. 25.

²⁶⁰ CIDH (*supra* nota 259) párr. 11; Human Rights Watch (*supra* nota 259), pág. 34.

²⁶¹ *Ibidem*, párr. 12.

135. A ello se sumó la *falta de preparación de los organismos judiciales* que actúan en la primera etapa de la fase administrativa, especialmente por las limitaciones en las tareas de recolección de información durante las entrevistas con los desmovilizados²⁶², asimismo, se evidenciaron deficiencias especiales en la recolección de armamento de los desmovilizados²⁶³. En términos generales, se han criticado los vacíos, la ausencia de herramientas de control y la falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar a los desmovilizados y de recolección de los primeros elementos probatorios que contribuyan a determinar su responsabilidad penal.

136. Los problemas operativos y de contexto de la fase administrativa han condicionado el inicio del proceso de la LJP a la suerte de un momento cuasi-judicial²⁶⁴. Dicha fase se dimensiona como un escenario donde se gesta la postulación de miembros del GAOML y, por medio de ella, los núcleos de verdad que sobre el conflicto serán verificados en el trámite judicial. Sin embargo, dicha fase y la operatividad que ha llevado a cabo, parecen sintetizar el trámite propuesto en la ley como una válvula de seguridad para el acceso al beneficio de alternatividad, especialmente por medio de un *ejercicio no claramente controlado* de desmovilización y el descubrimiento personalizado de hechos mediante las narraciones de los desmovilizados.

137. Con la influencia que imprime la fase administrativa al desarrollo judicial se moldean los fundamentos ordinarios del procedimiento en la verificación empí-

²⁶² El caso extremo lo refleja la ausencia de la Procuraduría como órgano de control en dichas diligencias, y vinculación su solo en el desarrollo de las versiones libres. Así mismo Jairo Acosta, entrevista Bogotá, 11.8.2009.

²⁶³ Así Jairo Acosta, *ibidem*.

²⁶⁴ Para el ex procurador delegado ante la C. S. de J., Iván González Amado, “la ley 975 del 2005 no está construida para una verdad judicial, pues no estuvo previsto un período probatorio que le permitiera al fiscal recaudar investigaciones anteriores y aportar pruebas, sino que está supeditada a la versión que da el postulado. ‘No hubo una posibilidad de preparación del aparato judicial para hacer siquiera un inventario de los procesos judiciales que se hubieran iniciado por delitos cometidos por los paramilitares’. Según González Amado, en la primera fase del proceso las víctimas se han tenido que conformar con los delitos que han querido confesar los versionados, lo cual lo hace un procedimiento poco equitativo. De los 3.663 [sic] desmovilizados, solo 2.772 son parte del proceso de justicia y paz. Es decir, que solo este número, de un total aproximado de 138 mil víctimas que se han inscrito en el proceso, podrían escuchar confesiones y revelaciones que les permitan conocer parte de la verdad de los hechos, aunque tengan la oportunidad de preguntar al versionado. [...] Por este motivo, considera que el Estado, debe buscar otros mecanismos para establecer la verdad real acerca de cuáles intereses patrocinaron y sustentaron toda la fuerza paramilitar y cómo se transformaron en grupos de desorden de la legislación y de la institucionalidad” (citado en Martínez (*supra* nota 244), pág. 5. Opinión contraria expresó la UNJP, en tanto considera que la apreciación de González Amado no es cierta ya que “admitirlo sería desconocer la labor que ha realizado la Unidad para adentrarse en el conocimiento profundo de los GAOML y para adelantar actividades de investigación sobre la multiplicidad de los delitos cometidos” (FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009 pág. 18).

rica de hipótesis criminales y, con ello, los rendimientos procesales del trámite. Durante el ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material probatorio se muestran los condicionamientos gestados en la fase administrativa.

138. La dejación de las armas, el abandono del GAOML²⁶⁵ —como momentos que fijan el inicio de la fase administrativa— y la posterior postulación al proceso de la LJP, son recogidos en el régimen de desmovilizaciones casi como un reducto privado, que se mueve dentro de márgenes donde la jurisdicción penal se desvincula. En ese sentido, la fase administrativa se configura como un momento autode-terminado en el que confluyen, para comprobar la legalidad de dicho trámite y posterior acceso a la alternatividad penal, primordialmente los arbitrios de los desmovilizados en su licenciamiento armado.

5. INVESTIGACIÓN Y VERSIÓN LIBRE

139. De acuerdo con la jurisprudencia de la C. S. de J.²⁶⁶, el *inicio del proceso* está determinado por el arribo de la lista de postulados a la FGN²⁶⁷. Con ello se activa una serie de competencias para el inicio de la investigación tendientes a establecer los presupuestos que sustentarán la formulación de cargos. Las actividades relativas al esclarecimiento de la verdad material, la determinación de autores y partícipes y la identificación de bienes destinados fundamentalmente a la reparación son de competencia de la FGN, quien actúa a través de un fiscal delegado.

²⁶⁵ Así, C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), sección 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; C. S. de J., rad. 28040 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones de la Sala, cuestión previa, sección 2.

²⁶⁶ Véase C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), secc. 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; C. S. de J., rad. 28040 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones de la Corte, cuestión previa, sección 2; C. S. de J., rad. 28040 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones de la Corte, Estructura del proceso de justicia y paz.

²⁶⁷ Art. 16. “*Competencia*. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para:

”16.1 Conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.

”16.2 Conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros.

”16.3 Conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

”El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el C. S. de J., mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley.

”No podrá haber conflicto o colisión de competencia entre los Tribunales Superiores de Distrito judicial que conozcan de los casos a que se refiere la presente ley y cualquier otra autoridad judicial”.

140. La jurisprudencia aludida distingue en esta etapa un *ciclo preliminar* y otro de investigación propiamente dicha. En la preliminar se comprenden las actividades de indagación previas a la versión libre; mientras que en la fase de *investigación*, se abarcan todas las actividades desde dicha audiencia hasta la formulación de cargos. Esta última etapa se orienta por un *programa metodológico*, que también se utiliza para llevar a cabo otras actividades previas, con el que se desarrollan los objetivos investigativos, formulados y fundamentados en las averiguaciones previas y revelaciones hechas en la confesión realizada en la versión libre.

141. Dicha estructura, a su vez, responde a la diferenciación que el acto legislativo 3 de 2002 incorporó en materia de iniciación de la investigación²⁶⁸. El acto legislativo considera normativamente como propósitos de la fase de indagación y de investigación, la recolección de elementos materiales probatorios y las evidencias físicas tendientes a sustentar la acusación²⁶⁹. Sin embargo, a pesar de las incorporaciones del acto legislativo mencionado en la LJP, es palpable la diferenciación que se encuentra en esta última respecto de la manera como se individualiza el investigado con el arribo de la lista de postulados, al comienzo del trámite judicial. Si bien, tanto la determinación de autores intelectuales y partícipes, como el esclarecimiento de las circunstancias del hecho punible constituyen un propósito de la investigación, la *individualización* del postulado ya debe estar determinada en la respectiva lista que arriba a la Fiscalía después del ejercicio de desmovilización y desarme.

142. Así lo dejan saber los objetivos de las actuaciones previas a la versión libre, cuyo presupuesto de iniciación es el arribo de la lista de postulados, a fin de determinar, entre otras cosas, los *aspectos jurídicos y fácticos* de los hechos punibles cometidos por los desmovilizados-postulados. En este primer momento de la fase de investigación se activan también las *competencias jurisdiccionales*, que bajo la dirección del MCG, supervisan los actos de la Fiscalía y la policía judicial, evitando posibles afectaciones de derechos fundamentales.

A) *Actuaciones previas a la versión libre*

143. Posterior a la fase administrativa y, más precisamente, una vez radicado el o los nombres de los miembros del GAOML en la Unidad Nacional de Fiscalía para

²⁶⁸ Art. 2º del acto legislativo 3 de 2002.

²⁶⁹ Según ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pág. 228: “Lo primero que ha de tenerse en cuenta es el hecho de que el acto legislativo realmente considera, al menos normativamente, tres fases, como son la indagación, la investigación y el juzgamiento. Esta apreciación surge de la reforma del art. 250 de la Carta, que radica en cabeza de la Fiscalía el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos cuya culminación debe darse por la vía de la acusación o la preclusión, abstracción hecha de la aplicación del principio de oportunidad y las terminaciones anticipadas. Pero a ello debe sumarse que el párrafo de la misma disposición contempla la posibilidad de intervención de la Procuraduría General de la Nación en las fases de indagación, investigación y juzgamiento”.

Justicia y Paz, la Fiscalía inicia las *actividades investigativas previas* a la versión libre, dirigidas a obtener un conocimiento preliminar de todos los elementos indispensables para la determinación de la responsabilidad penal y reparación de las víctimas en el marco de la LJP.

144. Según el artículo 4° del decreto 4760 de 2005²⁷⁰, dichas actividades tienden a “la averiguación de la verdad material, la determinación de los autores intelectuales, materiales y partícipes, el esclarecimiento de las conductas punibles cometidas, la identificación de bienes, fuentes de financiación y armamento de los respectivos GAOML, así como los cruces de información y demás diligencias tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la ley 975 de 2005”. Según el párrafo único del decreto 2898 de 2006, “las actuaciones preliminares a la recepción de la versión libre de que trata el artículo 4° del decreto 4760 de 2005 serán realizadas por el fiscal delegado competente asignado de la Unidad de Justicia y Paz durante el plazo razonable que se requiera para el efecto”²⁷¹. En términos generales, las actividades previas a la versión libre están dirigidas a verificar la existencia de hechos delictivos, determinar la vinculación de los postulados a las mismas y la existencia de partícipes, recolectar material probatorio y asegurar el cumplimiento de responsabilidades derivadas del delito, todo ello de acuerdo al contenido de la individualización hecha en la lista de postulados.

145. Las actuaciones previas de la LJP asumen una dimensión especial, en virtud de la determinación de *objetivos* que persigue. No se trata del sentido abstracto e indeterminado de los actos de indagación²⁷², establecidos en el C. de P. P. vigen-

²⁷⁰ Como balance de la compatibilidad del decr. 4760 de 2005 con normas constitucionales y de derecho penal internacional, véase Procuraduría (2008) (*supra* nota 7, Intr.), t. I, págs. 138-160.

²⁷¹ Así mismo, art. 1° del decr. 4417 de 2006, reglamentario del art. 1° del decr. 2898 de 2006: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 975 de 2005, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley cuyos nombres halla sometido o someta el gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, al iniciar la diligencia de versión libre serán interrogados por el fiscal delegado respectivo de Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, acerca de su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de esta ley, requiriéndose tal manifestación para que la versión libre pueda ser recibida y se surtan las demás etapas del proceso judicial allí establecido.

”Las actuaciones preliminares a la recepción de la versión libre de que trata el artículo 4° del decreto 4760 de 2005 serán realizadas por el fiscal delegado competente asignado de la Unidad de Justicia y Paz durante el plazo razonable que se requiera para el efecto”.

Según la UNJP las actuaciones preliminares a la versión libre sirven a la UNJP para “abarcarse la documentación de los GAOML desmovilizados, es decir la elaboración del *dossier*, presupuesto sin el cual no puede averiguar la verdad de los hechos cometidos por cada agrupación criminal ni determinar sus autores o partícipes” (véase FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 2).

²⁷² Ley 906 de 2004, art 205. “*Actividad de policía judicial en la indagación e investigación*. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elemen-

te, con los que se intenta apenas definir los contornos de un suceso e individualizar posibles involucrados. Bajo el régimen de la LJP, las actividades de investigación se dirigen a definir los hechos delictivos de los integrantes de un GAOML y el cumplimiento de los requisitos para su vinculación al procedimiento de la LJP. Ello es relevante para dar certeza a la comprobación de la responsabilidad penal de los postulados a la LJP, pues sobre la base de la lista de postulados, la información que se compila en la versión libre y otros actos de indagación, se sustenta la imputación y posterior acusación de hipótesis delictivas. Ello quiere decir, que el sentido y la naturaleza de la indagación e investigación en la LJP están moldeadas por la focalización en el accionar del GAOML y sus respectivas versiones en el proceso²⁷³, retomando las aspiraciones del proyecto integral de investigación sugerido en el acto legislativo 3 de 2002 y la ley 906 de 2004 (naturalmente concebido por la incertidumbre de los sucesos que son objeto de investigación).

146. Dichos actos previos y de indagación se realizan, como se dijo, en un *plazo razonable* que se requiera para el efecto²⁷⁴. Este es un concepto que no está defini-

tos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

”Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

”Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

”En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control”.

²⁷³ Según las palabras del director de la UNFJP, LUIS GONZÁLEZ DE LEÓN, “Justicia y paz a los ojos de su guardián”, en *El Espectador*, Bogotá, 1 marzo 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com> (visto por última vez el 20 de mayo de 2009): “ésta es una ley que tiene muchas bondades, como usted lo dice, pero no depende solamente de la ley, sino también de los perpetradores porque *aquí la verdad la dan ellos. A nosotros nos corresponde una labor enorme, que es establecer si dijeron la verdad*” (énfasis nuestro). Dichas declaraciones dejan ver el papel prioritario de la colaboración del postulado en la formación de certeza sobre las hipótesis delictivas investigadas. Sin embargo, se debe señalar que, si bien dichas versiones y confesiones son una herramienta fundamental para cumplir con los propósitos de la investigación, en caso que ellas se realicen sin reservas, pueden transformar el transcurso de las investigaciones y la determinación de la responsabilidad penal en escenarios manipulables, debido a la discrecionalidad del postulado en la entrega de la información, especialmente de aquella que no puede constatarse a través de las versiones de las víctimas o de otras fuentes de información relacionadas con el actuar del GAOML desmovilizado y de sus integrantes. Frente a esto, el mismo director de la UNJP (González León) ha comentado posteriormente que las afirmaciones del postulado no son “el pilar sobre el cual se construye la verdad porque la versión es un ejercicio dinámico en el cual el fiscal confronta lo dicho por el versionado con los resultados de la indagación previa que ha realizado sobre cada hecho, actividad que por supuesto comprende la declaración de la víctima relacionada con esa conducta y otras fuentes de información” (véase FGN-JP, Comen-tarios, estudio preliminar, 2009, pág. 3).

do en la legislación colombiana, pero que ha sido considerado especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁷⁵. Esta, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)²⁷⁶, ha indicado que la razonabilidad del plazo es un elemento integrador del debido proceso, sujeto fundamentalmente a 1) la complejidad del asunto, 2) la intervención de los sujetos procesales y 3) la intervención de autoridades judiciales. De acuerdo con esos criterios, el plazo razonable no solo abarca la idea de “término legal”, sino también, la de “tiempo prudencial”, lo que respecto de asuntos procesales penales implica un proceso sin dilaciones indebidas. De todos modos, la decisión concreta de si una cierta actuación o un procedimiento supera el plazo razonable depende de las circunstancias del caso, o sea, es una decisión *caso por caso*.

147. Dentro de las actuaciones previas, notificado el inicio de las indagaciones por parte de la Fiscalía, el postulado podrá contratar un *defensor* de su confianza o solicitar que se le nombre uno de la Defensoría del Pueblo. En la notificación debe fijarse, a su vez, la fecha y hora en la que se rendirá versión libre. Además, se hará público su contenido, procediéndose a la citación de las víctimas, si estas se encuentran determinadas, o bien a su emplazamiento, en caso contrario.

B) *Audiencia de versión libre*

148. Con resultados de indagación concretos producto de las actuaciones previas, los miembros del GAOML rinden versión libre²⁷⁷, la cual se realiza una vez ratifi-

²⁷⁴ Véase parg. único del art. 1º del decr. 2898 de 2006 e inc. 2º del art. 1º del decr. 4417 de 2006; en este sentido se equivoca la C. S. de J. en el auto 31539 del 31 julio 2009 (*supra* nota 37), Consideraciones, 2.2.2. pues no toma en cuenta que respecto al término para las actuaciones previas, el art. 4º del decr. 4760 de 2005 fue derogado por los artículo 1º de los decrs. 2898 y 4417 de 2006.

²⁷⁵ Véase entre otras CC, C-272 de 1999, M. P. Cifuentes Muñoz, II. Fundamentos; CC, SU-961 de 1999, M. P. Naranjo Mesa, VI. 5; CC, C-774 de 2001, M. P. Escobar Gil, VI. 5.5.; CC, C-1154 de 2005, M. P. Cepeda Espinosa, sección 2.6.4.; CC, T-771 de 2006, M. P. Córdoba Triviño, II. Consideraciones y fundamentos.

²⁷⁶ Acerca de la difícil determinación del plazo razonable véase el estudio fundamental de DANIEL PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

²⁷⁷ Ley 975, art. 17. “*Versión libre y confesión*. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

”En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, y la fecha de su ingreso al grupo.

cado el acogimiento a la LJP²⁷⁸. En dicha versión los postulados relatan los *hechos delictivos* cometidos con ocasión de su pertenencia al GAOML e indican los *bienes* que serán entregados para la reparación de las víctimas (en la práctica, sin embargo, la indicación de bienes ocurre también antes y después de dicha diligencia). La realización de esta audiencia se produce independientemente de la situación jurídica del integrante del GAOML, ya sea que se haya desmovilizado de manera individual, colectiva o esté privado de libertad²⁷⁹. Esta diligencia constituye el trámite más representativo respecto de la revelación de los hechos punibles en los que hayan tomado parte los postulados. El desarrollo de la versión libre está ligado al nivel de colaboración del versionado, de cuyas narraciones se proyecta y condiciona posteriormente el programa metodológico.

149. La versión libre de la LJP tiene ciertas *particularidades* que la diferencian del mismo acto propuesto por el antiguo C. de P. P. En la LJP dicha versión no es exclusivamente un medio de defensa del desmovilizado, sino también el escenario donde se realiza la confesión completa y veraz, que es un requisito de acceso a la pena alternativa de la LJP. Esto hace de la diligencia algo más que un mero requisito de procedibilidad²⁸⁰, en tanto es un escenario que valida, a partir especialmente de la contradicción a lo confesado o dicho en versión, uno de los elementos esenciales para la entrega del beneficio de pena alternativa. Además, como fuente de prueba, su desarrollo y relación con las garantías de oralidad, concentración, inmediación y publicidad es diferente. Consagra, a la vez, una *participación especial de las víctimas* y estimula la posibilidad de ejecutar medidas judiciales cautelares. Por su parte, la figura de la versión libre del artículo 324 del antiguo C. de P. P.²⁸¹, aun cuando

²⁷⁸La versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

²⁷⁹El desmovilizado se dejará a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso”.

En términos de GONZÁLEZ DE LEÓN, “dada la complejidad de las estructuras criminales y la pluralidad de actores, delitos y víctimas, en realidad no hay un punto de cierre para la indagación, es decir para las actividades previas a la versión libre: por el contrario, los avances en la versión implican en la mayoría de los casos retomar la averiguación sobre el GAOML, complementar la información que se tenía sobre el mismo, vincular a un hecho como autores o partícipes a desmovilizados de otro grupo ilegal, a manera de ejemplo” (véase FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 3).

²⁷⁸ En términos del art. 1º del decr. 4417 de 2006, dicho acogimiento se hace al iniciarse la diligencia de versión libre, dicha manifestación es requerida para que se surta la versión libre y demás etapas del procedimiento de la ley 975 de 2005. Así mismo decr. 2898 de 2006, art. 1º.

²⁷⁹ Véase decr. 4760 de 2005, art. 4º.

²⁸⁰ Aparentemente de otra opinión FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 5 según la cual la audiencia de versión libre es solo un “requisito de procedibilidad”.

²⁸¹ Art. 324. “*Versión del imputado*. Cuando lo considere necesario el fiscal general de la nación o su delegado podrá recibir versión al imputado, la que se practicará en presencia de su defensor. Siem-

se trate de un acto prescindible, se puede llevar a cabo de manera previa al comienzo formal de la instrucción. A dicha diligencia se acude ya sea voluntariamente o por llamado de la Fiscalía, y en ella el indagado narra su versión de los hechos, considerándose como confesados aquellos por los cuales se inculpa. El fiscal mantiene durante su realización una actitud pasiva, pero pudiendo formular preguntas, especialmente por asuntos inculpatorios. A pesar de ello, el papel activo lo ejerce el versionado.

150. En la diligencia similar establecida por la LJP, el desmovilizado presenta su versión libre en razón de la postulación al trámite judicial. Debido a su condición de ex integrante de GAOML, el cometido del fiscal y del versionado es diferente al que tienen en la misma diligencia del proceso penal ordinario. La narración de hechos inculpatorios tiene prioridad, lo que concuerda con los propósitos de la ley de determinar la verdad para las víctimas. Por lo mismo, el *fiscal* debe asumir un papel *más activo* y desarrollar interrogatorios plenos a partir de la confesión del versionado y de las inquietudes de las *víctimas*. De ello se desprende que las audiencias aludidas se diferencien en el método, en el momento procesal, en el tipo de procedimiento y en el papel de los intervinientes. En el caso de la LJP, esa diligencia ha sido visiblemente reglamentada y condicionada²⁸² para hacerla más acorde a sus principios y al cuerpo normativo que la informa.

a) *Desarrollo de la audiencia*

151. La versión libre se lleva a cabo en varias *etapas*, unas previas, otras concomitantes o posteriores a las sesiones de la diligencia. Como actividades preparatorias de la versión libre²⁸³ se entienden aquellas realizadas con anterioridad a la recepción de la versión, que se inicia con la ratificación del postulado al comienzo de la diligencia, lo cual complementa lo establecido en el artículo 4° del decreto 4760 de 2005, dirigiéndose fundamentalmente a asegurar la operatividad y logística de la ejecución de las versiones²⁸⁴, dar inicio a la elaboración del programa metodológico y convocar a las potenciales víctimas vinculadas a los hechos del desmovilizado.

pre se le advertirá que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad.

”La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión”.

²⁸² Véase art. 17 ley 975 de 2005, art. 11 ley 938 de 2004, art. 5° decr. 4760 de 2005, art. 9° decr. 3391 de 2006, decrs. 4417 de 2006, 2898 de 2006, 3500 de 2007, 315 de 2007, res. 387 de 2007 FGN, res. 3998 de 2006 FGN, res. 2296 de 2007 FGN, res. 171 de 2006 PGN, res. 4773 de 2007, Memos UNJP-FGN: 034 de 2006, 02 de 2007, 026 de 2007, 031 de 2007, 035 de 2007, 053 de 2007, 72 de 2007, 079 de 2007, 086 de 2007, 31 de 2008, 41 de 2008, 64 de 2008, 67 de 2008, Memos UNJP-FGN (sobre imputaciones a terceros en versión libre): 80 de 2007, 09 de 2008, 17 de 2008, 28 de 2008, 50 de 2008.

²⁸³ Véase art. 1° res. 3898 de 2006 FGN.

²⁸⁴ Véase art. 2° y 3° res. 3898 de 2006 FGN.

152. Luego de las actividades mencionadas previamente (parg. 143 y ss.), y de ser valorada la información en ellas recogida, el artículo 4° de la resolución 3898 de 2006 de la UNJP-FGN sugiere para el desarrollo de la audiencia *dos sesiones*. La *primera*, a manera introductoria, pretende explicar la metodología y los temas de la diligencia, los derechos de las víctimas, la manera de intervención y las advertencias de ley sobre la reserva de la actuación. Asimismo, se informa al postulado sobre sus garantías y obligaciones, y se procede al interrogatorio sobre aspectos generales de su vinculación al GAOML, el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y la relación de los hechos objeto de confesión. En la *segunda* sesión se intenta la *confesión plena y veraz* de los hechos cometidos por el postulado y de los que tenga conocimiento. Sobre estos puntos se dirigen tanto las preguntas del fiscal, como las del ministerio público y de las víctimas. Posterior a la confesión y preguntas de los intervinientes, el fiscal interroga sobre hechos no confesados por el versionado, con fundamento en la información disponible de diversas fuentes.

153. Según el último inciso del artículo 4° de la resolución 3898 de 2007 las sesiones aludidas pueden suspenderse y reanudarse a fin de garantizar una versión completa, veraz, con la debida participación²⁸⁵ de los intervinientes y correcta verificación o evaluación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad. Asimismo, el artículo 1° de la resolución 2296 de 2007 UNJP-FGN advierte que al inicio o reanudación de cada sesión, el fiscal debe rememorar los propósitos introductorios a las nuevas víctimas y dejar siempre constancia de los objetivos de las sesiones siguientes²⁸⁶.

154. Las versiones libres deben ser *registradas técnicamente*²⁸⁷. Posterior a las mismas, se debe continuar con las labores de verificación e investigación. Las diligencias de la versión libre pueden ser transmitidas en directo en las Salas de víctimas habilitadas para tal fin²⁸⁸, y en diferido por radio, televisión o internet²⁸⁹. A pesar de

²⁸⁵ Sobre la participación de las víctimas durante la versión libre, véase *infra* parg. 272 y ss. y 304 y ss.

²⁸⁶ Art. 2° res. 2296 de 2007 FGN.

²⁸⁷ Art. 1° res. 387 de 2007 FGN. “*Registro técnico de la diligencia de versión libre*. Las salas de versión libre deberán estar dotadas de los medios técnicos que garanticen el registro completo y seguro de esa diligencia para la memoria histórica, la conservación de lo actuado y su posterior difusión a la sociedad colombiana, sin perjuicio de las restricciones de publicidad previstas en esta resolución”.

²⁸⁸ Art. 4°, res. 387 de 2007 FGN. “*Transmisión de la diligencia de versión libre*. Para garantizar a las víctimas su derecho de acceder a la justicia, la diligencia de versión libre se transmitirá en directo a la sala habilitada para ellas, quienes por el solo hecho de su presencia en ese lugar adquieren la obligación de guardar la reserva con la finalidad de no menoscabar garantías constitucionales de las víctimas y demás personas que pudieran resultar afectadas con las manifestaciones del versionado, en el entendido que la versión del postulado debe ser objeto de verificación e investigación para lograr la verdad material. El fiscal del caso, al inicio y final de la diligencia, hará las advertencias correspondientes”. Véase así mismo art. 2° decr. 315 de 2007 y art. 6° res. 2296 de 2007 FGN.

²⁸⁹ Art. 6° res. 387 de 2007 FGN. “*Transmisión en diferido de la diligencia de versión libre*. Cumplido lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la presente resolución, el fiscal del caso comunicará al jefe de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz que el registro elaborado podrá ser trans-

ello, el fiscal tiene la facultad de restringir la transmisión de la diligencia en los casos señalados en el artículo 7º de la resolución 397 de 2007 de la FGN²⁹⁰. Posterior a cada sesión, el fiscal debe evaluar el desarrollo de la diligencia para determinar, entre otros asuntos, los resultados de la diligencia, los temas inconclusos que deben abordarse nuevamente en la jornada siguiente, los hechos por verificar y las estrategias que se deben seguir para cumplir los propósitos del procedimiento²⁹¹. En el fondo, la operatividad de la versión libre, también en razón de los condicionamientos jurisprudenciales, procura alcanzar el máximo grado de *verdad*, por medio de una *confesión completa y cierta*, pero debe contar con una debida interacción de sus intervinientes²⁹².

b) *Confesión completa y veraz*

155. Según el artículo 9º del decreto 3391 de 2006, el postulado efectuará, a fin de asegurar el derecho a la verdad, la confesión completa y veraz de todos los *hechos delictivos* en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML. Además, informará sobre las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los hechos de los cuales tenga constancia. Igualmente, manifestará su fecha de *ingreso* al respectivo bloque o frente e indicará la totalidad de los *bienes* de origen ilícito, debiendo estos ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaración judicial de responsabilidad a que haya lugar.

156. Esta dimensión de la idea de confesión en la LJP, que ya había exigido la Corte Constitucional²⁹³, tiene el propósito de neutralizar la manipulación de la verdad, evitando que los desmovilizados nieguen haber cometido ciertos delitos graves. En

mitido por los medios de comunicación —radio, televisión o internet— disponibles y al efecto le entregará copia del mismo”.

²⁹⁰ Ley 975, art. 7º. “*Restricciones a la publicidad de la diligencia de versión libre*. De conformidad con la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional reseñada en las consideraciones previas de esta resolución, el fiscal del caso podrá disponer restricciones a la transmisión de la diligencia de versión libre cuando las manifestaciones del postulado puedan entrañar peligro para (i) las víctimas u otras personas; (ii) el interés de la justicia o la investigación, o la recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida; (iii) la intimidad, honra y buen nombre de las personas, y (iv) la defensa y soberanía nacionales; asimismo cuando se trate de víctimas de violencia sexual o menores de edad.

”En los anteriores eventos la transmisión en directo será suspendida por el tiempo que se considere necesario y al momento de la reanudación el fiscal del caso hará un resumen de los elementos de conocimiento sobre los cuales se aplicó la restricción.

”En ningún caso la restricción de la publicidad podrá generar perjuicio a los derechos del acusado o al debido proceso”.

²⁹¹ Véase entre otros memorando 031 de 2007 UNJP-FGN.

²⁹² Sobre la participación de las víctimas, véase *infra* párgs. 272 y ss. y 304 y ss.

²⁹³ Véase sent. C-370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.2.1.5.

ese sentido, según la jurisprudencia y el texto reglamentario de la LJP, la confesión completa y veraz es incorporada como *requisito de accesibilidad a la pena alternativa*, lo cual implica una mayor carga procesal del versionado en la narración de los acontecimientos.

157. La confesión toma cuerpo al inicio de la segunda sesión de la versión libre, después de las formalidades introductorias previas. El fiscal solicita al postulado ratificado entregar la información que exige el artículo 9° del decreto 3391 de 2006 en forma completa y veraz, teniendo para esto último, las facultades de interrogar y transmitir las preguntas de las víctimas. Así, el propósito de asegurar la verdad sobre los hechos es el criterio determinante de las exigencias de fondo y de forma que asume esta etapa de la audiencia. El carácter de completa y veraz de la confesión determina la operatividad del acto procesal.

158. En la práctica de la versión libre y la confesión, se ha observado que su conducción está ampliamente *dirigida por el fiscal*, es decir, de este depende en gran medida los ritmos, desarrollo de la audiencia e intervención de otros intervinientes, especialmente las víctimas²⁹⁴.

c) *Control judicial por el Magistrado de Control de Garantías*

159. Al ser la versión libre un acto procesal que trae consigo posibles limitaciones de las *garantías fundamentales* de los intervinientes, las actividades de indagación o investigación realizadas durante su ejecución, especialmente por la Fiscalía, están sujetas al control de legalidad por el MCG. Este control está consagrado en el acto legislativo 3 de 2002 y en el C. de P. P. vigente, que han incorporado la figura del juez de garantías como institución fiscalizadora del ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, acopio del material probatorio y verificación de sospechas.

160. La competencia del MCG se anticipa a la formulación de la imputación, actuando activamente en el desarrollo de la versión libre. Su función se orienta al control judicial de las actividades de investigación y, en los asuntos de justicia y paz, también a aquellas intervenciones donde resulten afectadas las garantías e intereses fundamentales de las *víctimas*. Para ello, estas últimas tienen la facultad de solicitar audiencia preliminar a fin de controlar las actividades de la Fiscalía en el trámite de la versión libre²⁹⁵.

161. En el marco de esos propósitos, previo a la formulación de imputación, se han autorizado bajo el control del MCG *medidas cautelares*²⁹⁶, fundamentalmente para dejar fuera de circulación comercial los bienes entregados por los postulados ra-

²⁹⁴ Así mismo John Jaime Posada Orrego, entrevista Medellín 5 agosto 2009; Jairo Acosta (*supra* nota 262); Luz Amira Eslava Mojica, entrevista Bogotá 14 agosto 2009.

²⁹⁵ Así mismo véase C. S. de J., rad. 27052 (*supra* nota 71), consideraciones.

²⁹⁶ Así por ejemplo: embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado. Cuando el versionado no registre orden de captura y confiese hechos

tificados²⁹⁷. Debido a que la formulación de imputación procesalmente es un acto posterior, el derecho a la reparación se puede ver burlado de no autorizarse una medida precautoria en el curso de la versión libre²⁹⁸.

162. Para proceder a la medida cautelar se requiere que el desmovilizado esté rindiendo versión libre y que los bienes que resulten afectados hayan sido ofrecidos voluntariamente por el versionado o denunciados por las víctimas, por el ministerio público o por la Fiscalía. Se ha estimado que dichas medidas no constituyen una vía de hecho, sino una respuesta jurídica proporcional a las obligaciones de los desmovilizados de reparar sus hechos delictivos²⁹⁹. Con ello se activa una *competencia adicional* del MCG previa a la formulación de imputación, ajustando sus facultades a los objetivos sugeridos en el acto legislativo 3 de 2002, en lo referente al papel de fiscalización judicial y de protección de garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal.

C) Programa metodológico

163. El término de la recepción de la versión libre supone la disponibilidad de múltiples variables e hipótesis delictivas producto de las narraciones del versionado en la confesión, de los datos suministrados por las víctimas y de las actividades de indagación previas a la versión libre. Con toda esa información se deben reunir los elementos probatorios para fundar los delitos confesados a través de las fuentes mencionadas y sus determinadores. Con este propósito, la ley ordena la elaboración de un *programa metodológico* de investigación.

164. En términos del artículo 17 de la LJP, la Fiscalía y policía judicial buscan, mediante el programa metodológico, “iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia”. La incorporación de una *idea planeada y metódica de investigación* en los asuntos de justicia y paz, que se construye con fundamento en la versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, tiene su referente más inmediato en el artículo 207 del C. de P. P., según el cual, el programa metodológico “deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura

de competencia de jueces penales de circuito especializado, será puesto a disposición del MCG para hacer formulación de imputación y discutir lo relativo a la imposición de medidas cautelares personales. La imputación podrá ampliarse en la medida en que vía confesión se expongan nuevos hechos (parg. único art. 5º decr. 4760 de 2005).

²⁹⁷ Véase C. S. de J., rad. 30442 (*supra* nota 116), sección consideraciones de la Sala.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*.

de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos”.

165. En términos generales dicho programa debe operar como una herramienta que facilita la organización de las actividades investigativas dirigidas a determinar y asegurar los elementos de conocimiento. En ese sentido

“se constituye en el sistema por el cual se evalúa la información inicial y se identifican, clasifican, priorizan, planean y ordenan los actos de indagación tendientes a determinar si existió la conducta de la cual se tuvo noticia, si la misma tiene las características de un delito, y de ser así, individualizar o identificar a sus autores y partícipes. Igualmente es el medio más expedito e idóneo para explicar, al juez de conocimiento, esos sucesos y las circunstancias en que ocurrieron, así como para persuadirlo más allá de toda duda tanto de su ocurrencia, como de la responsabilidad de quienes las ejecutaron, bien como autores o como partícipes, con miras a obtener un fallo de culpabilidad”³⁰⁰.

166. Su presencia en el escenario de la investigación está determinada no solo para la cabal realización del *derecho de defensa*, sino también, por el sentido de utilidad y eficiencia que representa para la Fiscalía. Con dicho programa se facilita la inferencia y sustentación de los motivos que soportan y legitiman los actos de investigación, mucho más si los mismos implican restricciones a derechos fundamentales. En la LJP, el programa tiene importancia trascendental por su importancia al inferir hipótesis de verdad, no solo en relación con las conductas delictivas confesadas o denunciadas, sino también, respecto de los autores y partícipes de las mismas y de las circunstancias y contextos que las rodean. De este modo, el programa metodológico es fundamental para asegurar el derecho a la verdad y corroborar los perjuicios de las víctimas. Sin embargo, es de anotar en este contexto que la elaboración del programa metodológico enfrenta el reto de realizarse sin la existencia previa de una estrategia global de investigación (véase *infra* parg. 310) y sin la participación adecuada de las víctimas durante la versión libre (véase *infra* parg. 304).

a) Estructuración

167. El programa metodológico, como herramienta de planificación de la investigación, parte de la formulación de *preguntas básicas* dirigidas a los asuntos en

³⁰⁰ Fiscalía General de la Nación. *Programa metodológico. Versión preliminar para trabajo*, Bogotá, El Autor, 2007, pág. 9. En términos del reciente oficio de la UNJP “son tres los modelos de programa metodológico que aplica la Unidad: el del GAOML, el del postulado y el del hecho (víctima), los cuales están íntimamente relacionados y se retroalimentan con los hallazgos que reportan las actividades convenidas y realizadas [...]. Así mismo debe tenerse presente que el programa metodológico es dinámico en la medida que contempla las hipótesis posibles de manera que facilita reorientar la investigación en el momento indicado y se nutre con los avances de la versión libre y otras etapas procesales” (véase FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 5).

cuestión: ¿hay delito?, ¿quién lo cometió?, ¿quién participó? y ¿cuáles son los medios probatorios que lo demostrarán?³⁰¹ Con ello se trata de asegurar que solo los hechos que revistan las características de delito lleguen a ser investigados, se trata de individualizar a los autores, coautores y partícipes, sujetos activos calificados y víctimas indeterminadas. Además, se busca compilar los medios de conocimiento necesarios para soportar medidas cautelares, dando por verificados los requisitos de elegibilidad para el acceso a la pena alternativa y la determinación de responsabilidad penal.

168. Tratándose de los propósitos de la LJP, la estructura del programa metodológico gira en torno a *componentes fácticos, jurídicos y probatorios*³⁰². Con ellos se busca fundamentalmente aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución de los hechos, orientar las respectivas subsunciones jurídicas que fundamentan la imputación y la acusación y determinar los elementos de prueba que respaldan estos actos procesales. En este aspecto, serán variables claves de los propósitos del programa metodológico, el momento de la organización del GAOML, su desenvolvimiento, sus bienes y método de financiación, sus conductas punibles y sus víctimas.

³⁰¹ *Ibidem* pág. 16. Para la investigación de un hecho en particular, entre otros aspectos la UNJP tiene en cuenta los siguientes: “(i) narración del hecho por parte de la víctima, de otra fuente humana, obtenida de la revisión de un proceso en la justicia ordinaria, a manera de ejemplo; (ii) hipótesis; (iii) objetivos de la investigación: estructura del delito (autores y partícipes; conducta: elementos normativos y responsabilidad; su relación con la pertenencia al GAOML; víctima y daño infligido); (iv) medios cognoscitivos; (v) utilidad probatoria; (vi) actividad investigativa que debe seguirse; (vii) responsables de esas actividades; (viii) tiempo estimado para su desarrollo y (ix) evaluación de resultados. Adicionalmente, el programa metodológico tiene un capítulo para las víctimas [...]” (véase FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, págs. 5-6).

³⁰² *Ibidem*, pág. 22. Así mismo Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ-Proyecto ProFis), *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2009, pág. 238, donde se identifican tres componentes fundamentales: “a) Los datos más importantes para identificar, ubicar y dismantelar *el grupo armado organizado al margen de la ley*, junto con las políticas generalizadas y sistemáticas que haya utilizado para cometer los delitos, su cadena de mando con sus componentes político, militar y financiero, bienes, armas y menores de edad entregados al momento de la desmovilización colectiva, hechos atribuidos y posibles víctimas; b) la identificación del *postulado* estableciendo su nombre y apellidos, sus alias, la verificación plena de su identidad y las características morfológicas; los sitios en los que estuvo, los bloques, frentes o grupos a los que perteneció; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales, antecedentes y anotaciones judiciales y de policía; la relación con el grupo ilegal del cual se desmovilizó o con otras organizaciones criminales; los hechos atribuibles y sus víctimas, y la acreditación de requisitos de elegibilidad; la identificación y ubicación de sus bienes, y c) *las conductas punibles cometidas por el postulado*, estableciendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar y su grado de participación en ellas, verificando si la conducta está o no judicializada, y las víctimas directas o indirectas en los términos señalados en el artículo 5° LJP y en la jurisprudencia; los daños que individual o colectivamente se hayan causado, tales como lesiones físicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera, menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, o de su comunidad de vida” (énfasis original).

b) *Desarrollo*

169. Con la elaboración del programa metodológico se aviene la necesidad de plantear problemas, elaborar hipótesis, variables y sub-problemas que permitan la verificación de los componentes mencionados. Con ello se adecua la *tipicidad de la conducta*, desde la cual se programan las actividades de investigación. Para cumplir con tal objetivo se requiere una primera observación y análisis de la información primaria por parte del fiscal y su equipo de trabajo, que permitan concretar los alcances del proyecto de investigación judicial. De este modo se proyectan hipótesis, que determinan las actividades investigativas conducentes para complementar la información recogida hasta la versión libre.

170. El desarrollo de cada uno de los objetivos programados y la ejecución de las actividades previstas serán desarrollados en un *plazo razonable*³⁰³, debiendo su marcha y finalización ser evaluadas de tal manera, que la verificación de las hipótesis de investigación permita compilar los elementos fácticos y jurídicos para *determinar la orientación de la acción penal*. Dicha evaluación se debe concentrar en la determinación de la responsabilidad penal, la concesión del beneficio de alternatividad y la realización de los derechos de las víctimas. Cada uno de los elementos mencionados debe ser sometido al análisis del equipo de investigación, con el objeto de afianzar la credibilidad de los actos de investigación y el debido ejercicio de contradicción por los intervinientes. El programa metodológico estimulará actividades de investigación y compilación de elementos de prueba, los cuales conducirán al archivo del caso, a la preclusión de la investigación o a la formulación de la imputación. Esta última decisión supone la existencia de medios suficientes de conocimiento con nivel de inferencia razonable de que la acción punible ha existido y el versionado es autor o partícipe de ella.

171. Debido al margen de flexibilidad que existe en la elaboración del programa metodológico, no está claro si todos los fiscales siguen el “programa metodológico” de la misma manera. A pesar de que la idea de programa metodológico fue desarrollada por el sistema de gestión de calidad de la FGN y que no debería existir discrecionalidad en su elaboración a partir de esos lineamientos de calidad, existe la impresión de que cada fiscal, conforme a la práctica adquirida a lo largo del ejercicio de su profesión, a su entendimiento de la LJP y al estatus del acusado, dirige la versión libre y el diseño del programa metodológico de forma diferente.

c) *Archivo de diligencias*

172. La determinación procesal a través del *archivo* de las diligencias se advierte en el artículo 27 de la LJP³⁰⁴. Asimismo, de acuerdo con el artículo 161 del C. de P.

³⁰³ Sobre plazo razonable véase *supra* parg. 146.

³⁰⁴ Ley 975, art. 27. “*Archivo de las diligencias*. Si en relación con los hechos admitidos o no admitidos por el desmovilizado en su versión libre o en posterior actuación, según el caso, antes de la audiencia de imputación, el fiscal delegado llegare a constatar que no existen motivos o circunstancias

P. vigente, el archivo lo debe proferir el fiscal mediante providencia, debidamente motivada y comunicada al denunciante y al ministerio público³⁰⁵. Debe diferenciarse el archivo de las diligencias de la *preclusión* de la investigación. Esta última es una figura propia del sistema procesal penal ordinario, que es tomada por el juez de conocimiento cuando no hay mérito para acusar. Su regulación se encuentra establecida en los artículos 331 a 335 del C. de P. P. vigente y sus circunstancias de previsión en el artículo 332. En la LJP, cualquier causal de preclusión la conoce la Sala de Conocimiento del TSDJ. Sin embargo, nunca procederá la preclusión, ni el archivo por renuncia del postulado al trámite de justicia y paz, pues en tales casos se remiten las actuaciones a la justicia ordinaria³⁰⁶.

D) Comentarios

173. La fase de investigación proyectada por la LJP está determinada por un espectro de propósitos y expectativas procesales que *desbordan los rendimientos reales* que el esquema procesal puede brindar. A ello se suma una amplia gama de *vacíos jurídicos* que propician situaciones de impunidad. A pesar de los resguardos jurisprudenciales establecidos para asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en la fase de investigación, ellos no resultan ser suficientes. Las consideraciones más críticas están marcadas por el amplio poder dispositivo de las actuaciones previas, el aseguramiento de la verdad completa y veraz solo vía confesión, la limitada participación de las víctimas, cierta desarmonización en el desarrollo de los programas metodológicos y en algunos casos la falta de cooperación óptima entre el fiscal y los funcionarios encargados de la investigación (policía)³⁰⁷.

174. Discutible es el *carácter judicial* que asume el proceso con el arribo de la lista de postulados, debido especialmente a ciertas discrecionalidades de los operadores judiciales en la reglamentación de las actuaciones previas a la versión libre y el particular control judicial de las mismas. Esta consideración se desprende del análisis del artículo 4° del decreto 4760 de 2005. Los objetivos allí propuestos sintetizan los propósitos centrales del procedimiento de justicia y paz, traspasando los resultados razonables que de manera previa pueden alcanzarse. Quizá esa sea la causa por la que se ha dicho que el gobierno ha extralimitado su poder reglamentario³⁰⁸, pues incorpora una gama de actuaciones que propician el exceso de competencias de la Fiscalía, afectando las garantías fundamentales de los indagados y de las víctimas.

fáticas que permitan su caracterización como delito o que indiquen la posible existencia, dispondrá de inmediato el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios se reanudará la averiguación conforme con el procedimiento establecido en la presente ley, mientras no se haya extinguido la acción penal”.

³⁰⁵ Véase CC, sent. C-575 de 2006, M. P. Tafur Galvis, párr. 5.3.9.

³⁰⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal. rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones.

³⁰⁷ Véase AMBOS/STUDENROTH, *Informe y recomendaciones a las consultas y observaciones realizadas en Bogotá, y en la región piloto de Barranquilla (Costa)*, Bogotá, GTZ-Proyecto ProFis, 2008.

³⁰⁸ Véase Procuraduría General de la Nación (2008) (*supra* nota 7, Intr.), t. I, pág. 158.

175. Con esto último queda de manifiesto, que los *objetivos* propuestos por la reglamentación de las actuaciones previas a la versión libre y el programa metodológico ya indicados están condenados a ser *limitados*. Además, es un espacio de *discrecionalidad* de los operadores jurídicos debido a su carácter previo y no estrictamente sometido al control del MCG, generando el riesgo de transgredir las garantías fundamentales de los involucrados. Sin embargo, se destacan las actividades tendientes a asegurar la reparación de las víctimas, como la identificación de bienes y otras fuentes de financiamiento, sobre los cuales la jurisprudencia permite la posibilidad de decretar medidas cautelares³⁰⁹.

176. En relación a la *arbitrariedad*, esta es mucho más notoria, si se tiene en cuenta la función posterior de la audiencia de la versión libre. La misma encausa múltiples actividades procesales, determinando el instrumento más importante para la concreción de los derechos de las víctimas: la confesión, y por medio de ella, la verdad de los acontecimientos. Tanto el perfilamiento de este mecanismo, como su calidad de veraz e integral, han sido fundamentalmente el resultado de los *condicionamientos jurisprudenciales*³¹⁰, que han visto en la confesión una herramienta para conocer los delitos de los paramilitares, desarticular sus operaciones y redes y juzgar a sus colaboradores.

177. De este modo, la versión libre se ha proyectado como un espacio donde pueden comenzar a concretarse *limitadamente* los propósitos de justicia y verdad³¹¹. Ello se debe a la restringida capacidad de respuesta logística frente a la magnitud de los propósitos de la LJP, a la gama de restricciones que han implicado la reformulación de los criterios de oralidad, concentración, publicidad, intermediación y contradicción, y a las discrecionalidades que permiten considerar a la confesión como una fuente de información. A pesar de su innegable utilidad, los objetivos de cabalidad y veracidad de la audiencia están muy lejos de realizarse, básicamente por depender solo de las narraciones del versionado.

178. El desenlace de la versión libre exige una *preparación compleja*, que permita desarrollar la diligencia de la manera más eficiente y con el mayor respeto de las garantías de los intervinientes. Además, la misma rigurosidad se debe exigir al identificar al postulado y al verificar los requisitos de desmovilización. Sobre el tema, las críticas apuntan a que el gobierno colombiano no ha invertido suficientes *recursos* en las instituciones encargadas de poner en práctica la ley³¹², siendo la capacidad de la UNJP inferior a las necesidades que demanda el procedimiento de justicia y paz³¹³.

³⁰⁹ Véase *supra* lit. c), pág. 82, par. 159 y ss.

³¹⁰ Véase C-370 de 2006 (*supra* nota 1).

³¹¹ “Un seguimiento cualitativo a las diligencias de versión libre” en *Centro Internacional de Toledo para la Paz* (*supra* nota 101), págs. 17-74.

³¹² Véase Human Rights Watch (*supra* nota 259), págs. 33 y 36.

³¹³ Véase Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 248), pág. 131.

179. Algunas *dificultades operativas* han repercutido en el desarrollo de la versión libre³¹⁴, como por ejemplo, listas defectuosas de solicitantes, insuficiencia de personal, desprotección de las víctimas e intervinientes, retiro de muchos postulados del proceso³¹⁵. Resulta particularmente preocupante la falta de garantías y seguridad para los postulados que quieren hablar individualizando responsabilidades y al mismo tiempo para las víctimas que a veces son amenazadas cuando asisten a las versiones o a otras audiencias³¹⁶. Dichos tropiezos han influido negativamente en los rendimientos de la diligencia. Además, debido al juego de restricciones y autorizaciones sobre la participación de las víctimas³¹⁷, se han generado confusiones no solo de la versión libre como concepto, sino también del papel de cada uno de los que intervienen en ella.

180. Además, existen algunas *dificultades para sistematizar* la información compilada. Este es el caso de la gestación del proyecto metodológico de investigación y práctica de interrogatorios por parte del fiscal. Aquí parece faltar una debida cooperación entre el fiscal, como director de la versión libre, y los funcionarios de investigación (policía), encargados de verificar y suministrar la información³¹⁸. Esto repercute, por ejemplo, en la secuencia lógica de las preguntas que dirige el fiscal al versionado y en la participación de las víctimas en los interrogatorios³¹⁹.

181. A ello se suma la nueva forma de entender la garantía procesal de la *publicidad*, pues la tendencia restrictiva de la participación y divulgación de algunos contenidos de las versiones y de momentos preparatorios de la misma, limitan el sentido de transparencia de tales diligencias³²⁰. De esta forma se debilita la posibilidad

³¹⁴ Acerca de las falencias técnicas y administrativas en el desarrollo de las versiones libres véase Centro Internacional de Toledo para la Paz (*supra* nota 101), pág. 60 y ss., donde se resaltan fundamentalmente las suspensiones durante el desarrollo de las diligencias de versión libre, retrasos para iniciar las diligencias, inconvenientes referentes a la calidad del sonido y la imagen y el desenvolvimiento del recurso humano asignado.

³¹⁵ Véase Human Rights Watch (*supra* nota 259), págs. 34-37. Así mismo LUIS GONZÁLEZ LEÓN (*supra* nota 91).

³¹⁶ El problema de la falta de seguridad y garantías fue expresado en varias entrevistas y conversatorios realizados en el marco de la elaboración de este estudio, v. gr., entrevista con postulados en La Picota (*supra* nota 23); conversatorio en la CNRR, Sincelejo, 20 agosto 2009 como en otras reuniones en la misión a la costa caribeña (informe AMBOS/BERNAL, *supra* nota 156). Ver también *infra* lit. e), pág. 126, parg. 285

³¹⁷ Sobre el papel del fiscal respecto de la víctima en las versiones libres véase Centro Internacional de Toledo para la Paz (*supra* nota 101), pág. 37 y ss.

³¹⁸ AMBOS/STUDENROTH (*supra* nota 307): “Parece que hasta hoy, se ha dispuesto documentar la versión libre en términos meramente cronológicos y minuto a minuto; dadas las circunstancias, podría tener más sentido exponer las declaraciones frente a un determinado conjunto delictivo, con relaciones entre sí, y con las respectivas informaciones que se hayan aportado en diferentes jornadas de declaraciones y de manera fragmentada”.

³¹⁹ Sobre el activismo e inactivismo del fiscal en la versión libre véase Centro Internacional de Toledo para la Paz (*supra* nota 101), págs. 28-37.

³²⁰ La CIDH (*supra* nota 259), párr. 69 ha advertido: “la necesidad de que en esta nueva etapa del proceso de desmovilización se fortalezca la presencia de los medios de prensa regionales y nacio-

de ejercer control (interno y externo) sobre el desarrollo de los actos judiciales propios de esa fase³²¹. Volveremos sobre este tema complejo más adelante³²². La sombra de la resignación de las víctimas se asoma especialmente en el momento de la confesión. En dicho monólogo, en muchos casos, la concreción de los detalles del hecho punible se reducen a la voluntad del desmovilizado a través de su confesión.

182. La idea de juicio que se reivindica desde la versión libre alimenta ciertas particularidades de las facultades procesales de los intervinientes. La práctica de dicha diligencia, no solo en el tema de la participación de las víctimas, sino también en el trabajo de la Fiscalía y la policía judicial, deja ver una *concentración* de funciones especiales que *supera sus capacidades reales*, repercutiendo en la satisfacción eficiente de expectativas procesales. Todo lo anterior, sumado a las necesidades logísticas y a los contenidos por tratarse y verificarse en la versión, agotan las posibilidades reales de intervención de la Fiscalía para cumplir los propósitos de la diligencia³²³.

183. Esto último tiene especial repercusión en la *continuidad* del procedimiento de justicia y paz, pues está subordinada a la recopilación de medios suficientes de conocimiento para probar uno o varios de los elementos estructurales del(os) tipo(s) investigado(s). La no configuración de la tipicidad objetiva, por la no verificación de circunstancias fácticas de la conducta respectiva, resulta en la imposibilidad de continuar con la tramitación. Por lo mismo, se debe dar importancia al desarrollo del programa metodológico.

6. FASE INTERMEDIA

184. El desarrollo del procedimiento de justicia y paz, una vez culminadas las actuaciones que giran alrededor de la versión libre, prevé una serie de actos procesales intermedios, con la finalidad de adelantar la preparación de la sentencia. Para ello, la LJP en su artículo 18 habilita la solicitud de *formulación de imputación*, subordinada a la existencia de una *inferencia razonable* de autoría o participación de uno o varios delitos del postulado, desprendida de la valoración de los elementos materiales

nales a fin de garantizar la transparencia del proceso. Así, resulta crucial recordar que durante los circuitos judiciales en la desmovilización y entrega de armas de los grupos armados al margen de la ley poca información se hizo pública sobre lo sucedido en cada una de las zonas de ubicación donde los bloques se concentraban y hacían entrega de sus armas. La presente etapa del proceso de desmovilización de las AUC requiere transparencia, y ella sólo puede ser garantizada facilitando y permitiendo el acceso de las víctimas a ambas sesiones de la versión libre, asegurando que en la segunda sesión de la versión libre tengan la posibilidad real de interrogar a los postulantes en búsqueda de la verdad”.

³²¹ Véase sobre reservas de la versión libre, trastornos de la publicidad en la misma y dificultades de la participación de las víctimas, Comisión Colombiana de Juristas (*supra* nota 248) pág. 132; CIDH (*supra* nota 259), párrs. 78-100.

³²² En la discusión sobre el derecho de las víctimas a la información ver *infra* lit. a), pág. 118, parg. 268 y ss.

³²³ Véase AMBOS/STUDENROTH (*supra* nota 307).

probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida hasta el momento. De esta manera se incorpora lo que en el proceso ordinario se estableció como una medida limitante al exceso de las facultades de la Fiscalía para la investigación³²⁴.

185. Con la exigencia de una *probabilidad razonable* de autoría o participación en un delito, no solo se intentan respetar las *garantías constitucionales* en la investigación y en la etapa de juzgamiento, sino también se habilita, entre otras cosas, el tránsito al beneficio de la alternatividad, la publicidad para los intervinientes sobre los límites del procedimiento y la posibilidad de contradicción, tendiente a la definición de una verdad procesal respetuosa de los derechos de las víctimas.

186. Así mismo, la delimitación del objeto del proceso se manifiesta en la *formulación de cargos*, en la cual se expone el resultado jurídico de la investigación y se hacen públicas las razones de la acusación, garantizándose que no se podrá condenar por hechos punibles diferentes de los expuestos. Con ello se delimitan, también, los hechos que el desmovilizado debe aceptar para acceder al beneficio de la alternatividad penal.

A) Audiencia de formulación de imputación

a) Naturaleza, contenido y consecuencias legales

187. El artículo 18 LJP establece que “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación”. La imputación como acto de comunicación mediante el cual el fiscal informa al postulado su calidad de imputado tiene como finalidad la *formalización de la iniciación de la investigación penal*³²⁵.

188. Durante su realización la Fiscalía debe hacer una *imputación fáctica* de los cargos investigados, es decir, una descripción clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. El fundamento argumentativo de la imputación debe comprender la relación de los hechos delictivos que son materia de investigación, los motivos por los cuales se le atribuye provisionalmente responsabilidad al postulado a título de autor o partícipe, que no pueden ser distintos a que su ejecución y

³²⁴ Ley 906 de 2004, art. 287. “*Situaciones que determinan la formulación de la imputación.* El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”.

³²⁵ C. S de J., rad. 27484 (*supra* nota 72), Consideraciones.

consumación se llevó a cabo para y dentro de la organización armada ilegal, antes de su desmovilización, y la indicación del medio de prueba desde el cual se logra la inferencia.

189. Si bien la audiencia supone una *imputación fáctica*, por medio de la cual se le exponen al postulado los hechos por los que se le investigará, dicha imputación también incorpora *elementos normativos*, con los que se comunica la adecuación de la conducta a alguno de los tipos descritos en el C. P.³²⁶. Esto debe fundamentarse en la subsunción que se hace pública en la imputación. Esto quiere decir que la tristemente célebre imputación fáctica, producto de la influencia estadounidense en la elaboración del C. de P. P. vigente³²⁷, es un mero concepto teórico que en la práctica fiscal no puede sobrevivir. De todos modos el carácter fáctico y jurídico de la imputación, le permite al imputado medir la proporción de la pena que podría recibir, junto a las rebajas aplicables a su caso, garantizando el derecho de defensa del mismo.

190. La imputación implica la interrupción de la prescripción de la acción penal³²⁸, la *suspensión de los procesos abiertos en la justicia ordinaria*³²⁹ por hechos relacionados con la imputación en Justicia y Paz³³⁰, y la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento (detención preventiva)³³¹ o medidas cautelares sobre los bienes del postulado para la reparación de las víctimas. Cabe destacar que es posible decretar medidas cautelares sobre bienes aun antes de que termine la versión libre, y en todo caso, sin que sea necesario que se haya realizado la formulación de imputación³³².

³²⁶ Esto reconocen los mismos actores del proceso, entrevista con Eduardo Porras, Barranquilla, 19 agosto 2009.

³²⁷ Cf. art. 287 C. de P. P. vigente, *supra* nota 324.

³²⁸ La formulación de la imputación, como acto que interrumpe el término de la prescripción de la acción penal, se encuentra también en el C. de P. P., computándose el plazo del siguiente modo: 1) Desde la consumación de la conducta (en los delitos de ejecución instantánea), o desde la perpetración del último acto (en los de ejecución permanente o tentados), corre el tiempo máximo previsto en la ley (C. P., art. 83). 2) El lapso se interrumpe con la formulación de la imputación, producida la cual comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del previsto en la norma penal, pero nunca inferior a tres años (ley 906 del 2004, art. 292 y ley 890 del 2004, art. 6º). 3) La sentencia de segunda instancia suspende el último período hasta por cinco años, vencidos los cuales continúa el cumplimiento de los lapsos (ley 906 del 2004, art. 189). Entre otras véase en la jurisprudencia de la C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 31 marzo 2008, rad. 28890, M. P. Ibáñez Guzmán, Consideraciones.

³²⁹ Véase al respecto *infra* págs. 300 y 301.

³³⁰ Véase el art. 11 del decr. 3391 de 2006; véase también C. S. de J., auto del 25 septiembre 2007, rad. 28250, M. P. González de Lemos.

³³¹ Véase C. S. de J., rad. 31539 (*supra* nota 37), Consideraciones, 2.2.6.

³³² C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 8 septiembre 2008, rad. 30360, M. P. Yesid Ramírez Bastidas; C. S. de J., rad. 30442 (*supra* nota 116), sección consideraciones de la Sala.

b) *Control de legalidad por el Magistrado de Control de Garantías*

a) *El juicio de legalidad formal y material*

191. Con la formulación de imputación como inicio de la investigación en sentido estricto, el MCG controlará el desarrollo de las actuaciones que impliquen afectar derechos fundamentales en actos preliminares, según el artículo 18 LJP. Respecto del juicio de legalidad de la formulación de imputación, el MCG debe abordar el control en un plano formal, y también material. El juicio de *legalidad formal*, relacionado con aspectos preliminares, tiene como objetivo: (i) confirmar que el gobierno certificó la postulación del desmovilizado, (ii) verificar en la audiencia que el imputado formó parte de un grupo armado organizado al margen de la ley, (iii) verificar la actitud sincera del desmovilizado, motivada en contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, (iv) revisar que los hechos imputados en su integridad se cometieron durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal, y dentro de los límites fijados por la LJP para otorgar el beneficio de la pena alternativa, y (v) asegurar que los hechos imputados fueron perpetrados antes del 25 de julio de 2005. El juicio de *legalidad material* está circunscrito a los motivos fundados que propician la inferencia razonable de la probable autoría o participación del procesado en los hechos a él atribuidos, es decir, la intervención del MCG está circunscrita a la revisión del fundamento argumentativo de la imputación³³³.

b) *El estándar de prueba y las facultades del Magistrado de Control de Garantías*

192. La complejidad de la reconstrucción de los hechos investigados en el marco de la LJP obliga a *exámenes de contexto* y a la *flexibilización de los umbrales probatorios*, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, que debe acreditarse con medios propios del procedimiento de justicia y paz. El MCG debe atender al contenido del elemento de prueba en sí, y confrontarlo con el resto del contexto histórico, personal y del grupo armado del cual formó parte el desmovilizado que aspira a obtener los beneficios de la LJP.

193. Según la C. S. de J., el MCG tiene *vocación probatoria* y su cometido es diferente al del juez de garantías del C. de P. P. vigente, en la medida en que también le compete la construcción de la verdad; por tanto, no solo debe interrogar ampliamente al postulado para examinar su confesión sino que, si lo juzga necesario, puede ordenar pruebas de oficio y las que le soliciten las víctimas y el Ministerio Público. La C. S. de J. advierte que “cuando *el fiscal formula* una imputación, o incluso unos cargos, con base en la confesión del postulado, debe ofrecer al magistrado de garantías los argumentos de pertinencia, eficacia y profundidad con fundamento en los cuales aquel pueda estimar su mérito probatorio, teniendo en cuen-

³³³ C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 8 julio 2007, rad. 27848, M. P. Pérez Pinzón, Consideraciones de la Sala.

ta la coherencia interna y externa del relato, el objeto percibido, su nivel de descripción y, por tratarse de hechos que fueron cometidos con ocasión y durante la militancia del postulado en el aparato ilegal armado de poder, verificar si el *modus operandi* se corresponde con el patrón delictivo del grupo, para lo cual deberá auscultarse la razón de la victimización y si fuere del caso, su sistematicidad”.

194. La *confesión* se caracteriza por ser un componente de verdad, un presupuesto de acceso al procedimiento y también un medio de prueba. Esto implica que en la audiencia de imputación el MCG, por un lado, no puede exigir el estándar probatorio derivado de los requerimientos de los artículos 286 a 288 del C. de P. P. vigente por las diferencias entre el instituto de la confesión en el marco de la LJP y el sistema penal acusatorio; por otro, la Fiscalía debe atender al contenido de la confesión como elemento de prueba en sí, y confrontarla con el resto del contexto histórico, tanto personal, como del grupo armado del cual hizo parte el postulado.

c) *Imputaciones parciales*

195. La formulación de imputación se realiza en una audiencia (art. 13 LJP). Lamentablemente, la gama de delitos por investigar no ha permitido el desarrollo de las imputaciones de manera concentrada, como parece requerirlo el C. de P. P. vigente³³⁴, dando lugar a la realización de *imputaciones parciales*, lo cual ha generado una controversia sobre la viabilidad legal de esta figura. La C. S. de J. se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las imputaciones concluyendo inicialmente que las imputaciones parciales no contradicen normas legales vigentes, ni lesionan garantías fundamentales o los derechos de las víctimas, ni vulneran el principio de la unidad procesal, pero sí deben ser utilizadas de manera excepcional³³⁷. Con esta jurisprudencia la Corte, de hecho, permitió el uso de imputaciones parciales por parte de la Fiscalía, pero insistió más tarde en el *carácter excepcional* de esta figura para evitar que se convierta en una práctica común, anulando las actuaciones posteriores a la audiencia de imputación en el caso de alias “el Loro”³³⁶.

196. En cuanto a los derechos de las *víctimas*, en el desarrollo de imputaciones parciales, la C. S. de J. consideró que para las víctimas de los hechos ya reconoci-

³³⁴ Ley 975, art. 287. “*Situaciones que determinan la formulación de la imputación*. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”.

³³⁵ C. S. de J., Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia del 28 mayo 2008, rad. 29560, M. P. Ibáñez Guzmán, 1. Cuestión previa; auto del 23 julio 2008, rad. 30120, M. P. Gómez Quintero, Consideraciones de la Sala; auto de segunda instancia del 9 febrero 2009, rad. 30955, M. P. Leonidas Bustos, Consideraciones de la Sala -la imputación parcial; auto del 18 febrero 2009, rad. 30775, M. P. Quintero Milanés, Consideraciones de la Corte; auto del 16 abril 2009, rad. 31115, M. P. Bustos Martínez, Consideraciones; auto del 11 mayo 2009, rad. 31290, M. P. Ibáñez Guzmán, Consideraciones.

³³⁶ C. S. de J., rad. 31539 (*supra* nota 37), Consideraciones, 1.3.

das la imputación parcial les resulta favorable, en la medida en que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones. La imputación parcial tampoco desfavorece a las víctimas no reconocidas, porque la ampliación de versión en escenario separado, además de permitir su identificación y acceso a la actuación en condición de intervinientes, hace posible la plena garantía de los derechos que les asisten, incluso con menores dificultades en la medida en que el número de delitos que se deben investigar y el de víctimas por reparar se reduce a los que en el futuro cercano se confesarán.

197. Sobre el principio de la *unidad procesal* la C. S. de J. estimó que este principio dispone que las conductas punibles conexas se investiguen y juzguen conjuntamente, pero que su ruptura no genera nulidad siempre que no resulten garantías fundamentales afectadas. La C. S. de J. resaltó:

“Solo en el caso de conexidad sustancial de delitos, es decir, básicamente cuando existen varias conductas punibles autónomas que guardan una relación sustancial entre sí, obliga a la investigación conjunta, de modo que jurídicamente tampoco se encuentra impedimento mostrándose en este caso viable la ruptura de la unidad procesal, dada la presencia de una conexidad procesal, pues si bien puede haber identidad de sujeto agente, en muchos casos no habrá comunidad de prueba, así como tampoco unidad de denuncia, pero lo más importante para sostener el mencionado fraccionamiento de la unidad descansa en el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes”³³⁷.

198. Parece entonces que, para la C. S. de J., los *efectos prácticos* de la ruptura de la unidad procesal son positivos, porque se avanza más rápidamente en el trámite y solución de fondo del asunto. Con la ruptura no se dejarán de investigar las conductas no confesadas, que de otra manera podrían caer en el silencio y olvido precisamente por el volumen y complejidad de casos por investigar y verificar. Finalmente, según la C. S. de J., el parágrafo del artículo 5° del decreto 4760 no impide la posibilidad de formular imputaciones parciales en el caso de postulados privados de la libertad. Sin embargo, con la decisión reciente en el caso de “el Loro” (*infra* párgs. 200, 327) la Corte parece retractarse de esta postura en principio positiva frente a imputaciones parciales.

199. Las *consecuencias legales* que trae una imputación parcial no son claras. Mediante auto del 23 de julio de 2008, la C. S. de J. declaró que la imputación parcial implicaría una suspensión de la ejecución de la pena alternativa, la cual quedaría supeditada a la prosperidad de la actuación paralela que se ordena por las imputaciones omitidas³³⁸. Según esta decisión de la C. S. de J.:

³³⁷ C. S. de J., rad. 29560 (*supra* nota 335), 1. Cuestión previa.

³³⁸ C. S. de J., rad. 30120 (*supra* nota 335), consideraciones; véase también Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sent. del 19 de marzo de 2009, rad. 11001600253200680526, M. P.

“una imputación parcial puede concluir también en una sentencia parcial y en la imposición de una pena, que no cobijaría todos los hechos, pues algunos de ellos investigados y aceptados en la actuación originada en la ruptura de la unidad también comportarían la imposición de otra pena. La solución para efectos de una única sanción la regla el art. 20 LJP, bien para acumular esos procesos independientes (de darse tal posibilidad) o —en extremo— para acumular las penas impuestas por separado, acudiéndose a los criterios que sobre la materia regula el Código Penal”³³⁹.

200. Sin embargo, en la ya citada decisión de “el Loro”, la C. S. de J. decidió que ante la situación de imputar parcialmente unos hechos, *las actuaciones deben unirse ya en el momento de la formulación de cargos*, para que este acto se realice como una unidad³⁴⁰. Con dicha decisión se obligará a los fiscales a que tengan que presentar ante los jueces la totalidad de los cargos para poder llegar a la etapa de la sentencia. De esa manera no se supera lo que se propuso inicialmente con el trabajo parcial a través de las imputaciones. La congestión que se alivia con las imputaciones parciales, se reproduce en la formulación de cargos, donde se verán reflejados muchos de los problemas logísticos y operativos para presentar en un solo acto la formulación. En todo caso, parece descuidarse la discusión sobre el soporte (histórico-fáctico) de las imputaciones parciales, siendo que un mejor abordamiento del tema puede aliviar las exigencias que plantea la sentencia aludida en materia de investigación para una cabal formulación de cargos. Con fundamento en *hechos complejos o históricos* se podría definir mejor los rendimientos de la figura de las imputaciones parciales, porque pese a ser presupuesto un acto parcial, es a su vez, integral (ver también *infra* lit. a), párg. 131, párg. 311).

d) *Etapa probatoria*

201. De acuerdo con el artículo 18 LJP, realizada la formulación de imputación, la UNJP con el respaldo de la policía judicial continuará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado y de todos los de los que tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Finalizado el plazo de sesenta días³⁴¹, o antes si fuere posible, el fiscal debe solicitar al magistrado que

Castellanos Roso, párg. 163 (“Sin embargo, la Sala suspenderá la aplicación de esta pena alternativa, hasta tanto el fiscal delegado ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, realice la imputación del delito de concierto para delinquir agravado, tal como ordenó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión proferida el 28 de mayo de 2008, y de los nuevos punibles que según se ha informado aceptó el señor Wilson Salazar Carrascal”).

³³⁹ C. S. de J., rad. 30120 (*supra* nota 335), Consideraciones.

³⁴⁰ C. S. de J., rad. 31539 (*supra* nota 37), Consideraciones, 1.4. Para un reciente cambio de la jurisprudencia de la C. S. de J., permitiendo imputaciones parciales si incluyen el concierto para delinquir agravado, véase C. S. de J., auto del 14 diciembre 2009, rad. 32575, M. P. María del Rosario González de Lemos, Consideraciones de la Sala.

³⁴¹ En el caso de una imputación parcial, la Fiscalía tendría que realizar las otras imputaciones en este plazo para presentar posteriormente todos los cargos unificados ante el MCG, véase *supra* párg. 200. En la práctica, esto difícilmente va ser posible, además por la consecuencia que se deriva del vencimiento de los términos del art. 294 del C. de P. P (vigente), es decir la pérdida de competencia del fiscal del caso para seguir actuando (FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, párg. 20).

ejerza la función de control de garantías que programe una *audiencia de formulación de cargos*, dentro de los diez días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar.

202. El propósito de la etapa probatoria es el *cierre de las actividades de investigación y verificación* de los hechos confesados por el imputado y otros de los que se tenga conocimiento. Acorde a la naturaleza y propósitos de la LJP, dicha etapa complementa las actuaciones realizadas en la ejecución del programa metodológico. La Fiscalía debe, en un plazo razonable (véase párg. 146), investigar y verificar los asuntos punibles conocidos a partir de la confesión. En ese sentido, el plazo y las actuaciones posteriores a la imputación también buscan definir los presupuestos de la formulación de cargos.

203. En palabras de la Corte Constitucional, el término de sesenta días “no entraña una afectación desproporcionada al derecho a la justicia y a la búsqueda de la verdad. Responde a un propósito de investigación que se inserta en un procedimiento que tienen sus propios objetivos y particularidades”³⁴². Según el artículo 6° del decreto 4760 de 2005, el plazo de investigación puede ser prolongado hasta el tope máximo autorizado por el artículo 158 del C. de P. P. o sea ciento veinte días³⁴³.

B) *Audiencia de formulación de cargos*

204. Concluidos los actos de investigación posteriores a la imputación, o finalizado el término estipulado para los mismos, procede la Fiscalía a presentar la solicitud de programación de audiencia de formulación de cargos. El acto de formulación de cargos se desarrolla en audiencia ante MCG³⁴⁴. En dicha audiencia, el MCG verifica el *contenido* mínimo del escrito de *acusación*³⁴⁵, en el cual se identifica y describe el GAOML, se individualiza el desmovilizado, se relatan los hechos jurídicamente relevantes y los daños causados con ellos, se describen los bienes y recursos efectuados con fines de reparación y se indican los elementos de conocimiento que soportan la formulación de cargos, debiéndose precisar, además, si se trata de hechos sistemáticos, generalizados o hechos ocurridos en combate³⁴⁶. En esta audiencia, el imputado puede *aceptar o no los cargos*, y en uno u otro caso, de manera total o parcial.

³⁴² Sent. C-370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.3.1.7.7.

³⁴³ Ley 975, art. 158. “*Prórroga y restitución de términos*. Los términos previstos por la ley, o en su defecto fijados por el juez, no son prorrogables. Sin embargo, de manera excepcional y con la debida justificación, cuando el fiscal, el acusado o su defensor lo soliciten para lograr una mejor preparación del caso, el juez podrá acceder a la petición siempre que no exceda el doble del término prorrogado”.

³⁴⁴ Véase C. S. de J., rad. 31491 (*supra* nota 75), Consideraciones; rad. 31527 (*supra* nota 78), Consideraciones.

³⁴⁵ Véase C. S. de J., rad. 29560 (*supra* nota 335), 1. Cuestiones previas.

³⁴⁶ *Ibidem*.

205. La formulación de cargos es un acto procesal que tiene estrecha relación con el principio de *esclarecimiento de la verdad* consagrado en el artículo 15 LJP. En una formulación fáctica detallada y una valoración jurídica se exponen los presupuestos que establecen la consecución de la verdad, justicia y reparación. La actuación se sujeta a los mandatos del C. de P. P. nuevo en materia de publicidad, inmediación y concentración.

a) *Aceptación de cargos*

206. De acuerdo con el artículo 19 LJP, “en la audiencia de formulación de cargos el imputado podrá aceptar los cargos presentados por la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización”. En ese sentido, la LJP incorpora el sometimiento a los cargos como un acto que conduce a la decisión judicial, que determinará las responsabilidades del desmovilizado y su acceso al beneficio de alternatividad.

207. Para que la aceptación de cargos se considere *válida*, la LJP estipula que los actos deben estar sujetos a la veeduría del MCG, que el imputado debe ser asistido por un defensor y que la aceptación se haga de manera libre, voluntaria y espontánea. Si la aceptación se declara legal, la actuación se remite a la secretaría de la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial respectivo. Recibida la actuación, la Sala convoca en los diez días siguientes a *audiencia pública* para verificar los requisitos de la aceptación aludidos.

208. Según se desprende del artículo 19 LJP, la aceptación de cargos es, en gran medida, una *ratificación de los actos confesados* por el desmovilizado en la versión libre. A diferencia de la figura de allanamiento en el proceso penal ordinario, en la LJP este acto no es inducido por el fiscal, pues los cargos que se formulan, son en su mayoría los confesados por el mismo imputado. Por ello la aceptación de cargos constituye un escenario para medir la coherencia del desmovilizado y reforzar el número de hechos confesados, atendiendo al mandato de veracidad y completitud.

209. Cabe mencionar que el imputado tiene la facultad de *aceptar solo una parte de los cargos formulados*, supuesto en el cual se produce el rompimiento de la unidad procesal y se tramitarán bajo la LJP solo los delitos aceptados. Los no aceptados o aquellos de los que el desmovilizado llegase a retractarse, se remitirán al funcionario competente y se tramitarán según la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas. Así mismo, atendiendo a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 19, “cuando exista solicitud de reparación integral, previamente se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley”. De esa manera, este momento procesal es determinante para la realización de las *reparaciones* a las víctimas, ya que constituye el escenario para presentar las solicitudes de apertura del incidente de reparación integral.

b) *Acusación como acto complejo*

210. En el contexto de la LJP, la formulación de cargos incorpora la dimensión del acto de acusación. Exactamente, la formulación de cargos se recoge en dicha ley como un *acto compuesto* que abarca el escrito de formulación de cargos más el acto oral de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos ante la Sala de Conocimiento³⁴⁷. Según la C. S. de J., la formulación de cargos constituye el acto de mayor connotación en la LJP, pues por intermedio de ella tanto la historia como la verdad de los hechos constitutivos del proceso adquieren carácter judicial³⁴⁸.

C) *Audiencia de verificación de aceptación de cargos*

a) *Naturaleza de la audiencia*

211. De acuerdo con el procedimiento planteado por la LJP (art. 19), una vez aceptados los cargos, total o parcialmente por parte del desmovilizado, se remite la actuación a la secretaría de la Sala TSDJ para la evaluación de *legalidad de su aceptación*. En esta audiencia no solo se verifica si la aceptación fue libre, voluntaria y espontánea, sino también que se hayan cumplido los requisitos de elegibilidad. Adicionalmente, la verificación de aceptación de cargos es la oportunidad procesal para la *acumulación de procesos* que cursan ante la justicia ordinaria por hechos aceptados en Justicia y Paz³⁴⁹, y la apertura formal del *incidente de reparación integral*.

212. La verificación de aceptación de cargos es un acto en el que se define el *inicio del juzgamiento* del desmovilizado. Por lo mismo, en este momento asume competencia el juez de conocimiento. El control de legalidad material y formal sobre la aceptación de cargos consolida el acto procesal de la acusación, con la que se definen los ritmos y rumbos de la determinación judicial de la verdad, justicia y reparación.

b) *Control de legalidad por la Sala de Conocimiento*

213. Por ser la aceptación de cargos un acto procesal mediante el cual, por parte del desmovilizado, se conduce a la intervención en sus *garantías fundamentales* y, respecto de las *víctimas*, se persigue la realización de los presupuestos de verdad, justicia y reparación, es necesario el control de legalidad para verificar si la afectación de dichos presupuestos ha sido o no contraria a derecho. El control es de carácter formal y material. Este carácter integral del control a la aceptación de cargos se deriva de las implicaciones formales y sustanciales de la aceptación del desmo-

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Véase decr. 3391 de 2006, art. 11, inc. 3°.

vilizado. De esta manera, tanto el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y la voluntad del postulado, como también lo relativo a la calificación jurídica de los hechos —en el sentido de que ellos correspondan a los plasmados en el expediente— son objeto de la verificación de aceptación de cargos³⁵⁰.

214. Es de especial relevancia la parte *material* del control de la aceptación de cargos, pues con él se verifica “el por qué, el cómo, el cuándo, el para qué, de cada crimen”³⁵¹. La evaluación de la calificación jurídica de los hechos trata de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad. Ella se debe realizar conjuntamente con la valoración de los elementos de prueba que permitan inferir la responsabilidad penal, asunto que no se profundiza en un juicio oral —a la manera del sistema “acusatorio”³⁵² ordinario, con el respectivo ejercicio de contradicción, oralidad, etc.— sino con el acto de producción de la sentencia. De este modo se persigue asegurar la obtención efectiva de la verdad judicial. Recientemente la C. S. de J. en el fallo que anuló la legalización de la formulación de

³⁵⁰ Véase C-370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.3.2.2.10.

³⁵¹ Véase C. S. de J., rad. 29560 (*supra* nota 335), 1. Cuestiones previas. Según la Corte Suprema de Justicia, en el fallo que anula la legalización de formulación de cargos a Gian Carlos Gutiérrez, “la dinámica propia de la audiencia de legalización de cargos comprende los siguientes tópicos: i) Los magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, luego de las presentaciones de rigor, constatarán y reconocerán la representación legal de las víctimas y se les interrogará acerca de la necesidad de medidas de protección. ii) Seguidamente, interrogarán al postulado acerca del conocimiento cabal de todos y cada uno de los cargos que fueron presentados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos —por ello no es necesario que se reiteren uno a uno, dado que ya se supone conocidos con antelación—, verificando que su aceptación haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. iii) Se concederá la palabra a la representación de las víctimas y al Ministerio Público, para que hagan sus manifestaciones en torno de los cargos aceptados por el postulado, permitiéndoseles no sólo argumentar, sino presentar los elementos de juicio en que basan su pretensión. iv) De los argumentos y elementos de juicio presentados, se dará traslado a los otros intervinientes y después a la Fiscalía, para que ésta decida si efectivamente agrega hechos, elimina cargos, amplía las circunstancias o modifica la forma de imputación o denominación jurídica. v) Tanto si la Fiscalía acepta lo propuesto por las víctimas, el Ministerio Público o incluso el postulado y su defensa, luego del correspondiente debate, como si se niega a ello, el asunto debe ser decidido allí mismo por los magistrados de Conocimiento, en pronunciamiento de fondo³⁵² que faculta la interposición de los recursos de reposición y apelación. vi) De no interponerse los recursos o una vez resueltos estos, si existió algún tipo de modificación respecto de los cargos, esa modificación debe ser objeto de nueva aceptación por parte del postulado, en la cual es necesario verificar las notas de libertad, voluntad, espontaneidad y asistencia letrada. vii) Si el postulado no acepta uno o varios de los cargos modificados, la Sala de Decisión de Justicia y Paz debe disponer la ruptura de la unidad del proceso para que la justicia ordinaria adelante la correspondiente investigación. viii) Por último, la Sala de Decisión decreta la legalidad de los cargos finalmente aceptados por el postulado, para lo cual se torna indispensable declarar judicialmente la militancia del procesado en la organización armada ilegal³⁵², y a renglón seguido dispone que las actuaciones procesales ordinarias adelantadas en contra del desmovilizado y que se hallan suspendidas, se acumulen definitivamente al proceso de Justicia y Paz tramitado dentro de los lineamientos de la ley 975 de 2005” (Rad. 32022, auto del 21.09.2009, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones de la Sala, 2. Audiencia de formulación y legalización de cargos. Naturaleza y fines).

³⁵² Sobre el uso problemático de este termino en Colombia véase ya *supra* nota 74.

cargos a Gian Carlos Gutiérrez (véase nota a pie 348) afirmó que la versión de las víctimas es preponderante en la legalización de cargos para confirmar o infirmar lo confesado por el postulado. En ese sentido la C. S. de J. advierte la necesidad de una participación más activa de todos los intervinientes, que comprende a las víctimas, de tal manera que es necesario observar también la legalización de cargos como un espacio de controversia y discusión.

D) *Incidente de reparación integral*

215. El incidente de reparación integral (en adelante “IRI”) es el mecanismo procesal propuesto para discutir lo relativo a la *indemnización* de perjuicios. El artículo 23 LJP³⁵³ dispone, entre otras cosas, que su apertura se hará en la audiencia de verificación de aceptación de cargos, previa solicitud expresa de alguno de los intervinientes legitimados, convocando a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes. Con ello se indica que el IRI se tramita y decide antes de la declaración de responsabilidad penal, a solicitud de parte.

216. El IRI se sustancia y resuelve en el lapso que corre entre la audiencia de verificación de aceptación de cargos y la audiencia de sentencia e individualización de la pena. Ello es así, entre otras razones, debido a la exigencia establecida en la LJP de incorporar en el fallo, no solo las penas principal, accesoria, alternativa y los compromisos de comportamiento, sino también las obligaciones de reparación mo-

³⁵³ Ley 975, art. 23. “*Incidente de reparación integral*. En la misma audiencia en la que la Sala del tribunal superior de distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa, solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del ministerio público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes.

”Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones.

”La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y esta fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley.

”Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oír el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.

”*Parágrafo 1º*. Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrán solicitar la citación del director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

”*Parágrafo 2º*. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral”.

ral y económica y la inclusión de la orden concerniente a la extinción del dominio de los bienes destinados a la reparación (art. 24 LJP).

a) *Desarrollo del incidente*

217. Llegado el momento convocado para la realización del incidente, la víctima o su representante legal comienzan su intervención en la audiencia pública presentando, de forma concreta, el *medio de reparación pretendido* y el material probatorio que respalda la solicitud. Posteriormente, la Sala verifica la legitimación de quienes han impulsado el incidente. La solicitud se rechaza en caso de falta de legitimación del solicitante (por no tratarse de una víctima de los actos del desmovilizado) o, en el caso de que lo fuere y existiera solo la pretensión de pago de perjuicios, si dicha pretensión se encontrase ya satisfecha. Si no existieran razones para el rechazo de la pretensión, se hace presente tal hecho al imputado y se convoca a *conciliación*. Si se alcanza un *acuerdo* entre las partes, aquel se incorpora a la decisión que resuelve el incidente, formando parte de la decisión final. Si no hubiese acuerdo, la Sala se pronuncia sobre el incidente a partir de los fundamentos y discusión de las pretensiones, garantizando siempre el derecho a la defensa del procesado.

218. Se debe dejar en claro, que la concesión del beneficio alternativo de la pena, a pesar de los múltiples requisitos que prevé desde la desmovilización, no exige la obligatoriedad del IRI. Ello quiere decir, que si las víctimas deciden no promover dicho incidente, no podrá negarse el otorgamiento de la pena alternativa.

b) *Reparación del daño*

219. En la determinación del daño deben considerarse varios criterios, por medio de los cuales el juez definirá el grado de afectación que ha sufrido la víctima, estableciendo el *quantum* de la reparación. Así, el juez debe valorar “la categoría de la violación, la calidad de la víctima, las condiciones de riesgo o de especial vulnerabilidad de la víctima, el contexto en el que se produjo la violación de los derechos y que incide en su gravedad, la intensidad del sufrimiento padecido por la víctima, la alteración en las condiciones de existencia de la víctima y/o en su proyecto de vida, las pérdidas patrimoniales y gastos en los que han incurrido las víctimas”³⁵⁴.

220. Para que una víctima pueda recibir la reparación es necesaria la *verificación* del daño y del *nexo causal* entre este y las actividades de los GAOML; la determinación del sujeto activo no es obligatoria (art. 42). En este último caso, la reparación corre a cargo del Fondo de Reparación. El estándar de prueba utilizado para determinar los daños debe ser diferente del solicitado para imputar un delito y atribuir

³⁵⁴ Véase CNRR. “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa” (*supra* nota 123).

una sanción. Sobre el punto la jurisprudencia ha señalado que “[l]a exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que solo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación”³⁵⁵.

E) Comentarios

221. La serie de audiencias que componen la fase intermedia, previa y preparatoria de la entrega del beneficio de alternatividad, son determinantes para la *concreción judicial de verdad, justicia y reparación*. Con el control de la aceptación de cargos se definen los requisitos de acceso a la pena alternativa y a los soportes económicos de reparación para las víctimas. En ese sentido, esta fase es importante para la credibilidad y legitimidad judicial del proceso y para el desenlace de la audiencia de sentencia e individualización de la pena. La fase intermedia se desarrolla a través de audiencias preliminares, que permiten concretar el cumplimiento de garantías tales como la contradicción, la concentración, la oralidad, la publicidad y la inmediación.

222. A pesar de lo anterior, la puesta en marcha de esas audiencias ha perfilado la fase intermedia como un *espacio limitador* de las garantías mencionadas. Por un lado, las audiencias de la fase intermedia están sometidas a los resultados de la versión libre, lo que ha implicado que su realización se lleve a efecto de manera parcial y, por lo tanto, limitada y desconcentrada. Por otro lado, las audiencias se ven afectadas en muchas ocasiones por *fallencias logísticas*, como problemas para ubicar o movilizar a los implicados, o bien, deficiencias en las citaciones a las víctimas. Además, la reglamentación de las mismas ha generado enormes *problemas en su comprensión*³⁵⁶.

223. Un primer problema queda de manifiesto en la manera como se construyen las *inferencias razonables* que soportan las primeras audiencias preliminares, incluida la formulación de imputación. La inferencia razonable que fundamenta esta formulación depende fundamentalmente de la confesión del postulado. En ese sentido, los grados de probabilidad de autoría o participación en un hecho punible parecen quedar calibrados desde la versión libre. De esta manera, la exigencia de razonabilidad queda *relativizada*, aun más en el desarrollo de la formulación de imputación, pues esta reduce la activa participación de las víctimas, más que en la versión libre.

³⁵⁵ Véase CC, sent. T-188 de 2007, M. P. Tafur Galvis, II. Consideraciones y fundamentos.

³⁵⁶ Entrevista a John Jaime Posada Orrego (*supra* nota 294); Jairo Acosta (*supra* nota 262); Luz Amira Eslava Mojica (*supra* nota 294); Julio Ospina, Uldi Teresa Jiménez, Lester María González, Bogotá 10 agosto 2009.

224. Esto último parece provenir de una *comprensión errónea de la formulación de imputación*, entendiéndose como un acto de comunicación en el que se desarrolla un monólogo del fiscal. Una posición más razonable debe apuntar a exigir en el proceso de justicia y paz —que no cuenta con un juicio oral donde se maximice la contradicción de partes— una *mayor participación de las víctimas* en la fase intermedia, desde o antes de la misma formulación de imputación (véase también *infra* parg. 272 y ss.). Con esta participación *activa* se aseguraría una mejor comprensión del objeto del juicio por parte del juez. Además, permitiría que el proceso no dependa solo de los resultados de la versión libre. En este contexto vale la pena resaltar que la participación efectiva de las víctimas en las fases previas a la imputación puede tener consecuencias en relación con el *estándar de prueba* y las exigencias en cuanto a la rigidez del programa metodológico. Si la confesión del postulado y la narración de las víctimas coincide, es fácil concluir que hay prueba suficiente para inferir de manera razonable la comisión del delito. Pero si no es así, será necesario realizar medidas adicionales de investigación para determinar la verdad. Igualmente, cuando existe solo la confesión del postulado y la investigación no ha arrojado resultados adicionales, la coincidencia de los elementos contextuales, basados en las narraciones de las víctimas, con la confesión también pueden constituir plena prueba³⁵⁷. Con esta propuesta no se ignora la posición contraria de la jurisprudencia colombiana que considera, como es discutida más detalladamente abajo³⁵⁸, que la posición de la víctima como interviniente especial en el proceso penal ordinario y la estructura particular del proceso de la LJP no permiten una participación mayor de la víctima en el sentido aquí expuesto. Más bien, a nuestro entender, esta posición es demasiado restrictiva frente al papel y estatus de víctimas en procesos de justicia transicional y, lo que es más importante, no satisface las necesidades prácticas de un proceso más dinámico cuyo fin principal es establecer la verdad y satisfacer las víctimas.

225. A pesar de que la formulación de imputación como acto de comunicación es limitado, esta define el objeto de la formulación de cargos, con cuya aceptación se resuelve en gran medida el acceso a la alternatividad. En ese sentido, la imputación no debe considerarse próspera si se fundamenta solo en lo confesado en la versión libre. La *participación activa de las víctimas* debe considerarse un *requisito de validez* de dicha formulación, a fin de fundamentar mejor la autoría y participación del postulado en algún hecho punible. De este modo, la inferencia razonable tendría mayor grado de precisión y legitimidad si se abriera un espacio de participación a las víctimas.

226. Evidentemente la idea de formulación de imputación que desde el acto legislativo 3 de 2002 se ha venido construyendo, ha sido objeto de un nuevo entendi-

³⁵⁷ En este sentido las conclusiones de un taller organizado por ProFis-GTZ con magistrados de los Tribunales de Justicia y Paz y la C. S. de J. sobre la sent. de la C. S. de J. en el caso de alias “el Loro” (*supra* nota 37), Bogotá, 28 agosto 2009 (documento inédito).

³⁵⁸ *Infra* lit. b), pág. 120. nums. 272 y ss., 8.5. parg. 289.

miento. La constancia más firme se plasma en la figura de las *imputaciones parciales* (*supra* párg. 195 y ss.), por medio de la cual el acto de comunicación con el que se advierte al postulado el inicio de la investigación, se lleva a cabo en etapas sucesivas en el tiempo. Ello no solo es producto de los afanes de *eficiencia* que acosan al desarrollo del proceso, sino más bien de la relativización de la dimensión subjetiva y objetiva que debe compilar la formulación de imputación. En otras palabras, con las imputaciones parciales se expresa el interés de reflejar que la ejecución de la LJP es eficiente, en la medida en que el postulado avanza en las etapas del trámite, a pesar de que la definición sistemática de los hechos punibles se quede rezagada. Volveremos sobre este punto por su importancia (*infra* párg. 311).

227. Parece, sin embargo, que con las imputaciones parciales se crea solo una *ilusión de eficiencia*, pues la definición cabal de los asuntos del postulado queda pendiente en sede de los tribunales de distrito judicial, quienes medirán sus rendimientos, también, de manera parcial³⁵⁹. En el mismo escenario de la imputación, los actos parciales de comunicación podrían estimular la generación de una serie de trastornos, por ejemplo, a las capacidades del MCG³⁶⁰. Esta función encuentra una justificación especial, pues incorpora a un tercero imparcial, quien se pronuncia sobre la legalidad de las actuaciones de los órganos de investigación. En ese sentido, el MCG cumple una función minimizadora y disuasiva frente a los excesos propios de la intromisión en derechos fundamentales, en el marco de la LJP. Sin embargo, en la función aludida, parece gravitar una idea de control marcado por la utilidad y el pragmatismo, pues el MCG termina siendo reconocido como un operador judicial con un perfil casi administrativo, que articula el paso hacia la individualización de la pena.

228. Ello también quiere decir que las dinámicas de investigación han reducido la *finalidad garantista del MCG* como veedor de legalidad y jurisdiccionalidad, debido al trabajo de investigación discontinuo. Tal discontinuidad del trabajo de la Fiscalía, fundamentalmente producto de las narraciones parciales en la versión libre, afecta los rendimientos que el MCG debería alcanzar con la concentración e intermediación. Si bien se facilita la investigación de la Fiscalía, el trabajo parcializado reduce la capacidad de comprensión integral sobre las necesidades y justificaciones de las solicitudes de medidas que afectan los derechos fundamentales de los intervinientes.

229. Esto último conduce a otro punto polémico, en tanto las discontinuidades mencionadas representan la existencia de *varios escenarios de investigación* permitidos en la LJP: previa a la versión libre, concomitante a la misma, previa a la formulación de imputación y posterior a ella. Si bien, en términos de esclarecimiento

³⁵⁹ Así mismo Óscar Julián Guerrero, entrevista del 15 agosto 2009; Procuraduría General de la Nación, t. IV, 2008 (*supra* nota 7, Intr.), pág. 57.

³⁶⁰ Así mismo John Jaime Posada Orrego (*supra* nota 294).

de la verdad pareciera ser una ventaja, es cierto también que esos múltiples momentos en los que se desarrollan trabajos de investigación producen *inseguridad* en la defensa de los postulados o de terceros. La Fiscalía cuenta con muchas posibilidades durante el proceso para indagar, investigar, verificar, recoger elementos materiales probatorios; todo lo cual desdibuja los referentes temporales que darían una mejor visibilidad de los actos de persecución penal. Esto significa también, que la no determinación del lapso de investigación abre las puertas para *intervenciones arbitrarias* como actos de investigación, por su posible carácter sorpresivo, no público y muchas veces sin control judicial. En otras palabras, es fundamental pensar siempre para todos los actos de investigación, no solo en su utilidad, sino también en su legalidad y legitimidad en tanto respetuosos de las garantías fundamentales de los intervinientes.

230. Así, la *acusación* es otro escenario donde el control judicial se relativiza. La acusación es un acto complejo dividido en dos momentos (formulación de cargos y verificación de la aceptación de cargos) y realizado entre dos instancias judiciales (MCG y Sala de Conocimiento)³⁶¹. Este fraccionamiento desconoce la finalidad garantista que imprimió el acto legislativo 3 de 2002 a la política procesal penal en Colombia, fundamentalmente, porque rompe la posibilidad de concentración para verificar la ausencia de nulidades. Con la vinculación del juez de conocimiento solo frente a la verificación de la aceptación de cargos, se desvincula al mismo del proceso en el que se gesta dicha aceptación, es decir, del escenario en el que se discuten las responsabilidades que debe asumir el postulado para acceder al beneficio de alternatividad. La competencia del juez de conocimiento es importante desde el primer momento de la formulación de cargos porque, junto a los resultados de la versión libre, con la acusación se revela y sanciona judicialmente la verdad.

231. En la formulación de cargos y la determinación de verdad que propicia, se delimitan las razones fundamentales para un *control público y judicial* del acto de reincorporación vía proceso penal. La presencia del juez de conocimiento desde la formulación de cargos permite una mejor ilustración sobre las congruencias o incongruencias del acusado, lo que también es importante para definir la sentencia e individualizar la responsabilidad penal. El juez de conocimiento, como lo advirtió la C. S. de J. (véase nota a pie 348), debe actuar más que como un “notario” de la aceptación de cargos por parte del desmovilizado.

232. Esa ilustración integral del juez de conocimiento tiene mayor sentido, si se observa que en la acusación el postulado tiene la posibilidad de *retractarse o de aceptar parcialmente*. Ello quiere decir, que es aun posible modular la primera versión y redefinir los límites de verdad, justicia y reparación que vía sentencia se establecie-

³⁶¹ Sobre la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia, véase C. S. de J., rad. 29560 (*supra* nota 335), 1. Cuestiones previas: “[...] la *acusación* es un acto complejo que comprende el escrito de acusación más el acto oral de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos ante la Sala de conocimiento de Justicia y Paz”. (énfasis nuestro).

ron. A parte del desmedro de credibilidad, con la retractación o con la aceptación parcial se pone en juego la coherencia y capacidad de la audiencia de sentencia e individualización de la pena, para canalizar lo delimitado con la formulación de cargos y, con ello, la capacidad efectiva del trámite de justicia y paz para lograr una verdad integral.

233. Esto es mucho más discutible, si se tiene en cuenta que en el procedimiento de la LJP no existe juicio y que con la formulación de cargos se definen los contenidos más importantes de la sentencia. Ante la *ausencia de juicio* como etapa del procedimiento, deben blindarse las fases de la acusación de mayores garantías. Efectivamente, muchos intereses se pueden ver afectados, especialmente, desde la posición de las víctimas. Así, por ejemplo, no se considera la *realización del IRI* como momento obligatorio para el acceso al beneficio de alternatividad. Esta consideración es una trágica constancia de los *pobres compromisos* que tiene el proceso de transición en Colombia respecto de la verdad, la justicia y la reparación.

7. FIJACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

234. La pena se fija e individualiza en audiencia pública, a la cual se convoca una vez declarada la legalidad de la aceptación de cargos (art. 19 LJP). La audiencia de sentencia e individualización de la pena es el escenario de *cierre del procedimiento*, en el que se exhiben los argumentos que fundamentan la declaración de responsabilidad penal, las penas principales y accesorias, la pena alternativa o las razones para no concederla, el contenido del fallo del IRI y la declaratoria de extinción del derecho de dominio de los bienes entregados por el postulado³⁶².

235. Por la importancia del contenido de la sentencia y por las valoraciones y decisiones que definen la realización de las garantías de verdad, justicia y reparación, la audiencia de fijación e individualización de la pena es un *acto especial* de la LJP, cuya validez, especialmente en lo relativo a la entrega del beneficio alternativo a la pena, se funda en una idea de verdad completa y veraz —no desvirtuada por la investigación— y el cumplimiento de otros requisitos legales³⁶³.

236. La etapa de fijación e individualización de la pena deberá estar precedida por la investigación, la formulación de cargos y la declaratoria de legalidad de la aceptación de cargos. A ello se debe sumar la verificación del cumplimiento de los re-

³⁶² Ley 975, art. 24. “*Contenido de la sentencia*. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación.

”La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”.

³⁶³ Véase art. 29 LJP y art. 8° decr. 4760 de 2005.

quisitos de elegibilidad, ya sea respecto de una desmovilización colectiva o de una individual. Supone también el momento procesal para la acumulación de penas y procesos por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al GAOML. La ejecución de lo concedido en dicha audiencia está sujeto a múltiples requisitos sujetos a supervisión permanente.

237. Esta etapa es además relevante, porque en ella se concede la *pena alternativa*. La misma es producto de la verificación y valoración de varios actos jurisdiccionales exigidos por la LJP. La verificación de dichos actos y otras condiciones legales constituyen el presupuesto de la constitución del acto de la sentencia y entrega de la pena alternativa, producto de los delitos juzgados y de las penas acumuladas contra el desmovilizado.

A) *Pena alternativa*

238. En términos del artículo 3° LJP, la alternatividad “es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

239. Dicho beneficio se traduce fundamentalmente en la *suspensión de la ejecución de la pena ordinaria*. La alternatividad para la Corte Constitucional,

“i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.

”ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la ley penal. Esta comprensión se deriva explícita y sistemáticamente de los artículos 3°, 19, 20, 24 y 29.

”iii) Es alternativa: 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 presente ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la ley denomina pena alternativa.

”v) Constituye pena privativa de la libertad de cinco a ocho años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma (par. art. 29).

”vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la ley (art. 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (art. 29).

”vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.

”viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si 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, para el goce del beneficio, se revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia”³⁶⁴.

240. El acceso a dicho beneficio está condicionado a *acciones concretas*, encaminadas a garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación. Según el inciso 2° del artículo 8° del decreto 4790 de 2005, “únicamente podrá concederse en la sentencia si se encuentra acreditada la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas, su adecuada resocialización y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la LJP, incluyendo los previstos en los artículos 10 y 11 de la misma, según sea el caso”. Y en términos del inciso 3° del mismo artículo, “se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció”.

241. Según el parágrafo único del artículo 29 LJP, concedida la pena alternativa, no podrán aplicarse subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias. Ello debe entenderse sin perjuicio de lo indicado en el artículo 63 LJP, en virtud del cual, quienes se hayan beneficiado de la pena alternativa podrán acogerse a cualquier beneficio contenido en leyes promulgadas con posterioridad³⁶⁵. Cabe aclarar que una condena por la comisión de un delito que no tenga carácter político, implica la pérdida de los derechos políticos a elegir o ser elegido³⁶⁶.

³⁶⁴ Véase C-370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.1.4.7.

³⁶⁵ Ley 975, art. 63. “*Ley futura más favorable*. Si con posterioridad a la promulgación de la presente ley, se expiden leyes que concedan a miembros de grupos armados al margen de la ley beneficios más favorables que los establecidos en esta, las personas que hayan sido sujetos del mecanismo alternativo, podrán acogerse a las condiciones que se establezcan en esas leyes posteriores”.

³⁶⁶ Véase p. ej. los arts. 179 num. 1 de la Constitución de Colombia (“No podrán ser congresistas: 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de

B) *Acumulación de procesos y penas*

242. De acuerdo con el artículo 20 LJP, se acumularán los *procesos* que se encuentren en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un GAOML. Según su inciso 2º, en caso que existan *condenas* previas por hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un GAOML, procede a la acumulación jurídica de ellas³⁶⁷. No procederá, sin embargo, la acumulación por hechos ejecutados de manera previa a la pertenencia del desmovilizado al GAOML.

243. El artículo 7º del decreto 4760 de 2005 ratifica la no acumulación respecto de conductas cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al GAOML. Además, es de aclarar que los procesos abiertos contra un postulado en la justicia ordinaria, que se refieren a hechos confesados en la versión libre, y que se encuentran suspendidos desde el momento de la imputación (véase parg. 187), se acumulan después de la verificación de la aceptación de los cargos ante la Sala de Conocimiento³⁶⁸.

244. Finalmente debe tenerse en cuenta que, si con posterioridad a la sentencia se imputan al condenado otras conductas punibles, producidas durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML —previa a su desmovilización— dichas conductas eventualmente punibles deberán ser investigadas y juzgadas por las autoridades competentes, de acuerdo con las reglas previstas en las leyes vigentes al momento de su ejecución (art. 25 LJP).

C) *Ejecución de la pena*

245. La sentencia condenatoria fija tanto la pena principal, las accesorias y la pena alternativa. Además, establece los respectivos compromisos de comportamien-

la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”); art 299 inc. 3º de la Constitución (“Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún (21) años, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos [...]”) y art. 52 inc. 3º de la ley 599 de 2000 (“En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2º del artículo 51”).

³⁶⁷ Ley 975, art. 20. “*Acumulación de procesos y penas*. Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley. En ningún caso procederá la acumulación por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley.

”Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas”.

³⁶⁸ Véase C. S. de J., rad. 28520 (*supra* nota 330), Consideraciones.

to y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes destinados a reparación. La ejecución de la pena alternativa está sujeta a las normas de control penitenciario ordinario y, luego de su cumplimiento, se concederá la *libertad a prueba* por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta.

246. Cumplidas todas las obligaciones durante el término a prueba, la pena ordinaria será declarada *extinguida*. En cambio, si el condenado incumple injustificadamente dichas obligaciones, o si se conoce antes de finalizar el término a prueba una sentencia por un delito no confesado en la versión libre, se *revocará* la pena alternativa. Según la C. S. de J., este “delito debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad. En lugar de la pena alternativa, se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias determinadas en la sentencia, procediendo ahora sí los subrogados y descuentos ordinarios previstos en la ley penal sustantiva, computándose el tiempo que haya permanecido en libertad”³⁶⁹.

247. A la ejecución de la pena alternativa debe reducirse el tiempo de permanencia en la *zona de concentración*. Según el artículo 20 del decreto 3391 de 2006, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 LJP, según la cual se reducirá el tiempo permanecido en zonas de concentración, tendrá lugar cuando los supuestos de hechos punibles previstos en dicho decreto se hayan ejecutado con anterioridad a la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, pues esta sentencia ordenó no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella³⁷⁰.

D) Comentarios

248. La fijación e individualización de la pena constituye la etapa final del proceso. A propósito del contenido que en ese escenario se gesta, parece que el diseño de esta etapa genera grandes *vacíos*, especialmente en la forma como se determina la sentencia y en la ejecución de la decisión que sustituye la pena ordinaria por la alternativa. La única decisión alcanzada en esta etapa, en el renombrado caso de “el Loro”, enseña ciertas deficiencias que deberán ser subsanadas en el futuro a fin de respetar las garantías de verdad, justicia y reparación.

249. Por un lado, es discutible que la sentencia e individualización de la pena proceda solo e inmediatamente después de la declaración de legalidad de la aceptación de cargos. Ello es cuestionable, pues no se cumple con los estándares ordinarios

³⁶⁹ C. S. de J., rad. 27873 (*supra* nota 6, Intr.), Consideraciones.

³⁷⁰ Decr. 3391 de 2006, art. 20. “En relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2005 de conformidad con el artículo 1° del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos de hecho previstos en el mismo se hayan surtido con anterioridad a la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006 en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella”.

relativos a la verificación o refutación de la hipótesis acusatoria a través de una mínima participación de las víctimas. La verdad y fiabilidad de lo decidido en la audiencia pública de sentencia e individualización de pena se ve afectada si su motivación no es reflejo de un desarrollo mínimo de esta participación.

250. Efectivamente, la audiencia pública aludida parece estar condicionada a lo definido en la aceptación de cargos, sumándose la *capacidad reducida* que tiene la Sala de Conocimiento para verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pena alternativa. Esto último se genera por la escasa posibilidad de refutar la información entregada a la Sala de Decisión, fundamentalmente porque los presupuestos de verificación se encuentran en su mayoría en la información entregada por el mismo desmovilizado y la Fiscalía. Ello a pesar de que el inciso final del artículo 24 de la LJP ordena a la Sala de Conocimiento evaluar el cumplimiento de los requisitos.

251. De esta manera resulta también discutible el modo de elaborar la decisión judicial. Es especialmente controvertido cómo se fundamentan las obligaciones de *reparación* moral y económica a las víctimas establecidas en el artículo 24 de la LJP, pues la información sobre el patrimonio destinada a la reparación es entregada fundamentalmente por el desmovilizado, no pudiendo considerarse inelegible a un postulado en el caso de que no existan bienes concretos para indemnizar a las víctimas. Así lo ha dicho la jurisprudencia en el caso de “el Loro”³⁷¹.

252. Así mismo, en relación a la *fijación de la pena alternativa*, son polémicos los criterios establecidos en el inciso 2º del artículo 29 LJP para la tasación de la pena privativa de libertad. La gravedad de los delitos y la colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos, como criterios de la mencionada tasación, no deja de ser abierta e indeterminada. Con esto se quiere advertir que la definición de pena en el texto de la LJP parece abrir campos de interpretación que podrían estar instaurando un abanico de espacios de discreción, conduciendo a decisiones quizás flexibles o acomodadas. De todos modos, dada la gravedad de los delitos cometidos por prácticamente todos los desmovilizados-postulados y la drástica reducción de la pena alternativa frente a la ordinaria es difícil concebir casos en los que la pena alternativa no llegue al máximo de los ocho años.

253. A la efectivamente reducida pena contribuirían factores como los establecidos en el decreto 3391 de 2006, con el cual se renueva la posibilidad de *descontar* del tiempo de ejecución de la pena alternativa el lapso durante el cual el desmovilizado hubiera permanecido en las *zonas de concentración* decretada por el gobierno nacional³⁷². Con ello se contradice el precedente jurisprudencial que negaba di-

³⁷¹ Tribunal Superior de Bogotá, rad. 11001600253200680526 (*supra* nota 338), párr. 83.

³⁷² Decr. 3391 de 2006, art. 20: “En relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2005 de conformidad con el artículo 1º del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos de hecho previstos en

cho descuento³⁷³, conforme al argumento de que tal concentración no era asimilable a una pena, por no imponer coercitivamente la restricción de derechos fundamentales. Además, se desinstala el núcleo retributivo que soporta la idea de pena en el régimen alternativo de la LJP, pues no se proyecta, fundamentalmente para las víctimas, la pena alternativa como una reacción estatal frente al delito, sino una cooperación con la impunidad.

254. A la sensación de una semi-impunidad contribuiría también la *ficción de pena ordinaria* establecida en la LJP. Si bien el artículo 24 LJP prevé la imposición de una pena principal y una accesoria, supone así mismo, su reemplazo por la pena alternativa, entendiéndose que esta última suspende la ejecución de la pena ordinaria. De esa manera, la pena ordinaria no desaparece, pues lo que se modifica es su cumplimiento efectivo. En ese sentido, se instala una ficción que proyecta una *idea de pena que desentiende la ejecución de la misma*, reduciendo cualquier posibilidad de retribución o prevención accesoria a su ejecución. Con ello, la alternatividad penal fragmenta la dimensión de la pena, diferenciando la impuesta y la efectivamente cumplida, pero fingiendo igual capacidad de rendimiento en términos retributivos y preventivos, lo cual resulta en principio contradictorio, mucho más en un contexto político criminal marcadamente retributivo como el colombiano.

255. A ese marco de consideraciones, se suma una serie de asuntos problemáticos en la *ejecución de la pena*. Por un lado, los desmovilizados tienen ciertas preferencias en los establecimientos de reclusión³⁷⁴. Por otro, la LJP no establece para la libertad a prueba mecanismos que permitan un seguimiento serio al proceso de reincorporación pospena. El simple compromiso de no reincidir, presentarse periódicamente ante el tribunal o informar cambio de residencia, no son variantes efectivas para concretar la reincorporación. En ese sentido, ese espacio de libertad no constituye ninguna prueba, simplemente un escenario donde *pasivamente se espera el paso del tiempo a prueba*. Este período podría constituir un momento donde el desmovilizado, activamente, continuará realizando sus aportes a la reconciliación.

256. A partir de estas consideraciones, parece ser que el procedimiento de la LJP apunta más bien a un espacio de determinación y *ejecución de pena flexible* y, por lo mismo, controlable desde las discrecionalidades de los intervinientes³⁷⁵. La situación se agrava, si se piensa que la misma ley prevé la posibilidad de leyes futuras más favorables para miembros de GAOML (art. 63) o el cumplimiento de penas

el mismo se hayan surtido con anterioridad a la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006 en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella”.

³⁷³ CC, sent. C-370 de 2006 (*supra* nota 1), párr. 6.2.3.3.4.6.

³⁷⁴ Como ratificación de dichas condiciones puede verse el decret. 1733 de 2009, que prevé la necesidad de otorgar mejores condiciones con objeto de que los miembros representantes y los postulados de los grupos armados colaboren más fácilmente con los propósitos de la ley 975 del 2005.

³⁷⁵ Así mismo Jorge Rojas (vocero de los desmovilizados de las AUC), Germán Senna, Walter Ochoa Guisao (alias “el Gurre”) (*supra* nota 241).

en el exterior, lo que define un escenario de tratos preferenciales, flexibles y desiguales frente a otros que padecen la ejecución de una pena en Colombia.

257. Ello es palpable visitando, por ejemplo, el renombrado pabellón de justicia y paz de la cárcel La Picota de Bogotá³⁷⁶. Las condiciones de los internos son diferentes y mejores que las de otros reclusos. Los voceros o representantes de desmovilizados tienen, incluso, acceso a internet. Así mismo, el grupo de internos disponen de un especial servicio de comida, sostenido por los productos de la propia hacienda que los reclusos tienen junto al pabellón. El problema allí no son las comodidades de estos reclusos, sino el trato diferencial frente a otros internos que están en dicho centro de reclusión por razones menos dramáticas³⁷⁷.

8. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

258. El concepto de la víctima, su papel en el derecho penal procesal y sus derechos han sido objeto de una evolución dinámica y orientada por el derecho internacional de los DDHH, el DPI y el derecho penal comparado³⁷⁸. El derecho y en particular la jurisprudencia constitucional colombiana han acogido este nuevo desarrollo plenamente.

A) *El concepto de la víctima en el proceso penal ordinario de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, y en el marco de la Ley de Justicia y Paz*

259. En el sistema mixto previsto del anterior C. de P. P. (ley 600 de 2000), existía la figura de la *parte civil* como institución jurídica que permitía la participación de la víctima u otros perjudicados como sujetos activos dentro del proceso penal³⁷⁹. La Corte Constitucional aclaró que la constitución en *parte civil* requería la demostración de la calidad de víctima o perjudicado mediante la prueba de un daño real, concreto y específico³⁸⁰. Sin embargo, en el caso de graves violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH que atentan contra la paz y afectan bienes jurídicos comunes, cualquier miembro de la sociedad con un interés legítimo se podría cons-

³⁷⁶ Visita 12 agosto 2009.

³⁷⁷ Durante la visita al Pabellón de Justicia y Paz de La Picota (*supra* nota 23), se visitó la zona de cultivos fuera del pabellón.

³⁷⁸ Cf. ILIANA BOTTIGLIERO, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004; JONATHAN DOAK, *Victim's Rights, Human Rights, and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*, Hart, Oxford, 2008.

³⁷⁹ Inc. 1º del art. 137 de la ley 600 de 2000: “*Definición*. Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”.

³⁸⁰ CC, sent. C-228 del 3 de abril de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montenegro Lynett, VI.4.4. Conclusión.

tituir como *parte civil popular* durante el proceso penal para buscar que haya verdad y justicia³⁸¹.

260. Con la aprobación del acto legislativo 3 de 2002 y el nuevo C. de P. P. (ley 906 de 2004), se puso en práctica en Colombia un *sistema penal de tendencia “acusatoria”*³⁸². Con esto, la víctima se convirtió de *parte civil* en un *interviniente especial*³⁸³, sin que el cambio del concepto dogmático de la víctima haya restringido sus derechos durante el proceso penal. El precedente sobre los derechos de la víctima establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002 antes de la entrada en vigencia del sistema procesal penal, configurado por el acto legislativo 3 de 2002 y la ley 906 de 2004, conserva plena aplicabilidad frente a la determinación de la legitimidad y el alcance de los derechos de las víctimas en este nuevo modelo procesal. Pues este precedente se funda en una concepción amplia deducida de los valores, principios y derechos que irradian igualmente el nuevo ordenamiento procesal como son los derechos de las víctimas del delito a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos. Una concepción amplia de la titularidad para pedir garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal es reforzada así mismo por el numeral 6 del artículo 250 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 3 de 2002, que además de las medidas de protección y asistencia para las víctimas, dispone el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

261. Con base en los fundamentos constitucionales de los derechos de las víctimas y los pronunciamientos que sobre la ley 906 de 2004 ha realizado la Corte Constitucional, se puede afirmar que la víctima cumple *papel protagónico* en el proceso³⁸⁴. Centrándose específicamente en la LJP, el artículo 5º (1) define a la víctima *directa* como “la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales”. En cuanto a las víctimas *indirectas*, el inciso 2º de dicho artículo establece que también se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a

³⁸¹ CC, sent. T-249 del 21 de marzo de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, parg. 17.

³⁸² CC, sent. C-209 del 21 de marzo de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, VI.5.1.; la Corte explica que “[...] [e]l acto legislativo 03 de 2002, al instituir el nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal en Colombia, definió los rasgos estructurales y las características esenciales de este sistema con tendencia acusatoria [...]”. Véase sobre el significado original del termino, sin embargo, *supra* nota 74.

³⁸³ Así la terminología de la CC, C-209 de 2007 (*supra* nota 382), VI.5.3 “[...] la víctima como interviniente especial [...]”.

³⁸⁴ CC, sent. C-454 del 7 de junio de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, VI. Fundamentos de la decisión, parg. 46.

esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. La Corte Constitucional aclaró que la referencia a las víctimas indirectas en este segundo inciso debe ser interpretada como una presunción que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de GAOML³⁸⁵.

B) *Los derechos generales de la víctima a la verdad, justicia y reparación y los derechos específicos en el proceso de la Ley de Justicia y Paz*

262. Después de haber abordado la materia de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en el marco de la justicia penal militar en las sentencias C-740/01, C-1149/01 y SU-1184/01, la Corte Constitucional, en su sentencia C-228 de 2002, dio otro paso relevante hacia el reconocimiento de los derechos de las víctimas al precisar que la víctima o perjudicado por un delito no solo tiene derecho a la *reparación económica* de los perjuicios que se le hayan causado, sino que además tiene derecho a que por medio del proceso penal se establezca la *verdad* y se haga justicia³⁸⁶. Los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en el ámbito nacional han sido especificados por la Corte Constitucional —refiriéndose a la normativa internacional— en la sentencia C-454 de 2006³⁸⁷. Según esta, el *derecho a la verdad* abarca el *derecho inalienable a la verdad*, el *deber de recordar* y el *derecho de las víctimas a saber*³⁸⁸.

263. El *derecho inalienable a la verdad* comporta el *derecho colectivo* de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El *deber de recordar* consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. El *derecho a saber* determina que las víctimas y sus familiares tienen el derecho *individual* e imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de lo sucedido a la víctima. El derecho a la verdad en su conjunto presenta así una *dimensión colectiva* cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una *dimensión individual* cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, por medio del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo³⁸⁹.

264. El *derecho a la justicia* incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades que se

³⁸⁵ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1), consideraciones, 6.2.4.2.16.

³⁸⁶ CC, C-228 del 3 abril 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett, VI.4.4.

³⁸⁷ CC, C-454 de 2006 (*supra* nota 384), párgs. 31-34.

³⁸⁸ *Ibidem*, párg. 31.

³⁸⁹ *Ibidem*, párg. 32.

pueden sistematizar así: el deber del Estado de *investigar y sancionar* adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, el derecho de las víctimas a un *recurso judicial efectivo* y el deber de respetar en todos los juicios las reglas del *debido proceso*. El derecho de acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia, lo que implica un verdadero derecho constitucional al proceso penal³⁹⁰, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo³⁹¹.

265. El *derecho a la reparación* implica la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. Desde su *dimensión individual* abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. En su *dimensión colectiva*, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas³⁹². La integridad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

266. La *LJP* incorpora los derechos a la verdad, justicia y reparación en numerosas disposiciones³⁹³, lo cual requiere una *interpretación armónica* con las pautas establecidas por la *jurisprudencia*. Los alcances de los derechos de las víctimas en el sistema penal han sido aclarados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otros aspectos, en relación con la garantía de comunicación e información, al acceso a las audiencias judiciales³⁹⁴, a aportar pruebas e intervenir en las audiencias judiciales³⁹⁵, impugnación de decisiones fundamentales³⁹⁶, la solicitud de preclusión³⁹⁷, la aplicación del principio de oportunidad³⁹⁸, las medidas de aseguramiento y de protección³⁹⁹, la representación⁴⁰⁰, y la intervención en los preacuerdos y las negocia-

³⁹⁰ CCI, sent. C-412 del 28 septiembre 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, par. 21.

³⁹¹ CC, C-454 de 2006 (*supra* nota 384), par. 33.

³⁹² CC, C-454 de 2006 (*supra* nota 384), par. 34.

³⁹³ Para el derecho a la verdad, véase sobre todo los arts. 1º, 4º, 7º, 56; para el derecho a la justicia los arts. 1º, 2º, 4º, 6º, 37, y para el derecho a la reparación, los arts. 1º, 4º, 8º, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 LJP.

³⁹⁴ CC, C-209 de 2007 (*supra* nota 382).

³⁹⁵ *Ibidem*; CC, sent. C-516 del 11 julio 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁹⁶ Véase CC, sent. C-046 del 1 febrero 2006, M. P. Álvaro Tafur Gálvis, sent. C-979 del 26 septiembre 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-209 de 2007 (*supra* nota 382).

³⁹⁷ CC, C-209 de 2007 (*supra* nota 382).

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ CC, C-516 de 2007 (*supra* nota 395).

ciones⁴⁰¹. Ante los rasgos similares entre el nuevo sistema penal y el procedimiento penal especial de la LJP, y el principio de “complementariedad” previsto en el artículo 62 LJP, se deben tener en cuenta los derechos de las víctimas derivados del proceso penal nuevo al interpretar las normas de la LJP. Adicionalmente, y en alusión al artículo 11 del C. de P. P. vigente, el artículo 37 LJP enumera de manera no exhaustiva una serie de derechos específicos de las víctimas durante el proceso penal especial, como recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno, la protección de su intimidad, la garantía de su seguridad y la de sus familiares y testigos a favor, una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder, ser oídas y poder facilitar el aporte de pruebas, recibir desde el primer contacto con las autoridades información pertinente para la protección de sus derechos⁴⁰².

C) Los derechos a la información, participación, representación y protección según la jurisprudencia en el marco del proceso de la Ley de Justicia y Paz

267. Para garantizar un recurso judicial efectivo para las víctimas, los derechos a la información, participación, representación y protección cumple un cometido central.

a) El derecho a la información

268. Según la Corte Constitucional, las víctimas tienen derecho a recibir información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal; además deben tener acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias desde sus primeros desarrollos⁴⁰³. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la *garantía de comunicación* se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Por lo tanto, la garantía de comunicación a las víctimas opera desde el primer momento en que éstos entran en contacto con las autoridades y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación⁴⁰⁴. Los derechos de la víctima se pueden ver menguados si se obstruyen a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos⁴⁰⁵. Existe un claro interés de las víctimas de acceder a la investigación desde sus inicios, a efectos de contribuir posi-

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Véase también decr. 4760 de 2005 —arts. 9° y 14—, decr. 3391 de 2006 —art. 8°—, decr. 315 de 2007 —arts. 2° y ss.—, res. 2296 de 2007 FGN —art. 2°—, res. 3990 FGN —arts. 5° y 6°—, y res. 4773 de 2007.

⁴⁰³ CC, C-454 de 2006 (*supra* nota 395), parg. 51.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, parg. 59, véase también el art. 38.5 LJP.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, parg. 51.

tivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, circunstancias perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación⁴⁰⁶.

269. Por el bajo nivel educativo de las víctimas, el diseño de *programas de información* para víctimas tiene una importancia fundamental para su acceso a la justicia⁴⁰⁷. En el marco de la LJP se ha planteado el debate sobre la *publicidad* y transmisión de las audiencias de *versión libre* para garantizar el acceso a la información y la participación de las víctimas con el fin de proteger sus derechos a la verdad, justicia y reparación. De los artículos 4° a 9° de la resolución 387 de 2007 del FGN, se puede inferir que las audiencias de versión libre son reservadas para el público en general, pero no para las víctimas, que las diligencias de versión libre pueden ser transmitidas por medios masivos de comunicación en diferido, que las víctimas pueden conocer la versión libre de los desmovilizados, pero están obligadas a preservar la reserva de su contenido, y que la Fiscalía puede disponer de salas especiales y separadas en las que las víctimas o sus representantes puedan oír en directo la versión libre de los desmovilizados⁴⁰⁸. Precisa la C. S. de J. que la versión libre no es una diligencia reservada para los sujetos procesales, comprendidas las víctimas que acrediten esa condición, quienes tienen derecho a que se les expida copias de esta diligencia preliminar y a asistir al recinto de la diligencia con las ayudas técnicas que estimen necesarias, como portátiles, grabadoras⁴⁰⁹.

270. Para garantizar a las víctimas su derecho a un recurso judicial efectivo y acceder a información, las diligencias de versión libre *se transmiten* en directo a las salas habilitadas para ellas en el sitio donde la Fiscalía recibe la versión libre, o a las salas instaladas en otros lugares donde viven las víctimas de los hechos delictivos que se confiesan en las audiencias⁴¹⁰. Además, se realizan transmisiones en diferido para las víctimas. En relación con la publicidad de las versiones libres para el público en general, una vez culminada la diligencia de versión libre y las labores de verificación e investigación de la información, el fiscal puede disponer la elaboración de un *registro técnico* de la versión libre con las advertencias y anotaciones que se deban hacer como resultado de las labores de verificación e investigación posteriores para garantizar la seguridad de las víctimas, versionado y otros intervinientes, la intimidad, el buen nombre y la honra de las personas⁴¹¹. Posteriormente, el registro elaborado podrá ser transmitido por los medios de comunicación⁴¹².

⁴⁰⁶ *Ibidem*, parg. 53.

⁴⁰⁷ Según el Comité Interinstitucional de Justicia y Paz (*supra* nota 112), de las 219.818 víctimas registradas por Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, 46 por ciento tiene educación primaria, 20 por ciento educación secundaria, 7 por ciento carece de educación, y 2 por ciento tiene estudios universitarios.

⁴⁰⁸ Véase CC, sent. T-049 del 24 enero 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁰⁹ C. S. de J., rad. 27484 (*supra* nota 72), Consideraciones.

⁴¹⁰ Ver informe AMBOS/BERNAL (*supra* nota 156) sobre la contribución de ProFis al respeto.

⁴¹¹ Art. 2° y 3° de la res. 387 de 2007 FGN.

271. Según la Corte Constitucional, los artículos 2º, 3º y 4º del decreto 317 de 2007, los artículos 4º, 5º y 6º de la resolución 3398 de 2006 y los artículos 4º a 9º de la resolución 387 de 2007 de la FGN, que reglamentan la publicidad de las versiones libres, no violan los derechos de las víctimas y de la sociedad a la información, verdad, justicia y reparación⁴¹³. La CC encuentra que la reglamentación garantiza el derecho de las víctimas a conocer la versión libre de los desmovilizados, pues el acceso a la información se asegura mediante la asistencia a las diligencias de versión libre o mediante el acceso a una copia de las mismas. La limitación a la publicidad de la diligencia de versión libre en los medios de comunicación simplemente desarrolla el *principio legal de reserva* de esas diligencias, que se considera válido constitucionalmente 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. No existe obligación legal ni constitucional de ubicar a las víctimas y a los desmovilizados en el mismo recinto; por el contrario, se considera que ésta es una medida razonable para garantizar la eficacia de la investigación penal y proteger los derechos a la intimidad y a la vida de las víctimas. Según la Corte, el control ciudadano respecto de la eficacia de la justicia y el deber del Estado de sancionar los delitos de lesa humanidad no se puede efectuar en la versión libre del desmovilizado, pues esta etapa tan solo constituye el *inicio de la averiguación* de lo ocurrido y el objeto de verificación por parte del Estado, y de esta forma, no se podría pensar que todo lo dicho por el versionado constituye una fuente de información veraz, ni un dato absolutamente cierto que se pueda tomar como verdad material e indiscutible de lo ocurrido; por consiguiente, se garantiza el derecho de acceso a la información en condiciones de igualdad, el cual está cierta e íntimamente ligado al derecho a la verdad, cuando se entregan resultados de una investigación seria, completa y cierta. Finalmente, el principio de publicidad está *limitado* en el proceso penal y solo es exigible en su integridad cuando se trata de informar los resultados finales del proceso. Todas estas consideraciones de la CC merecen aplauso pues confirman los riesgos que la publicidad plena en este tipo de procesos implica. En definitiva, la verdad de las versiones es muy relativa y fácilmente la “confesión” de un desmovilizado-postulado se puede convertir en un acto de divulgación de denuncias infundadas contra “enemigos personales” violando los derechos de estos a la protección de su personalidad (para evitar falsos prejuicios) e ignorando la presunción de inocencia.

b) *El derecho a la participación*

272. Centrándose en los derechos de las víctimas a la participación durante la versión libre, se pueden identificar cuatro formas de participación: *participación pasiva, activa, probatoria y escrita*⁴¹⁴. Durante la etapa de versión libre, las víctimas pueden participar mediante la *participación pasiva*. Las víctimas pueden acceder a las

⁴¹² Art. 6º de la res. 387 de 2007 FGN.

⁴¹³ Véase CC, T-049 de 2008 (*supra* nota 408).

⁴¹⁴ Véase el art. 2º decr. 315 de 2007; también CC, T-049 de 2008 (*supra* nota 408), párg. 32.

salas especialmente designadas para oír en directo o en diferido la versión de los desmovilizados. El derecho a la *participación activa en el interrogatorio* implica que las víctimas pueden sugerir preguntas a los versionados, solicitar aclaraciones o verificaciones sobre los hechos investigados, mediante la intervención del fiscal. La *participación probatoria* en la diligencia de versión libre abarca el derecho de las víctimas o sus apoderados de presentarle pruebas al fiscal. La *participación escrita* les permite a las víctimas dejar constancia de lo que estimen pertinente en relación con la conducta del postulado ratificado sobre los hechos judicializados no confesados espontáneamente por el versionado.

273. La C. S. de J. y la CC aclararon que la pretensión orientada a que las víctimas accedan a esa diligencia con el fin de *interrogar y contra-interrogar* al desmovilizado, desconoce por completo la estructura del procedimiento de la LJP, y en especial la etapa investigativa⁴¹⁵. En el auto del 2 de octubre de 2007, la C. S. de J. encontró que si bien es cierto que el artículo 7º LJP le reconoce a las víctimas el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los GAOML, y por ello es razonable que comiencen a asistir al lugar donde se realiza la diligencia de versión y se atiendan sus inquietudes por intermedio de sus representantes, esa garantía se va haciendo cada vez más efectiva en la medida en que avance la labor investigativa que se adelanta para obtener la verdad de lo ocurrido. Las víctimas empiezan a interactuar con la Fiscalía desde el momento en que se les va suministrando la información que de manera progresiva vaya recopilando el ente instructor. Esta etapa del proceso trata de la verificación de la información y no se caracteriza por la confrontación dialéctica entre el desmovilizado y las víctimas, propio de la imputación y del juicio. Es a partir de la versión libre cuando se inicia la labor investigativa y el descubrimiento de evidencias por parte de los fiscales para comprobar la veracidad de su contenido.

274. En consecuencia, la versión libre no puede estar expuesta a *confrontación* por las víctimas, porque sería tanto como romper el orden natural del procedimiento, si se tiene en cuenta que con esa información y las demás actuaciones, como verificación de antecedentes, elabora y desarrolla un plan metodológico para poder iniciar la investigación tendiente a comprobar la realidad de la información suministrada. Según la C. S. de J., hay que diferenciar entre el derecho de las víctimas a ser *informadas* de los resultados obtenidos con la investigación y la posibilidad de *interrogar* directamente al desmovilizado en la diligencia de versión libre⁴¹⁶. El ejercicio de los derechos de las víctimas debe obedecer a un orden lógico, racional y proporcional a los fines que tiene la labor investigativa de la Fiscalía, ya vistos en la ley. La pretensión del interrogatorio a quien rinde la versión, comportaría que ésta se convirtiera en un “careo”, medio de prueba extraño no solamente a

⁴¹⁵ C. S. de J., rad. 27484, auto del 2 octubre 2007, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Consideraciones, CC, T-049 de 2008 (*supra* nota 408), parg. 31-34.

⁴¹⁶ C. S. de J., rad. 27484 (*supra* nota 415), Consideraciones.

los procedimientos de justicia y paz y del C. de P. P. vigente, sino incluso al del C. de P. P. anterior. La diligencia de versión de la LJP no tiene la connotación del testimonio rendido por el acusado, luego de renunciar a su derecho de no auto-incriminación, en el sistema procesal del C. de P. P. vigente pues este está precedido del juramento y puede ser utilizado en su contra.

275. La C. S. de J. concluye que la versión libre tiene su similar en la versión libre e indagatoria de sistemas procesales anteriores, incluida la del anterior C. de P. P., donde el único que puede interrogar es el funcionario⁴¹⁷. La intervención de las víctimas mediante el interrogatorio o contra interrogatorio tiene sentido de controvertir una prueba, pero la versión no tiene ese alcance, pues solamente constituye medio de prueba, una vez es rendida por el indiciado con todas las formalidades de ley; en su formación la versión no estructura una prueba, y exclusivamente pasa a tener ese carácter cuando finaliza, y como las partes solamente pueden controvertir pruebas, surge incontrastable que tratándose de la versión la controversia pueden proponerla luego de rendida, no antes⁴⁰⁹. La C. S. de J. menciona en este contexto el artículo 68 del ECPI, que reglamenta la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones. La C. S. de J. afirma también que en los pronunciamientos de los organismos internacionales sobre el proceso de paz en Colombia y el alcance de la LJP no se ha sugerido que se le permita a las víctimas un contra-interrogatorio⁴¹⁹.

276. Concluye la C. S. de J. que las sentencias C-370 de 2006, C-454 de 2007 y C-209 de 2007, en modo alguno consagran la participación de la víctima en el proceso penal ordinario o especial mediante un interrogatorio al imputado, ni al indagado, ni en la LJP al versionado, pues si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de *interviniente especial*⁴²⁰. La asignación de este papel particular determina que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía. La CC confirmó esta postura aclarando que la prohibición a las víctimas de interrogar y contra-interrogar a los versionados en forma directa, no vulnera los derechos de acceso a la justicia, al buen nombre y a la verdad, justicia y reparación⁴²¹.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ La CC en la sent. T-049 de 2008 (*supra* nota 408), expone los siguientes tres argumentos (véase II. Consideraciones de la Corte Constitucional, págs. 32 y 33): (i) En un proceso penal de naturaleza acusatoria, que conlleva una separación en las etapas de investigación y juzgamiento y una modificación de la actividad probatoria, la etapa de investigación no se caracteriza por la confrontación de partes, sino su objetivo es averiguar y verificar la veracidad de lo ocurrido. La diligencia de versión libre no está destinada a adelantar el contradictorio entre las partes afectadas por el delito, ni a iniciar el debate probatorio, ni a discutir sobre la veracidad de lo afirmado, pues con esa diligencia simplemente se trata de iniciar la investigación de los hechos sucedidos y de los autores de

c) *El derecho a la representación judicial*

277. La jurisprudencia de la Corte IDH prohíbe discriminar sobre la base de la posición económica de las personas. Si una persona, que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la CADH le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley⁴²². La negativa a prestar un servicio público de defensa legal a las personas sin recursos, constituye una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial⁴²³. Al decidir sobre la necesidad de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita se debe tener en cuenta la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y la importancia de los derechos afectados⁴²⁴. En este sentido, el numeral 5 del artículo 137 del C. de P. P. establece que si la víctima no cuenta con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la FGN le designará uno de oficio.

278. Según el numeral 7 del artículo 38 LJP las víctimas tienen el derecho de ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial. Sin embargo, en la práctica la Defensoría del Pueblo asume la responsabilidad de representar judicialmente a las víctimas “determinadas”, mientras que la Procuraduría asume solamente la representación de las víctimas “indeterminadas”⁴²⁵ de hechos delictivos mencionados en las audiencias de Justicia y Paz.

los delitos confesados, para que, una vez verificada la información, la realidad y seriedad de lo afirmado por el desmovilizado, se presente el caso ante el juez competente para su valoración y juzgamiento. Permitir la intervención directa de las víctimas en la audiencia de versión libre confundiría las etapas de investigación y juzgamiento, cuya separación es propia del sistema procesal penal acusatorio en el que está incurso el proceso penal especial que regula la LJP; (ii) Resulta razonable que se impida la intervención directa de las víctimas, pues de este modo se evita la contradicción entre las partes y la discusión de intereses contrapuestos entre la víctima y el versionado en la diligencia de la versión libre, lo cual podría afectar la eficacia de la investigación y se trasladaría el debate de partes a una etapa procesal que resulta ajena a ello, pues el escenario para ese efecto es el juicio oral que se adelanta ante el juez de conocimiento y no ante el fiscal de la causa; (iii) Ni aun en la etapa de contradicción y de controversia entre los sujetos procesales en el proceso penal de naturaleza acusatoria, las víctimas pueden interrogar y contra-interrogar en forma directa.

⁴²² CIDH, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90, 10 agosto 1990.

⁴²³ CIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 septiembre 2003.

⁴²⁴ CIDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, OEA/Ser.L./V/II.116, 22 octubre 2002.

⁴²⁵ Se trata de víctimas relacionadas con hechos delictivos confesados o investigados, que no han sido identificadas o cuyo paradero no se conoce, razón por la cual no ha sido posible asignarles un representante judicial de la Defensoría del Pueblo; véase C. S. de J., rad. 30442 (*supra* nota 116), Consideraciones de la Sala.

Además, cuando la ley no exija la presencia de un abogado, las víctimas también pueden hacerse representar por una organización de víctimas, en cuyo caso lo harán por intermedio del representante legal de la organización⁴²⁶.

279. Ante la gran cantidad de hechos delictivos cometidos por los miembros de los grupos armados ilegales y de víctimas de estos hechos, se ha planteado el problema de cómo tratar los casos en los cuales existe una pluralidad de víctimas y representantes judiciales. Estos casos han encontrado una reglamentación en el numeral 4 del artículo 137 del C. de P. P. vigente (ley 906 de 2004)⁴²⁷ y en el artículo 6° de la resolución 3998 de 2006 de la FGN⁴²⁸.

280. Mientras que el numeral 4 del artículo 137 de la ley 906 de 2004 fue declarado inexecutable por crear un ámbito de discrecionalidad inaceptable y por establecer una medida desproporcionada al restringir el derecho a la representación⁴²⁹, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre los derechos de las víctimas durante la versión libre de justicia, confirmó el artículo 6° de la resolución 3998 de 2006⁴³⁰.

281. En la *práctica* la Defensoría del Pueblo asiste en Bogotá a las audiencias judiciales (audiencias de imputación, formulación de cargos, control de legalidad de la aceptación de cargos, incidente de reparación) por medio de dos defensores públicos, que representan a las víctimas con fundamento en la delegación de la representación. En otras ciudades (p. ej. Barranquilla), no existe la misma práctica, sino se aplica un sistema de rotación espontánea, donde cada uno de los defensores que representa una víctima, interviene cuando llega el momento procesal de tratar asuntos relacionados con el caso específico. Esto, junto con la necesidad de asignarles a las víctimas, que están presentes en las audiencias sin contar con una representación judicial, defensores públicos al inicio de las audiencias, lleva a *retrasos* considerables. En cuanto al número de abogados de confianza de las víctimas, los magistrados de los tribunales de Justicia y Paz han aplicado el artículo 6° de la resolución 3998 de 2006 con mucha flexibilidad, permitiendo que más abogados de confianza puedan actuar en las audiencias. La Fiscalía ha aceptado esta práctica⁴³¹.

⁴²⁶ Decr. 315 de 2007, art. 6.

⁴²⁷ Ley 906 de 2004, art. 137 num. 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”.

⁴²⁸ Art. 6° de la res. 3998 de 2006 de la FNG: “Si en relación con un solo hecho existiese pluralidad de víctimas el fiscal del caso les solicitará, previamente y con suficiente antelación a la diligencia de versión libre, designar hasta dos (2) abogados que las representen. De no llegarse a un acuerdo al respecto, en cumplimiento del numeral 4 del artículo 137 de la ley 906 de 2004 el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo”.

⁴²⁹ CC C-516 de 2007 (*supra* nota 395).

⁴³⁰ CC T-049 de 2008 (*supra* nota 408), Consideraciones de la Corte, parg. 30.

⁴³¹ Esta es la impresión que deja la actitud de los fiscales delegados durante las audiencias de imputación y formulación de cargos.

d) *El derecho a la protección*

282. El derecho fundamental a la seguridad, consagrado en los artículos 2º, 12, 17, 18, 28, 34, 44, 46 y 72 de la Constitución, el artículo 3º de la DUDH, el artículo 7º de la CADH y el artículo 9º del PIDCP, incorporados al ordenamiento jurídico colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad⁴³², implica el derecho a recibir protección frente a riesgos extraordinarios. Estos son riesgos que no se deben soportar social y jurídicamente y que se caracterizan por algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable, concreto, actual, importante, serio, claro y discernible, excepcional, desproporcionado, además de grave e inminente⁴³³.

283. De las obligaciones constitucionales y los criterios interpretativos aportados por la ONU se derivan los siguientes *principios básicos* para el diseño de un programa de protección: el deber de identificación del riesgo, la especificidad y exhaustividad en la valoración del riesgo y los factores que lo generan, la oportunidad de respuesta para las personas en riesgo, la adecuación de la respuesta a las circunstancias, evaluación periódica de los riesgos, la prohibición a la administración de generar riesgos extraordinarios, la capacitación de los encargados de operar el programa, la incorporación al programa de expertos en experiencias traumáticas y asesores psicológicos, la información adecuada, una logística segura, la garantía de atención de necesidades básicas, y la incorporación de un enfoque diferencial⁴³⁴.

284. Como *elementos mínimos de racionalidad*, sobre los cuales debe crearse un programa de protección, se han definido: el ámbito de cobertura, la definición de los derechos que se deben garantizar y los criterios jurídicos, la especificidad individual del programa, un presupuesto suficiente y oportunamente disponible, una coordinación unitaria y centralizada en una sola entidad que garantice una coordinación interinstitucional eficaz, mecanismos de evaluación de riesgo, y mecanismos de divulgación periódica de información sobre el programa de protección⁴³⁵.

285. En el marco de la aplicación de la LJP, el acceso a la justicia de las víctimas ha sido obstaculizado por las intimidaciones, amenazas, hostigamientos y asesinatos contra ellas. Hasta febrero de 2009, por lo menos 20 líderes de asociaciones de víctimas han sido asesinados por sus reclamos⁴³⁶. Como respuesta institucional, el Estado colombiano expidió en septiembre de 2007 el decreto 3570 para crear un programa de protección a víctimas y testigos de Justicia y Paz, para salvaguardar la vida, integridad, libertad y seguridad de la población que se encuentre en situa-

⁴³² CC, sent. T-496 del 16 mayo 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, II.4.

⁴³³ CC, sent. T-719 del 20 agosto 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, I.4.2.3.1.

⁴³⁴ CC, T-496 de 2008 (*supra* nota 432), II.8.1.3.

⁴³⁵ *Ibidem*, II.8.2.

⁴³⁶ “Van 20 representantes de víctimas asesinados en tres años y la cifra podría dispararse”, 22 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3328500> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Ver también *supra* lit. D), pág. 179.

ción de amenaza o riesgo como consecuencia directa de su participación en calidad de víctima o de testigo⁴³⁷.

286. Como *órganos* de dirección, ejecución, evaluación y seguimiento del programa, se creó una *Dirección Ejecutiva*, que actúa como enlace de las diferentes entidades responsables de adoptar las medidas de protección; un grupo técnico de evaluación de riesgo (GTER), integrado por delegados de la FGN, la Policía Nacional, el Ministerio del Interior y de Justicia y el DAS. Este órgano está encargado de aplicar el protocolo de protección a los destinatarios de la ley, evaluar y calificar la situación de riesgo y amenaza y autorizar y comunicar las medidas provisionales de protección a las autoridades competentes y al solicitante. Además se creó un *Subcomité de Protección de víctimas y testigos*, integrado por un delegado permanente de la FGN, de la Policía Nacional, del Ministerio del Interior y de Justicia, del DAS, de la Procuraduría, de la Defensoría, del Departamento Nacional de Planeación y del Programa Presidencial de Derechos Humanos. Este órgano está encargado de orientar, evaluar y hacer seguimiento al programa. El decreto estableció un dispositivo de identificación del riesgo mediante la elaboración de un mapa de riesgo, un dispositivo de protección para la prevención dirigido a municipios, atendido por la Policía Nacional, y un dispositivo de atención individual frente a la evidencia de un riesgo extraordinario o extremo sobre una víctima o un testigo que contempla tres etapas, una de asistencia inicial, otra de evaluación y calificación del riesgo, y otra de adopción de medidas adicionales que pueden ser de autoprotección, medidas blandas, esquemas móviles y de reubicación.

287. A pesar de este esfuerzo del ejecutivo, la Corte Constitucional, confrontando el programa de protección con los principios básicos y los elementos mínimos de racionalidad señaló que el programa de protección diseñado, no obstante constituir un primer paso en el camino hacia la ejecución de una estrategia integral de protección a las víctimas de los delitos atroces, resultaba *inadecuado e insuficiente*. Según la Corte el programa no responde a cabalidad a las directrices que deben guiar un programa de protección que debe estar inscrito en una política global de genuino esclarecimiento de la verdad, y satisfacción de las garantías de justicia y reparación para las víctimas⁴³⁸.

e) *La acreditación de la calidad de víctima como condición previa para la intervención en el proceso de la Ley de Justicia y Paz*

288. Para intervenir en las investigaciones que se adelanten de acuerdo con la LJP, las víctimas deben acreditarse mediante la *identificación personal y la demostración del daño*, lo cual puede realizarse mediante alguno de los documentos mencionados

⁴³⁷ Decr. 3570 de 2007, “por medio del cual se crea el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la ley 975 de 2005” (18 sept.).

⁴³⁸ CC, T-496 de 2008 (*supra* nota 432), II.9.2.

en el artículo 4° del decreto 315 de 2007⁴³⁹. Según la Corte Constitucional, la restricción del derecho de las víctimas a intervenir en la versión libre al hecho de que prueben sumariamente su condición, no desconoce los derechos al acceso a la justicia y a la verdad, justicia y reparación⁴⁴⁰.

f) Comentarios

289. En la práctica de la versión libre y la confesión se ha observado que su conducción está ampliamente *dirigida por el fiscal*, es decir, de este dependen en gran medida los ritmos, desarrollo de la audiencia e intervención de otros intervinientes, especialmente las víctimas⁴⁴¹. Con ello la confesión ha terminado imponiendo una visión unilateral de los hechos, fragmentaria y con un impacto limitado en cuanto a la verdad histórica⁴⁴². Esto se debe también a la falta de representación de víc-

⁴³⁹ Decr. 315 de 2007, art. 4°: “La demostración del daño directo a que se refiere el artículo 5° LJP, así como los artículos 1° y 2° del presente decreto, se podrá realizar mediante alguno de los siguientes documentos: a) copia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad judicial, administrativa, o de policía el hecho generador del daño, sin que sea motivo de rechazo la fecha de presentación de la noticia criminal. Si no se hubiera presentado dicha denuncia se podrá acudir para tal efecto a la autoridad respectiva, si procediere; b) certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño; c) copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, impuso medida de aseguramiento, o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de pena y sentencia, según el caso, relacionada con los hechos por los cuales se sufrió el daño; d) certificación sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y el tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que produjeron el daño, la cual deberá ser expedida por la autoridad competente del orden municipal; e) certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiera, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente.

⁴⁴⁰ La CC, en la sent. T-049 de 2008 (*supra* nota 408) fundamenta su conclusión en las siguientes consideraciones (véase Consideraciones de la Corte, párg. 26-28): (i) la etapa de investigación penal, de la cual hace parte la diligencia de versión libre, es, por regla general, reservada para el público en general; (ii) el concepto de víctima tiene una naturaleza jurídica propia (la víctima es un concepto jurídico que equivale a la legitimación para intervenir en el proceso penal, por lo que tiene un significado objetivo que no depende del sentir individual de quien se considera afectado); la restricción del derecho a participar al hecho de que se pruebe de manera sumaria el daño, es una medida razonable, necesaria y proporcional para alcanzar un objetivo legítimo, y (iii) la acreditación de la condición de víctima que se puede hacer mediante la presentación de documentos sencillos y de fácil acceso, garantiza la reserva de la investigación penal, pues el derecho a la participación puede ser condicionado de un interés legítimo.

⁴⁴¹ Así mismo JOHN JAIME POSADA ORREGO, entrevista Medellín 5 agosto 2009; JAIRO ACOSTA (*supra* nota 262); LUZ AMIRA ESLAVA MOJICA, entrevista Bogotá 14 agosto 2009.

⁴⁴² Así mismo RODRIGO UPRIMNY, entrevista Bogotá 11 agosto 2009. Contra esta apreciación argumenta la UNJP: “la falta o inadecuada intervención de estos actores de manera alguna genera ‘una visión unilateral de los hechos, fragmentaria y con un impacto limitado en cuanto a la verdad histórica’ [...] porque el fiscal tiene la obligación de hacer una investigación efectiva y eficaz —aun en ausencia de esos intervinientes— con anterioridad a la versión libre y después de ella” (véase FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 6).

timas y problemas de capacitación de los operadores judiciales para llevar a cabo, por ejemplo, las contrapreguntas⁴⁴³. Factores como la falta de información, la falta de recursos económicos para la movilización y transporte de las víctimas así como para la producción de la prueba, la ausencia de instancias judiciales o tribunales y, en general, un escaso acompañamiento de las víctimas por parte del Estado, pueden en la práctica *dificultar el acceso real y efectivo* de las víctimas *a la justicia*. El escaso acompañamiento de las víctimas se refleja sobre todo en las *limitaciones* que estas enfrentan al momento de buscar una *representación judicial* en los procesos penales de la LJP. Los defensores públicos en Bogotá, Barranquilla y Medellín enfrentan una sobrecarga de casos para atender (*supra* parg. 77), lo cual prácticamente imposibilita que conozcan los detalles de los casos para garantizar la adopción de medidas de reparación adecuadas y orientadas en las necesidades específicas de las víctimas. Las limitaciones en cuanto a la representación judicial tampoco permiten un intercambio constante de información entre las víctimas y sus representantes judiciales. En otras zonas del país se nota una *ausencia de defensores públicos* especializados para la representación judicial de casos en el marco de la LJP. La coordinación de las unidades regionales de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo, que se encuentran sobre todo en las ciudades grandes como Bogotá, Barranquilla y Medellín, con otras oficinas regionales de la Defensoría del Pueblo se muestra ineficiente pues impide una interacción eficaz y rápida al momento de representar a las víctimas en los procesos judiciales. Pero también la coordinación entre las distintas unidades de Justicia y Paz muestra deficiencias cuando los procesos penales llegan de Barranquilla o Medellín a la Sala de Conocimiento en Bogotá.

290. La *imposibilidad de una mayor participación* de las víctimas a través de (contra-) interrogar directamente o por medio de sus representantes al postulado sobre los hechos de su interés en las distintas fases de la versión libre, y el hecho de que el fiscal, encontrándose en una sala distinta de ellas, solo transmite al postulado las preguntas de las víctimas que considera pertinentes, pueden crear frustración en ellas. De hecho, con un procedimiento demasiado formal y poco dinámico, las víctimas y sus representantes no cuentan con la posibilidad de una adecuada participación⁴⁴⁴. Lamentable la posición restrictiva de la *jurisprudencia* colombiana (parg. 258 y ss.) contribuye a esta situación en vez de mejorarla. Como ya hemos dicho arriba (lit. E), pág. 103, parg. 224), esta posición nos parece *demasiado restrictiva* y del todo inadecuada frente a los problemas reales y prácticos del proceso, en particular con respecto a las víctimas. Si bien es entendible la postura de la C. S. de J. y la CC en cuanto que la versión libre como tal no es el escenario único para la verificación

⁴⁴³ Así mismo José Hernández Rueda, Claudia Vizcaíno, Luz Amira Mojica, Régulo Madero, Felipe Rodríguez, Nini Johana Soto, Luisa Fernanda López, Blanca Lucía Mora, Daniela Guzmán, entrevista Bogotá 11 septiembre 2009; Barra Académica víctimas, Defensoría del Pueblo, entrevista Bogotá 13 agosto 2009.

⁴⁴⁴ CIDH, “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales” (*supra* nota 243), parg. 82.

de los requisitos de elegibilidad o para decidir sobre la veracidad de las declaraciones del postulado, hay que tener en cuenta que la participación activa de las víctimas en esta fase del procedimiento sí es importante para poder evaluar posteriormente la veracidad de la confesión. Además, la participación de las víctimas durante la etapa de versión libre es trascendental para la posterior elaboración adecuada del programa metodológico. El derecho al interrogatorio o contra-interrogatorio de las víctimas debería ser entendido en un sentido *menos formalista* que en la jurisprudencia de las Altas Cortes. 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 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.

291. En cuanto a la *publicidad* de las versiones libres es de mencionar que la presencia de los medios de prensa regionales y nacionales puede garantizar más transparencia del proceso ante las dificultades de recaudar información sobre hechos delictivos durante los actos de la desmovilización colectiva⁴⁴⁵. Además, los medios de comunicación podrían ser un importante instrumento para facilitar el acceso a información entregada por los postulados para que las víctimas tengan la posibilidad de verificar la veracidad de la información.

9. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

292. La ejecución de la LJP deja en evidencia una serie de *irregularidades* que podrían alterar la compatibilidad del proceso de transición colombiano con los estándares internacionales, fundamentalmente las obligaciones derivadas del artículo 17 ECPI. Para la evaluación posterior de la aludida correspondencia en el capítulo segundo de este estudio y una potencial intervención complementaria de la CPI, se pretende en estas conclusiones intermedias exponer los principales fenómenos, que pudieran generar fricciones con los requisitos mínimos del artículo 17 ECPI. El desarrollo del proceso de justicia y paz viene marcado fundamentalmente por el *desbordamiento normativo y práctico* del sistema judicial. El cúmulo de expectativas que se han generado en torno al proceso provoca una funcionalidad especial de múltiples garantías sustanciales y procesales de los intervinientes, socavando la finalidad garantista del juicio penal, también recogida en el trámite especial de la LJP de 2005.

293. A continuación se exponen los óbices fundamentales del diseño y puesta en práctica del procedimiento de justicia y paz, presentados resumidamente en los comentarios de cada sección o bien yendo más allá de una sección en particular, porque se refieren a problemas globales o contextuales. Básicamente se presentan

⁴⁴⁵ *Ibidem*, parg. 69.

los principales *problemas* en materia de proyección normativa del procedimiento y desarrollo de las fases administrativa y judicial. Así mismo, se comentan los principales *inconvenientes* de la ejecución del proceso, con mención especial de la problemática de la extradición de comandantes paramilitares. Además, se dejan plasmadas algunas consideraciones sobre los *rendimientos* en términos *cuantitativos* del procedimiento.

A) *Del marco normativo de Justicia y Paz*

294. La ejecución de la LJP ha estimulado un número considerable de reglamentaciones y condicionamientos jurisprudenciales⁴⁴⁶. Dicho marco ha sido generado previa y posteriormente a la publicación de la LJP, provocando múltiples discusiones en materia de *complementariedad e integración normativa*. Tales discusiones se concentran, especialmente, en la relación entre la LJP con la ley 782 de 2002 y los dos C. de P. P. aplicables (ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004). Otro tanto sucede con las discusiones sobre la interpretación de la LJP después de la sentencia fundamental de la Corte Constitucional (C-370 de 2006). Entre las fuentes legales y reglamentarias, se comprueba cierta *desprogramación* de los presupuestos fundamentales de un proceso de transición, a pesar de que la jurisprudencia de la CC y la C. S. de J. han reclamado expresamente su consagración.

295. Por otro lado, una observación detenida al marco jurídico de justicia y paz deja ver ciertas tensiones de los referentes normativos que orientan el proceso de justicia y paz. Con ello se quiere decir a su vez, que el proceso de transición en Colombia habría generado a través de los ajustes normativos un *escenario reglamentario paralelo* al formalmente definido en la LJP, con el que se definen y desarrollan múltiples excepciones a algunas normas que imponen especiales compromisos a los intervinientes. Lo anterior resulta preocupante, pues tales acomodaciones reglamentarias han afectado el cometido y la efectividad de las garantías mínimas de los intervinientes, especialmente de las víctimas. Así mismo, la multiplicidad reglamentaria de la LJP da cuenta de la *falta de preparación y planeación del sistema administrativo y judicial* en materia de transición. Ello no sería un problema si se respetaran aspectos fundamentales comunes a cualquier proceso de paz, como, por ejemplo, la participación de las víctimas.

296. Este fenómeno debe ser revisado, especialmente por la manera como el marco reglamentario moldea la sustanciación del procedimiento, restándole independencia e imparcialidad. Estas consecuencias derivan especialmente de la limitación tanto de escenarios administrativos y procesales, como de la participación de los intervinientes. El interés de justicia, especialmente en procesos de transición, no se satisface con la mera existencia de normas, sino a través de la protección y vindicación *real y efectiva* de derechos. Es también posible que el uso excesivo del poder reglamentario genere un indicio de manipulación al cumplimiento de los propósitos del proceso transicional.

⁴⁴⁶ Véase *infra* las fuentes normativas y jurisprudenciales enumeradas en los anexos.

B) *Tensiones entre justicia ordinaria y Ley de Justicia y Paz*

a) *Concierto para delinquir y principio de oportunidad*

297. En relación con el tipo penal del *concierto para delinquir* (agravado) se nota una confusión sobre sus fundamentos dogmáticos y su papel en el derecho penal internacional. Al hablar de concierto para delinquir (agravado) en alusión al C. P. colombiano, resultaría pertinente distinguir entre *dos conceptos* dogmáticos diferentes: por un lado, el de la *concertación de la comisión de ciertos delitos* (graves) como primera fase del *iter criminis*⁴⁴⁷ y previa a la tentativa, y por otro lado, el de la *mera pertenencia* a un GAOML. La concertación de la comisión de delitos (graves) como etapa previa a la tentativa y consumación se expresa en la antigua versión del artículo 340 inciso 1° del C. P. (anterior a la modificación introducida por el art. 19 de la ley 1121 de 2006) como concierto para delinquir simple⁴⁴⁸ y en la primera alternativa del artículo 340 inciso 2° del C. P. como concierto para delinquir agravado⁴⁴⁹. El “pertenecer” a un GAOML se encuentra penalizado mediante la conducta penal de “concertarse para promover GAOML”, además de organizar, armar o financiar, en la segunda alternativa del artículo 340 inciso 2° del C. P.⁴⁵⁰. Esta segunda alternativa del artículo 340 inciso 2° también se denomina “concierto para delinquir agravado”, aunque no se trata de una concertación de delitos (graves) en sí mismo. Sin embargo, las dos conductas —concertar la comisión de delitos (graves) y la pertenencia a un GAOML— confluyen en la práctica. El artículo 69 LJP, que hasta el momento no se ha declarado inexecutable, permite la aplicación de los beneficios jurídicos previstos en la ley 782 de 2002 solamente para los delitos de concierto para delinquir simple (y, además, para la utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones).

298. Esa posibilidad fue aprovechada por el artículo 2° de la ley 1312 de 2009, que incorpora una nueva causal en el artículo 324 del C. de P. P. para facilitar la aplicación del *principio de oportunidad* a la mera conducta de “pertenecer” a un

⁴⁴⁷ Véase FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., 2009, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, págs. 946-949.

⁴⁴⁸ Dice el art. 340 inc. 1° C. P. (modificado por el art. 8° de la ley 733): “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años” (énfasis nuestro).

⁴⁴⁹ Dice la primera alternativa del art. 340 inc. 2° del C. P. (modificado por el art. 8° de la ley 733): “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión [...]” (énfasis nuestro).

⁴⁵⁰ Dice la segunda alternativa del art. 340 inc. 2° del C. P. (modificado por el art. 8° de la ley 733): “Cuando el concierto sea para [...] organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, [...]” (énfasis nuestra).

⁴⁵¹ Art. 2° ley 1312 del 9 de julio de 2009, por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad: “El artículo 324 de la ley 906 de 2004, quedará así: Artículo 324. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, que en los términos de la norma-

GAOML⁴⁵¹. Lamentablemente no es claro si ampliará la aplicación del principio de oportunidad a la concertación de delitos graves tipificada en la primera alternativa del antiguo artículo 340 inciso 2° C. P., teniendo en cuenta la dificultad de distinguir entre las personas que meramente pertenecieron a un GAOML y las que concertaron delitos graves durante la pertenencia al grupo. Si el objetivo principal de esta causal para la aplicación del principio de oportunidad (su *telos*) es facilitar la reintegración de los desmovilizados siempre y cuando no hayan cometido delitos graves, la pregunta clave en cuanto a su interpretación (restrictiva o amplia) debe ser si los respectivos desmovilizados, además de su pertenencia a un GAOML, han cometido delitos graves. Claro, es muy difícil, si no imposible de detectar eso, si estas personas no han sido investigadas hasta el momento y tampoco podrán —por falta de recursos— ser investigados en el futuro.

En ese sentido, parece también configurarse una especial dimensión de los propósitos clásicos de la figura “principio de oportunidad”. En el caso de la causal aludida, se extiende la figura procesal a un espectro macro-criminal muy complejo, pues ya no se trata de meros delitos bagatelares sino de organizaciones ejecutoras de hechos punibles mucho más graves. En esa medida, no solo se proyecta cierto desinterés del Estado en el tratamiento de desmovilizados no postulados, en el sentido de no considerar prioritario una investigación en sentido estricto de dichos sujetos, sino, también, con ello, se dimensiona cierta desviación a los condicionamientos jurisprudenciales que han venido definiendo el escenario en que debe orientarse la persecución penal a integrantes de grupos paramilitares.

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. En relación con la concertación de la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad, es de anotar que la figura de la conspiración (*conspiracy*) que equivaldría al concierto para delinquir agravado por concertar delitos graves, no ha sido incorporado en el ECPI (sino solamente una forma de participación colectiva en el artículo 25 (3) (d))⁴⁵². Tampoco se encuentra en los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y Rwanda⁴⁵³. Además, la figura del concierto para delinquir agravado que penaliza la concertación de delitos graves, sin que estos tengan que consumarse, o la pertenencia a un GAOML, no debe ser confundida con el concepto de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enter-*

tividad 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”.

⁴⁵² Véase ya *supra* parg. 69 con nota al pie 90.

⁴⁵³ Véase HÉCTOR OLÁSOLA, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pág. 28.

prise) utilizado por los tribunales penales ad hoc de ex Yugoslavia y Rwanda para imputarles a los acusados la *comisión* de delitos concretos y consumados, no la mera discusión o planificación de estos delitos⁴⁵⁴. El concierto para delinquir agravado, en sus dos expresiones de concertar delitos graves o promover un GAOML mediante la pertenencia a este, se distingue también de la complicidad en la comisión de un delito, y por supuesto de las formas de autoría, en particular de la co-autoría⁴⁵⁵.

b) *El uso de “informaciones” resultado de la versión libre*

300. Se puede notar que las “informaciones”⁴⁵⁶ recaudadas por medio de las confesiones de postulados en las audiencias de versión libre han sido utilizadas en la justicia ordinaria por los fiscales para adelantar las investigaciones en curso contra postulados. Si bien los procesos en la justicia ordinaria se suspenden solamente a partir del momento de la imputación de los hechos⁴⁵⁷ correspondientes en Justicia y Paz, el uso de informaciones basados en una versión libre en la justicia ordinaria *contra los mismos postulados* es problemático a la luz del principio de la no autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*) que rige en la justicia ordinaria (art. 8° lit. a C. de P. P. vigente). Otro escenario es el uso de información en la que se hacen imputaciones *a terceros*, la cual ha sido el principal fundamento para iniciar múltiples investigaciones penales por la FGN.

301. Por un lado, este uso de informaciones producidas en justicia y paz es problemático para los postulados en términos de su seguridad jurídica y sus garantías, pues ellos renuncian a su derecho de no autoincriminación solamente por fines del proceso de justicia y paz, no por ser procesados en la justicia ordinaria. Por otro lado, representa un desgaste de funcionarios e investigados al tener que hacer dobles actuaciones por los mismos hechos. Así se plantea la discusión acerca de la

⁴⁵⁴ Véase, entre otros, los casos *Prosecutor v Tadic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-94-1-A, del 15 de julio de 1999, párg. 227; caso *Krnjelac* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-97-25-A, del 17 de septiembre de 2003, párg. 31; caso *Vasiljevic* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-32-A, del 25 de febrero de 2004, párg. 100. Para un análisis mas detallado, véase KAI AMBOS, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *JICJ* 5 (2007), pág. 159-183; en castellano KAI AMBOS, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, pág. 65 y ss.; también en *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 135 y ss.

⁴⁵⁵ Una gran parte de las autoridades judiciales encargadas con la aplicación de la LJP parece dar otro sentido dogmático a este tipo penal al tratar la imputación del concierto para delinquir agravado como “condición sine qua non” para la judicialización del fenómeno de la macrocriminalidad con su carácter sistemático y generalizado; en este sentido una de las conclusiones del reciente taller de ProFis-GTZ (*supra* nota 357).

⁴⁵⁶ Fiscales de la justicia ordinaria afirman que no se usa la versión libre o confesión como tal sino solamente las informaciones derivadas de ella (Sandra Castro y Miriam Peña, entrevista Bogotá, 11 agosto 2009; Luis González León (*supra* nota 91); reunión UNJP Montería, 20 agosto 2009).

⁴⁵⁷ C. S. de J., rad. 28250 (*supra* nota 330), Consideraciones.

necesidad de desarrollar una suspensión de manera previa a la imputación de los hechos. Dicha discusión cobra relevancia si se tiene en cuenta que previamente a la imputación se ejecutan actos de recolección de pruebas y, además, se lleva a cabo la confesión que es el principal soporte probatorio del trámite de justicia y paz. Si todas investigaciones que involucran a los postulados no llegan a confluir en momentos tempranos del trámite de la LJP, por lo menos, debe pensarse en la manera de atenuar los efectos de la falta de suspensión previa a la imputación, fundamentalmente la doble investigación. En este punto, en todo caso, la Dirección de Fiscalías debería cumplir un papel más activo en la coordinación de la unidad de justicia y paz con otras unidades de justicia ordinaria (en particular, las de derechos humanos y narcóticos).

C) *Sobre la fase administrativa*

302. La fase administrativa es determinante para el desarrollo judicial del procedimiento de la LJP. En ella se definen los principales intervinientes y las fuentes más importantes de información para la realización de sus fines. Sin embargo, como se ha indicado en los comentarios hechos a esta fase (párg. 128 y ss.), su realización ha estado marcada por un *diseño y ejecución deficiente* y por la *ausencia de un control judicial efectivo*. Ello genera dificultades para limitar los abusos derivados de las facultades discrecionales de los intervinientes. Así mismo, la realización de esta fase no ha previsto mecanismos efectivos para la reincorporación de desmovilizados, es decir, no rompe los circuitos de acceso a las armas ni las actividades económicas provenientes del narcotráfico.

303. Esta situación es especialmente preocupante por la dependencia de la fase judicial a los ritmos de la fase administrativa. Así se pone en duda la independencia del sistema judicial para investigar o enjuiciar. La puesta en marcha de un procedimiento no necesariamente es un criterio suficiente para demostrar una actividad (investigativa) adecuada de un Estado a la luz de sus obligaciones internacionales. Este *caveat* vale aún más si la seriedad y efectividad del recurso judicial está en entredicho por factores de carácter administrativo, previos al procedimiento estrictamente judicial.

D) *Participación de víctimas*

304. La participación de las víctimas en el marco procesal de la LJP cumple un papel determinante respecto de la realización del derecho a la verdad. Como derecho, su participación ya ha sido reconocida en la normativa interna, artículo 4º y ss. LJP y en múltiples pronunciamientos de la CC, C. S. de J. y C. de E. (ver *supra* párg. 262 y ss.). A manera reglamentaria de la LJP, la participación de las víctimas se ha puntualizado principalmente sobre la acreditación de su calidad, las citaciones y comunicaciones a la diligencia de versión libre, su acceso a las Salas, la pluralidad de sus representantes legales, las restricciones sobre la publicidad de las diligencias, la manera de transmisión de las audiencias, la metodología para pre-

sentar preguntas en la diligencia, etc. Destaca especialmente la reglamentación minuciosa de la intervención de las víctimas en la etapa de investigación hecha por el decreto 315 de 2007⁴⁵⁸.

305. Sin embargo, la ejecución del proceso de paz ha evidenciado una *limitada participación* de las víctimas. A pesar de la amplia normativa que regula dicha intervención, su participación se ha visto disminuida, especialmente por factores externos al desarrollo del procedimiento, como amenazas e intimidaciones, problemas logísticos que afectan la comunicación con las víctimas y la impredecible voluntad de los fiscales que dirigen las audiencias⁴⁵⁹. En ese sentido, la presencia de las víctimas como garantía de control a las imprecisiones o abusos de postulados se ve reducida, afectando la consecución de los propósitos de verdad, justicia y reparación. Este asunto es de especial importancia, pues una participación restringida puede limitar la investigación o el enjuiciamiento, o ambos, debido a las insuficiencias probatorias derivadas de la ausencia de participación de las víctimas en el proceso.

306. Otro déficit grande se muestra en la *representación legal y judicial* de las víctimas. Como se ha señalado⁴⁶⁰, existe una sobrecarga de casos y una falta de coordinación entre las distintas Unidades de Justicia y Paz entre sí y en relación con otras oficinas regionales de la Defensoría. También existen deficiencias en la coordinación inter-institucional en relación con la preparación adecuada de las audiencias. Esto da cuenta de ciertas falencias institucionales para la planeación y control de los recursos operativos con los que se soporta el desenlace de las audiencias en justicia y paz.

E) *Acerca de la efectividad del recurso judicial*

307. Controvertido es en este punto tanto la *individualización de los actores como de los hechos punibles* cometidos por GAOML, pues se encuentran ampliamente sometidos a la discrecionalidad de los desmovilizados postulados, a causa de la insuficiencia de recursos y capacidad de investigación. Ello quiere decir que los presupuestos de determinación de la responsabilidad penal en los asuntos de justicia y paz, están ligados estrechamente a la colaboración de los postulados, más que a la capacidad del sistema judicial para establecer dichas responsabilidades. En ese sentido, el deber de realización de investigaciones efectivas (art. 6° LJP) se ve restringido a causa de varios factores. Entre ellos se puede destacar la confesión sin debida controversia en las versiones libres, a partir de la cual se proyectan los obje-

⁴⁵⁸ Véase también Fiscalía General de la Nación-Unidad de Justicia y Paz, Participación de las víctimas en aplicación de la ley 975 de 2005, Código: FGN-58000-P-03, 30 septiembre 2008 (documento inédito); Memorando Instructivo núm. 67 de 22 octubre 2009, Intervención de las víctimas en la versión libre (documento inédito), entre muchos otros documentos como parte de una verdadera *inflación normativa* en cuanto a la protección de víctimas.

⁴⁵⁹ Barra Académica (*supra* nota 169).

⁴⁶⁰ Ver págs. 77 y 289.

tivos del programa metodológico y de la investigación. Otro tanto sucede con la definición de los cargos que se deben juzgar, los que se determinan a partir de la aceptación del desmovilizado-postulado. La reducción de los resultados en materia de investigación y juzgamiento, fundamentalmente a los hechos y cargos establecidos por el postulado, instala un recurso judicial relativamente efectivo.

308. También está en entredicho la *capacidad del sistema judicial* para verificar los hechos descritos por el desmovilizado. En ese sentido, los componentes operativos y logísticos, según la misma Fiscalía⁴⁶¹, resultan insuficientes para contrastar la información obtenida vía confesión. Además, se suma el problema de la *participación de las víctimas*, pues esta no logra dimensionarse como un criterio de control de la veracidad e integridad de los hechos confesados ni de los cargos aceptados⁴⁶².

F) *De la integridad en la verdad*

309. La construcción de una *verdad integral y sistemática* ha sido una exigencia incorporada a través de los múltiples condicionamientos jurisprudenciales de la C. S. de J. y la CC. El desarrollo de dicho propósito está estrechamente ligado al procedimiento de la LJP, exactamente a la fase judicial en la que mediante actuaciones previas, confesiones, investigaciones y la definición de cargos que se deben juzgar, se moldean los contenidos y contextos de la verdad de los hechos cometidos tanto por los postulados como por los GAOML. De esta manera, el proceso se ha configurado como un escenario preponderante para el esclarecimiento de la verdad, dependiente de la voluntad de colaboración de los postulados. Además, las dificultades de visibilizar los patrones de victimización se reflejan en la *ausencia de una estrategia global de investigación* a mediano y largo plazo (*infra* párg. 310 y ss.)⁴⁶³. A ello se suma, la inexistencia de una CVR en sentido estricto pues la CMH de la CNRR ha sido programada a fines solo de memoria histórica (*infra* párg. 313 y ss.). Por otro lado, los comandantes extraditados han redefinido sus ritmos de participación y colaboración desde los Estados Unidos (*infra* párg. 319 y ss.).

a) *Estrategia de investigación e imputaciones parciales*

310. La *dependencia* de los fiscales de Justicia y Paz de la *postulación* de desmovilizados para programar sus tareas de investigación, ha dificultado la definición de líneas

⁴⁶¹ Así mismo LUIS GONZÁLEZ LEÓN (*supra* nota 91).

⁴⁶² Así mismo BLADIMIR RAMÍREZ MENESES. Corporación Jurídica Libertad, entrevista Medellín 6 de agosto de 2009; JOHN JAIME POSADA ORREGO (*supra* nota 294); JULIO OSPINA, ULDI TERESA JIMÉNEZ, LESTER MARÍA GONZÁLEZ (*supra* nota 356); JAIRO ACOSTA (*supra* nota 262); RODRIGO UPRIMNY (*supra* nota 68); JOSÉ HERNÁNDEZ RUEDA, CLAUDIA VIZCAÍNO, LUZ AMIRA MOJICA, RÉGULO MADERO, FELIPE RODRÍGUEZ, NINI JOHANA SOTO, LUISA FERNANDA LÓPEZ, BLANCA LUCIA MORA, DANIELA GUZMÁN (*supra* nota 443); HEYDI BALOSEA y FERNANDO AZA, entrevista Bogotá 12 agosto 2009; Barra Académica (*supra* nota 169); CAMILO CEBALLOS, JUAN CARLOS RONCAL (*supra* nota 242); LUZ AMIRA ESLAVA MOJICA (*supra* nota 294).

⁴⁶³ Esto ha sido también una de las conclusiones del taller de ProFis-GTZ (*supra* nota 357).

de investigación adecuadas y eficaces para la visibilización de la *macrocriminalidad*. Resulta que en ciertos casos la Fiscalía no encuentra entre los postulados a las personas claves para la organización del bloque o frente del GAOML. Resulta emblemático el caso del bloque Calima, donde varios comandantes pertenecientes al nivel más alto en la jerarquía del bloque se encuentran presos, pero no postulados a la LJP.

311. La creación de la figura de *imputaciones parciales* y su uso han causado mucha controversia sobre la manera adecuada de llevar a cabo los procesos penales (ver *supra* lit. c) pág. 94, par. 195 y ss.). Las imputaciones parciales son expresión de la tensión entre la necesidad de agilizar los procesos de Justicia y Paz y materializar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y el riesgo de utilizar esta figura de manera inadecuada que obstaculice la visibilización de los patrones sistemáticos y generalizados de violaciones de los DDHH y el DIH. Ambos intereses —facilitar que los procesos penales sean ágiles y rápidos, por un lado y, por otro, exigir que las investigaciones sean exhaustivas— son legítimos. Sin embargo ellos pueden causar tensiones en la práctica. En vez de defender posturas extremas, como el uso ilimitado de imputaciones parciales con el único fin de avanzar en los procesos penales (como lo ha defendido la Fiscalía por lo menos hasta la sentencia de la C. S. de J. en el caso de “el Loro”⁴⁶⁴) o la renuncia o el rechazo total a esta figura procesal (como es la tendencia de la nueva posición de la C. S. de J. en el citado caso), sería más importante pensar en cómo *utilizar la figura de las imputaciones parciales en un contexto más global*, donde las imputaciones parciales tengan la función de ser partes de un “mosaico” para justamente contribuir a reflejar los patrones y las estructuras de violencia. Esta estrategia de pensar en un concepto más global para dirigir las investigaciones es asunto complejo que requiere mayor análisis de fondo. Un primer paso podría ser una revisión de la información recaudada hasta el momento y analizar cómo esta información podría ser utilizada en el marco de la aclaración de *hechos históricos interrelacionados*, es decir un conjunto de acciones delictivas que muestren un *nexo histórico-temporal, territorial o funcional en relación con ciertos patrones de la violencia sistemática y generalizada* (p. ej. masacres, ataques contra miembros de la población civil por su ejercicio de los derechos civiles y políticos, crímenes cometidos en el contexto de la incursión, consolidación de poder o dominio final por parte de grupos paramilitares sobre ciertos territorios, la violencia sexual como instrumento de guerra o expresión de control social).

312. Se puede observar que muchas audiencias de imputación y formulación de cargos se caracterizan por la enumeración de hechos delictivos, que no parecen ser interdependientes, sino se presentan como *hechos aislados*. Aunque cada audiencia de imputación y formulación de cargos empieza por parte de la Fiscalía con una introducción sobre asuntos relacionados con la historia, estructura y organigrama del bloque del GAOML, sus fuentes de financiación y actuaciones en determinadas regiones del país, es en muchos casos la información expuesta de carácter muy

⁴⁶⁴ C. S. de J., rad. 31539 (*supra* nota 37).

general. Los interrogantes respecto a las razones o los motivos del GAOML para cometer ciertos delitos y que dieron lugar a ciertos patrones de violencia sistemática, quedan en muchos casos sin respuesta. Esto es también consecuencia del ámbito de aplicación personal de la LJP basada en un mecanismo de postulación voluntaria de los desmovilizados. En este contexto cabe mencionar que de los cuatro casos más avanzados en Justicia y Paz dos tratan casos de meros soldados rasos y los otros dos de comandantes militares de los frentes de dos bloques⁴⁶⁵.

b) *Comisión de memoria histórica*⁴⁶⁶

313. La CMH es el resultado del mandato entregado a la CNRR de “presentar un *informe público* sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales” (art. 52.2 LJP, énfasis nuestro). Ello se desarrolla en concordancia con los artículos 7º (derecho a la verdad), 56 (deber de memoria), 57 (medidas de preservación de los archivos), 58 (medidas para facilitar el acceso a los archivos) de la LJP y el artículo 21 del decreto 4760 de 2005 que orienta el desarrollo de las funciones de la CNRR a la que pertenece la CMH.

314. La CMH ha proyectado once *líneas de acción*⁴⁶⁷, para desarrollar en tres fases⁴⁶⁸. La dimensión de su trabajo es fundamentalmente académica e intenta canalizar, por medio de ciertas elaboraciones científicas, explicaciones sobre la historia y dinámica del conflicto armado interno. Con ello busca consolidarse como “auténtica memoria social de la violencia”⁴⁶⁹ y canalizar la interlocución de diversos actores sociales y políticos en la conformación de núcleos regionales de investigación, la integración de un grupo de análisis de coyuntura y otro consultivo internacional⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Se trata de los patrulleros Wilson Salazar Carrascal, alias “el Loro”, del “Frente Julio Peinado Becerra”, y Gian Carlo Gutiérrez Suárez, alias “Pirata”, del “Bloque “Calima”, y los comandantes militares Uber Enrique Banquéz Martínez, alias “Juancho Dique”, del “Frente Canal del Dique del “Bloque Héroes de los Montes de María”, y Jorge Ivan Laverde Zapata, alias “el Iguano”, del “Frente Fronteras” del “Bloque Catatumbo”.

⁴⁶⁶ Véase *supra* parg. 84.

⁴⁶⁷ CNRR, “Plan área de memoria histórica. Aprobado por el pleno de la CNRR del 20 de febrero de 2007”. Disponible en http://memoriahistorica-cnrr.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=28 (Última visita 21 de mayo de 2009), pág. 17-27. I. Historia y memoria de los actores armados ilegales; II. La Economía del conflicto; III. Marco normativo de los procesos de memoria histórica; IV. Prácticas forenses de búsqueda de la verdad; V. Dimensiones psicosociales del conflicto: lógicas de la guerra, vínculo social y reconciliación; VI. Iniciativas sociales e institucionales de verdad y memoria; VII. Roles de género en la vivencia y la resistencia al conflicto; VIII. Las dimensiones internacionales del conflicto. Procesos, actores e intervenciones; IX. Historia, memoria y promoción de las expresiones culturales del conflicto; X. Marco cuantitativo de análisis sobre la violencia en Colombia; XI. Iniciativas de archivo y seguridad de la información.

⁴⁶⁸ Estas fases son: 1. Fase de implementación o lanzamiento, 2. Fase de desarrollo, 3. Preparación de productos.

⁴⁶⁹ CNRR, “Plan área de memoria histórica. Aprobado por el pleno de la CNRR del 20 de febrero de 2007” (*supra* nota 467), pág. 7.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

315. La CMH tiene *tres años de plazo* para cumplir con su función. Los resultados esperados, además del informe exigido, son la propuesta de políticas públicas que creen condiciones de no repetición, propuestas de mecanismos de seguimiento y ejecución social de las recomendaciones, formulación de iniciativas de una nueva pedagogía ciudadana y del deber de memoria, realización de exposiciones, producción de materiales audiovisuales, elaboración de una página web, archivo de documentos y base de datos para el esclarecimiento del conflicto y, “lo más importante, sentar las bases para una eventual comisión de la verdad”⁴⁷¹.

316. Considerado el horizonte de propósitos de la CMH, puede verse que la focalización de sus fines *se distancia* de los criterios más relevantes para el establecimiento de una *CVR efectiva*⁴⁷², especialmente por la ausencia de facultades de investigación que faciliten, por ejemplo, la comparecencia de sospechosos. El mandato de la CMH se proyecta solo para “coadyuvar con la verdad judicial y la reconciliación nacional desentrañando la naturaleza de los actores, de los procesos y de los escenarios socio-políticos en los cuales se ha desenvuelto el conflicto armado interno, para poder comprenderlo en perspectiva histórica y contribuir a su superación”⁴⁷³.

317. A través del estudio de las exigencias y facultades de la CMH, resulta claro que esta no constituye una comisión de verdad y reparación, en tanto “no tiene funciones ejecutoras, ya que no es de reparación; no tiene funciones judiciales, porque así no lo previó la ley, ni tendría instrumentos para llevarlos a cabo. Tampoco es de reconciliación o unidad nacional, ya que no se crea al final sino en el curso del conflicto”⁴⁷⁴. Además, el trabajo de la CMH “puede llegar a establecer y distribuir responsabilidades colectivas e institucionales, pero no individuales, salvo las que tengan un respaldo judicial”⁴⁷⁵. De este modo, el *mandato* de la CMH es *limitado*—informar las razones para el seguimiento y la evolución de los GAOML—, no cuenta con poderes judiciales y ejecuta sus funciones de acuerdo con las exigencias legales de la CNRR.

318. No se debe perder de vista, sin embargo, que el mandato limitado de la CMH se debe a la todavía existente *inseguridad* para académicos u otras personas que quieren investigar a fondo las causas de la violencia en Colombia. De hecho, esta inseguridad hace imposible o demasiado riesgoso establecer una CVR efectiva⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pág. 28; también IVÁN OROZCO ABAD (*supra* nota 68). Sobre el modo de trabajo concretamente véase *supra* lit. b), pág. 138.

⁴⁷² AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 66-70.

⁴⁷³ CNRR, “Plan área de memoria histórica. Aprobado por el pleno de la CNRR del 20 de febrero de 2007” (*supra* nota 467), pág. 6.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Entrevista a IVÁN OROZCO ABAD (*supra* nota 68). En el mismo sentido ha argumentado la CNRR que la CMH “no había sido concebida propiamente como una Comisión de la Verdad, fundamen-

A ello se suma la intensa presión de la comunidad internacional por avances en los objetivos de la CMH y, además, la difícil interacción con otras instituciones como la Unidad de Justicia y Paz de la FGN⁴⁷⁷. Producto de esas condiciones de contexto la CMH decidió iniciar la investigación del caso Trujillo⁴⁷⁸, pues representaba un caso bien documentado en múltiples fuentes y prácticamente consensuado permitiendo una profundización del reconocimiento de responsabilidad del Estado ya hecho por la CIDH, pero sin soportar responsabilidades individuales⁴⁷⁹. De todos modos, estas limitaciones no excluyen *a limine* la posibilidad que el informe público que debe ser presentado por la CMH hasta 2013 puede servir como base y punto de partida para una CVR efectiva eventualmente establecida en el futuro posconflicto de Colombia⁴⁸⁰. La necesidad de una CVR efectiva, ha sido recientemente reconocida por la C. S. de J. en la sentencia de anulación a la legalización de la formulación de cargos de Gian Carlos Gutiérrez Suárez (véase *supra* nota a pie 348), en donde la Corte insistió que es necesario un mecanismo complementario al proceso judicial para investigar especialmente patrones de abusos y violaciones de derechos humanos. Aunque la afirmación no pasó de ser una mera recomendación de la Corte, la misma es una importante constancia en sede judicial de la necesidad de un mecanismo que actúe de manera paralela a la LJP.

c) Extradición de comandantes paramilitares

319. El primer interrogante que se plantea en este contexto se refiere a la dificultad de compatibilizar las extradiciones con el derecho de las víctimas a la *verdad, justicia y reparación*. Frente a las solicitudes de extradición por parte de Estados Unidos la C. S. de J.⁴⁸¹ indicó que dar lugar a tales peticiones podría significar “una forma de impunidad”⁴⁸², aun cuando la LJP no es un impedimento para conceder las ex-

talmente debido a la persistencia del conflicto armado interno. Las Comisiones de la Verdad que se han creado en el mundo en las últimas tres décadas han tenido como objeto explicar qué pasó, cómo pasó, quién fue responsable y cómo evitar que se repitan estos episodios dolorosos en el futuro. Es decir, se crearon al final de las dictaduras militares (Cono Sur), de las guerras civiles (Centroamérica) o del sistema de discriminación racial (Sudáfrica)”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/memoria_historica.htm (última visita 10 de noviembre de 2009).

⁴⁷⁷ IVÁN OROZCO ABAD, *ibidem*.

⁴⁷⁸ Véase *supra* nota 130.

⁴⁷⁹ Así mismo IVÁN OROZCO ABAD (*supra* nota 68).

⁴⁸⁰ En este sentido también IVÁN OROZCO ABAD (*supra* nota 68).

⁴⁸¹ Sobre su función y jurisprudencia véase ya *supra* lit. b), pág. 62, parg. 124 y ss.

⁴⁸² C. S. de J., rad. 29472 (*supra* nota 73), párr. 26 inc. final: “[...] es fácil advertir que existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas al impedirse con ella la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues afectan las legítimas expectativas que alientan las víctimas de las conductas punibles en cuanto a la realización de su derecho a la verdad, justicia y reparación, y, al contrario, la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos, resulta siendo una forma de impunidad”.

tradiciones⁴⁸³. Sin embargo, la Corte le puso de presente al presidente de la república que debía tener los objetivos verdad, justicia y reparación de la ley⁴⁸⁴. En este sentido la CIDH indicó lo siguiente:

“La Comisión observa que esta extradición afecta la obligación del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares. La extradición impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la Ley de Justicia y Paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana. También cierra las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos durante el conflicto y limita el acceso a la reparación del daño causado. Asimismo, este acto interfiere con los esfuerzos por determinar los vínculos entre agentes del Estado y estos líderes paramilitares”⁴⁸⁵.

320. De todos modos la postura del gobierno siempre ha sido la de no descartar la posibilidad de extradiciones. Así, en comunicado de prensa de la presidencia, con fecha 24 de abril de 2004, el gobierno colombiano destacó la función de la extradición como institución jurídica de carácter internacional que no debe ser atacada por “actitudes nacionalistas”⁴⁸⁶, no siendo, por tanto, admisible una discusión sobre su procedencia. Se indicó en la oportunidad que quienes deseen evitar que se lleve adelante, “deben demostrar a la comunidad internacional su buena fe y su propósito de enmienda”⁴⁸⁷.

321. Así, con fecha 12 de mayo de 2008, se autorizó a través del decreto 139-147 la *extradición de los primeros 13 paramilitares de rango superior* de las AUC bajo el fundamento de que continuaron realizando actividades delictivas⁴⁸⁸. Con el mismo ar-

⁴⁸³ C. S. de J., rad. 28643 (*supra* nota 226), secc. 6.2.

⁴⁸⁴ C. S. de J., Sala de Casación Penal (*supra* nota 483) secc. 6.2; ALEJANDRO APONTE CARDONA, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) *Justicia de transición*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, 235-299, pág. 257: “con esto se demuestra —y es grave frente a la Corte Penal Internacional— que Colombia, por lo menos con este gobierno, no es capaz de juzgar a estos grandes criminales en el propio país”.

⁴⁸⁵ Comunicado de prensa núm 21/08, 14 de mayo de 2008, Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/21.08sp.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁸⁶ Comunicado de Presidencia-Colombia, MPP Medios para la Paz, 24 de abril de 2004, puntos 6 y 7. Disponible en <http://www.mediosparalapaz.org/index.php?idcategoria=1769> (visitado por última vez 11 de mayo de 2009).

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ Ver informe de prensa en IPS Noticias, “La Otra Historia”, de 13 de mayo de 2008, disponible en <http://ipsnoticias.net/prInt.asp?idnews=88403> (visto por última vez el 25 de mayo de 2009): “El presidente Álvaro Uribe justificó la medida porque los ex jefes paramilitares siguieron delinquen-

gumento ya se había extraditado a Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco”. Sin embargo, este fundamento no parece convincente pues si los postulados acogidos al régimen de la LJP continúan efectuando actividades ilícitas, la sanción primaria debiese ser su exclusión del proceso de Justicia y Paz sometiéndolos al régimen de la justicia ordinaria⁴⁸⁹. De hecho, la extradición no implica la *exclusión* automática del régimen de Justicia y Paz (*supra* parg. 124).

322. Fuertes críticas surgieron también de la opinión pública, las que han llegado a señalar que las extradiciones tienen por fundamento *evitar* que los altos líderes paramilitares *declaren* en contra de personajes políticos, quienes habrían mantenido vínculos con grupos paramilitares⁴⁹⁰. En concreto, Diego Murillo Bejarano, conocido como “Don Berna”, declaró mediante un comunicado leído por su abogada, luego de recibir la condena por narcotráfico en Estados Unidos, que las AUC habían colaborado con la campaña presidencial de Álvaro Uribe el año 2001⁴⁹¹. Otro caso son las declaraciones de Miguel Ángel Mejía Múnera, alias “Mellizo Mejía”, quien asegura haberse reunido en varias oportunidades con Julio Acosta Bernal (ex gobernador de Arauca) y a quien le habría dado 500.000.000 de pesos por orden de Carlos Castaño, para financiar su campaña política⁴⁹². Pese a que este último caso es actualmente objeto de investigación, aún no existe un dictamen judicial que acredite la veracidad de las acusaciones. Lo mismo sucede con las declaraciones de “don Berna”, pues estas han sido formuladas sin entregar ninguna evidencia⁴⁹³.

323. A fin de justificar la medida de extradición y calmar los ánimos, el presidente Uribe con fecha 14 de mayo de 2008 hizo unas declaraciones referidas al aseguramiento en el *cumplimiento de los fines* establecidos por la LJP. En la oportunidad señaló que “... ningún delito cometido en Colombia por los 13 desmovilizados de los grupos de Autodefensas, [...], quedará en la impunidad”, de tal manera que

do tras su desmovilización, otros no estaban confesando sus delitos y «todos incumplían con la reparación de las víctimas al ocultar bienes o demorar su entrega».

⁴⁸⁹ Así lo ha señalado la CIDH en Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia, párr. 38. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/cap4.Colombia.sp.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁹⁰ STEVEN DUDLEY, “Investigación, usos y abusos de la extradición en la lucha contra las drogas, Extradición: ¿Un obstáculo para la justicia?, Fundación Ideas para la Paz”, en *Policy Brief* 1/20, abril, 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1180-extradicion-unn-obstaculo-para-las-victimas>, pág. 3 (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁹¹ “«Don Berna» aseguró que financió campaña presidencial de Uribe en 2001”, 22 de abril de 2009, Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1155-don-berna-aseguro-que-financio-campa%C3%B1a-presidencial-de-uribe-en-2001> (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁹² “«Mellizo Mejía» salpica a ex gobernador Julio Acosta y a la Fuerza Aérea”, 21 enero 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/versiones/80-versiones-seccion/765-el-mellizo-salpica-a-ex-gobernador-julio-acosta-y-a-la-fuerza-aerea> (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁹³ “«Don Berna» aseguró que financió campaña presidencial de Uribe en 2001” (*supra* nota 491).

“... los juicios por esos delitos atroces se seguirán adelantando en Colombia como parte de los procesos de la LJP o de la justicia ordinaria, de acuerdo a lo que se acojan los acusados”⁴⁹⁴. De este modo, el gobierno colombiano manifiesta su férrea intención de que los *procesos* ya comenzados *continúen* su curso de acuerdo con las reglas establecidas en la LJP, con la finalidad de que una vez cumplida las penas respectivas en Estados Unidos, los extraditados sean devueltos a Colombia para cumplir las penas que les impongan la justicia colombiana. Así también lo confirma el embajador de Estados Unidos en Colombia, quien al momento de la extradición indicó que existe un “compromiso” entre ambos países de compartir las evidencias que los procesos generen, como facilitar a los fiscales colombianos el acceso directo a los extraditados⁴⁹⁵.

Además, en relación al derecho de las víctimas a la reparación, el presidente Uribe indicó haber acordado con el gobierno estadounidense que todos aquellos bienes entregados por los extraditados, en virtud de acuerdos a que se lleguen con los jueces de ese país, serán destinados para satisfacer las reparaciones a las víctimas del conflicto colombiano⁴⁹⁶. El embajador de Estados Unidos confirmó el compromiso de su país de facilitar la devolución de los bienes incautados a los extraditados⁴⁹⁷. Por su parte, la Fiscalía es también de la idea que las extradiciones en nada perjudican los procesos, pues el conocimiento de lo sucedido, esto es, la razón de por qué mataron, la identidad de las víctimas y la ubicación de sus restos, se radica mayormente en los mandos medios, y no en los líderes de los grupos irregulares que fueron extraditados⁴⁹⁸. Además el jefe de la UFJP afirma que los extraditados siguen en Justicia y Paz y también que es posible tomar sus declaraciones estando en Estados Unidos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Secretaría de Prensa, Presidencia República de Colombia, 14 de mayo de 2008. Disponible en <http://oacp.presidencia.gov.co/sner/ss/detalleNota.aspx?id=15233> (visitado por última vez el 09 de mayo de 2009).

⁴⁹⁵ Conferencia de Prensa del Embajador de Estados Unidos en Colombia, 13 de mayo de 2008, puntos 4 y 5, transcritos en página web de la embajada de Estados Unidos en Colombia. Disponible en http://spanish.bogota.usembassy.gov/rp_001_13052008.html (visto por última vez 11 de mayo de 2009).

⁴⁹⁶ Secretaría de Prensa, Presidencia República de Colombia (*supra* nota 494): “Hemos acordado con los Estados Unidos que la riqueza que allá lleguen a entregar los extraditados, producto de acuerdos con jueces norteamericanos, se aplique totalmente a la reparación de las víctimas en Colombia. Se ha hablado, también, que el Estado y el pueblo colombiano tendrán todas las facilidades para acceder a las pruebas que en los Estados Unidos tengan en estos juicios, para practicar las diligencias necesarias, a fin de obtener todas las pruebas que se requieren en los juicios de Colombia”.

⁴⁹⁷ Conferencia de prensa del embajador de Estados Unidos en Colombia, 13 de mayo de 2008 (*supra* nota 495) respuesta a la pregunta del periodista Juan Camilo Maldonado, de *El Espectador*.

⁴⁹⁸ “¿Tras extradición de jefes paramilitares habrá verdad, justicia y reparación?”, 14 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4163130> (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁴⁹⁹ LUIS GONZÁLEZ LEÓN (*supra* nota 91).

324. Centrándonos en una situación en particular, en la *extradición* de Carlos Mario Jiménez alias “Macaco”, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió revocar la suspensión del proceso de extradición que había decretado el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, indicando en la oportunidad:

“Las figuras de la extradición y la Ley de Justicia y Paz, no son instituciones excluyentes entre sí, pues la primera de ellas de manera alguna, como lo plantea el fallo de primera instancia, impide la realización de los derechos consagrados en el art. 4° de la ley 975 de 2005, (verdad, justicia y reparación), por el contrario puede convertirse en un momento dado en una herramienta importante para el logro de los mismos”⁵⁰⁰.

Se indica además en la resolución que la LJP contempla todas las garantías indispensables para llevar a efecto los derechos a la verdad, justicia y reparación, apoyándose en la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible a dicha ley en lo relativo a la responsabilidad civil que les compete a quienes sean calificados como integrantes de los grupos armados ilegalmente⁵⁰¹.

325. Así también lo entendería la FGN al resumir la línea jurisprudencial sobre el punto, al dar preponderancia a la existencia de un sistema de reparación para las víctimas (programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los GAOML)⁵⁰². Sin embargo, si bien se dan fundamentos serios para indicar que la extradición no iría en contra del derecho de las víctimas a obtener una reparación, respecto de los derechos a la verdad y la justicia, no existen argumentos sólidos para asegurar que ellos se pueden llevar a la práctica en caso que los responsables sean extraditados. Lo único claro es que existe la *intención* de que tales derechos sean cumplidos, de tal manera que los procesos de los tribunales colombianos deberían continuar tramitándose mientras los extraditados cumplen sus condenas en Estados Unidos⁵⁰³. A primera vista, parece *impracticable* la realización de actos procesales efectuados por tribunales colombianos, mientras los acusados se encuentren en el extranjero. Una cuota de optimismo otorga la verificación por la CIDH de la reanudación, respecto de Salvatore Mancuso, de las audiencias de versión libre a través de videoconferencias, a partir de noviembre de 2008⁵⁰⁴. Otro tanto ocurre con la resolución del juez estadounidense Richard Berman, quien

⁵⁰⁰ C. S. de la J., Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 6 mayo 2008, rad. 110011102000200801403 01, M. P. Angelino Lizcano Rivera, pág. 49. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/archivos-para-descargar/category/13-extraditados?download=234%3Asentencia-del-consejo-superior-de-la-judicatura-que-favorece-la-extradicion-de-macaco> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁵⁰¹ C. S. de la J., rad. 110011102000200801403 01 (*supra* nota 500), págs. 49-50.

⁵⁰² Ver en Fiscalía General de la Nación, Relatoría-Unidad de Justicia y Paz. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Comparativo_Extradicion_Postualdos.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁵⁰³ C. S. de la J., rad. 110011102000200801403 01 (*supra* nota 500) pág. 48, refiriéndose a la extradición de Carlos Mario Jiménez.

⁵⁰⁴ CIDH en Informe Anual 2008 (*supra* nota 489), párrafo 36.

otorgó un plazo de 45 días para que “Don Berna” pudiera testificar en el proceso seguido en su contra en Colombia. Sin embargo, esto parece ser un hecho aislado, pues no ha habido semejante postura respecto del resto de los jueces estadounidenses⁵⁰⁵. Además, todo dependerá de la *voluntad* que demuestren los *extraditados* de seguir colaborando con los procesos en Colombia. Sobre el punto, según Joaquín Pérez, abogado de Salvatore Mancuso y de Rodrigo Tovar Pupo, resulta difícil esperar que sus clientes deseen cooperar con el proceso de justicia y paz, si frente a la primera dificultad, los postulados son enviados a Estados Unidos⁵⁰⁶. Sin embargo, otros han manifestado su intención de continuar colaborando con el proceso de JP. Tal es el caso de Fernando Murillo⁵⁰⁷ y de Miguel Ángel Mejía⁵⁰⁸. De todos modos, hasta finales de mayo de 2009 se han extraditado a 29 postulados⁵⁰⁹. Entre estos se encuentran los comandantes de 18 de los 34 bloques desmovilizados de las AUC. Recientemente, la C. S. de J. denegó la extradición de Luis Édgar Medina Flórez, “alias Chaparro”, ex comandante militar del bloque Tayrona y supuesto comandante del bloque Nevado de la banda emergente “Los Mellizos” (véase también *supra* parg. 124 con nota 237).

Sin embargo, a pesar de algunos ajustes a las intervenciones de extraditados en justicia y paz, estos cada vez más vienen dejando constancias sobre las múltiples dificultades para seguir cumpliendo desde Estados Unidos sus compromisos en el trámite de la LJP. Una de ellas es la diciente carta de Salvatore Mancuso dirigida a la C. S. de J., en la que manifiesta diferentes inconformidades con la asistencia que recibe desde la cárcel en Estados Unidos para atender todo lo relacionado con la LJP. Por un lado, expresó sus temores por la cadena de violencia que se ha emprendido en contra de los desmovilizados y, además, advirtió de la necesidad de emprender un proceso de reincorporación más serio de los mismos. Por otro lado, dejó ver que bajo las condiciones en que se encuentra no podrá cumplir integralmente con la LJP, especialmente por dificultades logísticas y físicas. Con esto cuestionó la ausencia de acuerdos de cooperación entre Estados Unidos y Colombia y, a la vez, la poca capacidad de las audiencias virtuales para cumplir las obligaciones en justicia y paz, pues según él “La práctica ha demostrado que la sola comparecencia nuestra a las audiencias virtuales de versiones libres y la creación del

⁵⁰⁵ “Investigación, usos y abusos de la extradición en la lucha contra las drogas, extradición: ¿un obstáculo para la justicia?” (*supra* nota 490), pág. 5.

⁵⁰⁶ “La estrategia ‘para’ en Estados Unidos”, 24 de abril de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso137748-estrategia-estados-unidos> (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁵⁰⁷ “«Don Berna» aseguró que financió campaña presidencial de Uribe en 2001” (*supra* nota 491).

⁵⁰⁸ Entrevista exclusiva a “Mellizo Mejía”, “Todos tenemos que pedir perdón”, 22 enero 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/victimarios/los-jejes/783-entrevista-con-miguel-angel-mejia-munera-alias-pablo-arauca> (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁵⁰⁹ Comité Interinstitucional de Justicia y Paz (*supra* nota 112).

cargo de un magistrado auxiliar de enlace para que coordine dichas audiencias, no garantiza que podamos reconstruir las verdades de tantos años de conflicto”⁵¹⁰.

G) *Resultados (oficiales) del procedimiento de justicia y paz*

326. Al 30 de septiembre de 2009 se han *postulado* 3.950 integrantes de GAOML (3.727 de las AUC y 223 de la guerrilla)⁵¹¹. De los 3.727 postulados de las AUC, 2291 participaron en las desmovilizaciones colectivas, 698 se encontraban privados de la libertad en el momento de la desmovilización colectiva, y 38 postulados se desmovilizaron individualmente. En total, se ha iniciado en el caso de 1.926 postulados con la *versión libre*, de los cuales 1.219 se han retirado del procedimiento de Justicia y Paz, 707 continúan en versión libre y 5 concluyeron esta fase con confesión de los hechos⁵¹². En espera de ser escuchados en versión libre hay 1.943 postulados. De estos, la Fiscalía no ha podido localizar a unos 1.600 postulados que se encuentran libres⁵¹³. Según cifras de la UNFJP, hasta el momento se les ha formulado *imputación (parcial en la gran mayoría de los casos)* a 156 postulados. Las imputaciones se refieren a un total de 4.486 hechos delictivos. 20 postulados se encuentran actualmente en la etapa de audiencia de formulación de cargos y 31 casos, respecto a los cuales ya terminó la audiencia de formulación de cargos, fueron reenviados a los magistrados de la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz para la realización de la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos⁵¹⁴. Hasta finales de julio de 2009 se ha iniciado la audiencia de legalización de los cargos aceptados en *cuatro casos* (Wilson Salazar Carrascal, alias “el Loro”, Frente Julio Peinado Becerra; Gian Carlo Gutiérrez Suárez, alias “Pirata”, Bloque Calima; Uber Enrique Banquéz Martínez, alias “Juancho Dique”, bloque Montes de María; Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, Bloque Catatumbo) ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz.

327. Ya transcurridos cuatro años de vigencia de la LJP, no se ha dictado *ninguna sentencia condenatoria*. El proceso judicial más adelantado que contaba con una sentencia de primera instancia (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 19 marzo 2009, rad. 11001600253200680526 —Caso “el Loro”—, M. P. Castellanos Roso), fue anulado por la C. S. de J. por la omisión de las autoridades judiciales de haber acusado y condenado al postulado por el delito de

⁵¹⁰ Véase <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1587-mancuso-pide-intervencion-de-corte-suprema-de-justicia-de-colombia-en-justicia-y-paz>. (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009)

⁵¹¹ Sobre el número total de desmovilizados, véase párgs. 103 y 105.

⁵¹² Cifras de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, Informe sobre la aplicación de la LJP del 15 octubre 2009 (documento inédito).

⁵¹³ “Por no confesar sus delitos, 1.600 ex ‘paras’, están punto de perder beneficios de Justicia y Paz”. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5288010> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁵¹⁴ Cifras recibidas de la UNFJP, 7 de septiembre de 2009 (documento inédito).

concierto para delinquir agravado⁵¹⁵. Según la descripción de antecedentes presentados en la sentencia de primera instancia, Wilson Salazar Carrascal se desmovilizó el 3 de marzo de 2009, su postulación se hizo en el listado entregado el 15 de agosto de 2006, la formulación de imputación se realizó el 18 de octubre de 2007, la formulación de cargos el 28 de enero de 2008 y la sentencia de primera instancia se dictó el 19 de marzo de 2009. De este modo, el caso fue fallado en un lapso de 1.111 días contados desde la fecha en que se produjo la desmovilización, 944 días desde la presentación del listado de postulados, 526 días desde la formulación de imputación y 414 días desde la formulación de cargos. Sin embargo, se debe dejar constancia de que la promulgación de la sentencia no significaba el cierre del caso, pues aun faltaban hechos por juzgar⁵¹⁶. De hecho, como ya se ha mencionado, la C. S. de J. anuló el proceso desde la audiencia de formulación de cargos. También anuló la legalización de cargos en el caso de Gian Carlo Gutiérrez por la falta de una adecuada participación de las víctimas. A partir de los resultados que se revelan en las estadísticas aludidas, es posible decir que la aplicación de la ley todavía es *ineficiente*, pues carece de la capacidad para conseguir que todos los postulados avancen con celeridad a través del procedimiento.

⁵¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Penal, rad. 31539 (*supra* nota 37).

⁵¹⁶ Como se desprende de la parte motiva de la sentencia citada, la aplicación de la pena alternativa está suspendida, ya que la UNJP de la FGN no ha imputado el delito de concierto para delinquir agravado: “163. Sin embargo, la Sala suspenderá la aplicación de esta pena alternativa, hasta tanto el fiscal delegado ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, realice la imputación del delito de concierto para delinquir agravado, tal como ordenó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión proferida el 28 de mayo de 2008, y de los nuevos punibles que según se ha informado aceptó el señor Wilson Salazar Carrascal”.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TEST DE COMPLEMENTARIEDAD (ARTÍCULO 17 ESTATUTO CPI) Y SU APLICACIÓN AL CASO COLOMBIANO

1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS

328. El test de complementariedad es un *proceso en curso* y puede ser renovado varias veces antes de comenzar el juicio¹. La Sala Preliminar en el caso Kony dejó en claro la naturaleza continua del test, destacando la posibilidad de “determinaciones múltiples” y de “impugnaciones múltiples” a la admisibilidad en un caso dado². Concluye:

“Considerado en su conjunto, el cuerpo de estas disposiciones delinea un sistema por el cual la determinación de la admisibilidad está destinada a ser un proceso continuo en toda la fase previa al juicio, el resultado del cual es objeto de revisar en función de la evolución del escenario de los hechos relevantes. Dicho de otro modo, el Estatuto en su conjunto conserva la idea que un cambio en las circunstancias permite (o incluso en algunos escenarios, obliga) a la Corte a determinar nuevamente la admisibilidad”³.

¹ Véase también JO STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pág. 245. Sobre el doble sentido del carácter dinámico del principio de complementariedad (frente a los Estados pero también frente al CPI) véase HÉCTOR OLÁSOLO, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la CPI”, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 255 (279).

² ICC-PTC II, *Prosecutor v. Kony et al.*, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, 10 de marzo de 2009 (ICC-02/04-01/05), párgs. 25, 26.

³ *Prosecutor v. Kony et al.* (*supra* nota 2), parg. 25 y ss. (28), 52: “Considered as a whole, the corpus of these provisions delineates a system whereby the determination of admissibility is meant to be an ongoing process throughout the pre-trial phase, the outcome of which is subject to review depending on the evolution of the relevant factual scenario. Otherwise stated, the Statute as a whole enshrines the idea that a change in circumstances allows (or even, in some scenarios, compels) the Court to determine admissibility anew”. —Respecto de la posibilidad de una supresión retroactiva

329. De lo anterior se deduce que la complementariedad, dentro de la admisibilidad de una situación, debe ser examinada en una *etapa muy temprana* durante las fases preprocesales, o más exactamente, durante las investigaciones preliminares, o la etapa preinvestigativa del procedimiento. En efecto, una vez que la “División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación” (JCCD) de la oficina del fiscal ha corroborado la jurisdicción de la CPI en todos sus aspectos (*ratione temporis, personae y materiae*), debe analizarse la complementariedad. Solo si una situación es considerada admisible, el fiscal está en condiciones de determinar con mayores detalles si debe abrir una investigación formal en el sentido del artículo 53⁴. De hecho, el mismo artículo 53 exige una decisión positiva respecto de la jurisdicción y de la admisibilidad antes de llegar a los criterios de naturaleza más política y discrecional de los subparágrafos (c) de los párrafos 1 y 2. La decisión que se debe tomar en virtud del artículo 53 es tan compleja como la que resulta del artículo 17, y el criterio que debe aplicarse, especialmente el test del “interés de la justicia” (art. 53 (1) (c), (2) (c)), puede incluso ser considerado más relevante en relación con los desafíos específicos que plantean los procesos de justicia transicional⁵. Esto es especialmente cierto para la situación en Colombia, donde puede ser perfectamente posible que una situación, o incluso un caso, pueda ser considerado admisible, pero respecto del cual aún no se ha abierto (formalmente) una investigación en virtud de los criterios indicados en el artículo 53 (1) o (2). No obstante, este último trámite, en la etapa preprocesal ante la CPI no es objeto del presente estudio, debiendo limitarnos al análisis en detalle del test de complementariedad.

del fundamento de la admisibilidad por una actividad del Estado posterior al inicio de la investigación por el fiscal; JAKOB PICHON, “The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court”, en *ICLR* 8, 2008, 185, pág. 199-200.

⁴ Sobre la estructura de la fase pre-judicial ante la CPI ver en KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Múnich, C.H. Beck 2ª ed., 2008, § 8 mn. 20a y ss.; KAI AMBOS, “The structure of International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, en M. BOHLANDER (ed.) *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, Londres, Cameron May, 2007, 429, pág. 433 y ss.

⁵ Para un análisis de la cláusula del interés de la justicia ver KAI AMBOS, “The Legal framework of Transitional Justice”, en AMBOS/LARGE/WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer, 2009, 45, págs. 82 y ss.; en español KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 153 y ss. (versión actualizada en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) *Justicia de transición*, Berlín-Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, 23, pág. 101 y ss.). En favor de una amplia discreción del fiscal tomando en cuenta el contexto político KENNETH RODMAN, “Is Peace in the Interest of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the ICC”, en *LJIL* 22, 2009, págs. 99 y ss.; para criterios con respeto a amnistias véase OLÁSULO (*supra* nota 1), págs. 286 y ss.

⁶ ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, Annex II, Decision on the Prosecutor’s application for warrant of arrest, article 58, 10.2.2006 (ICC-01/04-01/07), para. 29: “The Chamber considers that the admissibility test of a case arising from the investigation of a situation has two parts. The first part of the test relates to national investigations, prosecutions and trials concerning the case at hand insofar as such a case would be admissible only if those States with jurisdiction over it have remained inactive in relation to that case or are unwilling or unable, within the meaning of article 17 (1) (a) to (c), 2 and 3 of the Statute. The second part of the test refers to the gravity threshold

330. El siguiente análisis tratará en primer lugar, como consideración preliminar indispensable, el *objeto de referencia* del test de complementariedad, examinando en particular la distinción entre situación y caso (*infra* 2). En cuanto al test de complementariedad propiamente dicho debemos hacer una distinción, en el sentido de doble test fijado por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, distinguiendo entre, por un lado, *complementariedad stricto sensu*, conforme al artículo 17 (1) (a)-(c), (2) y (3) y por otra parte, un umbral adicional de *gravedad*, según el artículo 17 (1) (d)⁶. De este modo, la complementariedad en sentido estricto solo se torna relevante si el respectivo caso es, en primer lugar, lo suficientemente grave⁷. Parece lógico, por tanto, examinar primero la *gravedad suficiente* (*infra* 3), y solo después, una vez el estándar de gravedad sea satisfecho, la *complementariedad stricto sensu* (*infra* 4)⁸.

2. EL OBJETO DE REFERENCIA DEL TEST DE COMPLEMENTARIEDAD:

SITUACIÓN-CASO-CONDUCTA

331. Mientras los artículos 17 y 53 solo hacen referencia explícita a los “casos”⁹ (individuales) —es decir, “incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes [...] parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos individualizados”¹⁰— está claro que no son casos, sino “situaciones” (generales) —“gene-

which any case must meet to be admissible before the Court. Accordingly, the Chamber will treat them separately”. (Las notas al pie han sido omitidas).

⁷ Además de *Prosecutor v. Lubanga* (*supra* nota 6) ver también PTC I, Situación en la República Democrática del Congo en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning PTC I’s Decision, de 10 febrero 2006 y la incorporación de documentos en el registro del caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, 24 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/06), párg. 41 (“... this gravity threshold is in addition to [...] the crimes included in articles 6 to 8 of the Statute ...”). Véase también OTP, “Report on the activities performed during the first three years” (Junio 2003-Junio 2006), 12.9.2006, párg. 6: “Although any crime falling within the jurisdiction of the Court is a serious matter, the Rome Statute [...] clearly foresees and requires an additional consideration of ‘gravity’ ...”. Véase también FABRICIO GUARIGLIA, “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 209, párg. 213 (“overarching consideration ... analyzed before any decision to investigate ...”). Para mayores referencias ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), párg. 131 y s. con nota al pie 342, cap. I.

⁸ Este es también el enfoque adoptado por la oficina del fiscal. Así, en la situación de Irak el fiscal llegó a una conclusión negativa sobre la “gravedad”, y por lo tanto consideró innecesario entrar a analizar la complementariedad. (Iraq response, Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC, 10.2.2006, 9). Para una solución similar JÖRG MEIBNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, München, C.H.Beck, 2003, párg. 79.

⁹ Ver también MARKUS BENZING, “The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity”, en MPYBUN 7, 2003, 591, párg. 603.

¹⁰ ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6, 17 enero 2006 (ICC-01/04-101-

ralmente definidas en términos de criterios temporales, territoriales y en algunos casos personales”¹¹ — las remitidas al fiscal para la activación del proceso (art. 13). Esto además se deriva de la *demarcación situación-caso* de la Sala de Cuestiones Preliminares I, centrándose en la emisión de la orden de arresto o citación a comparecer, esto es, considerando que un caso sólo comienza con los procedimientos del artículo 58¹². En consecuencia, el *desarrollo procesal* desde una situación a un caso se realiza de la siguiente manera:

- (1) la oficina del fiscal recibe la *notitia criminis*;
- (2) comienza la pre-investigación;
- (3) identifica una situación;
- (4) corrobora los criterios consagrados en los artículos 53 (1), 15 (3), regla 48 en relación a la situación en su conjunto;
- (5) comienza una investigación formal (en caso de una remisión), o solicita autorización para comenzar una investigación formal (en caso de una información en virtud del art. 15) en el sentido del artículo 54;
- (6) investiga de manera global e identifica a los sospechosos;
- (7) por último, solicita una orden de arresto o una citación para comparecer si existen motivos fundados de acuerdo con el estándar del artículo 58 (1), (7); y
- (8) La Sala de Cuestiones Preliminares expide la orden de arresto o la citación para comparecer.

332. Solo con este último paso existe un caso legal o formal según la Sala de Cuestiones Preliminares. Dentro de una situación, la oficina del fiscal aplica un *enfoque secuencial*¹³, es decir, investiga casos específicos dentro de una situación uno tras otro

tEN-Corr), párg. 65: “specific incidents during which one or more crimes [...] seems to have been committed by one or more identified suspects.”; War Crimes Research Office, *The relevance of “a situation” to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, Washington D. C., Octubre 2009, pág. 21-22.

¹¹ Ibid, párg. 65: “generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters”; ver también Héctor Olásolo, “The Prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: a quasi judicial or political body?”, en *ICLR* 3, 2003, 87, págs. 99-100; JANN K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Nueva York *et al.*, OUP, 2008, pág.199.

¹² *Prosecutor v. Lubanga* (*supra* nota 10), párg. 65; ya antes en la situación de la República Democrática del Congo, ver en Decision following the consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution’s submission on Jurisdiction and admissibility filed on 31st. October 2005, 9.11.2005 (ICC-01/04-93) 4; HÉCTOR OLÁSULO, “The lack of attention to the distinction between situation and cases in national laws on co-operation with the International Criminal Court with particular reference to the Spanish case”, en *LJIL* 20, 2007, 193, pág. 194; ROD RASTAN, “What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?”, en *CLF* 19, 2008, 435, págs. 442-443.

¹³ OTP, Criteria for selection of situations and cases, Draft for Discussion, June 2006 (en adelante “OTP Selection paper”) párg. 31 (véase también PAUL SEILS, “The selection and prioritization of

en vez de analizarlos todos a la vez, por lo cual los casos inmersos en la situación son seleccionados de acuerdo con su gravedad¹⁴. Al finalizar con cada caso, la oficina examina si otros casos en la situación requieren de orden de investigación, teniendo en cuenta los umbrales de gravedad y la admisibilidad del Estatuto de la CPI, o si selecciona una nueva situación¹⁵.

333. En la práctica, sin embargo, las etapas mencionadas anteriormente no son tan claras, pues la oficina del fiscal focaliza su atención mayormente sobre los individuos antes que la existencia de un caso legal en el sentido del artículo 58. De hecho, un caso podría comenzar en tres potenciales etapas: (1) durante las fases de pre-investigación y de investigación; (2) al momento en que el fiscal hace una solicitud por una orden de arresto o por una citación a comparecer, o (3) cuando la Sala de Cuestiones Preliminares expide una decisión frente a la solicitud de una orden de arresto o de una citación a comparecer¹⁶. Por lo tanto, se puede distinguir entre casos en un *sentido amplio* y uno *restringido*. Este último se refiere a los casos legales (estrictos), que solo existen una vez que se haya dictado una orden de arresto o una citación a comparecer. Los casos en un sentido amplio se generan muy temprano durante las investigaciones, e incluso durante las pre-investigaciones. Tan pronto como la oficina del fiscal formule alegaciones en contra de una o más personas específicas, e incluso cree posiblemente un “expediente” con sus nombres, se origina un caso en sentido amplio. Tal caso ya existente desde una temprana fase de la investigación (preliminar) constituye, de hecho, un *caso hipótesis*, es decir, un conjunto probable de casos que surgen de la investigación de una situación¹⁷. El

cases by the Office of the Prosecutor of the ICC”, en BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series núm. 4º, 2009, 55, pág. 56-7); Update on communications received by the Office of the Prosecutor of the ICC (en adelante “Update on communications”), 10.2.2006, 1, pág. 5; OTP Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006), 12.9.2006 (en adelante “OTP Report on activities”), pág. 8; Outlining the Three-Year Report-Ms. Olivia Swaak-Goldman, Session 1: Interested States, Second public hearing of the OTP, 25.9.2006; GUARIGLIA (*supra* nota 7) pág. 215. Excéptica, Ms. Géraldine Mattioli-HRW, Session 2: NGOs and other experts, 26.9.2006, quien teme “demoras en las investigaciones y en las consecuencias para la preservación de la prueba o serios problemas de comprensión para la Oficina” (“delays in the investigations and consequences for the preservation of evidence or serious problems of perception for the Office”); similar, Mr. Antoine Bernard-International Federation for Human Rights (FIDH), Session 2: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, 26.9.2006; Mr. Richard Dicker, HRW, Session 4: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, 18.10.2006 (“selective justice”); BENJAMIN SCHIFF, *Building the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2008, pág. 118-9.

¹⁴ OTP Report on activities (*supra* nota 13), pág. 2, 8; Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 14.6.2006, 2). A favor de este enfoque de la gravedad MATTIOLI (*supra* nota 13).

¹⁵ Update on communications (*supra* nota 13), pág. 1, 5.

¹⁶ RASTAN (*supra* nota 12), pág. 440.

¹⁷ RASTAN (*supra* nota 12), pág. 441. Ver también WILLIAM BURKE-WHITE/SCOTT KAPLAN, “Shaping the contours of domestic justice: The ICC and an admissibility challenge in the Uganda situation”,

diseño de una hipótesis sólida es fundamental para el ulterior proceso, debiendo cubrir: (1) el estatus de la autoridad o el papel del sospechoso; (2) la estructura de la organización instrumental del crimen y los subordinados y asociados al sospechoso; (3) el patrón y *modus operandi* de los hechos delictivos; (4) una conclusión sobre el modo de responsabilidad¹⁸. De todas formas, está claro que los casos —entendidos de manera amplia o restringida— solo pueden resultar de una investigación larga y exhaustiva¹⁹.

334. De todo lo anterior se deduce que el fiscal en la etapa de pre-investigación, es decir, cuando aún no ha decidido si va a iniciar formalmente la investigación en el sentido del artículo 53, debe examinar la admisibilidad en relación con la *situación* remitida²⁰. El fiscal opera sobre la base de un caso hipotético (un conjunto de probables casos que surgirían de la investigación de una situación), y controla la admisibilidad solo de “modo general”²¹, tomando en cuenta sus criterios de selección, especialmente la importancia del sospechoso y su papel en la comisión de los crímenes²². Solo si el fiscal ha identificado casos concretos, posibles conductas criminales o sospechas, dentro del ámbito la decisión del artículo 53²³, el test de admisibilidad pasa al *caso*. Este traslado desde situación a caso también se deriva de los artículos 18 y 19: mientras el primero se refiere a una “situación” remitida (art. 18 (1)) y a “actos criminales que puedan constituir ... crímenes” (art. 18 (2)), el segundo prevé la impugnación de la admisibilidad de “la causa”. Así, se ha argumentado correctamente que la especificidad aumenta desde un estándar relativamente general (art. 53 (1)) —vía art. 18— a la selección de casos individuales (art. 53 (2)), hasta

en STAHN/SLUITER (*supra* nota 7 [también publicado en JICJ 7, 2009, pág. 257 y ss.], pág. 88 (“investigative hypothesis”)).

¹⁸ XABIER AGIRRE ARANBURU, ‘Gravity of crimes and responsibility of the suspect’, BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series núm 4, 2009, 147, pág. 148-9.

¹⁹ Ver también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 91; KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 195 y ss.; FLORIAN RAZESBERGER, *The ICC. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006, pág. 32-3; CARSTEN STAHN, “Judicial review of prosecutorial discretion: Five years on”, en C. STAHN/G. SLUITER (*supra* nota 7), pág. 268. Además, en el caso de la “incapacidad” (art. 17 (3)), el efecto de un colapso del sistema de justicia nacional puede ir perfectamente más allá del caso específico y extenderse a la situación como un todo (cfr. MORTEN BERGSMO, “The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part. II, art. 11-19)” en *Eur.J.Cr., Cr. L. & Cr. J.* 6, 1998, 29, pág. 43; CLAUDIA CÁRDENAS, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pág. 130 y s.).

²⁰ Ver también KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 195 y ss.

²¹ STAHN (*supra* nota 19), pág. 268-9 “generalized manner”; para los criterios que se deben tomar en cuenta véase HÉCTOR OLÁSULO, *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Leiden et al., Martinus Nijhoff, 2005, págs. 164 y ss.

²² En favor de esta limitación *ratione personae* limitation OLÁSULO (*supra* nota 1), págs. 267 y s. Críticamente con respecto al criterio de gravedad *infra* nota 65 con texto principal.

²³ Ver parg. 1 (b): “caso es o sería admisible”; parg. 2 (b): “caso es admisible”.

alcanzar el nivel más alto de casos en sentido estricto (art. 19)²⁴. Como consecuencia, la admisibilidad debe ser evaluada tanto en el plano de la situación, como del caso²⁵.

335. Con el desplazamiento de una investigación desde una situación general a un caso más concreto, surge la cuestión del objeto de referencia de los procedimientos nacionales *vis-à-vis* los procedimientos de la CPI. La jurisprudencia tiende hacia una identidad que requiere que los procedimientos nacionales deban referirse específicamente (test de especificidad)²⁶ al caso de la oficina del fiscal, abarcando “tanto la *persona* como la *conducta* que es el objeto del caso ante la Corte”²⁷. El fiscal exige una investigación en cuanto a “los *mismos incidentes o conducta* que son el objeto del caso ahora ante la Corte”²⁸. La importancia de la “conducta” también deriva de la interacción de los artículos 17 (1) (c) y 20 (3)²⁹. “Conducta” en este sentido, es decir, en el sentido del “*idem*” (el mismo) del principio *ne bis in idem* consagrado en el artículo 20, debe ser entendida estrictamente como un *incidente específico*³⁰. Esto se desprende del texto de las disposiciones relevantes del Estatuto de la CPI³¹ y del entendimiento general del principio *ne bis in idem* en referencia al hecho espe-

²⁴ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 197-98. Véase también su anterior análisis de los arts. 18, 19, págs. 168 y ss., 181 y ss.; para un análisis detallado véase también MOHAMED EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2008, págs. 239 y ss.; RAZESBERGER (*supra* nota 19), págs. 72 y ss., 123 y ss.

²⁵ CARSTEN STAHN, “Complementarity: a tale of two notions”, en *CLF*, 19, 2008, 87, pág. 106; OLÁ-SOLO (*supra* nota 1), págs. 266 y s.

²⁶ RASTAN (*supra* nota 12), pág. 436.

²⁷ ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, *supra* nota 6, parg. 31: “both the *person* and the *conduct* which is the subject of the case before the Court” (énfasis agregado); ICC-PTC I, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, Decision on the Prosecution application under article 58 (7) of the Statute, 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07), parg. 24; ICC-PTC I, *Prosecutor v. Chui*, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest, 6 de julio de 2007 (ICC-01/04-02/07), parg. 21. Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24) pág. 161; RASTAN (*supra* nota 12), págs. 436 y s.; STIGEN, (*supra* nota 1), pág. 261.

²⁸ ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, La Haya, 27 de febrero 2007, ICC-OTP-20070227-206-En (énfasis agregado): “the *same incidents or conduct* that are the subject of the case now before the Court.”; sobre el mismo test de conducta ver también la controversia ante la Sala de Primera Instancia II en *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Motifs de la décision orale relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire (article 19 du Statut), 16.6.2009 (ICC-01/04-01/07-1213) parg. 11 y ss., 17 y ss., 95; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 11.3.2007 (ICC-01/04-01/07-949) parg. 39 y ss.; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Public redacted version of the 19th March 2009 Prosecution response to motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2), 30.3.2009 (ICC-01/04-01/07-1007) parg. 50 y ss.

²⁹ RASTAN (*supra* nota 12), pág. 437.

³⁰ Cfr. RASTAN (*supra* nota 12), págs. 438 y ss.; véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 199 (“case specific”); PICHON (*supra* nota 3), pág. 225-26 en relación a Ali Kushayb (Sudán).

³¹ Art. 20 (3) se refiere a “same conduct” (la versión en castellano no contempla esta expresión) y art. 17 (1) (c) a la conducta “a que se refiere la denuncia”; art. 17 (1) (a) y (b) habla más específicamente de “asunto” (“case”) en vez de “situación”. Véase también arts. 89 (4), 94 refiriéndose a un “diferente” crimen o caso en relación con los enjuiciamientos domésticos.

cífico o a la conducta procesal del caso respectivo³². En efecto, las Salas de Cuestiones Preliminares examinan correctamente si el sospechoso en cuestión está siendo juzgado nacionalmente, por los *mismos* crímenes establecidos en la solicitud del fiscal³³. Así, en *Lubanga y Ntaganda* la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que la orden de arresto de la República Democrática del Congo emitida en contra de los sospechosos no comprendía la misma conducta (fáctica) de la solicitud del fiscal³⁴. Esto es, los incidentes específicos relativos a la “presunta política/práctica de la UPC/FPLC de reclutar niños menores de quince años en el FPLC, hacerlos conscriptos en el FPLC y usarlos para participar activamente en las hostilidades entre julio de 2002 y diciembre de 2003”³⁵. En *Katanga y Chui* el test de admisibilidad ni siquiera alcanzó este nivel de comparación de conducta y la Cámara no se pronunció sobre el “mismo test de conducta” como tal, porque el Estado en cuestión —la República Democrática del Congo— expresaba claramente falta de voluntad para enjuiciar el caso, esto es, al no impugnar la admisibilidad y permanecer totalmente inactivo, lo cual hacía al caso Katanga admisible ante la Corte³⁶. En suma, para que un caso sea declarado inadmisibile, los procedimientos nacionales deben referirse a la misma conducta concreta y al o los mismo(s) sospechoso(s) contemplados en la investigación de la CPI, a menos que el Estado permanezca de todos modos inactivo. Claramente existe un cierto riesgo de que este requisito relativamente estricto pueda limitar demasiado la opción legítima de un Estado de seleccionar conductas y crímenes. No hay que olvidar que el régimen complementario debería fortalecer los procedimientos domésticos y que los Estados deberían, por tanto, tener un cierto margen de apreciación en cuanto a sus políticas de juzgamiento³⁷. Además, la especificidad también debe ser interpretada dinámicamente y con una cierta flexibilidad con respecto a los diferentes criterios de admisibilidad, los cuales se analizarán más adelante³⁸.

3. GRAVEDAD SUFICIENTE (ART. 17 (1) (D))

A) *El estándar en la práctica procesal actual*

336. La gravedad en el sentido del artículo 17 (1) (d) tiene importancia en *dos etapas* diferentes de los procedimientos, esto es, respecto de la iniciación de la investiga-

³² Véase por ejemplo para la discusión del *ne bis in idem* “europeo” regla del art. 54 del Convenio Schengen en AMBOS (*supra* nota 4), § 12 párg. 38 y ss., 49 y ss.

³³ *Prosecutor v. Bemba*, Mandat d’arrêt à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d’arrêt décerné le 23 mai 2008, 10 de junio de 2008 (ICC-01/05-01/08-15) párg. 21.

³⁴ *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda* (*supra* nota 6), párg. 38.

³⁵ *Ibidem.*, párg. 39, 40: “alleged UPC/FPLC’s policy/practice of enlisting into the FPLC, conscripting into the FPLC and using to participate actively in hostilities children under the age of fifteen between July 2002 and December 2003”.

³⁶ *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Motifs (*supra* nota 28), párg. 95.

³⁷ Véase convincente a KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 201.

³⁸ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 202-203.

ción de una situación y del (los) caso(s) que derivan de dicha situación³⁹. En efecto, la oficina del fiscal ha aplicado hasta ahora⁴⁰ la gravedad en estas dos vías, respecto de las situaciones y en atención a los casos⁴¹. Se puede en tal sentido distinguir entre situaciones y casos relacionados con la gravedad. Sin embargo, la oficina del fiscal no ha elaborado de manera sistemática un criterio de gravedad, ni tampoco ha propuesto uno más sofisticado sobre la gravedad. De hecho, la oficina del fiscal tuvo por acreditada la gravedad en las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y Sudán sin mayor razonamiento⁴² y solo en la situación de Irak hizo deliberaciones públicas más profundas⁴³. En este último caso se rechazó la gravedad en el sentido del artículo 53 (1) (b) al comparar el número relativamente bajo de víctimas en los crímenes alegados por las tropas británicas (de cuatro a doce), con la violencia a gran escala en las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y Sudán. Si bien esto ha sido criticado como “comparar manzanas con naranjas”⁴⁴ la oficina del fiscal no tuvo mayor opción dado que solo tenía jurisdicción sobre las tropas británicas en virtud del principio de la personalidad (nacionalidad) (art. 12 (2) (b)). En todo caso, la oficina del fiscal pudo haber evitado las críticas en primer lugar mediante un enfoque de la gravedad más sistemático y consistente, especialmente clarificando los factores concretos tenidos

³⁹ PTC I (*supra* nota 7) parg. 44. Véase WCRO, “The gravity threshold of the ICC”, 2008, www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm, pág. 21 y ss., 25 y ss.; MOHAMED EL ZEIDY, “The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court”, en CLF 19, 2008, 35, pág. 39; crítico en relación con la gravedad de la situación, WCRO (*supra* nota 10) págs. 28 y ss.

⁴⁰ Entre mediados de 2003 y 2005 la gravedad no tuvo, ciertamente, papel importante, véase WILLIAM SCHABAS, “Prosecutorial discretion and gravity”, en STAHN/SLUTTER (*supra* nota 7), págs. 229 y ss. Curiosamente, también se le prestó poca atención en la historia de la negociación del Estatuto de la CPI (STAHN (*supra* nota 19), pág. 267).

⁴¹ OTP Report on activities (*supra* nota 13), pág. 8. Véase también AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 131 y ss.; EL ZEIDY (*supra* nota 39), pág. 39; WCRO (*supra* nota 39), pág. 21 y ss.; IGNAZ STEGMILLER, “The gravity threshold under the ICC Statute: gravity back and forth in *Lubanga* and *Ntaganda*”, ICLR 9, 2009, 547 (557).

⁴² OTP Report on activities (*supra* nota 7), pág. 10: “The Office selected the DRC and Northern Uganda as the first situations because they were the gravest admissible situations under the Statute’s jurisdiction, and, after the referral, the Office confirmed that the Darfur situation clearly met the gravity standard. The Office will continue to adhere to the rigorous standard of gravity established in the Statute”.

⁴³ Iraq response (*supra* nota 8), pág. 8-9; STEGMILLER (*supra* nota 41), pág. 558 y s.; ANDREAS SCHÜLLER, “Gravity under the Rome Statute: Procedural filter or instrument of shaping criminal policy?”, en *HuV-I*, 21, 2008, 73, pág. 77; RAY MURPHY, “Gravity issues and the International Criminal Court”, en CLF 17, 2006, 281, págs. 309 y ss.; Véase también AMBOS, *Structure* (*supra* nota 4), págs. 438-39.

⁴⁴ WILLIAM SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, CUP 3^o ed., 2007, pág. 190: “comparing apples and oranges”; *id.*, “Prosecutorial discretion v. judicial activism at the International Criminal Court”, en *JICJ* 6, 2008, 731, pág. 741; *idem.*, pág. 240. SCHABAS además critica que el fiscal no comparó el número total de muertos en Irak con los de la República Democrática del Congo o de Uganda, ni tampoco comparó el número total de muertos como resultado de crímenes atribuidos a determinados autores con los atribuidos a las tropas británicas en Irak (*ibid.*, pág. 747 y 240). Crit. también EL ZEIDY (*supra* nota 39), págs. 40-41.

en cuenta y distinguiendo entre el lado más legal y más político (discrecional) del test de complementariedad⁴⁵.

337. El artículo 29 número 2 del finalmente aprobado reglamento de la oficina del fiscal se refiere a la evaluación de la gravedad de las “situaciones” a “varios factores, incluyendo su magnitud, naturaleza, modo de comisión, e impacto”⁴⁶. Tal disposición es el resultado de un proceso continuo de consultas internas y externas de la oficina del fiscal, lo que ha significado una serie de cambios. En cuanto a los factores mencionados —aplicados igualmente a las situaciones y a los casos⁴⁷— la oficina del fiscal ha ofrecido definiciones de ellos tanto en declaraciones, como en documentos y presentaciones. En cuanto a la *magnitud* la oficina del fiscal se refirió, como en el caso de Irak mencionado anteriormente⁴⁸, al número de víctimas⁴⁹, tomando en cuenta además el ámbito geográfico y temporal de los crímenes⁵⁰. Este enfoque ha sido criticado por la dificultad que implica establecer el número exacto de víctimas⁵¹ y por la falta de criterios cualitativos y de una metodología apropiada en cuanto al objeto de comparación⁵². Sin embargo, en la referencia a “los factores cualitativo y cuantitativo” en la última versión del Proyecto del Reglamento⁵³ fue reemplazado por “varios factores” en la versión finalmente adoptada. Con respecto a la *naturaleza* de los crímenes, la oficina del fiscal considera que todos los crímenes de la CPI “are crimes of concern to the international community and, as such, grave in themselves”⁵⁴; aun, suponiendo que hay una inherente jerarquía de crí-

⁴⁵ Ver AMBOS, *Structure* (*supra* nota 4), pág. 439; en igual sentido también crit. SCHÜLLER (*supra* nota 43), pág. 78; MARGARET McAULIFFE DE GUZMÁN, “Gravity and the legitimacy of the ICC”, en Yale Law School Student Scholarship Series, 2008 (paper 69) <http://lsr.nellco.org/yale/student/papers/69>, 30, pág. 32; STEGMILLER (*supra* nota 41), 562.

⁴⁶ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor 23 de abril de 2009: “various factors, including their scale, nature, manner of commission, and impact.” Véase también OTP Activities Report (*supra* nota 7), pág. 6 y OTP Report on Prosecutorial Strategy, 14.9.2006, pág. 5, refiriéndose a la magnitud y naturaleza de los crímenes, el modo de comisión y el impacto de los mismos. Véase también SEILS (*supra* nota 13), pág. 57.

⁴⁷ EL ZEIDY (*supra* nota 39), pág. 43.

⁴⁸ Iraq response (*supra* nota 8), pág. 8.

⁴⁹ Declaración de LUIS MORENO-OCAMPO, “Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs”, 24.10.2005, pág. 6; “Five minutes with Luis Moreno-Ocampo: An interview with the ICC Prosecutor”, en Adele Waugaman, XV International Affairs Review 2, 2006.

⁵⁰ McAULIFFE DEGUZMAN (*supra* nota 46), pág. 35; GUARIGLIA (*supra* nota 7), pág. 214.

⁵¹ Sobre esta cuestión véase HELGE BRUNBORG, Demographer, Session 3: “Needs for demographic and statistical expertise at the International Criminal Court” (paper), Second public hearing OTP, 25.4.2003, 2. Las audiencias públicas están disponibles en www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings.

⁵² SCHABAS, *Introduction* (*supra* nota 44), pág. 190; *idem.*, (*supra* nota 44), págs. 741, 747-748; *idem.* (pág. 245-246); Véase también AMBOS, *Structure* (*supra* nota 4), pág. 439.

⁵³ Draft OTP Regulations 9 Oct. 2007, Regulation 24 n° 2.

⁵⁴ OTP Selection paper (*supra* nota 13), parg.16. En este documento ver también SEILS (*supra* nota 13), págs. 56-57.

menes⁵⁵, el asesinato (*killings*), la violación y el reclutamiento de menores se consideran delitos de especial preocupación⁵⁶. Cabe señalar a este respecto que el Tribunal Especial para Sierra Leona (Special Court for Sierra Leone, SCSL) tuvo la misma opinión en relación con los crímenes en contra del personal de NU y de los niños soldados, calificándolos como “intrínsecamente grave”⁵⁷. En cuanto al *modo de comisión*, la oficina del fiscal se refiere a aspectos de particular crueldad, crímenes contra víctimas particularmente vulnerables que impliquen discriminación, abuso de poder *de jure* o *de facto*, y, bajo ciertas circunstancias el llamado “factor adicional”, como, por ejemplo, si los crímenes fueron aparentemente cometidos con el objetivo o como consecuencia del aumento de la vulnerabilidad de la población civil en general (a través del ataque sobre las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas)⁵⁸. Por último, el criterio del *impacto*, aunque finalmente fue adoptado por el reglamento, aún parece ser objeto de controversia en la oficina del fiscal, encontrando acogida favorable por parte del fiscal jefe⁵⁹, pero no en (todo) el resto de sus miembros⁶⁰. Más importante es el hecho de que no está del todo claro, qué se entiende por impacto. En junio de 2006, en un proyecto de documento el fiscal señaló que “considerará el amplio impacto de los crímenes en la comunidad y en paz y seguridad regional, incluyendo en sentido amplio el término daño social, económico y ambiental”⁶¹. Esto suena mucho más a la expresión “alarma social” empleada por la Sala

⁵⁵ Cfr. SEILS (*supra* nota 13), pág. 57.

⁵⁶ GUARIGLIA (*supra* nota 7), pág. 214. Véase también MCAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 35 refiriéndose a los crímenes que tienen resultado de muerte y violación.

⁵⁷ SCSL, T.Ch. I, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Sentencing Judgement, 8 de abril de 2009, caso núm. SCSL-04-15-T, parg. 179 y ss., 188 y ss., 204.

⁵⁸ OTP Selection paper (*supra* nota 13), parg. 17. Véase también MCAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 35; GUARIGLIA (*supra* nota 7), pág. 214.

⁵⁹ MORENO OCAMPO mencionó el término impacto en varias ocasiones (Declaración de MORENO OCAMPO: Informal meeting (*supra* nota 49), pág. 6; Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 14.6.2006, 2). La oficina del fiscal también se refirió a la “nature, manner and impact” respecto del ataque de Haskanita en la situación de Darfur (Eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 3.12.2008, parg. 56).

⁶⁰ Un alto funcionario de la oficina del fiscal, Senior Appeals Counsel Fabricio Guariglia, no incluyó el concepto de impacto en un documento reciente (*supra* nota 7), págs. 212 y ss.; crit. también SEILS (*supra* nota 13), pág. 59, ex jefe de la sección de análisis de la situación de la oficina del fiscal (agosto de 2004 a Octubre de 2008) y principalmente responsable, *inter alia*, por la OTP Selection paper (*supra* nota 13), parg. 12 el cual no contiene este criterio.

⁶¹ SCHABAS (*supra* nota 44), pág. 742: “will consider the broader impact of crimes on the community and on regional peace and security, including longer term social, economic and environmental damage”; también CHRISTOPHER K. HALL, “Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations”, Contribution to an expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor, 28.3.2003, 21; STEGMILLER (*supra* nota 41), pág. 560 y s.; MEIBNER (*supra* nota 8), pág. 79; MCAULIFFE (*supra* nota 45), pág. 35; MARK OSIEL, “How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of «situational gravity»”, *The Hague Justice Portal*, 2009, 1, pág. 2. Disponible en www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/344.html (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

de Cuestiones Preliminares I (ver *infra*) y en cualquier caso, resulta más propio de un criterio político (véase art. 53 (1) (c) y (2) (c)) que de uno estrictamente jurídico. Regresaremos sobre este punto.

338. En cuanto a los *pronunciamientos judiciales* en materia de gravedad, el asunto permanece aún pendiente en la CPI. No obstante que la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga⁶² propuso al menos algunos criterios abstractos respecto de un caso —la naturaleza e impacto social (“alarma social”) de los crímenes (¿sistemáticos o a gran escala?), el modo de comisión (por ejemplo, particular brutalidad o crueldad) y la condición y el papel de los presuntos autores (¿son ellos los principales responsables?)— estos criterios han sido ampliamente criticados⁶³ y rechazados por la Sala de Apelaciones. La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares fue revocada, por encontrarse el test de gravedad viciado, constituyendo así un error de derecho en el sentido del artículo 81 (a) (iii)⁶⁴. En particular, en cuanto a la condición y el papel de los sospechosos —un criterio usado por la oficina del fiscal solo en función de su política— la Cámara señaló correctamente que la “exclusión previsible de muchos autores” por tales motivos “podría obstaculizar

⁶² PTC I (*supra* nota 7), par. 42 y ss., 46, 50-54, 63.

⁶³ Ver SCHÜLLER (*supra* nota 43), pág. 80; SCHABAS (*supra* nota 44), pág. 743; id., (pág. 241) (“gravity in a vacuum”, “comparing apples with nothing”); WCRO (*supra* nota 39), pág. 36 y ss. Recomendando un análisis “suficientemente flexible” (pág. 42) y tomando en cuenta circunstancias excepcionales como “el impacto de las víctimas, el modo en que se llevaron a cabo los crímenes, y la vulnerabilidad de la población”; crit. en particular sobre el criterio de *social alarm* SCHÜLLER (*supra* nota 43), págs. 80-81; McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 36; OSIEL (*supra* nota 61), pág. 6; WCRO (*supra* nota 39), págs. 5, 39; EL ZEIDY (*supra* nota 39), pág. 45 (“weird novelty”), quien además señala (pág. 44) que estos factores son ilustrativos y no exclusivos; MURPHY (*supra* nota 43), pág. 288 y ss. (289); STEPHEN E. SMITH, “Inventing the laws of gravity: the ICC’s initial Lubanga decision and its regressive consequences”, en *ICLR* 8, 2008, 331, pág. 340 y ss.; STEGMILLER (*supra* nota 41), 551 y s.; crit. también Juez Pikis, *infra* nota, par. 34. Crit. en cuanto al enfoque cuantitativo WILLIAM SCHABAS, “Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts”, en *CLF* 19, 2008, 5, pág. 28 y ss.; SHARON WILLIAMS/WILLIAM SCHABAS, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Múnich et al., Beck 2ª ed., 2008, art. 17 par. 28. Ver también MOHAMED EL ZEIDY, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, en *MJIL* 32, 2002, 869, pág. 905; CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 93 y ss., centrándose en la preocupación internacional del asunto (“internationaler Belang”, pág. 98, 100). Crit. también sobre el estándar de gravedad JENS OHLIN, “Peace, security, and prosecutorial discretion”, en STAHN/SLUITER (*supra* nota 7), pág. 200 (“unclear what kind of legal threshold is established”). Sobre la difícil relación entre la oficina del fiscal y las Cámaras sobre este tema ver EL ZEIDY (*supra* nota 39), págs. 51 y ss.

⁶⁴ *Situation in DRC*, sentencia a la apelación del fiscal contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decision on the Prosecutor’s application for warrants of arrest, article 58”, 13.7.2006 (ICC-01-04-169) [reclasificado y publicado el 23.9.2008 conforme a la *Situation in DRC*, Decision on the unsealing of judgment of the Appeals Chamber issued on 13 July 2006, 22.9.2008 (ICC-01-04-538-PUB-Exp), par. 1-3], par. 54 y ss. (68 y ss.); en el mismo sentido, *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecutor’s application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4.3.2009 (ICC-02/05-01/09-3), par. 48 con nota al pie 41 cap. 1.

gravemente la prevención, o la función disuasiva de la Corte ...”⁶⁵. Sin embargo, la Cámara no propuso una interpretación alternativa; solo el juez Pikis en su opinión separada, y en parte disidente, trató de dar determinación a la gravedad⁶⁶, pero sin proponer un mecanismo concreto para su determinación.

339. Curiosamente, la gravedad de un delito ha tenido una consideración primordial (*litmus test*) en los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL), en la determinación de la sentencia⁶⁷. Si bien las consideraciones de los tribunales *ad hoc* no son vinculantes para la CPI y, además, se refieren a una etapa distinta del proceso (la sentencia en vez de la etapa pre-investigativa) pueden proporcionar, sin embargo, elementos importantes para un concepto general de gravedad. De acuerdo con un estudio empírico reciente, los factores más frecuentes tomados en cuenta por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en relación a la gravedad y a las circunstancias agravantes fueron: (1) abuso de una posición superior/posición de autoridad o de confianza (aceptado en 35 casos); (2) vulnerabilidad especial de la víctima (aceptado en 31 casos); (3) sufrimiento o daño extremo infligido a la víctima (aceptado en 25 casos); (4) gran número de víctimas (aceptado en 15 casos); y (5) crueldad del ataque (aceptado en 14 casos)⁶⁸. El tribunal Especial de Sierra Leona ha seguido los criterios del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁶⁹. En suma, los tribunales especiales tomaron un *enfoque del caso-específico* y consideraron equitativamente los factores cuantitativos y cualitativos, refiriéndose, por un lado, a la gravedad del crimen (tomando en cuenta factores tales como la magnitud, la sistematicidad, el carácter continuo, genocidio o violación, carácter discriminatorio, vulnerabilidad de las víctimas, modo de comisión y los efectos sobre las víctimas),

⁶⁵ *Situation in DRC* (*supra* nota 64), parg. 73 y ss. (75): “predictable exclusion of many perpetrators”... “could severely hamper the preventive, or deterrent role of the Court...”. Véase también SEILS (*supra*, nota 13), pág. 56.

⁶⁶ *Situation in DRC* (*supra* nota 64); Opinión separada y parcialmente disidente del juez Georghios M. Pikis, parg. 38 y ss. Él se centró en el significado ordinario del término, entendiéndolo como “weightiness” (parg. 39) excluyendo los casos “unworthy of consideration” por la Corte, esto es, casos que son “insignificant in themselves”; “donde la criminalidad de parte de los culpable es totalmente marginal; casos borderline” (“where the criminality on the part of the culprit is wholly marginal; borderline cases”) (parg. 40) y considera un delito como insignificante si “los actos constitutivos del crimen son completamente periféricos a los propósitos de la ley al tipificar la conducta» (“the acts constituting the crime are wholly peripheral to the objects of the law in criminalising the conduct”) (ibid.).

⁶⁷ *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Trial judgement, volume 3 of 4, 26.2.2009 (IT-05-87-T) parg.1147; *Prosecutor v. Simić*, Trial judgement, Sentence, 17.10.2002 (IT-95-9/2-S) parg.37; *Prosecutor v. Đorđević*, Trial judgement, Sentence, 30.3.2004 (IT-02-61-S) parg. 184.

⁶⁸ BARBORA HOLÁ/ALETTE SMEULERS/CATRIEN BIJLEVLED, “Is ICTY sentencing predictable? An empirical analysis of ICTY sentencing practice”, en *LJIL* 22, 2009, 79, pág. 86. Ver también MURPHY (*supra* nota 43), pág. 296 y ss; WCRO (*supra* nota 39), pág. 39 y ss.

⁶⁹ *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu* (AFRC trial), Sentencing judgement, 19.7.2007 (SCSL-04-16-T) parg. 11, 19; *Prosecutor v. Fofana and Kondawa* (CDF trial), Judgement on the sentencing of Moinina Fofana y Allieu Kondawa, 9.10.2007 (SCSL-04-14-T) parg. 33.

y, por otro lado, las circunstancias individuales del acusado (considerando, *inter alia*, la planificación, forma de participación, motivación, posición y rol).

B) *El enfoque propio*

340. Para entender la gravedad en su sentido pleno y para elaborar un concepto consistente de la misma, se debe comenzar distinguiendo entre las dos formas de gravedad contemplados en el artículo 53, es decir, gravedad *jurídica o legal* (no discrecional) conforme a los artículos 53 (1) (b), 17 (1) (d) y gravedad *relativa* (discrecional) de acuerdo con el artículo 53 (1) (c)⁷⁰. La gravedad se aplica, en principio, por igual a todas las situaciones, sin importar el mecanismo de activación (art. 13) para llevar una situación ante la Corte⁷¹. La gravedad jurídica y la gravedad relativa se diferencian en que la primera condiciona —como criterio de admisibilidad— el ejercicio de la jurisdicción de la Corte y por esa razón ha de entenderse en un sentido estrictamente jurídico, mientras que la segunda constituye como “los intereses de las víctimas” (art. 53 (1) (c)) un sub-criterio de la cláusula de interés de la justicia, dejando, por tanto, al fiscal un amplio margen de discreción⁷². Los factores mencionados arriba en relación con la gravedad, que han sido utilizados por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, abarcan los primeros tres sub-criterios de gravedad de la oficina del fiscal de la CPI (*magnitud, naturaleza y modo de comisión*), constituyendo los elementos de la gravedad jurídica; al contrario, las circunstancias individuales se refieren al autor en concreto y su papel en el crimen, es decir, se trata de consideraciones subjetivas que se deben tomar en cuenta al analizar la gravedad relativa de un caso concreto (ver art. 53 (2) (c) que se refiere expresamente al “presunto

⁷⁰ Esta parte se basa en la propuesta desarrollada por mi doctorando Ignaz Stegmüller. Por un doble uso de la gravedad ver también McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), págs. 5-6; WCRO (*supra* nota 39), pág. 7-8, 51 y ss. Por un concepto de gravedad autónoma en el sentido del art. 17 (1)(d) Juez Pikis (*supra* nota 66), parg. 29.

⁷¹ Aparentemente contraria a esta postura McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 32-33 quien argumenta que en caso de una referencia (del Consejo de Seguridad o del Estado) “the Prosecutor must initiate an investigation of any admissible case” y “is not free to decline to investigate” sobre la base de la falta de gravedad (comparativa) mientras que en el caso en que actúe *motu proprio* “he has complete discretion [...] as long as he abides by the requirements of jurisdiction and admissibility”, es decir, el umbral de la gravedad jurídica solo tiene importancia en este último caso. Sin embargo, esto significaría que aún los casos menos graves deberían ser considerados admisibles si sólo han sido remitidos por el Estado o por el Consejo de Seguridad. El art. 17 (1) (d) no hace esta distinción. Además de lo anterior, existe consenso general sobre que la complementariedad se aplica a todos los mecanismos de activación, incluidas las remisiones del Consejo de Seguridad (cfr. STIGEN (*supra* nota 1), págs. 238 y ss.; KLEFFNER (*supra* nota 11, pág. 165-166, 213 y ss; PICHON (*supra* nota 13), págs. 188 y ss.; MICHAEL BOTHE, “Complementarity: ensuring compliance with international law though criminal prosecutions-whose responsibility?” en *Friedenswarte* 83, 2008, 59, pág. 67.

⁷² Crit. de tan amplia discreción, y por ello del art. 53, sin embargo OHLIN (*supra* nota 63), pág. 201 y ss. señala que, sobre la base de una teoría dualista de Derecho Penal Internacional individualista-retributiva y de seguridad colectiva (201 y ss.) la CPI y su fiscal solo deben actuar respecto de la primera, dejando la seguridad colectiva y los asuntos políticos al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (207, 209).

autor”). La dicotomía gravedad jurídica-relativa también determina la aplicación de *factores cuantitativos y cualitativos* en la evaluación de la gravedad⁷³. Como el valor y el peso de los factores cualitativos son *per se* controvertidos⁷⁴, ellos deben en primer término aplicarse a la gravedad relativa y solo excepcionalmente a la gravedad jurídica; al contrario, los factores cuantitativos pueden ser aplicados a ambos tipos de gravedad. La aplicación excepcional de los factores cualitativos puede ser procedente en casos en que los factores cuantitativos por sí solos no superan el umbral de admisibilidad a pesar de la importancia cualitativa del crimen, por ejemplo, en el caso de un genocidio cuantitativamente menor, pero con una importancia cualitativa altamente relevante como delito grave en sí mismo. Por último, el criterio del *impacto*, adoptado finalmente por el reglamento de la oficina del fiscal⁷⁵, también pertenece a la gravedad relativa, en que se refiere —como impacto sobre las víctimas— a los “intereses de las víctimas” (art. 53 (1) (c), 53 (2) (c)), y aún más allá —como impacto sobre la comunidad y la paz regional—, a la formulación de consideraciones políticas (interés de justicia).

341. En cuanto a la interpretación general de la gravedad jurídica vs. la relativa se desprende que la primera debe —ser entendida como estrictamente jurídica— ser interpretada restrictivamente con respecto al umbral de admisibilidad, es decir, el umbral debe ser bajo. Cabe recordar que la gravedad jurídica fue originalmente presentada con un tema más amplio de la competencia de la Corte (incluyendo, por ejemplo, crímenes contemplados en tratados)⁷⁶. Ahora bien, dada la competencia limitada de la Corte sobre los crímenes nucleares, se ha argumentado con razón que la “definición” de gravedad de los crímenes de la CPI supone una presunción a favor de la gravedad jurídica⁷⁷ y que el umbral de gravedad adicional tiene solo

⁷³ Por una interpretación cuantitativa y cualitativa del término complementariedad STIGEN (*supra* nota 1), pág. 188; por una visión triple de la admisibilidad (complementariedad) correctamente destacando el respeto por la soberanía estatal BURKE-WHITE/KAPLAN (*supra* nota 17), pág. 91 y ss.

⁷⁴ Véase también OSIEL (*supra* nota 61), pág. 4-5.

⁷⁵ Véase *supra* nota 46.

⁷⁶ Véase la discusión ya planteada en la Int. Law Commission (“ILC”) en *Yearbook of the ILC* 1994, Volume I, Summary records of the meetings on the forty-sixth session, 2 mayo-22 julio de 1994 (A/CN.4/SER.A/1994) 25, parg. 41, 27, parg. 59; ILC Draft Statute 1994, págs. 32, 35-6. Véase también WCRO (*supra* nota 39), pág. 12 y ss.; McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), págs. 14-15.

⁷⁷ Por una afirmación general de la gravedad CLAUDIA CÁRDENAS, “The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions”, en J. K. KLEFFNER/G. KOR (eds.), *Complementary views on complementarity*, La Haya, TMC Asser Press, 2006, 115, pág. 120. Por gravedad general en caso de genocidio CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 99; id., en G. WERLE (ed.), *Justice in transition—prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2006, 239, pág. 244; id., “Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen?”, en G. HANKEL (ed.), *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts* Hamburgo, Hamburger Institut für Sozialforschung, 2008, 127, pág. 138. Por una gravedad mayor del genocidio y los crímenes contra la humanidad frente a los crímenes de guerra SCHABAS (*supra* nota 62), pág. 25 y ss.

relevancia práctica respecto de los crímenes de guerra⁷⁸. Este bajo umbral para la gravedad jurídica reduciría el riesgo que la falta de gravedad de la situación impida la investigación y juzgamiento de casos realmente graves⁷⁹. Al contrario, la gravedad relativa otorga al fiscal una discreción amplia que se expresa en la cláusula de “interés de justicia”, permitiéndole así extraer los casos comparativamente menos graves. Esto significa que el umbral de la gravedad relativa es bastante alto, por lo menos, más alto que el de la gravedad jurídica.

342. Teniendo en cuenta, por un lado, el doble enfoque respecto del caso y de la situación (ver *supra* 1.) y por otro lado, la gravedad jurídica y la relativa, es posible distinguir los siguientes cuatro escenarios:

- gravedad *jurídica* respecto de *situaciones*, de acuerdo con los artículos 53 (1) (b), 17 (1) (d);
- gravedad *relativa* respecto de *situaciones* bajo el concepto de “interés de justicia”, de acuerdo con el artículo 53 (1) (c);
- gravedad *jurídica* respecto de *casos*, de acuerdo con los artículos 53 (2) (b), 17 (1) (d);
- gravedad *relativa* respecto de *casos* bajo el concepto de “interés de justicia”, de acuerdo con el artículo 53 (2) (c).

343. De este modo, la gravedad *jurídica* en función a la situación como al caso tienen un umbral generalmente bajo, mientras que la gravedad *relativa* respecto de tal situación, como del caso, requieren de un umbral alto⁸⁰. La diferencia entre situaciones y casos se aprecia tan solo en el ámbito de la información fáctica con que cuenta el fiscal al momento de evaluar la gravedad: en el primer caso, se refiere de manera aún bastante abstracta a todos los posibles crímenes cometidos en una situación, mientras que los casos se refieren a crímenes más específicos e individualizados. Al examinar la gravedad relativa, el fiscal podrá invocar argumentos no jurídicos, incluso políticos en su decisión de no iniciar una investigación basada en consideraciones de gravedad comparable de situaciones o casos. En esta etapa, es evidente que se debe hacer una selección más estricta a la luz de los recursos limitados de la oficina del fiscal y de la Corte. En cualquier caso, el fiscal debe —finalmente abandonar su anterior práctica de confundir la gravedad jurídica con la relativa— dejar en claro cuándo su decisión se basa en una gravedad jurídica como umbral de ad-

⁷⁸ McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 45.

⁷⁹ Por esta preocupación, el WCRO (*supra* nota 10) pág. 28 y ss. (31, 35-36) quiere limitar la aplicación del umbral para la gravedad a casos (35: “... ICC should not forgo prosecuting the relevant cases solely on the ground that the situation does not involve a wider range of cases that could be prosecuted by the Court”).

⁸⁰ Véase también McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 45.

misibilidad y cuándo en una gravedad relativa sobre la base de priorizar la discrecionalidad de las situaciones o casos por razones políticas (“interés de justicia”). En término de los criterios disponibles la diferencia radica en que en último caso el fiscal puede también recurrir a los ya mencionados factores cualitativos y, como a los casos, a las circunstancias individuales (ver art. 53 (2) (b)) y al criterio del impacto. Esto le permite hacer un análisis comparable de la gravedad de todas las situaciones y casos ante la Corte. Así, mientras el test de la gravedad jurídica está limitado a la criminalidad relacionada con factores cuantitativos, el análisis de la gravedad relativa abarca factores cualitativos y subjetivos, permitiendo de este modo al fiscal concentrar los recursos de la Corte en las situaciones más serias y, generalmente, en los casos más graves dentro de cada situación⁸¹.

C) *Aplicación a la situación en Colombia*

344. En cuanto a la situación en Colombia y la gravedad de los delitos objeto de la LJP, la delincuencia relacionada con los criterios arriba mencionado ser evaluada inicialmente a la luz de *variables cuantitativas*, especialmente en su escala, naturaleza y forma de comisión. Así se debe advertir en primer lugar que la violencia ligada al conflicto persiste con múltiples complejidades e intensidades por lo cual las cifras de la violencia dan cuenta de eventos que no siempre tienen adecuada y estandarizada sistematización; además no existen sistemas de información de cobertura nacional que faciliten reportes integrales y no existen denuncias de todos los hechos producto del accionar de GAOML. A pesar de estos inconvenientes hay referentes cuantitativos que pueden dar constancias de la magnitud, naturaleza y forma de comisión de la violencia, especialmente, de los crímenes objeto de la LJP⁸².

345. Así, por ejemplo, se ha llegado a afirmar que Colombia es un verdadero *país de víctimas* pues más del 10 por ciento de la población ha sido afectada en forma directa por las consecuencias del conflicto armado⁸³. Si bien es imposible proyectar un *número* consolidado y totalmente confiable de *víctimas* —además, cualquier dato es dinámico y complejo en atención al tipo de hechos punibles— la FGN reportaba al 23 de julio de 2009 la cifra de 230.000 víctimas *registradas*⁸⁴. Claro, la magnitud de la violencia expresada en números de hechos y la intensidad del conflicto indican que la cifra real de víctimas, incluyendo los no-registrados, debe

⁸¹ Véase también McAULIFFE DE GUZMÁN (*supra* nota 45), pág. 47.

⁸² Véase entre otros Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Forensis*, Bogotá, Internacional Print Ltda, 2008. Debido a ello, también, se encuentra Colombia bajo monitoreo por parte de la oficina del fiscal Luis Moreno Ocampo. Así mismo Human Rights Watch. *Selling Justice Short. Why Accountability Matters for Peace*, New York, HRW, julio 2009, págs. 107 y ss.

⁸³ Redepaz, *Víctimas del conflicto armado en Colombia: perfil, escenarios, autores y hechos*, Bogotá, El Autor, 2008, pág. 8.

⁸⁴ Datos entregados por Mario Iguarán Arana (ex fiscal general) en la apertura del simposio “Justicia transicional en Colombia. Cuatro años en el contexto de la Ley de Justicia y Paz”, Bogotá, 23 y 24 de julio de 2009.

ser bastante mayor⁸⁵. Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (en adelante “INMLCF”) afirma con respecto al *homicidio*:

“el homicidio común o simple que explica cerca del 60% del total de muertes violentas en el país ha disminuido. Pero el homicidio agravado entre el cual encontramos las masacres y ejecuciones extrajudiciales de colombianos como resultado del conflicto social y la confrontación armada, del narcotráfico y la acción de otros agentes violentos de estructuras delincuenciales organizadas, se incrementó”⁸⁶.

346. Entre los homicidios que se califican violatorios de los DDHH y del DIH se identifican tres tipos de accionar: primero, los de agentes del Estado o de particulares apoyados por aquellos; segundo, las víctimas de acciones bélicas y, tercero, las víctimas de la violencia político social⁸⁷. Desde 1964, año escogido por la CNRR como referente para la aplicación de la LJP hasta marzo de 2007, se han cometido en Colombia 620.502 homicidios. En el mismo período se han registrado aproximadamente 90 mil muertos por el conflicto armado, 3’700.000 desplazados, 48.585 secuestros, 22.935 actos de terrorismo y 4.270 masacres⁸⁸.

347. Hay otras variables cuantitativas que muestran el nivel de gravedad de las acciones violatorias de DDHH y DIH en Colombia. Así, por ejemplo, en cuanto al *desplazamiento forzado*, el gobierno afirma que, para mayo de 2009, existían aproximadamente 3.1 millones desplazados, mientras que otras ONG hablan de cerca de 4.6 millones⁸⁹. Lo cierto es que la magnitud del fenómeno es preocupante, al punto de ser Colombia probablemente el país con mayor población desplazada en el mundo después de Sudán⁹⁰. También es preocupante la cifra de *desapariciones forzadas*. El número más alto de desaparecidos los presenta la asociación de familiares de detenidos desaparecidos (ASFADDES) con un total de 7.132 desaparecidos entre 1977 y 2004⁹¹. Así mismo, existe un preocupante índice de casos de *tortura* en Colombia. Según Amnistía Internacional:

⁸⁵ Así mismo véase EDUARDO PIZARRO, “La hora de las víctimas”, en <http://www.verdadabierta.com/web3/reconciliacion/45-reparaciones-a-victimas/231-la-hora-de-las-victimas?format=pdf> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

⁸⁶ INMLCF *supra* nota 82, pág. 26.

⁸⁷ *Ibidem* pág. 25.

⁸⁸ DIEGO OTERO, *Los costos de la guerra*, Bogotá, Indepaz, 2007, citado en Redepaz *supra* nota 83, pág. 10.

⁸⁹ Véase [http://www.internaldisplacement.org/8025708F004CE90B/\(httpCountries\)/CB6FF99A94F70AED802570A7004CEC41?opendocument&count=10000](http://www.internaldisplacement.org/8025708F004CE90B/(httpCountries)/CB6FF99A94F70AED802570A7004CEC41?opendocument&count=10000) (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Sobre el desplazamiento forzado como crimen véase ALEJANDRO APONTE CARDONA, *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, CITpax *et al.*, 2009.

⁹⁰ Amnistía Internacional (*supra* nota 248), pág. 52.

⁹¹ Estadísticas citadas en DIEGO OTERO PRADA, *Las cifras del conflicto colombiano*, Bogotá, Indepaz-Uniciencia, 2007, pág. 109.

“En 2007 se denunciaron unos 80 casos de tortura y de los casos en los que se ha identificado a los responsables, las fuerzas de seguridad del Estado fueron responsables del 60%, los paramilitares del 27% y los grupos guerrilleros de 11%. Sin embargo, debido a que muchos de los casos de tortura no son denunciados, se cree que estas cifras no reflejan adecuadamente la dimensión del problema”⁹².

348. Por último, es igualmente preocupante la magnitud de *ataques indiscriminados* a través del uso de *minas* terrestres antipersona y de artefactos explosivos. Según la “Campana Internacional de Proscribir Minas Terrestres” (*International Campaign to Ban Landmines*) Colombia tenía en 2007 la tasa más elevada de víctimas de minas terrestres antipersonales del mundo⁹³.

349. Dada esta situación es poco sorprendente que las propias *instituciones* (judiciales) *colombianas* han reconocido la gravedad de la violencia y de los delitos cometidos. Por una parte, las Altas Cortes (CC y C. S. de J.) han calificado los *delitos* como “*graves*” o incluso “*más graves*” delitos en varias ocasiones⁹⁴. La CC ha definido el *concepto de gravedad* en el sentido de actos “que impliquen *graves atentados* contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una grave amenaza para la paz de la conciencia colectiva”⁹⁵. Se incluyen en estos actos crímenes de lesa humanidad, ya que su comisión “altera significativamente el mínimo orden de la civilización y supone la ignorancia de los principios fundadores del orden social dominante”⁹⁶. Por otra parte, la Procuraduría se refiere a los miembros desmovilizados de grupos armados como “autores de *graves daños* a la integridad personal, las masacres, ejecuciones selectivas”, etc.⁹⁷. También se hizo hincapié en la necesidad y al mismo tiempo la imposibilidad fáctica de lograr una *reparación*

⁹² Amnistía Internacional (*supra* nota 288, cap 1), pág. 55.

⁹³ Véase *Landmine Monitor Report 2007*, <http://www.icbl.org/lm/2007/>.

⁹⁴ CC, sent. C-370 (*supra* nota 1, cap. 1), secc. 6.2.2.1.7.6. (“delitos más graves”), 6.2.2.1.7.11 (“delitos que la humanidad entera ha considerado de la mayor gravedad”), 6.2.2.1.7.20. (“múltiples y graves delitos”, “terror”), 6.2.2.1.7.24. (“delitos, inclusive tan graves como masacres, secuestros masivos, asesinatos y desapariciones...”), 6.2.2.1.7.29, 6.2.2.2.5. y 6.2.3.1.5.4. (“delitos de suma gravedad”), 6.2.3.3.4.3. (“grave criminalidad”); Corte Suprema, 11 julio 2007 (rad. 26945), M. P. Yesid Ramírez B. y Julio E. Socha Salamanca, V 2.6. (“graves atentados a la humanidad”), V 3.5. (“graves violaciones a los derechos humanos”); Corte Suprema, 28 mayo 2008 (rad. 29560), M. P. Augusto Ibáñez G., 2.2. (“graves violaciones”, “graves infracciones”).

⁹⁵ CC, sent. T-249 (*supra* nota 381, cap 1), núm. 16.3.: “Los hechos punibles que revisten dicha *gravedad*, serán aquellos que impliquen *graves atentados* contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una severa puesta en peligro de la paz colectiva” (énfasis nuestro).

⁹⁶ *Ibidem.*, núm. 17: “La Corte Constitucional no duda en incluir dentro de tales graves conductas la comisión de delitos de lesa humanidad, pues la comisión de uno de tales delitos altera de manera significativa el orden mínimo de civilidad e implica el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante”.

⁹⁷ Procuraduría General de la Nación (*supra* nota 7, Intr.), pág. 128: “... autores de *graves daños* a la integridad personal, masacres, ejecuciones selectivas, desplazamientos forzados y usurpación de tierras, entre otras conductas...” (énfasis nuestro).

integral de las numerosas víctimas del conflicto⁹⁸. Aparte, en el ámbito de la OEA la CIDH ha expresado su gran preocupación en repetidas ocasiones. La Comisión se refirió a la *gravedad* de los crímenes y las graves violaciones del DIH⁹⁹. Destacó, además, la *escala y reiterada comisión* de los crímenes y el terror que han causado en la población civil¹⁰⁰ y criticó a los actuales agentes del Estado por la aquiescencia¹⁰¹. Por último, pero no menos importante, organizaciones internacionales de DDHH han confirmado la naturaleza, *escala y sistematicidad* de los crímenes cometidos en Colombia¹⁰².

350. Por todo ello, difícilmente puede existir duda de que la *situación* colombiana, vista desde una perspectiva general, supere el umbral de gravedad del artículo 17 (1) (d), entendido como gravedad *jurídica* (no discrecional) que se puede dar por la mera existencia de *factores cuantitativos por sí solos suficientemente relevantes* (véase *supra* lit. B), pág. 162). Eso, sin embargo, no quiere decir que todos los *casos* objeto de la LJP lleguen al umbral (jurídico) de gravedad¹⁰³, pues la participación de los integrantes de GAOML en las conductas violatorias de DDHH y DIH es diferente por su modo concreto de actuar *in casu* y según su posición en la estructura de la organización respectiva. No superan ese umbral, por ejemplo, algunos miembros de bajo nivel de grupos paramilitares, los llamados miembros “rasos”, los cuales sólo ejecutan las órdenes de sus superiores y son fácilmente reemplazables. Estas personas ni siquiera son investigadas ni juzgadas en el marco de la LJP pues se deben beneficiar, en principio, de un archivo de sus procesos con fundamento en el principio de oportunidad¹⁰⁴ por lo relacionado con el concierto para delinquir y delitos descritos en el artículo 69 de la LJP¹⁰⁵. En la regulación de dicho principio se configura un criterio jurídico con el que se diferencia el impacto de casos concretos a partir de su posición en la estructura de la organización y, más concretamente, se sugiere que la mera pertenencia al GAOML no es asunto de suficiente gravedad y de interés estatal para incoar la acción penal. De esta manera, a la vez, la norma aludida deja advertido que conductas diferentes y más complejas que el concierto para delinquir no entran

⁹⁸ *Ibidem.*, pág. 222 (“... reparar integralmente a las víctimas, así como la incapacidad de asumir la reparación...”).

⁹⁹ CIDH, “Informe sobre el proceso de desmovilización” (*supra* nota 243, cap. i) parg. 59 (“graves violaciones”), 66 (“profusas violaciones”), 11 (“graves violaciones”); CIDH, “Informe sobre la implementación” (*supra* nota 243, cap. i), pág. 2 parg. 3 (“infracciones graves”).

¹⁰⁰ CIDH, “informe sobre el proceso de desmovilización” (*supra* nota 243, cap. i) parg. 45, 52, 97.

¹⁰¹ *Ibidem.*, parg. 97.

¹⁰² Human Rights Watch, “Breaking the Grip? Obstacles to Justice for Paramilitary Mafias in Colombia”, 2008, pág. 131; Amnesty International, “‘Leave us in Peace’. Targeting Civilians in Colombia’s Internal Armed Conflict”, 2008, pág. 25.

¹⁰³ Ver en general KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 289 que señala acertadamente que el art. 17 (1)(d) deja “room for States to abstain from prosecuting such crimes without running the risk of cases being declared admissible”.

¹⁰⁴ Introducido recientemente por la ley 1312 de 2009, art. 2 (17); véase *supra* parg. 44 y s., 68 y s. y 298.

¹⁰⁵ Véase para el art. 69 (*supra* nota 45, cap. i). Sobre concierto para delinquir véase *supra* parg. 51 y ss. y 297.

en el marco de consideraciones y tratamientos de la mera pertenencia en virtud del principio de oportunidad.

351. Si bien para la CPI estas personas de rango inferior, en principio, no son de interés pues la Fiscalía y la Corte deben concentrar sus esfuerzos de persecución en las personas más responsables¹⁰⁶, desde una perspectiva nacional es importante determinar que casos llegan a ser suficientemente graves como para no desistir de la investigación y el juicio. Con ello, también, se debe determinar cómo la participación en la organización fue o no determinante para la realización de los hechos punibles más graves imputados al GAOML. Esto exige sin duda la necesidad de indagaciones que permitan corroborar que mediante la pertenencia al grupo no se cometieron otras conductas más graves que el concierto para delinquir, pues de lo contrario no se podrá aplicar dicha figura. Esto ya ha sido incorporado en la ley 1312 de 2009 (art. 2º parg. 3) por lo que la discusión se dirige al plano de la falta de *voluntad o capacidad del Estado colombiano* para desarrollar dichas verificaciones. De todos modos, a pesar de que la norma mencionada ya ha sido aprobada, aun no se ha aplicado y, por tanto, es imposible concluir en este momento sobre los rendimientos de dicha ejecución en el tratamiento de los “rasos”.

4. COMPLEMENTARIEDAD “STRICTO SENSU”

352. En el caso de la complementariedad en sentido estricto se deduce, ya desde un comienzo, a partir del texto del artículo 17 (1) (“La Corte ... resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando ...”) que la admisibilidad se presume¹⁰⁷ y que tal presunción puede ser rechazada —además de una insuficiencia de gravedad (art. 17 (1)(d)) — por ciertas acciones de parte del respectivo Estado en relación con su obligación de investigación y enjuiciamiento (art. 17 (1)(a)-(c)). Evidentemente, esta acción debe ser examinada con más detalles en atención a los requisitos establecidos en el artículo 17 (1) (a), (b) y (c) en relación con el artículo 20 (3). Si la acción del Estado en cuestión cumple estos requisitos, el caso o la situación son inadmisibles. Si, al contrario, la acción del Estado indica o implica falta de voluntad o incapacidad en el sentido del artículo 17 (2) y (3) la situación o caso deben ser declarados admisibles. Por otra parte, si tal acción es totalmente carente, esto es, como en el caso de una inactividad (total), la admisibilidad puede ser presumida sin entrar en mayor análisis. De este modo, el test de complementariedad *stricto sensu* puede ser clasificado en tres partes¹⁰⁸:

¹⁰⁶ Sobre esta limitación *ratione personae* véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 79 y s. parg. 21, 126 y ss. parg. 36 con más referencias.

¹⁰⁷ Cfr. CÁRDENAS (*supra* nota 77), pág. 116; también MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 70-1; KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 104 y ss. Aparentemente en contra GÓMEZ PARDO. “The content of Colombian Justice and Peace Law accomplishes the ICC standards”, *Revista Debate Interamericano* (Ministerio de Relaciones Exteriores) 2009, 123, pág. 141, sin embargo, sin realizar propiamente un análisis del art. 17.

¹⁰⁸ Véase también IGNAZ STEGMILLER, “Complementarity thoughts” (pronto a ser publicado en CLF). Por una doble vía fusionando los dos primeros requisitos en uno EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 161.

- Primero, situaciones y casos admisibles si el Estado permanece inactivo (*admisibilidad por inactividad total del Estado, infra lit. A*), pág. 170);
- Segundo, si el Estado desarrolla alguna actividad, un caso puede ser inadmisibile según el artículo 17 (1) (a)-(c) y 20 (3) (*inadmisibilidad por actividad del Estado, infra lit. B*), pág. 175);
- Tercero, como excepción a la inadmisibilidad mencionada anteriormente, a pesar o a causa de la actividad del Estado, este actúa sin voluntad o con incapacidad en los términos del artículo 17 (2) y (3) (*admisibilidad por falta de voluntad o capacidad, infra lit. C*), pág. 180).

A) *Admisibilidad por inactividad total del Estado*

a) *Consideraciones generales*

353. Los tratados internacionales y el derecho consuetudinario establecen un deber general de los Estados de investigar, enjuiciar y castigar los crímenes nucleares internacionales¹⁰⁹. Si bien este deber ya existía antes del ECPI, al menos en relación con los respectivos Estados parte de un tratado o en relación con las normas del derecho consuetudinario, el Estatuto de la CPI lo ha reforzado respecto de los crímenes tipificados en él y en atención a sus Estados parte¹¹⁰. En consecuencia, si un Estado parte ha permanecido inactivo frente a un genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra en el sentido de los artículos 5° a 8° del Estatuto de la CPI, incumple con su deber, contemplado tanto en el Estatuto, como en el derecho internacional. Esta inactividad debe hacer, por tanto, un caso admisible de acuerdo con el artículo 17¹¹¹. Lo anterior se deduce también, como correctamente se ha establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga¹¹², de un interpretación *a contrario* del artículo 17 (1) (a)-(c), pues esta disposición requiere al menos de alguna actividad (medidas iniciales de investigación)¹¹³ para que un caso sea declarado inadmisibile, la falta de actividad hace al caso admisible sin más¹¹⁴.

¹⁰⁹ Ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 28 y ss., parg. 8.

¹¹⁰ AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), parg. 8, pág. 33.

¹¹¹ Cfr. BENZING (*supra* nota 9), pág. 105 (“[...] effective prosecution, and the purpose of ending impunity, would clearly be significantly undermined if cases in which States remained completely inactive were inadmissible”) y pág. 115 (“complete inaction on the national level would thus allow the ICC to take up a case without having to enter into an assessment of the admissibility criteria in Article 17 (1) (a) to (c)”).

¹¹² *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda* (*supra* nota 6), parg. 29 con nota al pie 10.

¹¹³ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 105.

¹¹⁴ Véase también OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice”, 2003 (en adelante: “complementarity”), parg. 17-8: “[...] First, the most straightforward scenario is where no State has initiated any investigation (the inaction scenario). In such a scenario, none of the alternatives of articles 17 (1) (a)-(c) are satisfied and there is no impediment to admissibility. Thus, there is no need to examine the factors of unwillingness or inability; the case is simply admissible

354. En la práctica, la oficina del fiscal se basa en gran medida en la dicotomía inactividad-cierto actividad¹¹⁵ puesto que ha indicado que en el primer caso se trata de una “admisibilidad no impugnada” (*uncontested admissibility*)¹¹⁶. Además, la Sala de Cuestiones Preliminares I sostuvo en el caso Lubanga que “en ausencia de un Estado que actúe, la Cámara no necesita hacer ningún análisis de la falta de voluntad o incapacidad”¹¹⁷. La Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó la admisibilidad del caso en contra de Kony *et al.*, invocando su facultad establecida *motu proprio* en el artículo 19 (1)¹¹⁸, pues el escenario de “total inactividad” no ha cambiado sustancialmente dado que el acuerdo de febrero de 2008 y su anexo que proveía el establecimiento de una división especial del Tribunal Supremo (“High Court”) de Uganda, aún no ha sido ejecutado¹¹⁹. Así, parece estar asentado que si ningún Estado actúa respecto de un caso específico, no se justifica realizar mayor análisis sobre la falta de voluntad o incapacidad¹²⁰. En *Katanga y Chui*, la Sala de Primera Instancia II ha admitió recientemente esta admisibilidad automática en caso de inactividad sin analizar en profundidad la falta de voluntad o la incapacidad,

under the clear terms of Article 17”. Véase también STIGEN (*supra* nota 1), págs. 199 y ss. (201); KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 104-105, pág. 342; EL ZEIDY (*supra* nota 24), págs. 106, 161, 230, 318; SCHABAS (*supra* nota 62), pág. 7-8; WILLIAMS/SCHABAS (*supra* nota 62) art. 17, nm. 23; STAHN (*supra* nota 25), pág. 105-106; ENRIQUE CARNERO ROJO, “The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court: from “no peace without justice” to “no peace without victor’s justice””, en *LJIL* 18, 2005, 829, pág. 833; AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 129 y s., parg. 37; crit. sin embargo SCHABAS (*supra* nota 44), pág. 757.

¹¹⁵ Cfr. SEILS PAUL/WIERDA MARIEKE. “The International Criminal Court and conflict mediation”, en *ICTJ*, junio de 2005, 1, pág. 6. Disponible en www.ictj.org/en/news/pubs/index.html; véase también WILLIAM BURKE-WHITE, “Proactive complementarity: The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice”, en *Harvard International Law Journal* 49, 2008, 53, pág. 78; respecto de la investigación de Darfur véase PICHON (*supra* nota 3), pág. 219 y s.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, Eight Report Prosecutor pursuant to UNSC 1593 (*supra* nota 59), parg. 13: “All three Prosecution cases remain admissible. There are no proceedings in the Sudan against Ahmad Harun and Ali Kushayb, against Omar Al Bashir, or against the three rebel commanders of the Haskanita attack.” Véase también ADA SHENG, “Analysing the International Criminal Court complementarity principle through a Federal Courts lens”, *beppress Legal Series* 1249, 2006, 1, pág. 5; SCHABAS (*supra* nota 40), pág. 236 y s.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda* (*supra* nota 6), parg. 41: “in the absence of any acting State, the Chamber need not make any analysis of unwillingness or inability”. Ver en este caso SMITH (*supra* nota 63), pág. 335 y s.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 228 y ss.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Kony et al.* (*supra* nota 2), parg. 44.

¹¹⁹ *Ibidem*, parg. 49 y ss. (52). Para una discusión sobre la situación en Uganda ver BURKE-WHITE/KAPLAN (*supra* nota 17), pág. 79 y ss., 103 y ss. Es impropio remarcar a este respecto que la amnistía Act 2000 (Laws of Uganda vol. XII ch. 294, disponible en www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009)) es en realidad una amnistía absoluta, pues garantiza inmunidad total frente a la persecución de cualquier rebelde del Lord’s Resistance Army (LRA) que “renuncie y abandone la participación en la guerra o en la rebelión armada” (“renounces and abandons involvement in the war or armed rebellion”) (secc. 4 (1)) y siendo este abandono del conflicto una condición inherente a cualquier acuerdo de amnistía.

¹²⁰ Ver AMBOS, *Structure* (*supra* nota 4), pág. 448; véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 161.

argumentando que ello no afecta una determinación adicional del *ne bis in idem* y la gravedad de acuerdo con el artículo 17 (1) (c) y (d)¹²¹. Inactividad en este sentido, aun cuando se trate de un concepto empírico no normativo¹²², no está limitada a la inactividad fáctica, sino que se extiende también a la inactividad “normativa”, es decir, situaciones en las cuales la inactividad se debe a obstáculos normativos (procesales), en particular amnistías absolutas (que son generalmente inadmisibles)¹²³. En esta situación se presentan dos posibilidades: primero, una investigación (de fondo) es excluida *a limine*, ya que los órganos encargados de la investigación están autorizados solo para aplicar el respectivo obstáculo procesal para el caso en cuestión y finalizar el procedimiento si es aplicable; este caso puede ser considerado como una inactividad (*a priori*)¹²⁴; segundo, algunas medidas de investigación son llevadas a cabo, decidiendo luego no llevar el caso a juicio (inactividad *a posteriori*)¹²⁵. Este caso entra en el ámbito del artículo 17 (1) (b)¹²⁶ y su admisibilidad dependerá del test de falta de voluntad o incapacidad, analizado más abajo (lit. C), pág. 180).

b) Aplicación a la situación en Colombia

355. La existencia del procedimiento previsto en la LJP es un *indicio* de que el Estado colombiano está realizando acciones para hacer frente a los delitos cometidos por GAOML. Además, si bien la LJP y el proceso de justicia y paz son un nuevo elemento para tratar la violencia en Colombia, no es el único, sino parte de un marco político y normativo que, a pesar de sus carencias y déficit, muestra una gran cantidad de medidas institucionales para desmontar GAOML. Vale la pena mencionar en este contexto que la propia Corte Constitucional reconoce que el Estado colombiano tiene la obligación de investigar y sancionar los crímenes internacionales, obligación que existe también por el compromiso de la comunidad internacional, expresado por el principio de complementariedad, para castigar estos delitos¹²⁷.

¹²¹ *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Motifs (*supra* nota 28), párgs. 21, 81.

¹²² AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 130, parg. 37.

¹²³ Véase sobre esta discusión AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 86 y ss., parg. 24 ss. quien distingue entre amnistías absolutas (inadmisibles) y condicionales (potencialmente admisibles). Para un enfoque similar, indicando cinco criterios para evaluar las amnistías STIGEN (*supra* nota 1), págs. 451 y ss.; también RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 171-172, pág. 182 afirmando que “self-issued amnesties” no pueden bloquear la admisibilidad; OLÁSOLO (*supra* nota 1), págs. 268 y ss.

¹²⁴ AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 135 y ss., parg. 40; véase también STIGEN (*supra* nota 19), pág. 322; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 264; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 160; BURKE-WHITE/KAPLAN (*supra* nota 17), pág. 104 (en relación a Uganda); OLÁSOLO (*supra* nota 1), pág. 270.

¹²⁵ Para la distinción *a priori*/*a posteriori* véase OLÁSOLO (*supra* nota 21), págs. 149 y s., 166; OLÁSOLO (*supra* nota 1), págs. 260 y s.

¹²⁶ Véase también BENZING (*supra* nota 9), pág. 601 con nota al pie 50; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 264; GERHARD WERLE, “Transitional Justice-Der juristische Rahmen”, en H. E. MÜLLER *et al.* (eds.) *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, Múnich, Beck, 2009, 791, pág. 804; OLÁSOLO (*supra* nota 1), págs. 271 y ss.

¹²⁷ CC, sent. C-004 de 20 enero 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, parg. 26 (“[...] la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad está comprometida en la sanción de esas conductas...”).

356. Si bien la existencia del aludido marco político-normativo y del andamiaje institucional que soporta su ejecución *descartan* la posibilidad de concluir sobre una *inactividad total* en sentido fáctico, debe discutirse si existen medidas normativas (procesales) que impidan el inicio de investigaciones o propicien una irregular terminación del proceso (formal o material). En este sentido es de especial interés, en el marco del proceso de justicia y paz, el análisis de la extradición de postulados y la aplicación del principio de oportunidad frente a desmovilizados no postulados. La pregunta es si estas medidas limitan o boicotean el desarrollo del deber de persecución penal materializado en las investigaciones y judicializaciones de la LJP. ¿Podríamos decir, en otras palabras, que estas medidas llegan a neutralizar el cumplimiento de los objetivos de justicia y paz y así estimular inactividad estatal en casos concretos y graves objeto de la LJP?

357. En cuanto a la *extradición*, si bien se han expuesto argumentos formales a partir de los cuales ella no parece afectar la participación de los desmovilizados en el trámite de la LJP¹²⁸, nuestro análisis ha demostrado la existencia de múltiples factores que cuestionan la efectividad de dicha figura para el desarrollo y alcance de los objetivos de la LJP en Estados Unidos¹²⁹. En ese sentido, la cuestión decisiva es si la extradición representa una exclusión *de facto* del proceso de justicia y paz y, más aun, un obstáculo determinante de inactividad institucional. En términos del director de la UNJP la extradición no ha provocado mayores inconvenientes para sostener el contacto con los postulados a la LJP y la continuación de su presencia en las diferentes actuaciones procesales¹³⁰. Para otros, por el clima de intimidación y las dificultades para que muchos extraditados sigan participando, el declive progresivo de las declaraciones propiciará finalmente la muerte del proceso “por sustracción de materia”¹³¹. La C. S. de J. ha sido contundente en reciente jurisprudencia¹³² al advertir que la extradición impide la consecución de verdad, justicia y reparación. Especialmente ha resaltado la Corte que las extradiciones paralizan el conocimiento de la verdad, en tanto los postulados extraditados no han podido seguir confesando los crímenes cometidos. Además, la extradición en los términos y dificultades en las que se viene realizando es una obstrucción a la justicia colombiana¹³³. Esta apreciación de la C. S. de J. es también manifestada en las consideraciones de los comandantes paramilitares sobre su situación en los Estados Unidos, han denunciado múltiples problemas para seguir en el trámite de justicia y paz¹³⁴.

¹²⁸ Véase *supra* I. lit. c) pág. 140, parg. 320.

¹²⁹ Véase *supra* I. lit. c), pág. 140, parg. 319.

¹³⁰ Entrevista Luis González León (*supra* nota 91, cap. i).

¹³¹ Véase <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/1588-ila-ley-del-silencio-semana> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

¹³² C. S. de J., rad. 30451 (*supra* nota 232, cap.i), Concepto de la Corte, 10. Fundamentos para emitir concepto desfavorable a l solicitud de extradición.

¹³³ *Ibídem*.

¹³⁴ Véase <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/1587-mancuso-pide-intervencion-de-corte-suprema-de-justicia-de-colombia-en-justicia-y-paz> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

358. Bajo ese panorama de consideraciones, lo primero que debe advertirse es que las extradiciones *no han producido una desactivación total* (global) de los desarrollos del proceso de la LJP o del actuar institucional en justicia y paz¹³⁵. Así mismo, el análisis del tema no permite aseverar una inactividad total frente a los postulados extraditados o al menos no en razón de la figura de la extradición, ya que existe aún cierto margen de disponibilidad y maniobrabilidad del marco institucional frente a los extraditados vinculados a justicia y paz¹³⁶, a pesar de que las condiciones operativas han entorpecido inicialmente el desarrollo expedito de las diligencias con estos intervinientes. Si bien la extradición no es por sí misma causal de exclusión (ver lit. b), pág. 66, parg. 124), en este último aspecto, un análisis caso a caso muestra que ninguno de los extraditados ha sido excluido del proceso de la LJP. Las grandes dificultades giran en torno a problemas operativos, fundamentalmente ligados a la débil cooperación judicial entre EEUU y Colombia. Así las cosas, resulta apresurado hablar de la extradición como causa o razón fundamental de la inactividad frente a los comandantes paramilitares en EEUU. Otro asunto es, sin embargo, la posible *falta de voluntad o capacidad* en la investigación y judicialización de los extraditados en Colombia, problema que discutiremos más adelante (*infra* lit. b') pág. 189).

359. Respecto a la aplicación del *principio de oportunidad*¹³⁷, la pregunta es si dicho instrumento impide el desarrollo de investigaciones y juicios por conductas sancionadas en el ECPI con respecto a las personas que pudieran estar beneficiados de él. Las variables propuestas en el artículo 2º (17) de la ley 1312 de 2009 con las que se verifica y garantiza que no se dejan de investigar o sancionar esas conductas, son la no existencia de investigaciones en contra del desmovilizado con excepción de la pertenencia a la organización criminal (asunto que confirma la Fiscalía) y la firma de una declaración bajo gravedad de juramento en la que se afirma no haber cometido un delito diferente de los establecidos en la causal mencionada. Existe, además, en el artículo 2º (3), la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad por hechos constitutivos de graves infracciones al DIH y crímenes del ECPI. De esta manera la discusión se traslada, de nuevo, a la práctica y al test de falta de voluntad e incapacidad, en este caso, para verificar que quienes se benefician del principio de oportunidad —hasta el momento se ha verificado la identidad de 24.304 desmovilizados¹³⁸— no han cometido crímenes diferentes de los mencionados en la causal aludida, ya que la misma supone cierta presunción de diligencia previa de los aparatos de investigación para determinar los hechos punibles en los que participó el desmovilizado. Además, es importante reconocer en este contexto que la aplicación de la oportunidad, en el caso de llegar a determinarse la partici-

¹³⁵ Véase resultados del procedimiento *supra* I. lit. G), pág. 146.

¹³⁶ Entrevista con Luis González, Bogotá, 13.8.2009 (*supra* nota 91, cap 1).

¹³⁷ Véase *supra* parg. 44 y s., 68 y s., 298.

¹³⁸ FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009, pág. 8.

pación en otras conductas más graves, no supone la imposibilidad de otras investigaciones por estas otras conductas (más graves)¹³⁹.

360. En síntesis, *no existe una inactividad fáctica ni normativa*, es decir, en este último sentido, los obstáculos procesales (fácticos) no determinan una sustancial desactivación de las posibilidades del aparato institucional para iniciar o continuar investigaciones o juicios por crímenes internacionales graves¹⁴⁰. Alrededor de los fenómenos procesales aludidos debe discutirse más adelante (lit. C), pág. 180) la *falta de voluntad o capacidad* del Estado para lograr que los desmovilizados, postulados o no, desarrollen una más activa participación en el proceso. En ello, como se ha anotado en el capítulo primero de este estudio, influyen fundamentalmente factores políticos, logísticos-operativos, administrativos y de gestión. En ese sentido, los problemas de diligencia no pueden confundirse con una inactividad total, ni fáctica ni normativa, en los términos inicialmente analizados.

B) *Inadmisibilidad por actividad del Estado (arts. 17 (1) (a)-(c) y 20 (3))*

a) *Consideraciones generales*

361. Al distinguir entre investigación (art. 17 (1) (a)), enjuiciamiento (art. 17 (1) (b)) y juicio 17 (1) (c) en relación con el artículo 20 (3)), la norma persigue cubrir *todos los estadios procesales* desde la investigación hasta la etapa de juicio. Los criterios deben ser considerados taxativos¹⁴¹. La distinción entre varias etapas procesales corresponde a los diferentes momentos de aplicación de posibles excepciones desde el enjuiciamiento o castigo. Una amnistía, por ejemplo normalmente impide, según ya se indicó, un enjuiciamiento (subparg. (b)) o incluso una investigación (subparg. (a)), mientras que un indulto es una exención típica post condena solo aplicable después del juicio (subparg. (c))¹⁴²; tal medida después de la condena difícilmente puede constituir un motivo para la admisibilidad, pues será difícil demostrar que fue establecida con el ánimo de proteger a la persona en cuestión de su responsabilidad penal (art. 17 (1) (c) en relación con el artículo 20 (3) (a))¹⁴³. La

¹³⁹ Así mismo LUIS GONZÁLEZ LEÓN (*supra* nota 901, cap. I), quien ha advertido que la UNJP solo solicitará la aplicación del principio de oportunidad por el delito de concierto para delinquir y los descritos en el art. 69 de la LJP.

¹⁴⁰ En el mismo sentido OLÁSULO (*supra* nota 1), pág. 282.

¹⁴¹ A primera vista, el texto no apunta a ninguna dirección. Sin embargo, una formulación cerrada —como *including*— fue utilizada como si hubiera querido expresar un carácter abierto, y, más aún, el término *considers* ha sido interpretado como un delimitante deliberado a los criterios de los factores mencionados; BENZING (*supra* nota 9), pág. 606; MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 72 y s.; HELMUT GROPPENGIEßER/JÖRG MEIßNER, “Amnesties and the Rome Statute of the ICC”, en *ICLR* 5, 2005, 267, pág. 282; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 104.

¹⁴² AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 133 parg. 39; véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 429 y s. (al discutir sobre la amnistía).

¹⁴³ Véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 334-35; KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 266-67 que critica la respectiva laguna del art. 17 en el caso de medidas de clemencia sin efecto retroactivo en cuanto a la validez de la condena.

implícita *distinción temporal* en cuanto a la *etapa procesal* de la investigación¹⁴⁴ tiene una importancia secundaria, pues la admisibilidad depende del test de falta de voluntad e incapacidad establecido en los párrafos (a) y (b) además del párrafo (c) a través de la referencia del *ne bis in idem* hacia arriba (*upwards*)¹⁴⁵ en el artículo 20 (3)¹⁴⁶.

362. La norma supone una *actividad del Estado*¹⁴⁷, más concretamente que el caso “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento” (art. 17 (1) (a)) y si hay pruebas suficientes, ser finalmente juzgados¹⁴⁸. Los requisitos de investigación y enjuiciamiento deben ser leídos en conjunto¹⁴⁹ pues, en cualquier caso, una vez que la investigación esté terminada, se debe tomar una decisión en orden a enjuiciar o no. En otras palabras, mientras una investigación en el sentido del subpárrafo (a) puede bloquear la intervención de la CPI por un cierto período (esto es, durante el tiempo en que el asunto sea “objeto de una investigación”), luego se debe adoptar una decisión a favor o en contra del enjuiciamiento, siendo aplicable¹⁵⁰ en ese preciso momento el artículo 17 (1) (b). En caso de una decisión en favor del enjuiciamiento, la autoridad para tomar decisiones se traslada al juez de primera instancia (*trial judge*)¹⁵¹, siendo aplicable en este caso el artículo 17 (1) (c).

363. Si bien el requisito del juicio del subpárrafo (c) plantea un pequeño problema (además del test del *ne bis in idem* hacia arriba del artículo 20 (3) que se remite al estándar de falta de voluntad del artículo 17 (2), tratado más adelante), es contro-

¹⁴⁴ Véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 131, parg. 38.

¹⁴⁵ EL ZEIDY (*supra* nota 63), pág. 931; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 118 y s.; FRANK MEYER, “Complementing complementarity”, en ICLR 6, 2006, 549, pág. 554; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT/THÉRÈSE ONGENA, “*Ne bis in idem* principle, including the issue of amnesty”, en A. CASSESE/P. GAETA/J. JONES (eds.) *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, vol. 1, Oxford, OUP, 2002, 705, pág. 724 ss.

¹⁴⁶ Ya anteriormente había tratado este punto con menor énfasis en AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 133, parg. 39. Por esta razón, por ejemplo, tiene importancia secundaria si la investigación deba estar completa (ver KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 117) o, que respecto del parg. (1)(c), los recursos locales estén agotados (*ibid.*, pág. 124 y s.).

¹⁴⁷ BENZING (*supra* nota 9), pág. 600 y s. con nota al pie 39, cap 1; JANN KLEFFNER, “Complementarity as a catalyst for compliance”, en KLEFFNER/KOR (*supra* nota 77), 79, pág. 82.

¹⁴⁸ HRW, *Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders*, mayo 2007, 1-10, pág. 4 y ss. Disponible en [www.iccnw.org/documents/icc0507web\[1\].pdf](http://www.iccnw.org/documents/icc0507web[1].pdf) (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009), se requiere, además de credibilidad, tanto una investigación y enjuiciamiento imparcial e independiente y penas que reflejen la gravedad de los crímenes, como la rigurosa observancia de los estándares del debido proceso internacional. Las condiciones del proceso, sin embargo, son irrelevantes para el tema de la admisibilidad, cfr. recientemente *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Motifs (*supra* nota 28), parg. 83 y ss. (84).

¹⁴⁹ Ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 134 y s., parg. 39.

¹⁵⁰ Este aspecto temporal ha sido aparentemente pasado por alto por CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 159 y ss. quien distingue de manera demasiado artificial entre investigación y enjuiciamiento y así aplica el art. 17 (1) (a) demasiado esquemáticamente a una amnistía.

¹⁵¹ MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 77.

vertido y crucial cómo (estrictamente) deben ser interpretados los términos “investigación” y “enjuiciamiento” de los subparágrafos (a) y (b). En cuanto al *requisito investigación*, es discutible si una investigación penal por el respectivo órgano de justicia criminal es necesaria o alternativa, incluso si ciertas formas de investigación no judiciales¹⁵², en particular una (efectiva) Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR)¹⁵³ sería suficiente¹⁵⁴. Una interpretación literal no aclara el punto, pues por un lado el término “investigación” solo implica una indagación sistemática y cuidadosa¹⁵⁵ y, por otro lado, el Estatuto de la CPI no expresa que una investigación “criminal” sea necesaria¹⁵⁶ ni transa con formas alternativas de responsabilidad¹⁵⁷. Parece claro, sin embargo, que la “investigación” debe ser conducida por un órgano estatal, es decir, órganos no judiciales como una CVR deben ser creadas y contar con el apoyo estatal¹⁵⁸, pues el deber de investigar y enjuiciar descansa sobre el Estado. Aparte lo anterior, una interpretación sistemática y teleológica del artículo 17 indica que el objetivo de cualquier “investigación” es la persecución penal o la sentencia, es decir, evitar que el sospechoso sea sustraído “de su responsabilidad penal” (art. 17 (2) (a)) y “hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (art. 17 (2) (b) y (c))¹⁵⁹. Si bien esto no excluye una investigación *preliminar* por parte de una CVR con sus respectivas facultades (es decir, reco-

¹⁵² Sobre esto ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 52 y ss. (párg. 12 y ss.).

¹⁵³ Sobre los criterios que debe cumplir una CVR efectiva ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 52 y ss. (65 y ss.), párg. 13 ss. [16]).

¹⁵⁴ El asunto es dejado abierto por DARRYL ROBINSON, “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court”, en *EJIL* 14, 2003, 481, pág. 499 y s., pero su enfoque flexible general indica que él toma el *slightly broader approach* por el mismo discutido; indeciso también BENZING (*supra* nota 9), pág. 602 y EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 315; para STIGEN (*supra* nota 1), pág. 211 el castigo debe ser “an option”.

¹⁵⁵ Ver para una definición STIGEN (*supra* nota 1), pág. 203.

¹⁵⁶ CARSTEN STAHN, “Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court”, en *JICJ* 3, 2005, 695, pág. 697; MICHAEL SCHARF, “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”, en *CornJIntL* 32, 1999, 507, pág. 525; SANDRA BARTELT, “Die Zulässigkeit von Wahrheitskommissionen im Lichte des neuen Internationalen Strafgerichtshof”, en *AVR* 43, 2005, 187, pág. 206; DIBA MAJZUB, “Peace and Justice? Amnesties and the International Criminal Court”, en *MelbJIntL* 3, 2002, 247, pág. 267; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 180.

¹⁵⁷ MEYER (*supra* nota 145), pág. 565.

¹⁵⁸ Véase también CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 177, 183; también por una investigación judicial EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 315.

¹⁵⁹ En este sentido también JESSICA GAVRON, “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, en *ICLQ* 51, 2002, 91, pág. 111 que argumenta que *to bring someone to justice* debe ser interpretado en sentido jurídico, y no en el sentido moral amplio. Más estricto aún JOHN T. HOLMES, “The principle of complementarity”, en R. S. LEE (ed.) 1999, 41, pág. 41, pág. 77: “Statute’s provisions on complementarity are intended to refer to criminal investigations”. En el mismo sentido KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 268 y ss. (270).

mendar un procedimiento penal)¹⁶⁰ y, por cierto, el texto del artículo 17 (1) (a) (“objeto de una investigación”) deja un margen para tales investigaciones alternativas¹⁶¹, su objetivo final debe ser siempre un procesamiento penal *stricto sensu*¹⁶² en el cual se cumpla con los prerequisites de derecho y de hecho¹⁶³. A su vez, esto significa que las investigaciones de carácter general sobre acontecimientos pasados, en los cuales no se individualice responsabilidad, y que por tanto, no pueden servir de base para un procesamiento penal o una sentencia, no satisfacen las exigencias de la investigación del artículo 17. En suma, una *indagación sistemática* de los hechos y circunstancias del caso¹⁶⁴, la ya mencionada investigación inicial o *medidas mínimas de investigación*¹⁶⁵, es obligatoria con miras a un proceso penal. Por esta razón parece ser más adecuado evaluar mecanismos de justicia alternativos dentro del marco de la cláusula del interés de justicia del artículo 53 (1) (c) y (2) (c).

364. Esta interpretación es confirmada por el segundo requisito, la *decisión de enjuiciar*¹⁶⁶. Tal decisión solo puede ser tomada si se ha realizado una investigación sustancial de los actos *concretos* y de los sospechosos *individualizados*. En otras palabras,

¹⁶⁰ Un buen ejemplo es una Comisión de Investigación como la Comisión Kahan de Israel establecida para investigar la responsabilidad del gobierno israelí y de oficiales militares, incluyendo al entonces Ministro de Defensa Ariel Sharon, por las atrocidades cometidas en los campos de refugiados de Sabra y Shatila en el Líbano en septiembre de 1982, pues desde ya se había, de acuerdo con las Comisiones de Derecho a la Investigación israelíes de 1968 (reimpreso en inglés en 22 *International Legal Materials*, ASIL, pág. 658 (1983)), recomendado a la autoridad enjuiciar penalmente.

¹⁶¹ Véase también ANJA SEIBERT-FOHR, “The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions” en *MPUNYB* 7, 2003, 553, pág. 569 y STAHN (*supra* nota 156), pág. 697, 711 que argumenta en contra del requisito de una investigación penal por no encontrarse expresamente contemplada en el art. 17. En sentido similar CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 58 y s., pág. 101; *idem.*, (*supra* nota 77), pág. 129; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 180-81. Demasiado restrictivo MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 76 para quien se requieren investigaciones dentro del marco de procedimientos penales; también WOLFGANG SCHOMBURG/BOHNERT NEMITZ, en SCHOMBURG/LAGODNY/GLEB/HACKNER (eds.) *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Múnich, C.H.Beck, 4ª ed. 2006, pág. 1730 en contra de un efecto “hacia arriba” del *ne bis in idem*.

¹⁶² En tal sentido también SEIBERT-FOHR (*supra* nota 161), pág. 569 que vincula la investigación al requisito del enjuiciamiento; también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 203; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 269 y GROPPENGIEßER/MEIßNER (*supra* nota 141), pág. 287 que afirma que “proceedings which do not have the *quality of a criminal proceeding* cannot rule out prosecution by the Court” (énfasis agregado); similar CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 137, que destaca la necesidad de enjuiciamientos penales una vez que el trabajo de la CVR haya concluido; de acuerdo (modificando su primera postura) ROBINSON (*supra* nota 154), pág. 144 y s. (posibilidad de enjuiciar penalmente después de una investigación).

¹⁶³ Véase también STAHN (*supra* nota 156), pág. 711 y s.

¹⁶⁴ CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 58; *idem.*, (*supra* nota 77), pág. 117, 119; ROBIN MURPHY, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC” en *Eyes on the ICC* 3, 2006, 33, pág. 44. véase también STAHN (*supra* nota 156), pág. 710; SEIBERT-FOHR (*supra* nota 161), pág. 588; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 203.

¹⁶⁵ Véase *supra* nota 113 y su texto.

¹⁶⁶ Véase también AMBOS (*supra*, 2, Intr.), pág. 138, parg. 41.

una decisión de enjuiciar presupone una investigación criminal, o al menos, una investigación *individualizada*, que la preceda y la prepare¹⁶⁷. Evidentemente, el enjuiciamiento se refiere a un enjuiciamiento penal¹⁶⁸, no siendo el requisito el enjuiciamiento en sí, sino la “decisión” de enjuiciar. Esto presupone que el órgano que toma esta decisión debe al menos tener dos opciones, es decir, enjuiciar o no enjuiciar¹⁶⁹.

b) *Aplicación a la situación en Colombia*

365. A primera vista parece bastante obvio que el procedimiento de la LJP *cumple con los requisitos de investigación, enjuiciamiento y juicio* del artículo 17 ECPI¹⁷⁰. Como se desprende del análisis realizado en el capítulo primero, la LJP establece un procedimiento especial cuya principal diferencia con el procedimiento ordinario consiste en su carácter netamente inquisitivo y su dependencia de la confesión (“versión libre”) de los desmovilizados-postulados, como punto de partida y base de la verificación posterior. Además, el fiscal de la UNJP investiga los hechos con un amplio margen de discrecionalidad, incluso, siguiendo la jurisprudencia de la C. S. de J.¹⁷¹, más allá del caso concreto, extendiéndose a cuestiones estructurales (contexto de los crímenes, estructura de los grupos irregulares, etc.). Sobre la base de las conclusiones fácticas, producto de la confesión y su posterior verificación, se formularán los cargos y el postulado en cuestión será juzgado por los magistrados competentes. Además, es importante reconocer que el postulado puede ser sometido a un proceso penal en la justicia ordinaria si no cumple los requisitos de la LJP. Si bien esta “exclusión” de los postulados solo se tomará como último recurso, la mera posibilidad de que el proceso sea trasladado al sistema de justicia penal ordinario, pone de manifiesto que el Estado colombiano está, en última instancia, dispuesto a “hacer justicia” por medios comunes. Si esta disposición del Estado “en última instancia” cumple últimamente con los requisitos del artículo 17 ECPI depende de la evaluación de la cuestión de *falta de voluntad o capacidad*, la que será analizada en un momento (*infra* lit C), pág. 180).

366. Las múltiples falencias en la práctica de la LJP que hemos identificado en el capítulo primero de este estudio, comenzando con la fase administrativa, pasando por la investigación de la Fiscalía y terminando en las salas de los Tribunales de JP o de la C. S. de J., no cambian la valoración hecha al comienzo de esta sección,

¹⁶⁷ Véase también STAHN (*supra* nota 156), pág. 712.

¹⁶⁸ Cfr. CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 58, pág. 101; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 205; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 268 y s.

¹⁶⁹ ROBINSON (*supra* nota 154), pág. 500; véase también CARSTEN STAHN, “The geometry of transitional justice: choices of institutional design”, en *LJIL* 18, 2005, 425, pág. 463.

¹⁷⁰ Para el mismo resultado GÓMEZ PARDO (*supra* nota 107), pág. 146 y ss. cuyo análisis posterior del art. 17 (2) y (3) es, sin embargo, demasiado superficial.

¹⁷¹ Véase *supra* lit. b), pág. 81, parg. 155 y ss y parg. 201.

es decir, que el Estado colombiano viene desarrollando una amplia actividad investigativa y judicial en el marco de la LJP. Más aún, la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas impone a la Fiscalía y a las otras entidades públicas involucradas en el proceso de JP sendos condicionamientos cuando advierte, por ejemplo la C. S. de J., que las investigaciones deben conducir a “verdades sistemáticas” al punto de que hasta los ideólogos deben llegar a responder ante la justicia¹⁷². Así puede comprobarse que normativamente la exigencia de integralidad de la verdad de los hechos y, con ello, de las investigaciones, informan todo el trámite de la LJP. En el plano material de realización del aludido condicionamiento la discusión se centra en torno a si el despliegue del aparato judicial cumple con dichos mandatos, pero esto es un tema de *(in)capacidad, que llegará a ser analizado más adelante* (lit. c), pág. 197) en detalle.

C) *Admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad (art. 17 (2) y (3))*

a) *Observaciones preliminares*

367. Si se entiende, como se ha sugerido aquí, la complementariedad *stricto sensu* de un modo triple, toda acción del Estado mencionada en el artículo 17 (1) (a)-(c) crea solo una presunción de inadmisibilidad que puede ser refutada por el establecimiento de una falta de voluntad o de incapacidad de acuerdo con el artículo 17 (2) y (3). Esto también es válido para el subparágrafo (1) (c), ya que presenta los criterios del subparágrafo 2 (a)-(c) recurriendo al artículo 20 (3). Así, en suma, para declarar una situación o un caso admisible se requiere, en última instancia, establecer la falta de voluntad (subparg. 1 (a)-(c) en relación con el parg. 2) o incapacidad (subparg. 1 (a), (b) con respecto al parg. 3) por parte del respectivo sistema de justicia nacional. El peso de la prueba recae, por regla general, sobre el fiscal, es decir, él debe probar la falta de voluntad o la incapacidad¹⁷³. Sin embargo, la Corte depende de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de la información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional (regla 51, 55 (2) RPP); de hecho, se puede argumentar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde, está establecido en el interés superior del Estado¹⁷⁴ y que, por lo tanto, la carga recae sobre el Estado¹⁷⁵.

368. La interpretación de los criterios establecidos en los párrafos 2 y 3 arroja que son complejos e inestables, porque son altamente normativos y muy abiertos

¹⁷² C. S. de J., Sala de Casación penal, rad. 31582, auto del 22.05.2009, M. P. González Lemos, Consideraciones.

¹⁷³ Ver EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 163; también OTP, *Complementarity* (*supra* nota 114), parg. 55, 56 que, sin embargo, como regla, propone imponer el peso de la prueba a la parte que plantea una cuestión específica (parg. 54).

¹⁷⁴ RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 53 y s. (pero después, pág. 55 y s. aboga por la supresión de la regla 51); BURKE-WHITE/KAPLAN (*supra* nota 17), pág. 110.

¹⁷⁵ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 163; OTP, *Complementarity* (*supra* nota 114), parg. 54 y 56 da ejemplos de desplazamientos del peso de la prueba.

a un juicio de valor¹⁷⁶. Algunas doctrinas proponen un enfoque alternativo uniendo la falta de voluntad y la incapacidad en un solo requisito¹⁷⁷. Ha habido también controversia en torno a si los criterios han de entenderse objetivamente, subjetivamente, o de ambos modos¹⁷⁸. Parece estar claro, sin embargo, que el término “genuinamente”¹⁷⁹ (parg. (1) (a), (b)) —“la palabra menos objetable”— fue inserto para dar al test de falta de voluntad/incapacidad un significado más concreto y objetivo¹⁸⁰. Sin embargo, el término también requiere —más bien subjetivamente— buena fe y seriedad¹⁸¹ del respectivo Estado con respecto a la investigación y al enjuiciamiento¹⁸². De la jurisprudencia en materia de derechos humanos se extrae que el Estado tiene “la obligación de usar todos los medios legales a su disposición” para llevar adelante de manera efectiva y seria la investigación y el proceso que conduzca a la identificación y castigo del responsable¹⁸³; solo una investigación de este tipo, conforme con los estándares en materia de derechos hu-

¹⁷⁶ Ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 139, parg. 42 con más referencias; en el mismo sentido EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 236; BOTHE (*supra* nota 71), pág. 65.

¹⁷⁷ Véase KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 161, pág. 342 sugiriendo la “effectiveness of the national proceedings” como un criterio general.

¹⁷⁸ Ver en el proceso de redacción del OTP policy paper RICHARD DICKER, HRW, Session 1: Transcript, First public hearing of the OTP, 17-18 de Junio de 2003. Disponible en <http://www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/First+Public+Hearing/Session+1/>. Sobre un enfoque subjetivo-objetivo también WU WEI, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, pág. 73. Sobre algunas oposiciones de los Estados a los elementos subjetivos véase HOLMES, en LEE (*supra* nota 159), pág. 49; EL ZEIDY (*supra* 63), pág. 899. Crit. en la esencia del término KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 115 y s.

¹⁷⁹ El término “genuinamente” no se encuentra en la versión castellana del Estatuto de Roma. La versión en castellano utiliza la expresión “realmente”, pero referida solo a la “incapacidad” y no a la “falta de voluntad”.

¹⁸⁰ Cfr. HOLMES, en LEE (*supra* nota 159), pág. 50: “the least objectionable word”; *idem.*, “Complementarity: national courts versus the ICC”, en Cassese/Gaeta/Jones (*supra* nota 145) 667, pág. 674; Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 163 y ss. (166); *idem.*, (*supra* nota 63), pág. 900; CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 110.

¹⁸¹ HOLMES (*supra* nota 180), pág. 674; BENZING (*supra* nota 19), pág. 605; CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 110-11; *idem.*, en KLEFFNER/KOR (*supra* nota 77), pág. 168 y s.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 164-5; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 52. También sobre posibles estándares STIGEN (*supra* nota 1), pág. 218 y ss.

¹⁸² No se refiere al procedimiento *unwilling or unable*, cfr. EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 165; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 216 con nota al pie 175. La versión francesa del Estatuto expresa esto más inequívocamente (“véritablement à bien”), ver SOPHIE MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Editions Bis et Ter, 2005, pág. 99 y s.; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 115. La versión alemana (no oficial) habla de “die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen”.

¹⁸³ Corte IDH, por ejemplo en *Paniagua Morales et al. vs. Guatemala*, sent. de 8 de marzo de 1998, parg. 173; véase también Corte IDH, *Zambrano-Vélez vs. Ecuador*, sent. de 4 julio 2007 parg. 123; *Escué-Zapata vs. Colombia*, sent. de 4 julio 2007, parg. 106. En gran medida sobre las normas aplicables en este contexto STIGEN (*supra* nota 1), pág. 219 y ss.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 175 y ss.

manos, puede ser calificada como genuina¹⁸⁴. En este contexto, sería difícil sostener, por ejemplo, que el Estado que opta por una CVR efectiva teniendo en mente como objetivo final la consecución de la paz, no tiene “genuinamente” voluntad¹⁸⁵. En todo caso, el término implica un doble test objetivo-subjetivo¹⁸⁶, que se encuentra indirectamente definido en los párrafos 2 y 3¹⁸⁷. Además, se puede establecer una diferencia estructural entre falta de voluntad e incapacidad en el siguiente sentido: mientras en el primer caso un, en principio, sistema judicial operativo es políticamente manipulado para generar impunidad de los autores poderosos e influyentes, en el segundo tal sistema, en el peor de los casos, ni siquiera existe físicamente o se encuentra sustancialmente colapsado o no disponible¹⁸⁸.

b) *Falta de voluntad*

a*) *Consideraciones generales*

369. La falta de voluntad no se encuentra definida en el Estatuto. El artículo 17 (2) solo especifica los criterios que deben ser considerados: (1) propósito de sustraer de la responsabilidad penal, (2) demora injustificada, y (3) falta de independencia o imparcialidad. La lista es taxativa¹⁸⁹ y debe ser aplicada —de acuerdo al texto (“una

¹⁸⁴ En sentido similar HARMEN VAN DER WILT/SANDRA LYNGDORF, “Procedural obligations under the European Convention on Human Rights: Useful guidelines for the assessment of “unwillingness” and “inability” in the context of the complementarity principle”, en *ICLR* 9, 2009, 39, pág. 39 y ss., al argumentar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del deber de investigar las violaciones flagrantes a los derechos humanos y su concreta evaluación de la práctica de los Estados sirve como guía útil tanto para la falta de voluntad o incapacidad de estos como para otros Estados. Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 167 sin embargo, no es correcto que la mencionada jurisprudencia defina el término “genuino”.

¹⁸⁵ SEIBERT-FOHR (*supra* nota 161), pág. 570.

¹⁸⁶ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 216.

¹⁸⁷ Cfr. STIGEN (*supra* nota 1), pág. 218.

¹⁸⁸ Para un análisis general ver BENZING (*supra* nota 9), pág. 613 y ss.; por una distinción similar SEILS/WIERDA (*supra* nota 115), pág. 6; véase también CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 138 y ss.; por una propuesta y análisis concreto de los criterios de la incapacidad respecto de la República Democrática del Congo ver WILLIAM W. BURKE-WHITE, . “Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo”, en *LJIL* 18, 2005, 559, pág. 576 y ss. quien sugiere (pág. 576) cuatro criterios “to judge the effectiveness of judicial systems in states recovering from a total or substantial judicial collapse”, a saber, disponibilidad de un personal judicial con experiencia e imparcialidad, una infraestructura legal viable, una legislación operativamente adecuada y una capacidad política suficiente. Para MAHNOUSH ARSANJANI/MICHAEL REISMAN, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality,” en L. SADAT/M. SCHARF (eds., *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 325, pág. 329, existe incapacidad si “the system [...] in unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or (is) otherwise unable to carry out its proceedings”.

¹⁸⁹ Véase STIGEN (*supra* nota 1), pág. 257-8, pág. 314; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 104; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 168; PICHON (*supra* nota 3), pág. 191; para más referencias ver AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 139, parg. 42 con nota al pie 366, cap i; en contra MOREL (*supra* nota 181), pág. 117; también RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 42 y s., 57 (pero confuso).

o varias de las siguientes”) — en la respectiva alternativa¹⁹⁰. Sin embargo, la existencia de alguno de esos criterios no necesariamente conduce a la verificación de falta de voluntad, pues la Corte los “examinará” para determinar la falta de voluntad (art. 17 (2)); de este modo, tales factores son necesarios, pero no suficientes para determinar por sí mismo la falta de voluntad¹⁹¹.

370. Por otro lado es importante destacar que la obligación de investigar recae en el Estado. No puede ser sustituido por un órgano no estatal o por una entidad internacional¹⁹². En consecuencia, la falta de voluntad debe ser también atribuida al Estado¹⁹³, que debe reflejar —al contrario de la incapacidad (*infra* lit. c), pág. 197)— su política¹⁹⁴. Sin embargo, como los Estados no son monolíticos, sino entidades complejas y pluralistas compuestas de diferentes órganos con intereses y objetivos algunas veces opuestos, puede que no exista una política uniforme en la promoción o el bloqueo de las investigaciones penales y enjuiciamientos¹⁹⁵. Puede ser también posible que un órgano del Estado (por ejemplo, gobierno nacional) intente bloquear una investigación mientras que otro (ejemplo, fiscal general) esté dispuesto a conducir la misma investigación. En este entendido, la situación o el caso debe ser considerado admisible si sobre la base de una evaluación general la falta de voluntad de sólo un órgano frustra toda la investigación. En otras palabras, un Estado no se puede encubrir entre la actividad positiva de un órgano si otros de sus órganos boicotean la investigación¹⁹⁶.

371. En cuanto al primer elemento —“propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal” (parg. 2 (a))— el término “propósito” sugiere una interpretación subjetiva en el sentido de una intención, objetivo o deseo específico del Estado de proteger al individuo responsable de la justicia (penal)¹⁹⁷. Esta no debe ser la única o última intención¹⁹⁸. Constituye, al mismo tiempo, una ex-

¹⁹⁰ MOREL (*supra* nota 182), pág. 116; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 134.

¹⁹¹ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 258, pág. 290 (como a la “demora injustificada”).

¹⁹² Ver KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 109 y s.

¹⁹³ Para una discusión STIGEN (*supra* nota 1), pág. 253 y ss.

¹⁹⁴ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 275.

¹⁹⁵ Ver KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 106 y s.

¹⁹⁶ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 107.

¹⁹⁷ LOUISE ARBOUR/MORTEN BERGSMO, “Conspicuous absence of jurisdictional overreach”, en H. VAN HEBEL/J. G. LAMMERS/J. SCHUKKING (eds.) *Reflections on the ICC*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 1999, 129, pág. 131 (“devious intent”); CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 115-6; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 316; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 43. Para KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 135, el requisito del propósito se asemeja al *dolus directus*, el cual se refiere a la intención del Estado en el sentido del art. 16 del Proyecto de la Comisión Internacional de Derecho sobre la responsabilidad del Estado (State Responsibility) (135 y s.).

¹⁹⁸ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 137 y s. Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 170 que apunta que los redactores introdujeron el término *shielding* como un criterio objetivo.

presión de *mala fe* del respectivo Estado respecto de la intención de llevar al responsable ante la justicia¹⁹⁹. Claramente, un umbral subjetivo alto plantea la difícil cuestión de un correcto estándar de prueba²⁰⁰ y necesariamente requiere recurrir a *indicios*, de los cuales se pueda inferir el “propósito de mala fe” (*evidencia circunstancial*)²⁰¹. Tales indicios pueden estar constituidos, por ejemplo²⁰², por evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado, la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar)²⁰³, asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores. Algunos de estos indicios también pueden servir como expresión de la no disponibilidad²⁰⁴ de un sistema de administración nacional de justicia en el sentido del parágrafo 3, por ejemplo, el limitado acceso al sistema de justicia²⁰⁵, como también la decisión de conceder amnistías absolutas e inmunidades²⁰⁶ o una considerable reducción de la pena²⁰⁷. Mientras que los primeros ejemplos suponen un blindaje total, el último implica una protección parcial²⁰⁸. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia acepta las amnistías que cumplan con los estándares del derecho internacional humanitario, excluyendo a aquellas “... que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia”²⁰⁹. Sin

¹⁹⁹ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 175.

²⁰⁰ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 135; BENZING (*supra* nota 9), pág. 609 y s.; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 261 y s.; OLYMPIA BEKOU, “Complementarity and the ICC: a dangerous gamble?” en G. ULRICH (ed.) *The International Criminal Court: challenges and prospects*, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC), Venecia, Marsilio Editori, 2005, 61, pág. 73 y s.; MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 84; RHYS DAVID EVANS, “Amnesties, pardons and complementarity: does the International Criminal Court have the tools to end impunity?”, en *Human Rights Law Commentary* 1, 2005, 1, pág. 2-3; GAVRON (*supra* nota 159), pág. 111; MOREL (*supra* nota 182), pág. 120 (“[...] une des tâche les plus ardues du Procureur”); BOTHE (*supra* nota 71), pág. 65.

²⁰¹ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 252, 259, 262; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 136 y s.

²⁰² Para una discusión detallada ver STIGEN (*supra* nota 1), pág. 262 y s.

²⁰³ HOLMES, en CASSESE/GAETA/JONES (*supra* nota 180), pág. 675.

²⁰⁴ La versión en castellano en el art. 17 (3) no habla de “no disponibilidad” (*unavailability*) sino de “carece”.

²⁰⁵ Ver para tal discusión *infra* c) con nota al pie 305 y ss. (837). En este contexto STIGEN (*supra* nota 1), pág. 266 y s.

²⁰⁶ KLEFFNER (*supra* nota 1), pág. 136; PICHON (*supra* nota 3), págs. 194-195 (considera, sin embargo, que las amnistías son más un caso de no disponibilidad en el sentido del art. 17 (3), ver *infra* nota 314). También en contra de las amnistías absolutas en este contexto EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 175 (“clear-cut example” de protección); STAHN (*supra* nota 156), pág. 714; GROPPENGIEßER/MEIßNER (*supra* nota 141), pág. 285.

²⁰⁷ KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 137 (“sentence ... manifestly insufficient in light of the gravity of the crime(s) in question and the form of participation of the accused”), pero también apunta al *large margin of appreciation* en lo que respecta a la condena. Véase también respecto el régimen de Uganda de sentencias alternativas BURKE-WHITE/KAPLAN (*supra* nota 14), pág. 106, pág. 111.

²⁰⁸ Sobre esta distinción STIGEN (*supra* nota 1), pág. 260 menciona expresamente una pena inferior como una forma de protección parcial.

²⁰⁹ CC, sent. C-578 del 30 de julio de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (secc. 4.1.2.1.7.).

embargo, mientras una amnistía puede demostrar bajo ciertas circunstancias mala fe, esto no es siempre ni necesariamente el caso²¹⁰. Imaginemos una situación en la cual un Estado persigue como objetivo superior la paz y concede, de buena fe, una amnistía como medio necesario para lograr tal finalidad; en tal caso, un “propósito de mala fe” difícilmente podrá tener lugar²¹¹. Del mismo modo, si se reconoce el derecho a una transición pacífica sería contradictorio afirmar que la concesión de exenciones en función de asegurar la transición pudiese ser considerada una forma de proteger a la persona y, de este modo, acreditar la falta de voluntad en el sentido del artículo 17(2) (a)²¹². Por consiguiente, el hecho de que la impunidad será una consecuencia de una medida de exención no es *per se* suficiente para calificar tal medida de persecutora de un propósito de mala fe²¹³. Además de lo anterior, la decisión o el procedimiento que implique una impunidad debe ser tomado “con el propósito de sustraer” (art. 17 (2) (a)) o, en otras palabras, el no enjuiciamiento debe haber “obedecido” (art. 17 (1) (b)) a dicha decisión o procedimiento. De este modo debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado (propósito) y la respectiva consecuencia (sustracción)²¹⁴.

372. Mientras que el subparágrafo (a) del artículo 17 (2) exige una interpretación más subjetiva, los *subparágrafos (b) y (c)* han de ser interpretados de manera *más objetiva*²¹⁵. Pese a que el término “intención”, presente en ambos apartados normalmente conlleva a un significado subjetivo, este debe ser leído dentro de su contexto, el cual hace referencia a criterios objetivos como la “demora injustificada”, independencia e imparcialidad y las “circunstancias”, lo cual implica una lectura en general objetiva, aunque siempre indicando mala fe²¹⁶. Una *demora “injustificada”* exige menos del Estado que una demora “indebida” pues aquella da al Estado la posibilidad de presentar las justificaciones del retraso y, así, evitar el juicio de falta de voluntad por esta razón; de hecho, los redactores quisieron otorgarle a los Estados parte tal posibilidad y por ello prefirieron utilizar la palabra “injustificada” en vez de “indebida”²¹⁷. Como el Estatuto no define este concepto, se puede recurrir

²¹⁰ Por un enfoque flexible STIGEN (*supra* nota 1), pág. 424 y ss. (426, 463 y ss.); demasiado estricto CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 117, pág. 164, pág. 183, pág. 184; *idem.*, (*supra* nota 77), pág. 130.

²¹¹ SEIBERT-FOHR (*supra* nota 161), pág. 570; sobre este dilema en la justicia transicional ver también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 420 y ss., págs. 429 y ss., págs. 463 y ss.

²¹² Véase sin embargo GAVRON (*supra* nota 159), pág. 111 y s.

²¹³ Más estricto CÁRDENAS (*supra* nota 77), pág. 131 que afirma que la impunidad como un cierto *collateral damage* debe ser considerada parte del propósito.

²¹⁴ Véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 260.

²¹⁵ BENZING (*supra* nota 9), pág. 610; véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 168, pág. 316; *id.* (*supra* nota 63), pág. 901.

²¹⁶ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 290.

²¹⁷ BENZING (*supra* nota 9), pág. 610-1; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 289; véase también HOLMES, en LEE (*supra* nota 685), pág. 54; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 181; *idem.*, (*supra* nota 63), pág. 900; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 45; MOREL (*supra* nota 192), pág. 121.

a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos²¹⁸, tomando en cuenta la complejidad del caso²¹⁹, la conducta de las partes²²⁰ y la duración (comparativa) de los procesos penales en el Estado respectivo²²¹; este último también se desprende de la regla 51 RPP, según la cual la Corte debe considerar la información otorgada por el Estado en cuestión, que demuestre que sus tribunales “reúnen las normas y estándares” internacionalmente reconocidos²²². Sin embargo, una demora en este sentido solo es relevante si es contraria a la finalidad del artículo 17, esto es, llevar al sospechoso ante la justicia²²³. Una demora puede ser “injustificada”, en particular, si pudo haber sido evitada mediante el empleo de un cuidado adecuado²²⁴; las restricciones económicas o administrativas no son justificadas. De cualquier modo, la decisión no puede ser tomada *in abstracto*, sino caso a caso, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto²²⁵.

373. El subpárrafo 2 (c) —que requiere *procedimientos independientes e imparciales*— está basado en el artículo 10 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 9 (2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los que usan el término en el contexto del *ne bis in idem* (ver también art. 20 (3) (b) Estatuto de la CPI).

374. El caso debería ser admisible por falta de voluntad si los procedimientos nacionales, incluidas las respectivas investigaciones²²⁶, no fueron independientes o imparciales. Estos conceptos pueden definirse tomando como fuente, en particular, la jurisprudencia (europea) de derechos humanos²²⁷. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ambos conceptos están estrechamente vinculados. Para la independencia “se debe tener en cuenta, *inter alia*, el modo de designación de los miembros y sus períodos, la existencia de garantías contra presiones

²¹⁸ BENZING (*supra* nota 9), pág. 610-1; véase también MOREL (*supra* nota 182), pág. 122; BEKOU, en ULRICH (*supra* nota 200), pág. 74; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 140 y ss.; EL ZEIDY (*supra* nota 24) pág. 183 y ss.

²¹⁹ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 187 y s.

²²⁰ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 188 y ss.

²²¹ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 194; PICHON (*supra* nota 3), pág. 195; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 45.

²²² Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 194.

²²³ Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), págs. 183, 317.

²²⁴ Cfr. CÁRDENAS (*supra* nota 77), págs. 119-20.

²²⁵ Véase KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 140; EL ZEIDY (*supra* nota 24), págs. 182, 184; BEKOU, en ULRICH (*supra* nota 200), pág. 75; VAN DER WILT/LYNGDORF (*supra* nota 184), pág. 60.

²²⁶ Cfr. STIGEN (*supra* nota 1), págs. 300, 308 y s.

²²⁷ BENZING (*supra* nota 9), pág. 612; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 47; STIGEN (*supra* nota 1), págs. 300 y ss. Examinando la jurisprudencia con más detalle, ver VAN DER WILT/LYNGDORF (*supra* nota 184), pág. 51 y ss.; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 145 y ss.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), págs. 196 y ss.

externas y si el organismo presenta una apariencia de independencia”²²⁸. En cuanto a la imparcialidad, el TEDH distingue entre libertad de parcialidad personal del respectivo tribunal y —objetivamente— la existencia de garantías suficientes de imparcialidad²²⁹. La imparcialidad ha sido definida en términos similares por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en *Furundzija* afirmando que “existe una regla general según la cual un juez no solo debe estar subjetivamente libre de parcialidad, sino también que no exista nada en las circunstancias envolventes que objetivamente den una apariencia de parcialidad”²³⁰. En suma, la independencia se refiere a la influencia externa en los tribunales y procedimientos, mientras que la imparcialidad se refiere a la posible parcialidad del personal del tribunal²³¹. Una “efectiva”, esto es, *inter alia*, CVR²³² independiente e imparcial puede contrarrestar la falta de independencia o imparcialidad²³³.

375. Ambos subparágrafos (b) y (c) requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean “incompatibles con la intención de *hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia*”. Este requisito, que opera además de los anteriores²³⁴ y que agrega un elemento de subjetividad²³⁵, remite al subparágrafo (a) en el sentido que confirma que la persona no debe ser sustraída de su responsabilidad criminal, es decir, investigado y enjuiciado penalmente²³⁶. Si se defiende un concepto amplio de justicia, como este autor²³⁷, un procedimiento cuasi judicial, conducido por ejemplo por una efectiva CVR, aunque con la posibilidad de un proceso penal y una sanción posterior, sería en tal sentido suficiente²³⁸.

²²⁸ *Langborger v. Sweden*, ECtHR judgement, 22 de junio de 1989 (11179/84) parg. 32: “regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of the members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence”; *Findlay v. United Kingdom* ECtHR judgement, 25 de febrero de 1992 (22107/93), parg. 73.

²²⁹ *Findlay v. United Kingdom* (*supra* nota 228), parg. 73: “First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect.”; *Pullar v. United Kingdom*, ECtHR judgement, 10 de junio de 1996 (22399/93) parg. 30.

²³⁰ *Prosecutor v. Furundzija*, Appeal’s judgement, 21 de julio de 2000 (IT-95-17/1) parg.189: “there is a general rule that a Judge should not only be subjectively free from bias, but also that there should be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance of bias.”

²³¹ RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 46.

²³² Sobre el criterio de “eficacia” ver la referencia ya hecha en *supra* nota 153.

²³³ Véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 143 y s., parg. 43; también RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 181.

²³⁴ Cfr. KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 143, pág. 149 y s.

²³⁵ CARNERO ROJO (*supra* nota 114), pág. 835.

²³⁶ Ver *supra* nota 159 con texto principal.

²³⁷ AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), págs. 10 y ss., parg. 2 con mayores referencias. Véase también STIGEN (*supra* nota 1), págs. 433 y ss., 446 y ss.

²³⁸ Véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 143 y s., parg. 43 con mayores referencias.

Controvertido es, sin embargo, si el respectivo procedimiento judicial debe satisfacer los estándares del *debido proceso*²³⁹. Si bien la redacción del artículo 17, especialmente la referencia a los “principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional” (parg. (2)) como también las referencias a la demora injustificada (parg. 2 (b)) y la independencia/imparcialidad (parg. 2 (c)), parece sugerir que²⁴⁰ la historia de la redacción de la norma y la *lógica* del artículo 17 hablan en su contra²⁴¹. Las propuestas que incluían la equidad procesal fueron rechazadas durante las negociaciones²⁴². La función del artículo 17 no es garantizar el debido proceso —los respectivos derechos están expresamente establecidos en el art. 67— pero con la finalidad de impedir la impunidad, ejerciendo presión sobre los Estados para enjuiciar y castigar los crímenes nucleares internacionales, y ante una negativa, remitir los casos ante la CPI²⁴³. Esto deriva claramente del requisito “intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” contemplado al final de los subparágrafos (b) y (c). Con este requisito queda claro que el hacer comparecer a la persona ante la justicia es —además (“y”) de procedimientos rápidos, independientes e imparciales— el objetivo principal de ambos subparágrafos²⁴⁴. De este modo, la situación bajo los subparágrafos (b) y (c) difiere de la situación bajo los derechos humanos en que el propósito del artículo 17 es primeramente impedir la impunidad y no la protección de los derechos procesales. El artículo 17 se trata sobre la admisibilidad y no sobre el debido proceso. La CPI es una corte penal y no de derechos humanos. De hecho dentro del marco de la admisibilidad, es más importante asegurar que la persona sea conducida ante la justicia que proteger sus garantías procesales. La existencia de tales derechos a nivel nacional haría mucho más difícil condenar a los acusados, y así operaría a favor de la admisibilidad ante la CPI; mientras que la ausencia de dichos derechos haría más fácil la función de condenar, dificultan-

²³⁹ Para una crítica convincente sobre el *due process thesis*, ver KEVIN HELLER, “The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, en *CLF* 17, 2006, 255, pág. 260 y ss. Véase también CARNERO ROJO (*supra* nota 114), pág. 836 y ss. (852 y ss.); PICHON (*supra* nota 3), pág. 192 y ss.

²⁴⁰ HELLER (*supra* nota 239), pág. 258 y s.; también KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 127 y ss; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 169; en contra CARNERO ROJO (*supra* nota 114), pág. 837 y s., 852 que considerando una interpretación literal *not decisive* y remarca el significado ambivalente de *justice* como *trial* (proceso) o *accountability* (resultado).

²⁴¹ Para una interpretación más detallada y discusión al respecto ver CARNERO ROJO (*supra* nota 114), pág. 838 y ss., 840 y ss. que concluye que en la historia de la redacción se muestra claramente que los redactores estaban a favor de la intervención de la CPI solo cuando los procesos internos injustos fueren conducidos con la intención de proteger a la persona frente a la justicia. (852); HELLER (*supra* nota 239), pág. 262 y s., 270 y ss.; PICHON (*supra* nota 3), pág. 193.

²⁴² HELLER (*supra* nota 239), pág. 272-3; CARNERO ROJO (*supra* nota 114), pág. 849; PICHON (*supra* nota 3), pág. 193.

²⁴³ Véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 221.

²⁴⁴ Véase también PICHON (*supra* nota 3), pág. 193; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 152: (“blind spot vis-à-vis unfair proceedings”).

do la admisibilidad ante la CPI a favor de la jurisdicción nacional²⁴⁵. Desde la perspectiva de la complementariedad, por tanto, la ausencia del debido proceso es la opción preferida. Otra lectura del artículo 17 (2) (b) y (c) es solo posible si los criterios del debido proceso y el requisito de “intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” hubieren sido redactados de manera disyuntiva en vez de conjuntiva²⁴⁶. O habría que interpretar la cláusula del debido proceso en sentido amplio en atención a los principios y estándares relativos al deber de investigar, enjuiciar y castigar los crímenes internacionales²⁴⁷.

376. Comparando los subparágrafos (a), (b) y (c) se puede concluir que la *mala fe* se encuentra en el centro del test de falta de voluntad²⁴⁸. El punto crucial está en si los procedimientos no son “genuinos”, en el sentido ya explicado, es decir, si la desviación de un procedimiento genuino es tal que debe ser considerado como una expresión de mala fe del Estado y, por tanto, realizado sin voluntad²⁴⁹. En consecuencia, el test de la “falta de voluntad” gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia, no se trata de realizar juicios morales sobre el sistema nacional de justicia en cuestión²⁵⁰. Pueden existir razones legítimas para no investigar, enjuiciar o condenar, por ejemplo, falta de evidencia, falta de interés público o consideraciones de índole política²⁵¹. Además, el umbral del subparágrafo (a) es considerablemente más alto que el de los subparágrafos (b) y (c). Así, parece que el subparágrafo (a) comprende a los subparágrafos (b) y (c)²⁵², por lo que es aconsejable que el fiscal examine en primer lugar estos criterios y solo una vez que sean satisfechos, analice el subparágrafos (a)²⁵³. En cualquier caso, el umbral del parágrafo 2 es en general alto²⁵⁴.

b') *Aplicación a la situación en Colombia*

377. La aplicación del criterio de falta de voluntad a una situación concreta es sumamente compleja porque implica fuertes valoraciones sobre el sistema de justicia del Estado respectivo en general y su actuar en cuanto a crímenes internacionales en particular. En cuanto a la situación colombiana es importante reconocer, en

²⁴⁵ Véase también BENZING (*supra* nota 9), pág. 612 y s.; PICHON, (*supra* nota 3), pág. 193 y s., 196; VAN DER WILT/LYNGDORF (*supra* nota 174), pág. 63 y s., 67 y ss.; HELLER (*supra* nota 239), págs. 257, 261 y s.

²⁴⁶ Véase HELLER (*supra* nota 239), págs. 279 y s. con una nueva propuesta de reforma al art. 14.

²⁴⁷ Para esto ver una interpretación atípica KLEFFNER (*supra* nota 11), págs. 131 y ss.

²⁴⁸ CÁRDENAS (*supra* nota 19), pág. 113; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 290; EL ZEIDY (*supra* nota 24), págs. 168, 236.

²⁴⁹ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 252.

²⁵⁰ Cfr. STIGEN (*supra* nota 1), pág. 252.

²⁵¹ Véase para una discusión de estas razones STIGEN (*supra* nota 1), pág. 309 y ss.

²⁵² Véase también EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 170.

²⁵³ PICHON (*supra* nota 3), págs. 195 y s.

²⁵⁴ EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 170.

primer lugar, que hay muchos esfuerzos en varios niveles (públicos e incluso privados) de hacer frente a la violencia y a los hechos objeto de la LJP. Por consiguiente, un análisis de la voluntad en este caso no solamente debe examinar los sub-criterios del artículo 17 (2) ECPI —propósito de sustraer de la responsabilidad penal, demora injustificada, y falta de independencia o imparcialidad— aisladamente sino debe ponerlos en el contexto real y concreto de la situación colombiana mediante una valoración global de los múltiples esfuerzos mencionados.

(1) *Propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad*

378. Si comenzamos con el análisis de los subcriterios, surge primero la pregunta de si existe un *propósito de sustraer de la responsabilidad penal* a los miembros de los GAOML. En este sentido es de anotar que si bien la LJP no concede una amnistía ni un indulto²⁵⁵, y exige la investigación, el enjuiciamiento y el juicio de miembros de GAOML²⁵⁶, la esencia de la cuestión radica en la evaluación de la llamada *pena alternativa* con un máximo de ocho años. La cuestión decisiva es entonces si tal “pena alternativa” podría considerarse una expresión de falta de voluntad sobre la base de *mala fe*. La Corte Constitucional sostuvo que esa pena se podría considerar desproporcionadamente baja cuando se aplican a la delincuencia grave²⁵⁷, pero esto no significa que esta pena alternativa en sí misma constituya una desproporción en relación con el derecho a la justicia ya que no extingue automáticamente la pena principal, sino que es condicionada a la confesión plena y veraz y a la reparación de las víctimas. Por esta razón, no es muy probable que las sentencias derivadas de la LJP y el consiguiente efecto de cosa juzgada sea invertido por la CPI sino que más importancia puede ser dada a la contribución real del postulado a la verdad y reconciliación y su reinserción a la sociedad.

(2) *Demora injustificada*

379. El criterio de la *demora injustificada* en el contexto de la LJP puede analizarse desde un enfoque *absoluto*, teniendo en cuenta los lapsos transcurridos para llevar a cabo la investigación y juzgamiento de los postulados, y desde un enfoque *relativo*, comparando los plazos de investigación y juzgamiento de la LJP con los de la justicia ordinaria. De todos modos, la valoración de este criterio debe orientarse en la complejidad de los hechos investigados bajo el marco legal de la LJP, las actuaciones de las autoridades y el comportamiento de los postulados. Si bien la pluralidad de conductas y autores objeto de investigación en la LJP hace complejo el trabajo de la UNJP, debe también advertirse que la prueba de los hechos parte fundamentalmente de la confesión del postulado, lo cual hace particular el escenario y trabajo de investigación en justicia y paz, ya que no se trata de probar la culpa-

²⁵⁵ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1, cap 1), consideraciones de la Corte VI. 3.3.

²⁵⁶ Art. 2° inc. 1° de la LJP.

²⁵⁷ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1, cap 1), consideraciones de la Corte VI. 6.2.1.5.1.

bilidad sino de verificar los hechos confesados. En todo caso, un análisis desde el enfoque relativo plantea el problema de que es prácticamente imposible encontrar información fiable sobre la *duración de los procesos ordinarios* para poder compararlos con el procedimiento de la LJP. La información empírica del Consejo Superior de la Judicatura indica que los tiempos procesales para el juzgamiento de un homicidio son 16,4 meses bajo la ley 600 de 2000 (C. de P. P. anterior) y 3,9 meses en 2007 y 5,3 meses en 2008 bajo la ley 906 de 2004 (C. de P. P. vigente)²⁵⁸, pero es importante tener en cuenta que bajo este nuevo sistema procesal la tasa de impunidad para homicidios es de aproximadamente 97 por ciento y sigue siendo muy alta²⁵⁹. En el caso de las investigaciones de crímenes cometidos contra sindicalistas, que hacen parte del caso 1787 de la Organización Internacional de Trabajo²⁶⁰, se han proferido entre los años 2002 y 2007 en 68 casos 82 sentencias condenatorias contra 134 personas²⁶¹. Se falla en promedio 1,1 casos por mes²⁶². Además, se puede notar que las sentencias contra miembros de grupos paramilitares en la justicia ordinaria han sido logradas en varios casos gracias a información revelada por postulados en Justicia y Paz²⁶³.

380. En cuanto al *enfoque absoluto* es de igual manera sumamente difícil hacer valoraciones. Desde la entrada en vigor de la LJP (25 de julio de 2005) ningún caso ha terminado con una sentencia ejecutoriada. En el proceso contra Wilson Salazar Carrascal (alias “el Loro”), el caso más avanzado, el Tribunal de Justicia y Paz emitió una sentencia condenatoria el 19 de marzo de 2009, es decir, tres años después de la desmovilización (3 de marzo de 2006). Si bien esto no parecía ser excesivamente

²⁵⁸ C. S. de la J., Sala Administrativa, cifras disponibles en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/INFORME%20SAP%202.doc y http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/INTERVENCION%20%20DEL%20DR.%20TORRES%20COMISION%20PRIMERA.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009). Según el Consejo Superior de la Judicatura, el tiempo procesal es el tiempo que transcurre desde la primera audiencia de control de garantías hasta la audiencia de sentencia e individualización de la pena.

²⁵⁹ Véase el informe *La impunidad en el sistema penal colombiano* (supra nota 93, cap 1); véase también el informe final de SNEIDER RIVERA/ LUIS BARRETO, *La impunidad en el sistema penal acusatorio en Colombia*, Resumen ejecutivo, pág. 11. Disponible en: <http://www.mjj.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo4362DocumentNo2463.PDF> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁶⁰ Se trata de un caso ante la Organización Internacional de Trabajo que agrupa quejas de violencia contra sindicalistas en Colombia, véase: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/single.pl?query=0319952971787> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁶¹ Cifras disponibles en: www.usleap.org/files/MSPSentencesMarch08.doc (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁶² C. S. de la J. “Resumen del Informe al Congreso, 2007”. Disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/Resumen%20Informe%20al%20Congreso%202007.doc (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁶³ Véase por ejemplo el caso del paramilitar Ever Veloza García, alias “HH”, FGN, Noticia de Prensa, Condenado alias “HH” por crimen de concejal, disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/PAG/DIVULGA/noticias2009/secantioquia/SaAliasHHJul21.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

largo no hay que olvidar que el caso tenía que ver con muy pocos delitos y aún no había concluido, puesto que la ejecución de la pena alternativa se había suspendido por el Tribunal, debido a cargos pendientes, especialmente el más grave delito de “concierto para delinquir agravado”²⁶⁴. Además, la parcialidad de la investigación e imputación de los delitos cometidos llevó a la C. S. de J. a anular el proceso desde la audiencia de formulación de cargos, inclusive²⁶⁵. Es de anotar que el caso ha servido para resolver controversias jurídicas sobre la adecuada aplicación de la LJP mediante la repetida apelación de las decisiones tomadas en el trascurso del proceso, lo cual ha contribuido a la demora del proceso²⁶⁶. Por lo tanto, la demora del caso no tiene que ver exclusivamente con las labores investigativas. Sin embargo, es preocupante notar que el segundo caso más avanzado contra Gian Carlo Gutiérrez Suárez del bloque Calima, quien operó como patrullero y confesó 26 hechos delictivos en versión libre entre mayo y diciembre de 2007, no ha podido avanzar más allá de la legalización de cargos, audiencia que fue anulada²⁶⁷.

381. La valoración del criterio de la demora injustificada depende además de la *técnica y estrategia de investigación* de la Fiscalía. En este contexto hay que tener en cuenta que la C. S. de J. exige la investigación de los patrones de sistematicidad y generalidad de las violaciones de los derechos humanos y de los daños individual y colectivamente causados por el accionar del GAOML. Por consiguiente, la Fiscalía debe ir más allá de la investigación de los hechos cometidos por un postulado de manera individual, y contextualizar el caso concreto dentro del contexto del conflicto armado. Estas exigencias de la jurisprudencia convierten las investigaciones en asuntos aún más complejos. Al mismo tiempo estas exigencias, en combinación con el sinnúmero de hechos, victimarios y víctimas, ponen de manifiesto que una *estrategia global*, en particular con respecto a la *selección y priorización* de casos e investigaciones, cuya falta ya ha sido criticada anteriormente²⁶⁸, es indispensable. El instrumento de la *imputación parcial*, ya discutido en detalle²⁶⁹, es, a lo mejor, solamente una respuesta parcial a esta situación.

(3) *Procedimientos independientes e imparciales*

382. En relación con el requisito de *procedimientos independientes e imparciales*, es de notar primero que la aprobación de la LJP fue objeto de una larga y amplia discu-

²⁶⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, (*supra* nota 279), parg. 163.

²⁶⁵ Véase *supra* parg. 327.

²⁶⁶ Véase en este contexto las decisiones de la CSJ producidas en relación con el caso de Wilson Salazar Carrascal, C. S. de J., rad. 27052 (*supra* nota 59, cap i), rad. 27484 (*supra* nota 60, cap i) y 2 de octubre de 2007, rad. 29560 (*supra* nota 294, cap i), rad. 31539 (*supra* nota 37, cap i).

²⁶⁷ Véase <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/DetalleAudiencia.asp?ced=16485987> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009) véase parg. 214.

²⁶⁸ Véase *supra* parg. 311. Sobre la falta de priorización de casos, véase también SAFFÓN (*supra* nota 7, Intr.), pág. 103; nota 280, pág. 195; nota 345, pág. 206.

²⁶⁹ *Supra* parg. 195 y ss.

sión pública de muchos sectores de las distintas ramas de poder y sectores de la sociedad civil entre los años 2003 y 2005²⁷⁰. Posteriormente, la constitucionalidad de la LJP fue revisada por la Corte Constitucional en varias sentencias. La práctica del gobierno de utilizar decretos reglamentarios para definir la aplicación de la LJP ha sido criticada como un intento de evadir de manera ilegal los cambios normativos ordenados por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 respecto a la versión original de la LJP²⁷¹. Independientemente de hasta qué punto es cierta esta afirmación, cabe anotar que en el marco de la aplicación de la LJP las autoridades han adoptado un concepto flexible en cuanto al *recurso* a los decretos reglamentarios para llenar vacíos normativos. El fundamento central para la aplicación de la LJP por las autoridades judiciales son las disposiciones interpretadas por la Corte Constitucional²⁷². Ni la interpretación ni la aplicación de la LJP ha sido controlado por la rama ejecutiva u otros actores externos para desconfiar de la independencia sustancial de las autoridades judiciales.

383. En cuanto al procedimiento concreto es de anotar que la etapa administrativa termina con la remisión del listado de postulados por el Ministerio del Interior y de Justicia a la FGN²⁷³. A partir de este momento, los procesos penales quedan bajo la exclusiva competencia de las autoridades judiciales que no están sometidas al control o la supervisión de la rama ejecutiva. La exclusión de postulados de la LJP no puede ser ordenada por el gobierno, pues compete a la Fiscalía o al Tribunal de JP, según sea el caso²⁷⁴. La verificación de los requisitos de elegibilidad está exclusivamente en manos de las autoridades judiciales²⁷⁵. Las decisiones judiciales que dictará el Tribunal en materia de reparaciones para las víctimas, no podrán ser sometidas a una revisión de Acción Social como administrador del Fondo de Reparación argumentando la escasez de recursos²⁷⁶. Además, es competencia exclusiva del Tribunal vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados²⁷⁷.

²⁷⁰ Fundación Social (*supra* nota 5, cap 1).

²⁷¹ Comisión Colombiana de Juristas, *A pesar de los cambios, el gobierno sigue desconociendo sentencia de Corte Constitucional en reglamentación*, Boletín núm. 4, 4 de octubre de 2006. disponible en <http://www.coljuristas.org/LinkClick.aspx?fileticket=sRBPuzF3IBs=&tabid=126&mid=522> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); decr. 3391 de 2006.

²⁷² Véase Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá (*supra* nota 289), parg. 204 en relación con la reparación económica y simbólica de las víctimas a cargo del Fondo de Reparación de Víctimas; también C. S. de J., rad. 26945 (*supra* nota 44, cap 1) que niega la posibilidad de aplicar el art. 71 LJP con fundamento en el principio de favorabilidad, como lo disponía el art. 2° del decr. 4436 de 2006 (dic. 11).

²⁷³ C. S. de J., rad. 28492 (*supra* nota 73, cap 1), Consideraciones; rad. 29472 (*supra* nota 73, cap 1), Consideraciones.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, véase también el art. 8° inc. 1° del decr. 4760 de 2005.

²⁷⁶ CC, C-370 de 2006 (*supra* nota 1, cap. 1), Consideraciones de la Corte, 6.2.4.3.1.3.

²⁷⁷ Art. 32 inc. 1° LJP.

(4) *Aspectos generales y paradigmáticos*

384. Como se ha dicho al comienzo de esta sección, es importante —aparte la subsumción de los sub-criterios— tomar en cuenta algunos *aspectos generales o paradigmáticos* para poder hacer la necesaria valoración global con respecto a la voluntad. En este sentido, es de señalar en primer lugar que se ha creado un *marco institucional*, ya descrito en detalle (ver *supra* párg. 73 y ss.), mediante la asignación de funciones especiales relacionadas con la aplicación de la LJP a instituciones ya existentes o la creación de instituciones nuevas. Ante los retos que ha traído la ejecución y aplicación de la LJP, se han aumentado progresivamente los recursos personales, financieros, institucionales y logísticos. Durante las distintas audiencias (versión libre, imputación, formulación de cargos, control de legalidad de la aceptación de cargos, incidente de reparación), se puede notar la consciencia y *buena voluntad* de los operadores judiciales para orientar la labor jurídica con los estándares internacionales sobre la judicialización de crímenes internacionales²⁷⁸. La falta de planeación, preparación y adecuación de las actividades en relación con la investigación, el juzgamiento y la asistencia a las víctimas no se presenta como falta de voluntad de las autoridades judiciales.

385. En cuanto a los postulados *extraditados*, entre estos varios comandantes de los bloques paramilitares, es de anotar en primer lugar que aunque los jefes paramilitares no han sido protegidos contra la justicia en general, ya que serán sometidos a un juicio por narcotráfico en Estados Unidos, no serán juzgados por las autoridades judiciales estadounidenses por otros delitos cometidos durante su pertenencia a las AUC. Sin embargo, en relación con el requisito del propósito de sustraer a estos comandantes de la responsabilidad penal, o sea la demostración de una intención específica del Estado de protegerlos contra un juzgamiento por la comisión de crímenes internacionales en Colombia, no hay pruebas fidedignas de que ésta fue la finalidad última del gobierno. Más bien el gobierno se ha sometido a la decisión de la C. S. de J. de que no es competente para excluir a un postulado de la LJP. Ciertamente, la falta de haber puesto en marcha instrumentos adecuados para garantizar la cooperación judicial entre las autoridades judiciales en Colombia y Estados Unidos y facilitar la realización eficaz de audiencias virtuales para Justicia y Paz y la aparición de los extraditados como testigos en los procesos penales adelantados por el escándalo de la parapolítica contra políticos colombianos, plantea la posibilidad de ver la decisión de extradición como un acto de mala fe. Además, las demoras causadas por no contar con un marco legal adecuado para una cooperación judicial eficaz, podrían entenderse como una demora injustificada de juzgar a los comandantes como máximos responsables, pues con la

²⁷⁸ Sobre la tipificación de las conductas delictivas cometidas por los postulados como crímenes de guerra o de lesa humanidad, véase también Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Área de Justicia, 2º *informe sobre las fórmulas de imputación de crímenes internacionales en el marco de Justicia y Paz*, julio de 2009.

decisión de extraditarlos recae sobre el Estado colombiano la responsabilidad para posteriores dilaciones de los procesos en Estados Unidos. Finalmente, tampoco se puede negar que la extradición dificulta que los comandantes sean procesados por la justicia ordinaria en el caso de que se retiren del proceso de justicia y paz o sean excluidos del mismo.

386. El tratamiento judicial de los llamados *soldados rasos* de los GAOML, contra los cuales no hay indicios de que hayan cometido otras conductas punibles que la mera pertenencia a un GAOML, no puede entenderse como expresión del interés de las instituciones estatales de protegerlos contra investigaciones judiciales por la comisión de graves delitos. La propuesta legislativa de resolver su situación jurídica mediante la aplicación del *principio de oportunidad*²⁷⁹ deja claro que esta figura no se extiende a los delitos graves posiblemente cometidos durante la pertenencia. Además, el principio de oportunidad no protege a los desmovilizados contra investigaciones posteriores cuando las autoridades judiciales reciban denuncias de la comisión de un delito grave o inicien una investigación *ex officio*. En este contexto vale la pena mencionar que un análisis de la jurisprudencia de la C. S. de J. en relación con el artículo 71 LJP muestra que en varias decisiones entre octubre de 2005 y julio de 2007, la C. S. de J. aplicó el artículo 71 LJP otorgando los beneficios jurídicos de la ley 782 de 2002 a miembros de grupos paramilitares por la conducta penal de haber pertenecido a un GAOML²⁸⁰. Se debe tener en cuenta que con la postulación como requisito formal para dar inicio a la fase jurídica del proceso de Justicia y Paz el ámbito de aplicación personal de la LJP ha sido definido principalmente durante o poco después de la etapa de desmovilización colectiva de los bloques paramilitares cuando se incluyó a los desmovilizados en las listas de postulados. En este momento existía muy poca información sobre los delitos cometidos por los desmovilizados. El proceso de desmovilización y postulación no ha sido llevado a cabo de manera adecuada, pues se vio afectado por irregularidades en cuanto a la identificación de los desmovilizados y su involucramiento cuantitativo y cualitativo en la comisión de delitos (véase *supra* parg. 302 y ss.). En varios casos, se incluyó a desmovilizados sin que estos tuvieran pleno conocimiento sobre las implicaciones de la postulación. Así, por ejemplo, en el caso de una desmovilización colectiva de un bloque paramilitar en la costa Caribe el bloque incluyó a aproximadamente 500 personas en el listado de postulados con el único fin de entregar todos los formularios de postulación facilitados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz. De este grupo, solamente 25 personas habían expresado anteriormente su voluntad de ser postuladas. Los otros se postularon por

²⁷⁹ Ver *supra* parg. 44 y s., 68 y s., 298.

²⁸⁰ C. S. de J., rad. 24311, 24310, 24526 (*supra* nota 56, cap i). Durante el período del 18 de mayo de 2006 —fecha de la declaración de inexecutable del art. 71 LJP por vicios formales por la CC (C-370 de 2006)— y hasta el 11 de julio de 2007—fecha de la decisión de la C. S. de J. sobre la no aplicabilidad del art. 71 LJP para miembros paramilitares—, la C. S. de J. aplicó el art. 71 LJP con fundamento en el principio de favorabilidad; véase al respecto, con más detalle, HUBER (*supra* nota 7, Intr.), págs. 378 y ss.

órdenes de sus comandantes²⁸¹. Las elevadas cifras de no ratificación de postulados de los bloques Norte y Tayrona pueden explicarse por la falta de un control adecuado sobre la inclusión de personas en las listas de postulados que posteriormente renunciaron al proceso de JP. Otros bloques paramilitares cuentan con muy pocos postulados. En el caso de las estructuras paramilitares del comandante paramilitar alias “Don Berna” (bloques Cacique Nutibara, Héroes de Granada y Héroes de Tolová) se desmovilizaron 3200 personas²⁸², pero solo aproximadamente 50 postulados están participando hoy en el proceso de Justicia y Paz²⁸³. Estos ejemplos son indicios claros de que el trámite de *postulación* para definir el ámbito de aplicación personal de la LJP se realizó de manera *inadecuada*. Esto afecta la aplicación de la LJP y debería ser tomado en cuenta al aplicar el principio de oportunidad para los desmovilizados no postulados a la LJP.

387. Los procesos penales a causa del fenómeno del paramilitarismo no han sido limitados a miembros de las AUC. En el marco del escándalo de la parapolítica, las autoridades judiciales como la C. S. de J. y la FGN han hecho un gran esfuerzo para investigar los nexos entre la clase política y el grupo armado ilegal de las AUC. También se está llevando a cabo o inclusive reabriendo investigaciones penales contra miembros de la fuerza pública²⁸⁴. En este sentido, la LJP puede entenderse como un procedimiento penal especial para integrantes de un GAOML que se enmarca en un *contexto más amplio de investigación y juzgamiento de sectores políticos, militares o económicos involucrados en o vinculados con el paramilitarismo*. De esta manera, la LJP y los procesos ante la justicia ordinaria se complementan mutuamente²⁸⁵. Para la investigación de la responsabilidad penal de políticos, militares y otras personas no pertenecientes a los GAOML, la UNJP ha recopilado la información recaudada durante las versiones libres y compulsado copias en los casos de 218 políticos (de estos 128 alcaldes, 28 concejales, 28 senadores, 16 representantes a la cámara y 18 gobernadores), 140 miembros de la Fuerzas Armadas, 44 servidores públicos y 4.371 casos más contra otros individuos²⁸⁶. La FGN y la C. S. de J. han iniciado hasta el 20 de junio de 2009 83 investigaciones contra congresistas, de las cuales 29 se

²⁸¹ Información recibida de un desmovilizado del bloque Tayrona durante una entrevista realizada el 16 de agosto de 2009.

²⁸² Véase Alto Comisionado para la Paz, Proceso de paz con las autodefensas, Presentación general. Disponible en <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/web/guest/autodefensa/dialogos.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁸³ FLORIAN HUBER, “¿Qué quieren las víctimas como reparación y qué pueden esperar de los mecanismos de reparación diseñados por la Ley de Justicia y Paz? – Un balance crítico de la implementación de la ley 975 de 2005 y su impacto práctico”, Ponencia en el marco de la conferencia “Reparación en Colombia: ¿qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad”, organizada por el proyecto ProFis de la GTZ, Bogotá, 8 de mayo de 2009 (documento inédito).

²⁸⁴ C. S. de J., rad. 30510 (*supra* nota 29, cap 1).

²⁸⁵ Sobre la tensión entre los procesos de JP y de la justicia ordinaria en relación con los postulados, véase *supra* parg. 300 y ss.

²⁸⁶ UNJP (*supra* nota 512, cap 1).

encuentran en etapa preliminar, 18 en etapa de instrucción y 9 en etapa de juicio²⁸⁷. Al menos 10 congresistas han sido condenados hasta el momento²⁸⁸.

388. En resumen se puede concluir que *no hay falta de voluntad* del Estado colombiano. Con esto no se quiere negar que existen algunos problemas y déficits, en particular la falta de una estrategia global por parte de la Fiscalía pero también de otras entidades públicas, y algunas dudas frente a ciertos mecanismos como la extradición y el principio de oportunidad. No obstante, la valoración global en términos de buena/mala fe como expresión normativa de voluntad y con base en la subsunción de los subcriterios es por el momento positiva en el sentido del reconocimiento de los esfuerzos múltiples que hemos identificado.

c) Incapacidad

a) Consideraciones generales

389. Si bien el concepto de incapacidad es más objetivo y fáctico que la falta de voluntad²⁸⁹, su correcta interpretación aún crea problemas²⁹⁰. La incapacidad está determinada por tres eventos: (1) colapso “total”, (2) colapso “sustancial” o (3) el “carecer” de un sistema de justicia nacional²⁹¹. Los eventos mencionados que conllevan a la incapacidad²⁹² del Estado implican que este “no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio” (art. 17 (3))²⁹³.

390. Un *colapso total* presupone que el sistema judicial en su conjunto —no solo temporal o parcialmente— no funcione más²⁹⁴. En este sentido, un colapso total

²⁸⁷ Véase Corporación Nuevo Arco Iris, “Observatorio del Conflicto Armado, los expedientes de la parapolítica”. Disponible en http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/oca/analisis/parapolitica_legislativa_JUNIO_2009.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

²⁸⁸ *Ibidem*, véase también, entre otras, las sents. de la C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto del 25 noviembre 2008, rad. 26942 (sin M. P.); auto del 1º agosto 2008, rad. 26470 (sin M. P.); auto del 19 diciembre 2007, rad. 26118 (sin M. P.); auto del 16 mayo 2008, rad. 26740, (sin M. P.).

²⁸⁹ HOLMES, en CASSESE/GAETA/JONES (*supra* nota 180), pág. 677; WEI (*supra* nota 178), pág. 74; EVANS (*supra* nota 200), pág. 4; MOREL (*supra* nota 182), pág. 129; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 152 y s.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 222.

²⁹⁰ Ver EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 227 con referencias de ambas posiciones.

²⁹¹ ARSANJANI/REISMANN (*supra* nota 188), pág. 329; OTP, Complementarity (*supra* nota 114), parg. 49; EL ZEIDY (*supra* nota 63), pág. 903; RUTH PHILIPS, “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, en *CLF* 10, 1999, 61, pág. 79. – En la práctica es poco relevante si los calificativos “total o sustancial” también se refieren a la no disponibilidad, ver KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 153.

²⁹² “Judicial system” debe ser entendido ampliamente, ver KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 154.

²⁹³ Para una discusión ver STIGEN (*supra* nota 1), pág. 326 y ss.

²⁹⁴ CÁRDENAS (*supra* nota 77), pág. 125; *idem.*, 2005, (*supra* nota 19), pág. 126; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 314 y s. (“could arguably be temporary, albeit not too brief, [...]”).

puede ser equiparado a la inactividad, como ya se discutió anteriormente²⁹⁵. Este es, por ejemplo, el caso en que las autoridades de un Estado han perdido el control sobre su territorio en la medida en que la administración de justicia se ha roto completamente, o donde las autoridades, si bien ejercen (algún) control (militar o político) sobre el territorio, no efectúan tal administración²⁹⁶. De este modo, el colapso total puede definirse como “una ruptura completa de la administración nacional de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia”²⁹⁷.

391. En cuanto a un *colapso sustancial*, se discute si la disposición implica una evaluación cuantitativa y/o cualitativa²⁹⁸. Se debe tomar en cuenta que el término original “parcial”, fue reemplazado por “sustancial” a fin de aumentar el umbral de admisibilidad y reafirmar la supremacía de las jurisdicciones nacionales²⁹⁹. Esto significa que se requiere de una interpretación restrictiva. El colapso es “sustancial” si produce un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia³⁰⁰. El sistema debe estar dañado a tal extremo que ya no es capaz, en general, de asegurar la investigación del caso ni tampoco el enjuiciamiento de los individuos³⁰¹. Un colapso limitado geográficamente puede ser suficiente, esto es, si el control efectivo del Estado no se extiende a todo el territorio, pero falla en algunos lugares³⁰²; un buen ejemplo es la situación de la región de Ituri en la República Democrática del Congo³⁰³. Sin embargo, si tal colapso parcial (sustancial)

²⁹⁵ Cfr. KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 154, 160.

²⁹⁶ BENZING (*supra* nota 9), pág. 614; MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 86; EDOARDO GREPPI, “Inability to investigate and prosecute under article 17”, en M. POLITI/F. GIOIA (eds.) *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Hampshire, Ashgate, 2008, págs. 63, 64.

²⁹⁷ PICHON (*supra* nota 3), pág. 196: “a complete breakdown of the national administration of justice, either due to the State’s loss of control over the territory or due to the national decision to efface the national administration of justice”; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 48; MARK ELLIS, “The International Criminal Court and its implication for domestic law and national capacity building”, *Fla. J. Int’l L.* 15, 2002, pág. 238 y ss.

²⁹⁸ Por “relevant facts and evidence” ver OTP, Complementarity (*supra* nota 114), parg. 50.

²⁹⁹ REISMANN ARSANJANI/ (*supra* nota 188), pág. 330-1; FRANK HOFFMEISTER/SEBASTIAN KNOKE, “Das Vorermittlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof–Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht”, en *ZaöRV* 59, 1999, pág. 785, 798; PHILIPS (*supra* nota 291), pág. 79; MOREL (*supra* nota 182), pág. 132; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 224 y ss.; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 48 y s.

³⁰⁰ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 316; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 226.

³⁰¹ BENZING (*supra* nota 9), pág. 614; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 316.

³⁰² HALL (*supra* nota 61), pág. 17; EL ZEIDY (*supra* nota 63), pág. 903 y s.; KLEFFNER, (*supra* nota 11), pág. 155; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 48 y s.; diferenciado STIGEN (*supra* nota 1), pág. 315 y s.

³⁰³ JAN WOUTERS/STEN VERHOEVEN, “Cases identified for investigation and prosecution by the International Criminal Court”, en E. ANKUMAH/E. KWAKWA (eds.) *African Perspectives on International Criminal Justice*, African Legal Aid Special Series vol. 3, Accra, Océ Business Services, 2005, págs. 133, 138.

puede ser compensado mediante el desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar, no se alcanza el umbral exigido³⁰⁴.

392. La determinación de la “no disponibilidad” es más difícil³⁰⁵, y no menos importante, pues en parte se superpone con el requisito del colapso sustancial³⁰⁶. Una interpretación literal amplia puede revelar tres potenciales aspectos: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa, y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad³⁰⁷. Integran esta lectura literal amplia³⁰⁸ argumentos sistemáticos (el art. 88 utiliza el término *availability*³⁰⁹ en un sentido más amplio que la sola existencia de una legislación) y teleológicos (la “no disponibilidad” debe ser interpretada con suficiente amplitud para reducir el número de situaciones en que la CPI deba referirse a los procedimientos nacionales, a pesar de la incapacidad actual del Estado de conducir los procesos)³¹⁰. Tal lectura amplia permitiría también incluir situaciones, bajo el concepto de no disponibilidad, en donde un sistema jurídico, en general, se encuentra establecido, pero *in concreto* no prevé un recurso judicial efectivo o el acceso a los tribunales, ya sea por razones políticas, legales o de hecho (capacidad sobrecargada), o no es capaz de producir los resultados deseados (traer al responsable ante la justicia)³¹¹. Si se acepta lo anterior, la jurisprudencia de derechos humanos en materia del recurso judicial efectivo contra violaciones graves a los derechos humanos puede proveer importantes directrices para el test de complementariedad³¹². En este sentido, las *disposiciones*

³⁰⁴ Cfr. KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 155; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 225.

³⁰⁵ Crit. la falta de claridad MOREL (*supra* nota 182), pág. 133.

³⁰⁶ Cfr. KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 155, 160.

³⁰⁷ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 316-7.

³⁰⁸ Al contrario CÁRDENAS (*supra* nota 77), pág. 124; *idem.*, 2005, (*supra* nota 19), pág. 128 indica —basándose en la versión oficial en castellano del art. 17 (3) (“al hecho de que carece”)— que un sistema *solo* no tiene disponibilidad cuando no existe. Véase también WILLIAM BURKE-WHITE, “Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice”, en CLF 19, 2008, 59, pág. 74 (“lack of judicial infrastructure”); en contra HALL (*supra* nota 61), pág. 17; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 226 y s.

³⁰⁹ En la versión en español, el art. 88 habla de “procedimientos aplicables”.

³¹⁰ Ver OTP, Complementarity (*supra* nota 114), parg. 49 con nota al pie 6, cap 1: “It is suggested that the term ‘unavailability’ should be given a broad interpretation, so as to cover the various ‘inability’ scenarios in the latter part of Article 17(3) and to cover typical cases of inability”, disponible en <http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc656350.pdf>. Véase también STIGEN (*supra* nota 1), pág. 317-8; KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 153 (“any unavailability”) y MEIßNER (*supra* nota 8), pág. 87 argumenta que existe un sistema judicial que funciona, pero que no puede, por razones normativas o fácticas, hacerse cargo del caso en particular.

³¹¹ Para una discusión más en detalle ver STIGEN (*supra* nota 1), pág. 319 y ss.; véase también BENZING (*supra* nota 9), pág. 614: “capacity overload”; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 227 y s.; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 49.

³¹² Este argumento ha sido recientemente desarrollado por VAN DER WILT/LYNGDORF (*supra* nota 184), pág. 39 y ss. argumentando que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

de exención concedidas en los procesos de transición pueden no solo ser consideradas como un problema de falta de voluntad³¹³, sino también como de incapacidad en el sentido de “no disponibilidad de derechos humanos”, es decir, una falta de un recurso judicial efectivo o el acceso a los tribunales³¹⁴. Además, la ausencia o deficiencias de la legislación nacional en relación con el derecho penal internacional (por falta de implementación del Estatuto de la CPI) podría traducirse en un sistema nacional no disponible³¹⁵. Como consecuencia de ello, la CPI podría calificar un sistema legal de Estado —por falta de implementación del Estatuto de la CPI— como “no disponible” en el sentido del artículo 17 (3). La opinión contraria rechaza tales juicios sobre la calidad de un sistema judicial nacional³¹⁶. Se indica para ello que los redactores no consideraron la posibilidad de un sistema de justicia

respecto del deber de investigar las violaciones flagrantes a los derechos humanos y su concreta evaluación de la práctica de los Estados sirve como una guía útil tanto para la falta de voluntad o incapacidad de estos como para otros Estados. Véase también STIGEN (*supra* nota 1), págs. 222 y ss., 318.

³¹³ Cfr. GROPPENGIEßER/MEIßNER (*supra* nota 141), págs. 282 y ss.; GERHARD WERLE, *Principles of International Criminal Law*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2005, párg. 193; HELMUT KREICKER, “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, en A. ESER/U. SIEBER/H. KREICKER (eds.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pág. 305.

³¹⁴ En tal sentido ANDREAS O’SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Londres-Nueva York-La Haya, Kluwer, 2002, pág. 126 argumenta que una falta de enjuiciamiento basada en una amnistía equivaldría a una incapacidad de enjuiciar debido a la no disponibilidad del sistema de justicia nacional del Estado; también por incapacidad debido a una amnistía absoluta BURKE-WHITE (*supra* nota 188), pág. 582; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 322 (ley no “at disposal”); RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 160 y s. Véase también PICHON (*supra* nota 3), pág. 195 que afirma: “amnesties have to be subsumed in general under the notion of unavailability, since it would contradict the whole purpose of an amnesty if it could easily be lifted in a concrete case” y concluye respecto de Sudán (pág. 223) que la inmunidad “leads to unavailability”. Véase también KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 106 (respecto de la amnistía), pág. 157 y s. (“statutory limitations”, “bar to carrying out the proceedings”); EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 227.

³¹⁵ JANN KLEFFNER, “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, en *JICJ* 1, 2003, 86, pág. 89; *idem.* (*supra* nota 20), pág. 156 y s.; EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 227; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 49 y ss.; BEKOU, en: ULRICH, (*supra* nota 200), pág. 78. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda otorga un ejemplo en la decisión en el caso *Prosecutor v. Bagaragaza*: aunque no en el contexto del Estatuto de la CPI, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda había decidido ya un asunto comparable cuando Noruega solicitó la remisión del caso mencionado a sus autoridades basándose en la regla 11 *bis* ICTR RPE”). Debido a que Noruega no había incorporado el crimen de genocidio en su legislación interna, la Cámara de juicio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda concluyó que Noruega carecía de jurisdicción *ratione materiae* sobre los crímenes contenidos en la acusación, y por ende “Bagaragaza’s alleged criminal acts cannot be given their full legal qualification under Norwegian criminal law, and the request for the referral to the Kingdom of Norway falls to be dismissed” (*Prosecutor v. Bagaragaza*, Decision on the Prosecution’s motion for referral to the Kingdom of Norway, 19.5.2006, ICTR-2005-86-R11, párg.16.).

³¹⁶ ARSANJANI/REISMANN (*supra* nota 188), pág. 329 y ss.; PHILIPS (*supra* nota 291), pág. 79; HOLMES, en LEE (*supra* nota 159), pág. 48.

con exceso de carga (*over-burdened*) ya que, *inter alia*, esta es una valoración que en última instancia corresponde al Estado respectivo³¹⁷. Por lo tanto, no se puede exigir más que la “existencia de cierta estructura nacional” y el cumplimiento de ciertos estándares internacionales mínimos a fin de garantizar la seguridad de las víctimas, testigos, jueces y acusados³¹⁸. En cuanto a la existencia de crímenes internacionales en la legislación nacional, para este punto de vista es suficiente que los actos concretos puedan ser debidamente sancionados, ya sea como crímenes internacionales o nacionales³¹⁹.

393. Una interpretación convincente y razonable debería basarse en un compromiso entre las interpretaciones amplia y restrictiva. Una interpretación demasiado restrictiva convertiría a los criterios “colapso total o sustancial” en algo superfluo, y por ende debe ser rechazado. Por otro lado, una interpretación demasiado amplia ignoraría la utilización del término (colapso) “sustancial” en vez de “parcial”; el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial, sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad³²⁰. Así, en resultado, la existencia de obstáculos sustanciales legales o fácticos que suponen la falta de recursos efectivos puede solo constituir no disponibilidad si esta calificación es hecha por un observador externo sin entrar a una valoración (calidad) de las sentencias respecto del funcionamiento *interno* del sistema de justicia nacional en cuestión. La calificación debe ser efectuada con fundamento en factores objetivos (cuantitativos) los cuales pueden ser fácilmente verificados desde una perspectiva externa al sistema, por ejemplo, información empírica que indique que no existen recursos efectivos para contrarrestar violaciones a los derechos humanos. Bajo estas circunstancias es posible que un exceso de capacidad pueda hacer que un sistema judicial no tenga disponibilidad, ya sea debido a la magnitud de los crímenes cometidos, o bien, debido a la falta de personal o de otros recursos³²¹.

b') *Aplicación a la situación en Colombia*

394. Para activar la LJP se han creado instituciones judiciales especializadas (por ejemplo la UNJP, las Salas de JP en los tribunales superiores de distrito judicial, la Procuraduría Judicial para JP, y las Unidades de JP para la representación de postulados y víctimas en la Defensoría del Pueblo), se ha establecido nuevas instituciones como la CNRR y las CRRB, o se está utilizando instituciones ya

³¹⁷ ARSANJANI; REISMANN (*supra* nota 188), pág. 331 y ss.

³¹⁸ BURKE-WHITE (*supra* nota 188), pág. 579.

³¹⁹ PICHON (*supra* nota 3), pág. 197; STIGEN (*supra* nota 1), pág. 319 y ss., 321, 336; RAZESBERGER (*supra* nota 19), pág. 51, 153 y ss.; también en el resultado KLEFFNER (*supra* nota 11), pág. 119 y ss., pág. 123; por una interpretación distinta que destaca la diferencia entre crímenes ordinarios e internacionales EL ZEIDY (*supra* nota 24), pág. 290 y ss.

³²⁰ STIGEN (*supra* nota 1), pág. 323 (obstáculos fácticos limitantes a los hechos externos).

³²¹ Cfr. STIGEN (*supra* nota 1), pág. 329 y s.

existentes, como Acción Social en el caso de la administración del Fondo de Reparación para las Víctimas (FRV) o la activación del programa de reparación individual vía administrativa³²². Por todo este marco institucional y su infraestructura, analizada en más detalle en el capítulo primero de este estudio³²³, esta claro que en Colombia *no* se puede hablar de un *colapso total* del sistema de justicia en el sentido del artículo 17 (3) ECPI.

395. Además, dado el concreto funcionamiento de todo el sistema de Justicia y Paz, *tampoco* se puede hablar un *colapso sustancial* del sistema judicial. A la fecha de octubre de 2008, la UNJP contó con 12 sedes regionales en 12 departamentos y estaba integrada por 552 funcionarios y la Unidad de DDHH de la Fiscalía por 258 funcionarios³²⁴. Entre 2004 y 2008 se invirtieron aproximadamente 207.000 millones de pesos (aprox. 77.000 Euros) en la infraestructura institucional para garantizar una adecuada activación y aplicación de la LJP³²⁵. Las autoridades judiciales tienen, en principio, la posibilidad de realizar actividades investigativas en todo el territorio del país. Las actividades de exhumación de cadáveres y jornadas de atención a víctimas han podido realizarse en todos los departamentos, inclusive en regiones caracterizadas por su difícil acceso por las condiciones geográficas o por la presencia de (nuevos) grupos armados ilegales³²⁶. En cuanto al colapso sustancial, que requiere una interpretación restrictiva y exige una evaluación cuantitativa o cualitativa, o ambas, orientada a la determinación de la falta de capacidad de asegurar las investigaciones de casos o el juzgamiento de los individuos, se puede, por todo ello, concluir que a pesar de las dificultades de administrar justicia en ciertas zonas del país por la limitada presencia de las autoridades judiciales y la presencia de (nuevos) grupos armados, las investigaciones realizadas en el marco de la LJP han podido realizarse, sea directamente en la zona o desplazando recursos y procedimientos a otros lugares³²⁷. Varias instituciones, como la Fiscalía, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, las personerías, Acción Social y la CNRR han

³²² Véase *supra* párg. 73 y ss.

³²³ Ver *supra* I. 3. y *passim*.

³²⁴ Cifras disponibles en: [http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/Presentaciones_Renteria/CR_Justicia_2019\(27_oct_08\).pdf](http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/GCRP/Presentaciones_Renteria/CR_Justicia_2019(27_oct_08).pdf) (visitado por última vez el 31 de agosto de 2009).

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Véase UNJP FGN, Subunidad de Búsqueda de Desaparecidos, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/EXH/imagenes/mapa-de-colombia.jpg> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); FGN, “Informe de Gestión 2008-2009”, pág. 109, disponible en http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/fiscalia/archivos/RendiciondeCuenta/informe_de_gestion_09.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); “20 grupos satélites de la Policía Judicial”, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Despachos.htm> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

³²⁷ Véase la presencia de la CNRR en las regiones a través de sus 12 oficinas regionales. Información disponible en: <http://www.cnrr.org.co> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009); entre 2006 y 2009, la Fiscalía ha realizado jornadas de atención a víctimas en 352 municipios, a las cuales asistieron 70.957 personas, UNJP (*supra* nota 512, cap 1).

brindado asistencia y orientación a las víctimas para que estas puedan denunciar los hechos³²⁸. Las audiencias judiciales se realizan en los tribunales superiores de distrito judicial y en la C. S. de J. ante magistrados reconocidos por su trayectoria y experiencia en la administración de justicia.

396. En relación con el tercer criterio de incapacidad (*carencia o no disponibilidad de un sistema de justicia nacional*), conviene destacar la declaración que formuló el Estado colombiano en relación con el test de admisibilidad según el artículo 17 (3) ECPI. Según el numeral 3 de esta declaración, el uso de la expresión “por otras razones” en relación con la determinación de la capacidad del Estado de investigar o juzgar un caso se refiere a la ausencia evidente de las condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio³²⁹. Basándose en esta declaración, la Corte Constitucional adoptó una postura similar que equivale a una visión restrictiva en cuanto a la “incapacidad” mencionada en la norma del artículo 17 (3) ECPI³³⁰. Según la Corte, estas “otras razones” se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio y deben ser comparables con los eventos expresamente mencionados en el artículo 17 (3) ECPI (que son la incapacidad de hacer comparecer al acusado y obtener las pruebas y los testimonios necesarios), que son fácilmente verificables por ser evidentes, refieren a condiciones objetivas y versan sobre requisitos sin los cuales no es posible llevar a cabo el juicio. Evidentemente, si se sigue esta opinión (que corresponde a la interpretación restrictiva explicada en la sección anterior), *no existe carencia o no disponibilidad* en el sentido de la tercera variante de incapacidad pues, a pesar de sus limitaciones y deficiencias, el sistema judicial colombiano funciona generalmente³³¹.

397. Esta conclusión es confirmada por los *avances* (pequeños pero reales) *de la persecución de crímenes internacionales* con fundamento en la criminalización de violaciones al DIH en el C. P. de 2000³³². Mientras que antes de la desmovilización de las

³²⁸ Para las cifras sobre denuncias presentadas ante estas instituciones, véase Comité Interinstitucional de Justicia y Paz (*supra* nota 112, cap 1).

³²⁹ Véase la declaración formulada por Colombia en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/909EEAAE157FBD43412566E100542BDE?OpenDocument> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

³³⁰ CC, sent. C-578 de 2002 (*supra* nota 209), V.4.3.2.1.5 La regulación del principio de complementariedad.

³³¹ De la misma opinión CAMILO CASTILLO/MAURICIO GARCÍA VILLEGAS/SOLEDAD GRANADA/ADRIANA VILLAMARÍN, “La justicia en zonas de conflicto armado”, en García Villegas (ed.) *Jueces sin Estado, La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pág. 168: “Sin embargo, la violencia no ha impedido el funcionamiento de un sistema judicial que, cuando se compara con los de otros países latinoamericanos, tiene una sorprendente autonomía respecto del sistema político y una notoria estabilidad institucional”. Así mismo ALEJANDRO APONTE CARDONA, “Colombia”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pág. 294.

³³² Véase sobre todo los arts. 135-164 en el título II (Delitos contra personas protegidas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario) Capítulo Único de la ley 599 de 2000.

AUC la Fiscalía tenía solamente 350 miembros de las AUC identificados, y en 2005 el número de paramilitares condenados no alcanzaba un centenar, la información obtenida por medio de la LJP ha permitido —no obstante los problemas probatorios referente al derecho de no auto-incriminación³³³— identificar a una gran parte de los desmovilizados y condenar durante los últimos cuatro años a aproximadamente 1880 miembros de las AUC en la justicia ordinaria³³⁴. La visibilización de la identidad de los integrantes de los grupos paramilitares ha permitido atribuir la responsabilidad de crímenes a determinados individuos. Por estas razones, un observador externo, sin entrar en un juicio de valor sobre el funcionamiento interno del sistema colombiano de administración de justicia, difícilmente llegaría a la conclusión de que existe una “ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo un juicio” en general o en el contexto específico de la LJP³³⁵. Una duda se plantea, sin embargo, con respeto a los comandantes *extraditados* a Estados Unidos, pues las dificultades jurídicas, logísticas y prácticas al momento de hacerlos comparecer en las audiencias programadas como procesados bajo la LJP o testigos en otros procesos penales, podrían ser comparadas con el caso de la *no comparecencia del acusado*, que se encuentra explícitamente mencionado en el artículo 17 (3) ECPI³³⁶.

398. Claro está, una interpretación más amplia del criterio de incapacidad que parte de un análisis de la *efectividad de un recurso judicial en concreto* podría llevar a otra conclusión alegando que los déficits en la aplicación de la LJP junto a la sobrecarga o falta de recursos personales, económicos e institucionales constituyen una denegación de un recurso efectivo y así generan la incapacidad del sistema judicial³³⁷.

³³³ Sobre el problema probatorio en cuanto al derecho de no-autoincriminación en la justicia ordinaria ver la discusión *supra* I. lit. b), pág. 133.

³³⁴ Ponencia del (antiguo) fiscal general de la nación (*supra* nota 84).

³³⁵ Véase en sentido similar por ejemplo BURBIDGE (*supra* nota 7, Intr.), pág. 586 (“Nevertheless the process is beginning to produce some results. It is difficult not to be impressed by a visit to the fiscalia’s Justice and Peace web-site where the photographs of all the paramilitary accused are displayed. The calendar throughout 2007-8 is thick with public hearings in which the accused have their appointments to make a full confession”). Esta impresión se confirma con una mirada a las bases de datos de la UNFJP sobre los delitos imputados contra los primeros 156 postulados que se suman a más de 4.000 hechos delictivos, que indican tiempo, modo y lugar de los hechos ocurridos.

³³⁶ Desde la extradición de los comandantes paramilitares en mayo de 2008, han continuado de manera lenta y demorada solamente los procesos contra Salvatore Mancuso, Diego Murillo Bejerrano, alias “don Berna”, Ramiro “Cuco” Vanoy y Guillermo Pérez Alzate, alias “Pablo Sevillano”, en Caracol, Extradición de paramilitares estancó sus procesos judiciales en Colombia, 13 de mayo de 2009. Disponible en <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=811096> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

³³⁷ La Unidad de DDHH y DIH de la FGN por ejemplo cuenta actualmente con 102 fiscales para investigar 7.340 casos asignados que se refieren al caso de la Unión Patriótica, delitos cometidos contra miembros de organizaciones sindicales que se encuentran en el caso 1787 ante la Organización Internacional del Trabajo, casos demandados ante la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos, desaparición forzada, homicidios cometidos por agentes del Estado, delitos contra personas dedicadas a la labor del periodismo en razón de su oficio, indíge-

Sin embargo, parece bastante evidente que el número total de delitos, víctimas y autores sobrecargaría probablemente cualquier sistema nacional de justicia. Hasta el 30 de septiembre de 2009, se han registrado 257.089 víctimas. Los 707 postulados —un número pequeño comparado con el número total de desmovilizados— que hasta el momento han ratificado su acogimiento a la LJP y están rindiendo versión libre, han denunciado 32.909 hechos delictivos (que están relacionados con 47.054 víctimas), de los cuales 26.163 hechos tratan de homicidios³³⁸. Sin embargo, la Fiscalía ha podido verificar las declaraciones e investigar los detalles de los hechos denunciados en solamente 14.612 casos³³⁹. En el caso colombiano, en particular, ha sido ampliamente reconocido (y también fueron testigos de esto los autores) que la UNJP, a pesar de la mejor voluntad de sus funcionarios y de los intentos de mejorar la capacidad institucional, carece de los recursos suficientes y funciona más allá de sus límites de capacidad.

399. Si bien esta *ineficiencia relativa* no necesariamente lleva a un juicio de incapacidad en el sentido del artículo 17 (3) ECPI, por lo menos si no se sigue una interpretación demasiado estricta de su tercera variante, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una estrategia global e integral para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOML. Así, estos casos pueden servir para el esclarecimiento de los patrones de la sistematicidad y generalidad de las actividades delictivas de los GAOML. La experiencia muestra que una selección inadecuada de casos podría obstaculizar las labores investigativas orientadas en el fenómeno de la macrocriminalidad. En este sentido, en todo caso, por respeto al principio de legalidad en materia procesal penal, no debe confundirse selección con cierre del caso o terminación anticipada, sino, mejor, como debida planeación de prioridades, especialmente de investigación. En contraste, el grupo de postulados, cuyos casos están actualmente más avanzados se caracteriza por su heterogeneidad. Entre los 159 postulados imputados y 51 acusados se encuentran unos paramilitares extraditados³⁴⁰, la mayoría de los comandantes no extraditados³⁴¹ y un número considera-

nas, violencia sexual en razón del conflicto, reclutamiento de menores, desplazamiento forzado de mujeres víctimas del conflicto, bandas criminales, vínculos de funcionarios públicos con grupos ilegales armados y delitos contra maestros y defensores de derechos humanos; durante 2008, se profirieron 337 diligencias de sentencia anticipada y 104 sentencias condenatorias; FGN (*supra* nota 326), pág. 112. Según la CIDH la impunidad en relación con todo tipo de delitos está generalizada (CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, Capítulo V, párg. 12, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999).

³³⁸ UNJP (*supra* nota 512, cap 1).

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ Salvatore Mancuso, Ramiro Vanoy y Guillermo Pérez Alzate.

³⁴¹ Se trata de los comandantes de los bloques Cundinamarca, Montes de María, Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada, Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá, Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, Frente Julio Peinado Becerra, Frente Héroes de los Llanos y el Guaviare, y el Bloque Élmer Cárdenas (véase <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Audiencias.asp>, visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

ble de mandos medios, pero también numerosos postulados con un rango muy bajo dentro de la estructura de las AUC³⁴². Además, el grupo de postulados incluye muchas personas ya condenadas o privadas de la libertad en el momento de la desmovilización del bloque al que pertenecieron y personas que están purgando penas impuestas en la justicia ordinaria después de la desmovilización.

5. CONCLUSIÓN: LA CLASIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN COLOMBIANA CON MIRAS A OTROS ESCENARIOS DE JUSTICIA DE TRANSICIÓN

400. Al clasificar la situación colombiana recurriendo a los cinco escenarios de la justicia de transición elaborados en otro lugar³⁴³, esta puede ser ubicada en el cuarto grupo de “*medidas que no llegan a ser plenas exenciones*”, ya que la LJP no extingue completamente el castigo, sino solo otorga una considerable reducción de la pena³⁴⁴. Se ha afirmado en una investigación anterior que tales medidas cumplen los requisitos del artículo 17 (1) (b) ECPI³⁴⁵. Como ya se ha manifestado (*supra* lit. b), pág. 179), tanto la investigación y el enjuiciamiento se cumplen, pues el procedimiento establecido por la LJP no excluye ni una investigación ni un proceso judicial. Por el contrario, fiel a la letra de la ley, tal como lo interpreta la Corte Constitucional, los beneficios que figuran en la LJP dependen de la cooperación (confesión plena) de los miembros de los grupos armados irregulares y de la verificación posterior de esta confesión con una detenida investigación. Si las personas afectadas no cumplen sus obligaciones de cooperación podrían estar sometidas, al menos teóricamente, a un proceso penal ordinario.

401. En cuanto a la *falta de voluntad o incapacidad* (*supra* lit. b) pág. 182 y lit. c), pág. 197), el resultado depende de la seriedad del compromiso (buena fe) del gobierno y las autoridades judiciales de lograr, por un lado, la paz como el objetivo final del proceso y, por otro, la justicia para las víctimas en la medida de lo posible sin poner en peligro la paz. El compromiso de las instituciones gubernamentales puede ser evaluado, *entre otras cosas*, por la amplitud de la medida, es decir, si está diseñada para llegar a todos los grupos involucrados en el conflicto o si se privilegia un grupo en particular, lo que implica la falta de voluntad con respecto a este grupo. Esto no es una cuestión normativa, sino práctica. De todos modos, en este momento nos parece difícil, si no imposible, hablar de una falta de voluntad o incapacidad y así justificar la intervención de la CPI. Es posible que se considere que en cuanto a

³⁴² Los dos casos más avanzados tienen como procesados dos patrulleros con el rango más bajo dentro de la estructura de las AUC (Wilson Salazar Carrascal y GianCarlo Gutiérrez Suárez) (véase parg. 296).

³⁴³ Véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág.144, parg. 44 quien distingue entre los escenarios de una auto-amnistía absoluta, una amnistía condicional con una CVR, una amnistía condicional sin CVR, medidas que no llegan a ser plenas exenciones, y exenciones *ex post*, en particular indultos.

³⁴⁴ Asimismo OLÁSOLO (*supra* nota 1), pág. 279.

³⁴⁵ Véase AMBOS (*supra* nota 2, Intr.), pág. 148, parg. 47.

casos concretos, por ejemplo a todos los comandantes más importantes, incluso los extraditados, el Estado colombiano no ha hecho todo lo necesario a la luz del artículo 17 ECPI, pero esto no cambia la valoración global defendida aquí.

402. Por otro lado, lo cierto es que los déficits y problemas aquí identificados tienen que ser resueltos para hacer el proceso inmune frente a una intervención de la CPI. Es de anotar en este contexto que aún no se ha hecho suficiente uso de mecanismos alternativos de justicia, en particular, una efectiva CVR y sanciones no punitivas. Sin estos mecanismos es difícil conciliar un tal proceso de desmovilización con el elemento de justicia de la justicia de transición. De hecho, los problemas prácticos del procedimiento previsto en la LJP pueden ser subsanados por el uso más activo de tales mecanismos alternativos. En particular, el establecimiento de una eficaz CVR o por lo menos una mayor eficiencia y mayor compromiso de las otras entidades involucradas en el proceso apoyaría a la Fiscalía y permitiría a su personal una mejor atención a las circunstancias de los casos atendidos. El diseño y la activación de medidas de reparación fuera del marco limitado de un proceso penal podrían contribuir a garantizar una cobertura más amplia y menos discriminatoria para las víctimas. Finalmente, vale la pena recordar con respecto al test de complementariedad que lo dijimos al comienzo de este capítulo segundo ajustándolo a la situación colombiana: el test de complementariedad es un *proceso en curso y permanente* que puede ser renovado varias veces³⁴⁶, por lo cual Colombia y su proceso de Justicia y Paz seguirá siendo observado por la CPI y la comunidad internacional. Es más, con cada día que los problemas y déficit identificados no sean resueltos se torna más probable que el fiscal de la CPI llegare a la conclusión que “existe fundamento suficiente para abrir una investigación” (formal) y solicite a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para ello (cf. art. 15 (3) Estatuto CPI)³⁴⁷.

³⁴⁶ Ver *supra* nota 1y texto principal.

³⁴⁷ Cabe mencionar en este contexto que recientemente el fiscal de la CPI expresó su interés de solicitar ante la Cámara de Asuntos Preliminares la autorización para abrir una investigación en relación con la violencia pos-electoral ocurrida en Kenia en 2007, véase <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3744C631-B0BA-460F-93FB-64477D040270/281187/PRKenya0911092.pdf> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

CONCLUSIONES FINALES

403. El marco normativo de la LJP se caracteriza por sus múltiples reglamentaciones que muestran la *falta de preparación y planeación del sistema administrativo y judicial* (ver *supra* parg. 294 y ss.). El procedimiento penal especial de la LJP diseñado para un proceso de justicia transicional se aplica en un contexto de tensiones con la justicia ordinaria, como lo muestra el debate jurídico sobre el tipo penal del concierto para delinquir agravado y la figura del principio de oportunidad (ver *supra* parg. 297 y ss.), y el doble uso de información recaudada durante las versiones libres (ver *supra* parg. 300, 301). La fase administrativa del proceso de Justicia y Paz está marcada por un *diseño y una puesta en marcha deficiente* y la *ausencia de un control judicial efectivo* (ver *supra* parg. 302, 303).

404. La participación de las *víctimas* en el marco procesal de la LJP tiene un cometido determinante respecto de la realización del derecho a la verdad, justicia y reparación. Sin embargo, la reglamentación de los derechos de las víctimas, así como la ejecución del proceso de paz ha evidenciado una *limitada participación* de las víctimas. Como uno de los déficit más grandes se puede identificar la escasa *representación legal y judicial* de las víctimas y las *dificultades institucionales para garantizar una adecuada coordinación inter-institucional e intra-institucional* (ver *supra* parg. 306).

405. La *individualización de los actores como de los hechos punibles* cometidos por GAOML se encuentra ampliamente sometida a la discrecionalidad de los desmovilizados postulados, a causa de la insuficiencia de recursos y capacidad de investigación. La determinación de la responsabilidad penal en los asuntos de Justicia y Paz está ligada estrechamente a la colaboración de los postulados, más que a la capacidad del sistema judicial para establecer dichas responsabilidades (ver *supra* parg. 307). Por la limitada *capacidad del sistema judicial* para verificar los hechos descritos por el desmovilizado como causa de las dificultades operativas y logísticas, y el problema de la *restrictiva participación de las víctimas*, resulta difícil garantizar la construcción de una *verdad integral y sistemática* siendo una exigencia de la jurisprudencia colombiana (ver *supra* parg. 307 y ss.). Ante la *ausencia actual de una estrategia global de investigación* a mediano y largo plazo, cuya consecuencia ha sido la práctica inadecuada de las imputaciones parciales, resulta importante diseñar en el futuro una estrategia investigativa que logre una mejor visibilización de los patrones de sistematicidad y generalidad de las violaciones de los derechos humanos por parte de los GAOML (ver *supra* parg. 311, 312). Ante las limitaciones que enfrenta el trabajo del CMH

de la CNRR (ver *supra* parg. 313 y ss.), esta forma de investigar los hechos delictivos podría contribuir igualmente a una mejor reconstrucción histórica del conflicto armado.

406. Finalmente, cabe mencionar que las *extradiciones* de varios comandantes paramilitares han afectado el ritmo de sus audiencias de versión libre y dificultado su aparición en las audiencias judiciales de Justicia y Paz o sus testimonios ante la justicia ordinaria (parg. 319 y ss.).

407. Ante este escenario nacional se aplica el test de complementariedad ante la CPI como un *proceso en curso y permanente* (parg. 328). Se refiere tanto al análisis de una situación como al de un caso concreto que se deriva de una situación (ver *supra* parg. 331 y ss.).

408. En cuanto a la gravedad suficiente, se puede distinguir entre la *gravedad jurídica* (no discrecional) conforme al artículo 17 (1) (d), 53 (1) (b), y la *gravedad relativa* (discrecional). Mientras que la gravedad jurídica como criterio para la admisibilidad condiciona la jurisdicción de la CPI y abarca los elementos de *magnitud, naturaleza y modo de comisión*, constituye la *gravedad relativa* un subcriterio de la cláusula de interés de la justicia, dejando al fiscal un amplio margen de discrecionalidad (parg. 340). En relación con Colombia, se cumplen los elementos de *magnitud, naturaleza y modo de comisión* para afirmar la existencia de la *gravedad jurídica* (ver *supra* parg. 344 y ss.).

409. En relación con los criterios de inactividad total del Estado (ver *supra* parg. 353 y ss.) y actividad del Estado (ver *supra* parg. 361 y ss.), se puede concluir que la existencia misma de la LJP es un *indicio* de que el Estado colombiano está realizando acciones para hacer frente a los delitos cometidos por los GAOML (ver *supra* parg. 355). Además, esta ley se enmarca en un conjunto de normas y mecanismos dirigidos a evitar que haya impunidad. Las *extradiciones* no han producido una *desactivación total* (global) de los desarrollos del proceso de la LJP o del actuar institucional en justicia y paz (ver *supra* parg. 357, 358). La aplicación del *principio de oportunidad* para la conducta delictiva de pertenecer a un GAOML no impide el desarrollo de investigaciones y juicios por conductas sancionadas en el ECPI con respecto a las personas que pudieran ser beneficiados (ver *supra* parg. 359). No existe una *inactividad fáctica ni normativa* que impida la activación del test de complementariedad del artículo 17 ECPI (ver *supra* parg. 360). En términos generales, se puede comprobar que el procedimiento de la LJP cumple con los requisitos de *investigación, enjuiciamiento y juicio* del artículo 17 ECPI (ver *supra* parg. 365).

410. El marco normativo de la LJP y su aplicación permiten concluir que el Estado colombiano está dispuesto a llevar a cabo una investigación y el enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales (art. 17 (2) ECPI). En primer lugar, no existe un *propósito de sustraer de la responsabilidad penal* a los miembros de los GAOML (ver *supra* parg. 378). La LJP no concede una amnistía ni un indulto, sino prevé con la figura de la pena alternativa una reducción sustancial de la pena, es decir una medida

que no llega a ser una plena exención. No se trata de falta de voluntad sobre la base de *mala fe* (ver *supra* párg. 378). En segundo lugar, hasta el momento no se puede hablar de una *demora injustificada* de los procesos penales. Conforme a la perspectiva de un enfoque absoluto y un enfoque relativo hay que tener en cuenta la complejidad de los casos bajo investigación, los avances investigativos y las exigencias establecidas por la CC y la C. S. de J. en relación con la investigación de los patrones de sistematicidad y generalidad de las violaciones de los derechos humanos (ver *supra* párg. 379 y ss.). En tercer lugar, el diseño de la LJP permite *procedimientos independientes e imparciales* (ver *supra* párg. 382). Teniendo en cuenta unos *aspectos generales o paradigmáticos*, es de resaltar la creación de un marco institucional para la aplicación de la LJP para garantizar una aplicación adecuada de esta ley y la buena voluntad de las autoridades judiciales (ver *supra* párg. 384). Sin embargo, las medidas tomadas en relación con la extradición de varios comandantes paramilitares y el tratamiento de los llamados soldados rasos no postulados a la LJP deben ser monitoreadas en el futuro para evaluar la voluntad del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales (ver *supra* párg. 385 y ss.).

411. En cuanto al criterio de la *falta de capacidad*, se puede concluir que no existe un *colapso total o sustancial* del sistema de administración de justicia en Colombia por la existencia de un marco institucional para la activación y aplicación de la LJP y el trabajo realizado por este (ver *supra* párg. 394, 395). La valoración del criterio de la *carencia o no disponibilidad de un sistema de justicia nacional* es más difícil. Según una interpretación más restrictiva, que es aplicada por la misma CC, debe tratarse de la *ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias* para llevar a cabo el juicio y comparables con los eventos expresamente mencionados en el artículo 17 (3) ECPI. Este no es el caso en Colombia (ver *supra* párg. 396, 397). Solamente la aplicación de un criterio más amplio para la definición de la *carencia o no disponibilidad*, que parte de un análisis de la *efectividad de un recurso judicial en concreto*, podría llevar a otra conclusión (ver *supra* párg. 398). Sin embargo, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una estrategia global e integral para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOML para garantizar el esclarecimiento de los patrones de la sistematicidad y generalidad de las actividades delictivas de estos grupos.

RECOMENDACIONES

412. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, se formula seguidamente una serie de recomendaciones bajo la salvedad de conocimiento adicional y con el debido respeto por la labor realizada por las instituciones estatales hasta el momento, en particular la UNJP de la FGN.

1. DISEÑAR UNA ESTRATEGIA GLOBAL DE INVESTIGACIÓN

413. Ante la gran cantidad de víctimas, hechos denunciados y casos tratados en los procesos de Justicia y Paz, resulta de primordial importancia empezar a diseñar una estrategia global de investigación. Actualmente, los procesos que se adelantan son de carácter fraccionado y aislado y, a pesar de los altos índices de hechos delictivos, no reflejan adecuadamente el fenómeno de la macrocriminalidad y sistematicidad. Además, lo que es más grave aún, no parece factible que con el modo de trabajo actual se puedan terminar los procesos ya iniciados y mucho menos los todavía pendientes dentro de un tiempo razonable.

414. La elaboración de una estrategia global de investigación puede recurrir a *experiencias extranjeras* (p. ej. de Alemania, Argentina, Chile, Perú) e *internacionales* (Tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas, tribunales mixtos, CPI) en la investigación y persecución penal de crímenes internacionales. Estas experiencias deberían ser transmitidas a los actores colombianos en foros (seminarios, conversatorios) o publicaciones (*casebook* sobre “selección e imputación de casos de macrocriminalidad”). Para poner en práctica tal estrategia es fundamental fortalecer la *coordinación* y el *intercambio* de información entre los fiscales y los investigadores y entre ellos y las otras instituciones involucradas en el proceso (ver también *infra* 7).

2. MEJORAR EL PROCESO DE SELECCIÓN DE CASOS A IMPUTAR

415. Relacionado con lo anterior sería recomendable desarrollar una estrategia de selección tanto de casos para imputar como de postulados. Un énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves dentro de la estructura de los GAOML podría contribuir a la mejor visibilización de los *patrones de victimización*. Una investigación de la *macrocriminalidad* no se agota en la enumeración de los hechos delictivos cometidos por miembros de un GAOML, sino debe estar orientada

también en la revelación de los *motivos y razones* que dieron lugar a los crímenes y los nexos entre estos. Esto mismo reconoce la LJP y la jurisprudencia respectiva (ver *supra* parg. 205). Solamente de esta manera se puede visibilizar la comisión de hechos aparentemente aislados como expresiones de un fenómeno de macrocriminalidad con todas sus complejidades en un contexto más amplio. De igual manera, el análisis de los daños colectivamente causados por un GAOML solamente se deja explicar en el marco de una investigación que abarque *casos representativos* característicos de la violencia sistemática y generalizada. Sería recomendable delegar la competencia de decidir sobre la postulación colectiva de desmovilizados a las autoridades judiciales encargadas de la investigación.

3. USAR LA FIGURA DE LAS IMPUTACIONES PARCIALES DE MANERA ADECUADA

416. La figura de imputaciones parciales (ver *supra* parg. 195 y ss., 226 y ss. y 311) no puede ser descartada. Más bien debería ser *aplicada de manera adecuada*, eficaz y orientada en la revelación de las características del fenómeno de la macrocriminalidad, teniendo en cuenta las particularidades de los procesos contra los postulados. En casos complejos, en los cuales se juzga por ejemplo a postulados con un perfil o rango muy alto o casos que dieron lugar a múltiples victimizaciones durante un tiempo prolongado, puede resultar oportuno organizar la estrategia investigativa a largo plazo mediante el uso de la figura de la imputación parcial. Sin embargo, es de advertir que las imputaciones parciales deberían aplicarse en el marco de una estrategia investigativa que entienda las imputaciones parciales como herramientas procesales para contribuir al *esclarecimiento de los patrones de las violaciones* de los DDHH e infracciones al DIH, en vez de parcializar los acontecimientos y aislar/desvincular los hechos. Como criterios de orientación para la decisión sobre adecuación de la imputación podrían servir el *contexto o nexo temporal, territorial, material o personal* entre los hechos delictivos. En relación con el contexto temporal se podría tratar en una imputación parcial hechos que ocurrieron *durante ciertos períodos*. El contexto territorial se refiere a hechos que se caracterizan por su ocurrencia *en una región determinada* del país. El nexo material se refiere a los *tipos de victimización*, por ejemplo los mal llamados casos de “limpieza social” que han sido uno de los métodos utilizados por los grupos paramilitares durante su dominio de ciertas regiones y ejercicio de control sobre las actividades de la población civil. El nexo personal se refiere a la *unificación de procesos* contra varias personas desmovilizadas cuyo accionar muestra características similares o parecidas (ver también *infra* 4).

417. Según nuestro modo de ver, el problema de cómo garantizar que se lleven a cabo investigaciones adecuadas, eficaces y orientadas al esclarecimiento de los fenómenos de macrocriminalidad, no se resuelve con el mero debate jurídico sobre el uso o no de la figura de la imputación parcial y la imputación del concierto para delinquir agravado, sea en su expresión como parte del *iter criminis* o la penalización de la conducta de *pertenecer* a un GAOML (ver *supra* parg. 297). Es un asunto práctico que va mucho más allá. Tiene que ver con el *diseño institucional* de una

estrategia adecuada y eficaz que tenga en cuenta la necesidad de aplicar criterios de selectividad de manera adecuada y razonable.

4. FACILITAR LA UNIFICACIÓN DE PROCESOS CONTRA VARIOS POSTULADOS

418. Muchos casos tratados en las audiencias de versión libre e imputación muestran que las acciones delictivas fueron planeadas y ejecutadas por varias personas utilizando el método de la división de trabajo. Cuando se detecten estos patrones de accionar, por ejemplo en el caso de sicariato, una unificación de los casos que involucran varios postulados que operaron en estos casos como informantes, gatilleros y conductores de motos, podría agilizar los procesos.

419. Además, y teniendo en cuenta la posibilidad de utilizar bajo ciertas condiciones la figura de las imputaciones parciales, es recomendable formular *imputaciones conjuntas* contra postulados cuando están implicados en los mismos hechos, sin que sea necesario que los hechos sean tratados por cada uno de los postulados en versión libre.

5. PERFECCIONAR LA EXPOSICIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CONTEXTUALES DEL ACCIONAR DE LOS GAOML EN LAS AUDIENCIAS JUDICIALES

420. En las audiencias de imputación y sobre todo de formulación de cargos, la Fiscalía empieza su intervención con una exposición sobre los aspectos contextuales del accionar del respectivo bloque o frente del GAOML al que perteneció el postulado. Esta exposición abarca la historia, estructura y organigrama del GAOML, sus áreas de operación e influencia, fuentes de financiación, alianzas con otros sectores políticos, militares o económicos y su *modus operandi*. Esta parte de intervención sobre los aspectos contextuales resulta de *gran importancia* ante situaciones de violaciones sistemáticas y generalizadas de los DDHH y graves infracciones al DIH, pues demuestra la gravedad, magnitud y dimensiones de las violaciones que van más allá de hechos aislados. La participación de otras instituciones, como el grupo de memoria histórica de la CNRR, centros investigativos de instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales o asociaciones de víctimas (como testigos expertos), durante esta parte de contextualización de los hechos objeto de imputación podría contribuir a garantizar mediante los procesos penales tanto el derecho individual de las víctimas y familiares a la verdad, como también el derecho colectivo a la *verdad* por parte de la sociedad. Esto sería de suma importancia ante el hecho de que Colombia no cuenta actualmente con una comisión de verdad efectiva (ver *supra* parg. 317).

6. UNIFICAR LOS CRITERIOS PARA LA TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS DELICTIVAS

421. Ante la falta de claridad sobre la tipificación penal en relación con constelaciones de casos parecidos, se recomienda la elaboración de criterios unificados para

que haya congruencia en la forma cómo se imputan las conductas delictivas por parte de la Fiscalía. Existe mucha *confusión conceptual* sobre la tipificación de crímenes internacionales y su imputación (material) a los postulados. La situación se complica aún más con la generosa aplicación directa del derecho (penal) internacional en el ordenamiento interno colombiano por la jurisprudencia de la CC y C. S. de J. Esto lleva a problemas que van mucho más allá de la propia y técnicamente correcta tipificación de los hechos denunciados con base en el C. P. vigente —problema ya en sí altamente complejo si se toma en cuenta que muchos delitos son de reciente codificación (principio de legalidad)— o sea la cuestión es hasta qué punto tal aplicación directa es admisible y, en caso afirmativo, como se relaciona este derecho internacional con el derecho interno positivo.

422. Si bien existen algunos trabajos sobre esta problemática (ver *supra* párg. 384 con nota de pie 804) hace falta mucha *profundización teórico-dogmática y capacitación* de los operadores para que apliquen los nuevos conceptos adecuadamente. El objetivo de tal profundización y capacitación debería ser, en primer lugar, sentar las bases para una correcta tipificación, imputación y subsunción recurriendo a la jurisprudencia y doctrina internacional y al derecho comparado. En segundo lugar, se debería transmitir estas bases y los nuevos conceptos a los operadores del sistema en foros/conversatorios interactivos.

7. MEJORAR LA COORDINACIÓN INTER-INSTITUCIONAL E INTRA-INSTITUCIONAL

423. De gran importancia es el mejoramiento de la coordinación intra-institucional e inter-institucional, teniendo en cuenta la centralización actual de los procesos de Justicia y Paz en las grandes ciudades, mientras que la violencia como consecuencia del conflicto armado se desarrolló sobre todo en las zonas rurales del país.

424. En primer lugar, es necesario fortalecer la coordinación *inter-institucional*, sobre todo entre los actores principales de los procesos penales, que son los Tribunales de Justicia y Paz, los despachos de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo que representa a las víctimas. Esta coordinación debe estar orientada al intercambio de información relacionada con la realización de las audiencias judiciales, los casos que van a tratarse en las audiencias, el ámbito de víctimas de los casos y su adecuada representación.

425. En segundo lugar, es importante adecuar la coordinación *intra-institucional* a los retos que traen los procesos penales. Se puede notar la falta de intercambio de información tanto entre las oficinas regionales de Justicia y Paz de la Defensoría del Pueblo como entre e incluso adentro de los despachos de Justicia y Paz. Lo mismo ocurre en el caso de la Procuraduría cuando no son los mismos funcionarios que asisten a las audiencias del mismo proceso. En cuanto a la representación de víctimas, la Defensoría del Pueblo se encuentra ante la dificultad de coordinar el intercambio y flujo de información entre las unidades especiales de Justicia y Paz

y las oficinas regionales, así como la coordinación de la representación de víctimas cuando los casos pasan de las audiencias de imputación y formulación de cargos en Barranquilla y Medellín a la audiencias de control de legalidad de la aceptación de cargos en Bogotá. La estrategia diseñada por la Defensoría del Pueblo en cuanto a la atención pre-procesal parece un paso en la dirección correcta, pero resulta de suma importancia garantizar una adecuada implementación (véase párg. 77). Se debe garantizar que los defensores públicos que asisten a las audiencias judiciales cuenten con toda la información necesaria recaudada en la etapa pre-procesal cuando las víctimas acuden a las diferentes oficinas de la Defensoría del Pueblo.

8. GARANTIZAR UNA PREPARACIÓN ADECUADA DE LAS AUDIENCIAS

426. Las primeras audiencias de imputación han evidenciado la falta de coordinación al garantizarles a las *víctimas* la asignación de *defensores públicos*. Aunque generalmente son notificadas por la Fiscalía sobre la realización de la audiencia, no cuentan con un defensor al momento de asistir a la misma, lo cual ha causado demoras en el desarrollo de las audiencias judiciales por la necesidad de asignarles defensores públicos al inicio de la audiencia, y sin que el defensor haya tenido la posibilidad de conocer con más detalles las circunstancias de los hechos victimizantes. Es importante resolver estos asuntos operativos antes del inicio de las audiencias a través de una mejor coordinación inter-institucional entre la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo. Además, sería conveniente contar con un *cronograma públicamente accesible*, donde se puede revisar las fechas en que se realizarán las imputaciones o acusaciones de los hechos delictivos, para que las víctimas tengan claridad sobre el día de la audiencia.

9. GARANTIZAR UNA PARTICIPACIÓN EFICAZ DE LAS VÍCTIMAS

427. Intrínsecamente relacionada con la coordinación institucional y la preparación adecuada de las audiencias es la garantía a una participación eficaz de las víctimas que va más allá de la (*excesiva*) *reglamentación de sus derechos y facultades procesuales* a través de directrices, memorandos u otras instrucciones internas¹. Esto presupone el diseño de mecanismos de intervención que respondan a las dificultades prácticas de las víctimas de participar en los procesos y que faciliten, a su vez, su contribución a la reconstrucción histórica de los hechos ocurridos antes y durante las audiencias. Más allá de debates doctrinarios sobre el papel de la víctima en los distintos sistemas procesales penales a nivel nacional e internacional (de carácter inquisitivo, acusatorio, mixto o *sui generis* dentro de un proceso de justicia transicional), se logrará una participación más eficaz de las víctimas solamente si ellas son informadas previamente sobre las fechas y lugares de las audiencias, los casos tratados, el cronograma y la metodología establecida para su intervención durante las audiencias.

¹ Sobre esta “inflación normativa” véase ya *supra* nota 468.

El simulacro previo de audiencias y una atención psico-social que prepare a las víctimas para enfrentar las situaciones emocionales a las cuales puedan verse expuestas durante el proceso penal, pueden ayudar a mejorar su participación. Sobre todo las audiencias de versión libre y de legalización de cargos deberían ser el espacio donde las víctimas cuenten con un tiempo suficiente para su intervención, junto con la posibilidad que tengan un papel activo y relevante en relación con el diseño del programa metodológico por parte de la Fiscalía.

10. AGILIZAR EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

428. El procedimiento actual que se fundamenta en *tres audiencias judiciales* —audiencia de imputación y de formulación de cargos ante el MCG y la audiencia de control formal y material de la legalidad de la aceptación de cargos ante la Sala de Conocimiento— antes de llevar a cabo el incidente de reparación, ha resultado muy demorado en la práctica. Además, tanto la CC y la C. S. de J. han encargado al Tribunal de Justicia y Paz con un control más amplio en relación con la confesión, la aceptación de cargos y los requisitos de elegibilidad, ampliando de esta manera las funciones del Tribunal de Justicia y Paz y la dinámica de los procesos inicialmente ideada por el legislador. Ante el hecho de que sobre todo las audiencias de formulación de cargos y legalización de la aceptación de cargos muestran ciertos rasgos parecidos y se repiten en la práctica, sería recomendable reconsiderar el procedimiento actual y pensar en una *fusión* de la audiencia de *formulación de cargos* ante el MCG con la de la *legalización de cargos* ante la Sala de Conocimiento. Dado que la C. S. de J. no encontró una inconstitucionalidad manifiesta del procedimiento actual, sería necesario un *cambio legislativo* a través de una Ley del Congreso. Además, sería recomendable revisar la relación entre las funciones de la audiencia de imputación y las audiencias judiciales posteriores con el fin de simplificar y agilizar todo el procedimiento. A largo plazo parece más ágil y eficiente un proceso que judicialmente solamente tiene *dos fases*, la primera en manos de la *Fiscalía* que lo termina con la acusación (formulación de imputación y cargos en conjunto) y la segunda en manos de los *magistrados* que determinan la legalidad de la acusación, sentencian y deciden sobre la reparación.

11. DESCENTRALIZAR LOS PROCESOS PENALES

429. La centralización institucional del procedimiento de Justicia y Paz, que aumenta en la medida en que avanzan los procesos penales, ha dificultado el acceso eficaz y adecuado de las víctimas a las audiencias judiciales. Mientras que la realización de las versiones libres se ha extendido paulatinamente a varias ciudades en todo el país, las audiencias preliminares de imputación y formulación de cargos se realizan solo en Bogotá, Barranquilla y Medellín. Las audiencias de control de legalidad de la aceptación de cargos, del incidente de reparación y de sentencia se llevan a cabo exclusivamente en la única Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Bogotá. Ante las dificultades para las víctimas, abogados y representantes legales de desplazarse a las numerosas audiencias, es recomendable descentralizar la es-

estructura institucional para los procesos judiciales. Además, la existencia de *varios Tribunales* de Justicia y Paz podrá evitar la congestión de los procesos penales contra postulados.

12. FORTALECER LOS MECANISMOS DE INFORMACIÓN EXISTENTES

430. Garantizar el acceso eficaz de las víctimas a la justicia requiere el fortalecimiento de los mecanismos de información existentes. Es importante explicarles las rutas jurídicas para el acceso a los procesos judiciales en el marco de la LJP, sus requisitos, las diferencias con otros programas de reparación como en el caso de la reparación individual vía administrativa, las distintas competencias y funciones de las instituciones, y los lugares donde se brinda información, orientación y acompañamiento en relación con los procedimientos penales y administrativos. Dada su presencia en gran parte del territorio a través de oficinas regionales, instituciones como la CNRR o Acción Social podrían teóricamente asumir estas tareas; por la mala experiencia con la última en la práctica (*supra* parg. 97) parece, sin embargo, más adecuado dejar esta tarea en manos de la CNRR.

13. IMPLEMENTAR MECANISMOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN REVELADA EN LAS AUDIENCIAS

431. Ante la dificultad para víctimas de asistir a los procesos, acceder a la información relevada en las audiencias judiciales y contribuir de esta manera a un control eficaz del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, sería recomendable implementar mecanismos eficaces y ágiles de acceso a la información contenida en los expedientes y las grabaciones de las audiencias. Para esto sería conveniente crear una *base de datos unificada* a la cual tengan acceso todas las instituciones que participen en los procesos judiciales.

14. MEJORAR LA COOPERACIÓN JUDICIAL ENTRE COLOMBIA Y EE.UU. EN LOS CASOS DE LOS EXTRADITADOS

432. Como hemos explicado anteriormente (parg. 319 ss.) la extradición de postulados crea muchos problemas frente a la continuación de estas personas en el proceso de paz pues el acceso a ellos básicamente depende de la discreción de la justicia estadounidense. Si bien se habló en el transcurso de las primeras extradiciones de un “acuerdo” entre EE.UU. y Colombia garantizando su colaboración continua en el proceso de paz este acuerdo no ha visto la luz pública y así no puede ser corroborado su existencia y mucho menos su contenido. Es importante, sin embargo, *formalizar la extradición* de personas ya postulados en el proceso de JP con el fin de garantizar el acceso a estas personas por funcionarios colombianos para asegurar el logro de los objetivos de la LJP. Si bien la extradición es un instrumento de política criminal del Estado colombiano, su aplicación en el proceso de JP debe ser *condicionada* para evitar que los objetivos de este proceso sean desvirtuados.

ANEXOS

1. FUENTES NORMATIVAS

A) *Legislación*

Constitución Política de Colombia

Ley 1106 de 2006 —Prorroga ley 782 de 2002.

Ley 1312 de 2009 —Reforma ley 906 de 2004 respecto del principio de oportunidad.

Ley 418 de 1997 —Instrumentos para la búsqueda de convivencia y eficacia de la justicia.

Ley 4488 de 2005 —Adquisición de tierras para trabajos de reincorporados.

Ley 599 de 2000 —Código Penal Colombiano.

Ley 600 de 2000 —Código Procesal Penal Colombiano, sistema mixto.

Ley 782 de 2002 —Desmovilización y reinserción de grupos al margen de la ley.

Ley 890 de 2004 —Modificatoria de la ley 599 de 2000.

Ley 906 de 2004 —Código Procesal Penal Colombiano, Sistema Acusatorio.

Ley 938 de 2004 —Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Ley 975 de 2005 —Ley de Justicia y Paz.

B) *Decretos reglamentarios*

Decreto 0176 de 2008 —Objeto de las comisiones regionales para la restitución de bienes.

Decreto 0315 de 2007 —Intervención de las víctimas.

- Decreto 0395 de 2007 —Condicionamiento de beneficios.
- Decreto 0423 de 2007 —Certificación en las desmovilizaciones colectivas.
- Decreto 0551 de 2007 —Criterios de reparación de las víctimas.
- Decreto 1000 de 2003 —Corrige ley 782 de 2002.
- Decreto 1059 de 2008 —Desmovilización individual de miembros de grupos de guerrilla privados de la libertad.
- Decreto 128 de 2003 —Política de reincorporación a la vida civil.
- Decreto 1290 de 2008 —Programa de reparación individual por vía administrativa.
- Decreto 1364 de 2008 —Adición al decreto 4760 de 2005.
- Decreto 1733 de 2009 —Comunicación de internos con el exterior.
- Decreto 2012 de 2003 —Prevención y atención de desastres.
- Decreto 2767 de 2004 —Beneficios en caso de desmovilización individual y colectiva.
- Decreto 2816 de 2006 —Programa de protección de Derechos Humanos.
- Decreto 2898 de 2006 —Grupo armado organizado al margen de la ley.
- Decreto 3046 de 2006 —Creación Alta Consejería para la Reintegración.
- Decreto 3360 de 2003 —Desmovilización colectiva.
- Decreto 3391 de 2006 —Aplicación de la ley 975 de 2005.
- Decreto 3460 de 2007 —Comité de coordinación interinstitucional de justicia y paz.
- Decreto 3570 de 2007 —Protección para víctimas y testigos de la ley 975 de 2005.
- Decreto 4417 de 2006 —Plazo razonable previo a versión libre/indagación v voluntad de sometimiento al proceso.
- Decreto 4436 de 2006 —Beneficios.
- Decreto 4719 de 2008 —Desmovilizados privados de la libertad.

Decreto 4760 de 2005 —Conductas delictivas.

Decreto 614 de 2009 —Reglamentación artículo 62 ley 975 de 2005.

Decreto 880 de 2008 —Reglamenta artículo 61 ley 975 de 2005.

C) *Resoluciones, acuerdos, memorandos y otros*

a) *Resoluciones y memorandos Fiscalía General de la Nación*

Memorando Instructivo número 8 de 22 de mayo de 2006 —Priorización de actividades.

Memorando Instructivo número 17 de 11 de septiembre de 2006 —Priorización de casos.

Memorando Instructivo de 8 de julio de 2007 —Apoyo económico a la reintegración.

Memorando Instructivo número 49 de 9 de agosto de 2007 —Entrevista previa a postulados.

Memorando Instructivo número 23 de 21 de abril de 2008 —Atención a víctimas.

Memorando Instructivo número 31 de 19 de mayo de 2008 —Estrategias para agilizar las versiones libres y confesión.

Memorando Instructivo número 30 de 13 de mayo de 2009 —Representación judicial y atención psicosocial a las víctimas.

Memorando Instructivo número 59 de 28 de agosto de 2009 —Estrategia para la reconstrucción de la verdad.

Memorando Instructivo número 67 de 22 de octubre de 2009 —Intervención de las víctimas en la versión libre.

Resolución 0-0387 de 2007 —Procedimiento de transmisión de las versiones libres.

Resolución 0-0683 de 2007 —Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz/ distribución planta de cargos.

Resolución 0-0784 de 2007 —Grupos de criminalística.

Resolución 0-2296 de 2007 —Versión libre en la Ley de Justicia y Paz.

Resolución 0-2889 de 2007 —Búsqueda de desaparecidos/Exhumación.

Resolución 0-3998 de 2007 —Reglamentación versiones libres.

Resolución 0-4773 de 2007 —Objeto de las comisiones regionales para la restitución de bienes.

Resolución 29 de 2008 —Coordinador Medellín.

Resolución 3461 de 2005 —Crea Unidad Nacional de Justicia y Paz.

Resolución 35 de 2008 —Distribución de fiscales.

Resolución 36 de 2008 —Fiscales de Apoyo.

Resolución 4010 de 2008 —Última planta.

Resolución 517 de 2006 —Sedes de funcionamiento Unidad Nacional de Justicia y Paz.

Resolución 648 de 2008 —Atención de solicitudes bajo ley 782 de 2002.

Resolución 7178 de 2008 —Documentos de la UNFJP como parte del proceso penal.

b) *Resoluciones Presidencia de la República*

Resolución 001 de 2006 —Establece zona para AUC Puerto Boyaca.

Resolución 002 de 2006 —Establece zona para AUC Magdalena Medio.

Resolución 008 de 2006 —Establece zona para Bloque Tayrona.

Resolución 016 de 2005 —Establece zona para Bloque Mojana.

Resolución 017 de 2006 —Establece zona para Bloque Norte.

Resolución 074 de 2006 —Establece zona para Bloque Elmer Cárdenas.

Resolución 08 de 2005 —Establece zona para Bloque Suroeste Antioqueño.

Resolución 091 de 2004 —Declara inicio proceso de paz AUC.

Resolución 092 de 2004 —Establece zona de ubicación temporal para las AUC.

Resolución 12 de 2005 —Reconoce miembros de las AUC, Mancuso y otros.

Resolución 122 de 2005 —Establece zona para Bloque Héroes de Tolova.

Resolución 163 de 2005 —Establece zona para Bloque Montes de María.

Resolución 164 de 2005 —Establece zona para Bloque Héroes de Granada.

Resolución 174 de 2005 —Establece zona para AUC Meta y Vichada.

Resolución 189 de 2005 —Establece zona para Bloque Libertadores del Sur.

Resolución 216 de 2003 —Declara iniciación proceso de paz con Bloque Cacique Nutibara.

Resolución 217 de 2003 —Reconoce voceros Bloque Cacique Nutibara.

Resolución 223 de 2003 —Inicia proceso de paz con Bloque Ortega AUC.

Resolución 224 de 2003 —Reconoce miembros del Bloque Ortega.

Resolución 246 de 2004 —Establece zona de ubicación temporal para las AUC.

Resolución 250 de 2005 —Establece zona para Bloque Noroccidente Antioqueño.

Resolución 253 de 2005 —Establece zona para Bloque Central Bolívar.

Resolución 254 de 2005 —Establece zona para Bloque Mineros.

Resolución 260 de 2004 —Establece zona para Bloque Cacique Nutibara.

Resolución 271 de 2005 —Establece zona para Bloque Central Bolívar.

Resolución 285 de 2005 —Establece zona para Bloque Tolima.

Resolución 295 de 2004 —Establece zona para Bloque Cundinamarca.

Resolución 338 de 2005 —Establece zona para Bloque Vencedores de Arauca.

c) Resoluciones y acuerdos de Ministerios de la República

Acuerdo 290 de 2005 —Ministerio de Protección Social, Distribución de recursos Fosyga.

Acuerdo 307 de 2005 —Ministerio de Protección Social, Modifica Acuerdo 290 de 2005.

Acuerdo 331 de 2006 —Ministerio de Protección Social, priorización beneficiarios desmovilizados.

Directiva número 15 de 2007 —Ministerio de Defensa Nacional, implementación política de desmovilización.

Directiva número 16 de 2007 —Ministerio de Defensa Nacional, bonificaciones económicas a desmovilizados.

Resolución 001 de 2005 —Ministerio de Defensa Nacional.

Resolución 2462 de 2005 —Ministerio del Interior y de Justicia, límites ayudas humanitarias.

Resolución 3579 de 2006 —Ministerio de Protección Social, ampliación de cobertura a subsidios de desmovilizados.

Resolución 513 de 2005 —Ministerio del Interior y de Justicia, condición para beneficios por reincorporación.

Resolución 908 de 2006 —Ministerio de Protección social, ampliación de cobertura a subsidios de desmovilizados.

d) *Consejo Superior de la Judicatura*

Acuerdo PSA A06-3275 de 2006 (19 de Enero), “por el cual se designan los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que conocerán de las competencias de que trata la ley 975 de 2005”.

Acuerdo PSA A06-3275 de 2006 —Competencias Tribunales Justicia y Paz.

Acuerdo PSA A06-3276 de 2006 —Competencias Tribunales Justicia y Paz.

Acuerdo PSA A06-3549 de 2006 —Apoyo administrativo a Tribunales.

Acuerdo PSA A08-4641 de 2008 (12 de marzo), “por el cual se modifican las competencias de que trata la ley 975 de 2005, para los Tribunales Superiores de Bogotá y Barranquilla”.

Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto de 06 mayo 2008, rad. 110011102000200801403 01, M. P. Angelino Lizcano Rivera.

e) *Procuraduría General de la Nación*

Circular del 10 de octubre de 2006 —Garantías a los derechos de las víctimas.

Directiva 008 de 2007 —Garantía de participación judicial de las víctimas.

Resolución 171 de 2006 —Coordinación interna justicia y paz.

f) *Defensoría del Pueblo*

Resolución 1113 de 2006 —Representación judicial de las víctimas.

Resolución 438 de 2007 —Procedimiento de orientación a las víctimas.

Resolución 1113 de 2006 —Prestación del servicio de Defensoría Pública para víctimas

g) *Otros*

Acuerdo 018 de 2006 —Fondo Reparación a las Víctimas, Reglamento interno.

Circular 10 de 2007 —DAS, instrucciones a directores.

Resolución 00927 de 2003 —DAS.

Resolución 0690 de 2003 —Registraduría Nacional del Estado Civil.

Procedimiento General, Unidad de Justicia y Paz, Fiscalía General de la Nación, Código: FGN-58000-P-01, 13 de noviembre de 2009.

Participación de las víctimas en aplicación de la ley 975 de 2005, Unidad de Justicia y Paz, Fiscalía General de la Nación, Código: FGN-58000-P-03, 30 de septiembre de 2008.

2. JURISPRUDENCIA

A) *Jurisprudencia internacional*

a) *Corte Penal Internacional*

ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes, The Hague, 27 de febrero 2007, ICC-OTP-20070227-206-En

ICC-PTC I, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, Decision on the Prosecution application under article 58 (7) of the Statute, 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07).

ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, Annex II, Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58, 10 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/07).

ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6, 17 de enero de 2006 (ICC-01/04-101-tEN-Corr).

ICC-PTC I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, article 58, 10 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/07).

ICC-PTC II, *Prosecutor v. Kony et al.*, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, 10 de marzo de 2009 (ICC-02/04-01/05).

Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09-3).

Prosecutor v. Bemba, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d'arrêt décerné le 23 mai 2008, 10 June 2008 (ICC-01/05-01/08-15).

Prosecutor v. Chui, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest, 6 de julio de 2007 (ICC-01/04-02/07).

Prosecutor v. Katanga and Chui, Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut), 16 de junio de 2009 (ICC-01/04-01/07-1213).

Prosecutor v. Katanga and Chui, Motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 11 de marzo de 2007 (ICC-01/04-01/07-949).

Prosecutor v. Katanga and Chui, Public redacted version of the 19th March 2009 Prosecution response to motion challenging the admissibility of the case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to article 19 (2), 30 de marzo de 2009 (ICC-01/04-01/07-1007).

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, sobre la decisión de la PTC I del 10 de febrero de 2006 y la incorporación de documentos en el registro del caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, 24 de febrero de 2006 (ICC-01/04-01/06).

Situation in DRC, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58", 13 de Julio de 2006 (ICC-01-04-169) [reclasificado y publicado el 23 de septiembre de 2008 conforme a la *Situation in DRC*, Decision on the unsealing of judgment of the Appeals Chamber issued on 13 July 2006, 22 de septiembre de 2008 (ICC-01-04-538-PUB-Exp).

b) *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Escué-Zapata vs. Colombia, C-165, sentencia de 4 julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).

Paniagua Morales *et al.* vs. Guatemala, C-37, sentencia de 8 de marzo de 1998 (fondo).

Zambrano-Vélez vs. Ecuador, C-166, sentencia de 4 julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).

c) *Resoluciones de otros tribunales internacionales*

Findlay v. United Kingdom, ECtHR judgement, 25 de febrero de 1997 (22107/93).

Krnjelac (Appeals Chamber Judgment), 17 de septiembre de 2003. (ICTY-97-25-A).

Langborger v. Sweden, ECtHR judgement, 22 de junio de 1989.

Prosecutor v Tadic (Appeals Chamber Judgment), 15 de julio de 1999. (ICTY-94-1-A).

Prosecutor v. Bagaragaza, Decision on the Prosecution's motion for referral to the Kingdom of Norway, 19 de mayo de 2006. (ICTR-2005-86-R11).

Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC trial), Sentencing judgement, 19 de Julio de 2007 (SCSL-04-16-T).

Prosecutor v. Deronjia, Trial judgement, Sentence, 30 de marzo de 2004 (IT-02-61-S).

Prosecutor v. Fofana and Kondawa (CDF trial), Judgement on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondawa, 9 de octubre de 2007 (SCSL-04-14-T).

Prosecutor v. Furundjia, Appeal's judgement, 2 de Julio de 2000 (IT-95-17/1).

Prosecutor v. Milutinovic et al., Trial judgement, volume 3 of 4, 26 de febrero de 2009 (IT-05-87-T).

Prosecutor v. Simic, Trial judgement, sentence, 17 de octubre de 2002 (IT-95-9/2-S).

Pullar v. United Kingdom, ECtHR judgement, 10 de junio de 1996 (22399/93).

Prosecutor vs. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, Vasiljevic (Appeals Chamber Judgment), 25 de febrero de 2004. (ICTY-98-32-A).

B) *Jurisprudencia colombiana*

a) *Corte Constitucional*

Sentencia C-412 de 1993, M. P. Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-272 de 1999, M. P. Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-961 de 1999, M. P. Naranjo Mesa.

Sentencia C-774 de 2001, M. P. Escobar Gil.

Sentencia C-228 de 2002, M. P. Cepeda Espinosa y Montealegre Lynett.

Sentencia C-578 de 2002, M. P. Cepeda Espinosa.

Sentencia C-695 de 2002, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-004 de 2003, M. P. Montealegre Lynett.

Sentencia T-249 de 2003, M. P. Montealegre Lynett.

Sentencia T-719 de 2003, M. P. Cepeda Espinosa.

Sentencia C-923 de 2005, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-1154 de 2005, M. P. Cepeda Espinosa.

Sentencia C-928 de 2005, M. P. Araujo Renteria.

Sentencia C-979 de 2005, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-046 de 2006, M. P. Tafur Galvis.

Sentencia C-127 de 2006, M. P. Tafur Galvis.

Sentencia C-319 de 2006, M. P. Tafur Galvis.

Sentencia C-370 de 2006, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-454 de 2006, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-531 de 2006, M. P. Monroy Cabra.

Sentencia C-575 de 2006, M. P. Tafur Galvis.

Sentencia T-771 de 2006, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia C-209 de 2007, M. P. Cepeda Espinosa.

Sentencia C-516 de 2007, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia T-188 de 2007, M. P. Tafur Galvis.

Sentencia T-355 de 2007, M. P. Sierra Porto.

Sentencia T-049 de 2008, M. P. Monroy Cabra.

Sentencia T-399 de 2008, M. P. Sierra Porto.

Sentencia T-496 de 2008, M. P. Córdoba Triviño.

Sentencia T-085 de 2009, M. P. Araujo Rentarúa.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 24310, M. P. Pulido de Barón.

Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 24311, M. P. Gómez Quintero.

Auto del 27 de octubre de 2005, rad. 24526, M. P. Gómez Quintero.

Sentencia del 15 de febrero de 2006, rad. 21330, M. P. Lombana Trujillo.

Sentencia del 11 de mayo de 2007, rad. 26945, M. P. Ramírez Bastidas.

Sentencia del 23 de mayo de 2007, rad. 27052, M. P. Pérez Pinzón.

Sentencia del 8 de junio de 2007, rad. 27484, M. P. Pérez Pinzón.

Sentencia del 13 de junio de 2007, rad. 27153, M. P. Espinosa Pérez.

Auto del 8 de julio de 2007, rad. 27848, M. P. Pérez Pinzón.

Auto del 11 de julio de 2007, rad. 26945, M. P. Ramírez Bastidas.

Auto del 23 de agosto de 2007, rad. 28040, M. P. González de Lemos.

Auto del 27 de Agosto de 2007, rad. 27873, M. P. Socha Salamanca.

Auto del 25 de septiembre de 2007, rad. 28040, M. P. González de Lemos.

Auto del 25 de septiembre de 2007, rad. 28250, M. P. González de Lemos.

Auto del 26 de octubre de 2007, rad. 28492, M. P. Ramírez Bastidas.

Sentencia del 5 de diciembre de 2007, rad. 25931, M. P. González de Lemos.

Auto del 19 de diciembre de 2007, rad. 26118 (sin M. P.).

Auto del 31 de marzo de 2008, rad. 28890, M. P. Ibáñez Guzmán.

Proceso 28643, del 2 de abril de 2008, M. P. Socha Salamanca.

Auto del 10 de abril de 2008, rad. 29472, M. P. Ramírez Bastidas.

Auto del 22 de abril de 2008, rad. 29559, M. P. Enrique Socha.

Auto del 16 de mayo de 2008, rad. 26740, (sin M. P.).

Auto del 28 de mayo de 2008, segunda instancia, rad. 29560, M. P. Ibáñez Guzmán.

Auto del 23 de julio de 2008, rad. 30120, M. P. Gómez Quintero.

Auto del 31 de julio de 2008, rad. 28503, M. P. Zapata Ortiz.

Auto del 1 de agosto de 2008, rad. 26470 (sin M. P.).

Auto del 8 de septiembre de 2008, rad. 30360, M. P. Ramírez Bastidas.

Auto del 3 de octubre de 2008, rad. 30442, M. P. Gómez Quintero.

Auto del 1 de noviembre de 2008, rad. 28393, M. P. Zapata Ortiz.

Auto del 25 de noviembre de 2008, rad. 26942 (sin M. P.).

Auto del 9 de febrero de 2009, rad. 30955, M. P. Leonidas Bustos.

Auto del 12 de febrero de 2009, rad. 30998, M. P. Espinoza Pérez.

Auto del 18 de febrero de 2009, rad. 30775, M. P. Quintero Milanés.

Auto del 24 de febrero de 2009, aprobado acta 48, M. P. Gómez Quintero.

Auto del 4 de marzo de 2009, rad. 31235, M. P. Ramírez Bastidas.

Sentencia del 11 de marzo de 2009, rad. 30510, M. P. Ramírez Bastidas.

Auto del 11 de marzo de 2009, rad. 31162, M. P. Socha Salamanca.

Auto del 31 de marzo de 2009, rad. 31491, M. P. Gómez Quintero.

Auto del 2 de abril de 2009, rad. 31492, M. P. González de Lemos.

Auto del 13 de abril de 2009, rad. 31527, M. P. Socha Salamanca.

Auto del 15 de abril de 2009, rad. 31181, M. P. González de Lemos.

Auto del 16 de abril de 2009, rad. 31115, M. P. Bustos Martínez.

Auto del 11 de mayo de 2009, rad. 31290, M. P. Ibáñez Guzmán.

Auto del 12 de mayo de 2009, rad. 31150, M. P. Ibáñez Guzmán.

Auto del 20 de mayo de 2009, rad. 31495, M. P. Bustos Martínez.

Auto del 21 de mayo de 2009, rad. 31620, M. P. Quintero Milanés.

Auto del 19 de agosto de 2009, rad. 30451, M. P. Ramírez Batidas.

Auto del 22 de mayo de 2009, rad. 31582, M. P. González Lemos.

Auto del 29 de julio de 2009, rad. 31539, M. P. Ibáñez Guzmán.

Auto del 14 de diciembre de 2009, rad. 32575, M.P. González de Lemos.

c) *Consejo de Estado*

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de julio de 2007, rad. 250002324000200700290-01.

d) *Tribunal Superior de Justicia y Paz de Bogotá*

Auto del 9 de junio de 2008, rad. 82133, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

Sentencia del 19 de marzo de 2009, rad. 11001600253200680526, M. P. Castellanos Roso.

Sentencia del 15 de octubre de 2007, rad. 2007 0006 01, M. P. Rivera Sierra.

Sentencia del 20 de febrero de 2008, Aprobado acta número 05, M. P. González Romero.

Sentencia del 15 de febrero de 2008, rad. 2008 0006, M. P. Cepeda Alvarado.

Sentencia del 22 de julio de 2008, Aprobado acta número 012, M. P. Castellanos Roso.

Sentencia del 26 de marzo de 2008, Aprobado acta número 012, M. P. González Romero.

3. DOCUMENTOS

A) *Oficiales*

a) *Oficina del Alto Comisionado para la Paz*

“Discursos en Ceremonias de Desmovilizaciones”. Disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/publicaciones/discursos/Discursos%20de%20baja%20res.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Fundamentos normativos de la aplicación del delito de sedición a las Autodefensas”. Disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/publicaciones/fundamentos%20normativos/Fundamento%20normativo.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Inspección, empadronamiento, traslado y destrucción del material de guerra entregado por las Autodefensas”. Disponible en http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/noticias/2007/enero/documentos/Informe_Armas.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Proceso de paz con las Autodefensas. Informe ejecutivo”, Bogotá 2006. Disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/libro/Libro.pdf> (visto por última vez el 23 de noviembre de 2009).

b) *Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*

“Área de Memoria Histórica, Trujillo: una tragedia que no cesa”. Disponible en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/Trujillo_informe.pdf (visitado el 28 de julio de 2009).

“Área de Memoria Histórica, El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual.” Disponible en: http://www.cnrr.org.co/restitucion/pdf_documents/el_despojo.pdf (visitado el 10 de noviembre de 2009).

“Compilación Normativa: Justicia y Paz. Procesos de desmovilización, reincorporación y reconciliación nacional”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/LIBRO%20COMPILACION%20REINSERTADOS.pdf (visitado por última vez el 28 de junio de 2009).

“Continúa jornada de reparación individual por vía administrativa”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1733> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

“Disidentes, Rearmados y Emergentes ¿Bandas Criminales o Tercera Generación Paramilitar?”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informeDDR.pdf (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

“Informe al Congreso, Proceso de reparación a las víctimas-balance actual y perspectivas futuras”, 2007. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informe_congreso2007.pdf (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

“Informe de Gestión”, 2005 — 2009. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/InfGestion2005—2008.pdf (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

“Inicia entrega de reparación vía administrativa” Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1685> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

“Memoria Histórica”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/memoria_historica.htm (última visita 21 de mayo de 2009).

“Plan área de memoria histórica. Aprobado por el pleno de la CNRR del 20 de febrero de 2007”. Disponible en http://memoriainhistorica-cnrr.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=28 (última visita 21 de mayo de 2009).

“Primera entrega de reparación vía administrativa”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1697> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

“Proceso de Reparación a las víctimas: balance actual y perspectivas futuras (2007)”. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informe_congreso2007.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa”, Bogotá, Abril 2007. Disponible en http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/RCRPR.pdf (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

“Ruta de la reparación administrativa llegó a 521 familias antioqueñas”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1765> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

“Todo esfuerzo que se haga por la reparación ayuda a que el dolor no se convierta en odio ni en venganza: Presidente Uribe”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1739> (visitado por última vez el 31 de julio de 2007).

“Turno de la reparación administrativa llega este domingo a Medellín”. Disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article1760> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

Boletín CNRR número 1 de noviembre de 2007; número 2 de diciembre de 2007; 3 de febrero de 2008; número 5 de junio de 2008; número 6 de julio de 2008 (tres años de ley de justicia y paz). Todos disponibles en <http://www.cnrr.org.co/> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

c) Ministerio de Defensa

“Desmovilización Desarme & Reincorporación en Colombia“. Disponible en http://www.mindefensa.gov.co/descargas/Documentos_Descargables/espanol/Desmovilizacion%20Desarme%20y%20Reincorporacion%20en%20Colombia.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

d) *Procuraduría General de la Nación*

“Juez de paz. Su papel en los proceso de reinserción y derechos de las víctimas”. Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/descargas/publicaciones/cartilla_juezdepaz.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“La Oportunidad como principio complementario del proceso penal”. Disponible en <http://iemp.procuraduria.gov.co/files/downloads/Principio.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

e) *Defensoría del Pueblo*

“Guía de Orientación Jurídica y Psicosocial para la Atención a las Víctimas de la Violencia generada por Grupos Armados Organizados al Márgen de la Ley, tomo I”, Bogotá, 2ª edición, 2008.

“Protocolo de Orientación Psicojurídica en Audiencias ley 975 de 2005”, Bogotá, 2009.

f) *Otros documentos oficiales*

Acción Social. Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. Disponible en <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=297&conID=1736> (visitado por última vez el 1 de agosto de 2009).

Acuerdo de Santa Fe de Ralito. Disponible en http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/acuerdos/acuerdos_t/jul_15_03.htm (visitado por última vez 13 de julio de 2009).

Departamento Nacional de Planeación. Disponible en http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/DJS/DJS_Presentaciones/27_10_08_Paola_Buendia.pdf (visitado por última vez el 29 de julio de 2009).

Fiscalía General de la Nación. “20 grupos satélites de la Policía Judicial”. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Despachos.htm> (visitado por última vez el 29 de agosto de 2009).

Fiscalía General de la Nación. “Informe de gestión 2007-2008”, Bogotá 2008; disponible en <http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/InformedeGestion/infgesfis07-08.pdf>. (visitado por última vez el 23 de noviembre de 2009).

Fiscalía General de la Nación. “Informe de Gestión 2008-2009”, Bogotá 2009, disponible en http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/RendiciondeCuenta/informe_de_gestion_09.pdf (visitado por última vez el 23 de noviembre de 2009).

Fiscalía General de la Nación. “Programa metodológico. Versión preliminar para trabajo”, Bogotá, 2007.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Justicia y Paz. “Oficio 012896”, Bogotá, 9 de noviembre de 2009 (comentarios a la versión preliminar del estudio “Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional” (citado como FGN-JP, Comentarios estudio preliminar, 2009).

Informe de Consultoría “La impunidad en el sistema penal colombiano”, elaborado por la Unión Europea y presentado en febrero de 2009, como parte del proyecto “Fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia”.

Informes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Disponibles en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/carta.pdf> (visitado por última vez el 31 de junio de 2009).

Ponencia coordinada en Senado por Mario Uribe Escobar y en Cámara por Armando Benedetti y Roberto Camacho. Disponible en la Gaceta 74 de 2004. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_74_05.htm (visitado por última vez el 02 de abril de 2009).

Ponencia Coordinada en Senado por Rafael Pardo Rueda y en Cámara por Gyna Parody. Disponible en Gaceta 77 de 2005. Disponible en http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Gacetas/Gaceta_77_05.htm (visitado por última vez el 02 de abril de 2009).

Ponencia del fiscal general de la nación en la conferencia “Simposio Internacional, Justicia Transicional en Colombia, 4 años de el contexto de la Ley de Justicia y Paz”, Bogotá, 23 de julio de 2009.

Proyecto de ley 001 de 2009 Cámara, “por medio de la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”, del 20 de julio de 2009. Disponible en <http://www.observatorio.derechoshumanosypaz.org/agenda.php> (visitado por última vez el 1 de agosto de 2009).

Proyecto de ley 036 de 2009 Cámara, “por la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”. Disponible en <http://www.observatorio.derechoshumanosypaz.org/agenda.php> (visitado por última vez el 1 de agosto de 2009).

Texto aprobado en la Comisión Primera de la H. Cámara de Representantes del Proyecto de ley 044/08 —CÁMARA— 157/07. —SENADO— “por la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”. Disponible en http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/044_08ctexaproencomision.doc (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, Despachos. Disponibles en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Despachos.htm> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, Memos (sobre imputaciones a terceros en versión libre): 80 de 2007, 09 de 2008, 17 de 2008, 28 de 2008, 50 de 2008, 031 de 2007.

Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, Subunidad de Búsqueda de Desaparecidos. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/EXH/imagenes/mapa—de—colombia.jpg> (visitado por última vez el 29 de agosto de 2009).

B) Internacionales y No-gubernamentales

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

“Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,” Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

“Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990.

“Informe Anual 2008, Capítulo IV, Colombia”. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2008.sp/cap4.Colombia.sp.htm> (visitado por última vez el 09 de mayo de 2009).

“Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, Washington, 13 de Diciembre de 2004. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia04.sp/indice.htm> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las auc y primeras diligencias judiciales”. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf> (visitado por última vez el 05 de julio de 2009).

“Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002. Disponible en http://oas.org/dil/esp/informe_sobre_terrorismo_derechos_humanos.pdf (visto por última vez el 3 de septiembre de 2009).

“La CIDH se pronuncia frente a la aprobación de la ley de justicia y paz en Colombia”. Disponible en <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2005/26.05.htm> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06.sp/indicemujeres06.sp.htm> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Lineamientos principales para una política integral de reparaciones”. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20política%20integral%20de%20reparaciones.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Pronunciamiento de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de justicia y paz en la república de Colombia”. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia2006sp/pronunciamiento.8.1.06sp.htm> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

b) *Centro de Investigación y Educación Popular*

“Nombrar lo Innombrable. Reconciliación desde la perspectiva de las víctimas”. Disponible en http://www.cinep.org.co/pdf/libros/propaz_nombrar_lo_innombrable.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

c) *Fundación Ideas para la Paz*

“Boletín siguiendo el conflicto n° 45”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_boletines/boletin_conflicto45.pdf (visitado por última vez el 7 de junio de 2009).

“Conflicto y paz en Colombia”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/publicaciones/download_publicaciones/conflictoypazencolombia.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Estadísticas sobre reinserción en Colombia 2002—2009.” Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/conflictoynegociacion/estadisticas.htm (visitado por última vez el 31 de enero de 2009).

“Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/publicaciones/download_publicaciones/cuaderno_conflicto.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

“Reconstrucción, reinserción y región”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/publicaciones/download_publicaciones/cuaderno_conflicto_2.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

d) *Otros documentos*

Amnistía Internacional. “Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia”, 2008. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/>

for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028 (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Corporación Nuevo Arco Iris. “Observatorio del Conflicto Armado, los expedientes de la parapolítica.” Disponible en http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/oca/analisis/parapolitica_legislativa_JUNIO_2009.pdf (visitado por última vez el 29 de agosto de 2009).

Declaración de Luis Moreno-Ocampo: Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, Nueva York, 24 de octubre de 2005.

Draft OTP Regulations, 09 de octubre de 2007.

Eight Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 03 de diciembre de 2008. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/BB477B57-C81C-4152-988C-D8D953471453/279075/8thUNSCreportsenttoUNENG1.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Fundación Medios para la Paz. “Los 10 temores sobre la desmovilización”, en *Hechos del Callejón* número 8, octubre de 2005. Disponible en <http://www.mediosparalapaz.org/index.php?idcategoria=2601> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Human Rights Watch. “Benchmarks for assessing possible national alternatives to International Criminal Court cases against LRA leaders”, Mayo 2007, 1. Disponible en [www.iccnw.org/documents/icc0507web\[1\].pdf](http://www.iccnw.org/documents/icc0507web[1].pdf) (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

International Law Commission. “Draft Statute for an International Criminal Law”, 1994. Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1994.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

MAPP-OEA. “Decimotercer Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia”, Disponible en: <http://www.mapp-oea.org/documentos/informes/XIII%20INFORME%20MAPP%2009.pdf> (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

MAPP-OEA. “Decimosegundo Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia”, Consejo Permanente, OEA/Ser.G CP/doc. 4365/09 corr. 1, 9 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.mapp-oea.org/sites/default/files/images/decimosegundo%20informe%20trimestral%20mapp.pdf> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

MAPP-OEA. “Sexto informe trimestral del secretario general al consejo permanente sobre la misión de apoyo al proceso de paz en Colombia” (MAPP/OEA), 2006. Disponible en http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/registro_inf/2006/SEXTO_INFORME%20DE%20LA%20OEA.pdf (visto por última vez 03 de septiembre de 2009).

Ms. Olivia Swaak-Goldman, Outlining the Three-Year Report, Session 1: Interested States, Second public hearing of the OTP, 25 de septiembre de 2006; Ms. Géraldine Mattioli — HRW, Session 2: NGOs and other experts, 26 de junio de 2006; Mr. Antoine Bernard — International Federation for Human Rights (FIDH), Session 2: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, 26 de junio de 2006; Mr. Richard Dicker, HRW, Session 4: NGOs and other experts, Second public hearing of the OTP, 18 de octubre de 2006; Helge Brunberg, Demographer, Session 3: Needs for demographic and statistical expertise at the International Criminal Court (paper), Second public hearing OTP, 25 de abril de 2003. Todos disponibles en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/Second+Public+Hearing/> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos, “Oficina de la ONU para los Derechos Humanos lamenta hundimiento del proyecto de ley de víctimas”, 23 de junio de 2009. Disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2009/comunicados2009.php3?cod=17&cat=74> (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

OTP “Policy paper R. Dicker, HRW, Session 1: Transcript, First public hearing of the OTP”, 17-18 Junio de 2003. Disponible en <http://www2.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Network+with+Partners/Public+Hearings/First+Public+Hearing/Session+1> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

OTP, “Criteria for Selection of Situations and Cases,” draft policy paper on file with Human Rights Watch, June 2006.

OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice”, 2003. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

OTP, “Iraq response, Annex to the Update on communications received by the office of the prosecutor of the ICC”, 10 de febrero de 2006. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

OTP, “Report on Prosecutorial Strategy”, 14 de septiembre de 2006. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/ProsecutorialStrategy_06Sep14.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

OTP, “Report on the activities performed during the first three years” (junio 2003-junio 2006) 12 de septiembre de 2006. http://www.iccnw.org/documents/3YearReport%20_06Sep14.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

Regulations of the Office of The Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, entrada en vigor 23 de abril de 2009. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

The Amnesty Act 2000, Laws of Uganda vol. XII capítulo 294. Disponible en www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc (visto por última vez el 17 de abril de 2009).

Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005), 14 de junio de 2006. Disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E61D7F34-7D21-44B9-8840-53B254172AF7/0/OTP_ReportUNSC_3Darfur_English.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

War Crimes Research Office. “The gravity threshold of the ICC”, 2008. Disponible en www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/icc_reports.cfm (visto por última vez 03 de septiembre de 2009).

e) *Documentos inéditos*

AMBOS, KAI/STUDENROTH, STEFAN: “Informe y recomendaciones a las consultas y observaciones realizadas en Bogotá y en la región piloto de Barranquilla (Costa)”, Bogotá, GTZ-Proyecto ProFis, 2008.

AMBOS, KAI/BERNAL, GLORIA: “Informe de visita a la región piloto”, 25-26 de agosto de 2009 Guachaca, Santa Marta, Barranquilla, Cartagena, Sincelejo y Montería.

AMBOS, KAI: “Stellungnahme zu den kolumbianischen Gesetzesentwürfen im Rahmen des Demobilisierungsprozesses der Regierung Uribe mit bewaffneten Gruppen”. Ponencia en el coloquio de especialistas del grupo FriEnt, Bonn, 3 y 4 de noviembre de 2004. En español: “Dictamen sobre el proyecto de Ley colombiano en el marco del proceso de desmovilización de los “grupos armados” en el gobierno de Uribe”. Disponible en http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php?option=com_content&view=article&id=342&Itemid=181&lang=de (visitado por última vez el 20 de agosto de 2009).

Comisión Colombiana de Juristas. “Gobierno quiere evadir sentencia de la Corte Constitucional sobre ley de Justicia y Paz”. Disponible en <http://www.coljuristas.org/justicia/comprende300806.pdf> (visitado por última vez el 7 de junio de 2009).

Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 31 de mayo de 2009.

Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, Matriz de Justicia y Paz, 30 de septiembre de 2009.

HUBER, FLORIAN: “¿Qué quieren las víctimas como reparación y qué pueden esperar de los mecanismos de reparación diseñados por la Ley de Justicia y Paz?—Un balance crítico de la implementación de la ley 975 de 2005 y su impacto práctico”, Ponencia en el marco de la conferencia “Reparación en Colombia: Qué quieren las víctimas? Retos, desafíos y alternativas para garantizar la integralidad”, organizada por el proyecto ProFis de la GTZ, Bogotá, 8 de mayo de 2009.

Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, Informe Primera Fase, Diciembre 2008, disponible en: http://www.citpaxobservatorio.org/archivos/CITpax_Informe_de_Primer_Fase_Observatorio_DDR_y_LJP.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, Área de Justicia, 2º informe sobre las fórmulas de imputación de crímenes internacionales en el marco de Justicia y Paz, julio de 2009.

Profis-GTZ, Resumen de las conclusiones del taller “Decisión de la Corte Suprema sobre la Primera Sentencia”, Bogotá, 29 de agosto de 2009.

Fiscalía General de la Nación-Unidad de Justicia y Paz, Informe sobre la aplicación de la LJP del 15 de octubre de 2009.

C) *Artículos de prensa*

“¿Tras extradición de jefes paramilitares habrá verdad, justicia y reparación?”, 14 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4163130> (visto por última vez el 14 de junio de 2009).

“‘Don Berna’ aseguró que financió campaña presidencial de Uribe en 2001”, 22 de abril de 2009, Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1155-don-berna-aseguro-que-financio-campana-presidencial-de-uribe-en-2001> (visto por última vez el 19 de junio de 2009).

“«Mellizo» Mejía salpica a ex gobernador Julio Acosta y a la Fuerza Aérea”, 21 de enero de 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/versiones/80-versiones-seccion/765-el-mellizo-salpica-a-ex-gobernador-julio-acosta-y-a-la-fuerza-aerea> (visto por última vez el 19 de junio de 2009).

“Aprueban ley de víctimas del gobierno”, 13 de noviembre de 2008. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/la-historia/periodo4/entrega-de-bienes-de-victimarios/542-aprobada-version-gubernamental-de-la-ley-de-victimas> (visitado por última vez el 31 de junio de 2009).

“Colombia: Ley de Víctimas rechazada en el Senado, Uribe no la apoyó”, 18 de junio de 2009. Disponible en http://www.infolatam.com/entrada/colombia_ley_de_victimas_rechazada_en_el-14516.html (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

“Colombia: Uribe pide a los legisladores no aprobar la Ley de Víctimas”, 18 de junio de 2009. Disponible en http://www.infolatam.com/entrada/colombia_uribe_pide_a_los_legisladores_n-14513.html (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

“La estrategia ‘para’ en Estados Unidos”, 24 de abril de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso137748-estrategia-estados-unidos> (visto por última vez el 12 de mayo de 2009).

“Ley de víctimas no es discriminatoria”, 8 de diciembre de 2008. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo97101-ley-de-victimas-no-discriminatoria-gobierno> (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

“Por no confesar sus delitos, 1.600 ex ‘paras’, están punto de perder beneficios de Justicia y Paz”. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5288010> (visitado por última vez el 22 de agosto de 2009).

“Uribe dice que rechazó ley de víctimas porque “trataba igual a terroristas, soldados y policías””, 2 de junio de 2009. Disponible en <http://www.semana.com/noticias-conflicto-armado/uribe-dice-rechazo-ley-victimas-porque-trataba-igual-terroristas-soldados-policias/125419.aspx> (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

“Van 20 representantes de víctimas asesinados en tres años y la cifra podría dispararse”, 22 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3328500> (visitado por última vez el 31 de julio de 2009).

Amnistía Internacional, “La ‘Ley de Víctimas’ es discriminatoria”, 25 de noviembre de 2008. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/ley-victimas-colombia-discriminatoria-20081125> (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

Comunicado de la Presidencia de la República, 27 de abril de 2004, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2004/abril/abr_27_04.htm (visitado por última vez el 3 de agosto de 2009).

Comunicado de Prensa N° 21/08, 14 de mayo de 2008, Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/21.08sp.htm> (visitado por última vez el 07 de marzo de 2009).

Comunicado de Presidencia-Colombia, MPP Medios para la Paz, 24 de abril de 2004, puntos 6 y 7. Disponible en <http://www.mediosparalapaz.org/index.php?idcategoria=1769> (visto por última vez 11 de mayo de 2009).

Conferencia de Prensa del Embajador de Estados Unidos en Colombia, 13 de mayo de 2008, puntos 4 y 5, transcritos en página web de la embajada de Estados Unidos en Colombia. Disponible en http://spanish.bogota.usembassy.gov/rp_001_13052008.html (visto por última vez 11 de mayo de 2009).

En *www.elcolombiano.com*: “Autodefensas exigen ser excluidos de alcance de la CPI”, 18 de marzo de 2004; “Negociaciones, AUC invitan a negociar a E.U.”, 23 de marzo de 2004; “Bcb dice que no habrá más desmovilizaciones parciales”, 13 de abril de 2004; “CPI se reservará derecho a juzgar guerrilleros y autodefensas”, 21 de octubre de 2004; “Las AUC rechazan el tribunal de la verdad”, 11 de diciembre de 2004; “AUC moverán sus fichas políticas”, 20 de febrero de 2005. (Vistos por última vez el 10 de enero de 2009).

En *www.eltiempo.com*: “sin Ley de penas, se hunde la paz con las autodefensas”, 31 de agosto de 2003; “Paras contemplan consulta popular”, 1 de febrero de 2004; “Extradición divide debate sobre ley de alternatividad penal para facilitar negociaciones”, 24 de marzo de 2004; “Solución de extradición es política”, 26 de marzo de 2004; “Futuro del proyecto de Ley de alternatividad penal se decide este miércoles”, 4 de mayo de 2004; “El tiempo entrevistó al Estado Mayor de las AUC en pleno. Un día en el corazón de los paramilitares”, 16 de mayo de 2004; “Noticias del proceso. Por qué no estaba Baez”, 1 de julio de 2004; “Nuevas condiciones de Salvatore Mancuso sobre presencia de jefes paramilitares en Santa Fe de Ralito”, 5 de agosto de 2004; “Gobierno advierte que no creará más ralitos. Comisionado explica ultimátum”, 7 de agosto de 2004; “críticas a proceso de Ralito”, 1 de octubre de 2004; “Álvaro Uribe dice que desmovilización de AUC facilita marco legal a la negociación”, 13 de diciembre de 2004; “Paramilitares anuncian que terminó el ciclo de desmovilizaciones sin contraprestaciones”, 26 de diciembre de 2004; “Se fugaron 11 ex paramilitares del Bloque Bananero, que debían permanecer en Santa Fe de Ralito”, 20 de enero de 2005; “Paramilitares amenazan con romper proceso si no se negocian términos para su sometimiento”, 23

de febrero de 2005; “Las AUC bajan el tono de la discusión y dicen que no presionan a gobierno, Congreso ni prensa”, 24 de febrero de 2005; “El Procurador pide explicaciones al Comisionado de paz y solicita eliminar el llamado narcomi-co”, 13 de marzo de 2004. (Vistos por última vez el 10 de enero de 2009).

Entrevista exclusiva a ‘Mellizo Mejía’, “Todos tenemos que pedir perdón”, 22 de enero de 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/victimarios/los-jefes/783-entrevista-con-miguel-angel-mejia-munera-alias-pablo-arauca> (visto por última vez el 19 de junio de 2009).

Extradición de paramilitares estancó sus procesos judiciales en Colombia, 13 de mayo de 2009. Disponible en <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=811096> (visitado por última vez el 28 de agosto de 2009)

Informe de prensa en IPS Noticias, “La Otra Historia”, de 13 de mayo de 2008. Disponible en <http://ipsnoticias.net/print.asp?idnews=88403> (visto por última vez el 25 de mayo de 2009).

Palabras del director de la UNFJP, Luis González de León. “Justicia y Paz a los ojos de su guardián”, en *El Espectador*, Bogotá, 1 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com> (visto por última vez el 20 de mayo de 2009).

Secretaría de Prensa, Noticias, “Comunicado”, 18 de junio de 2009. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/05182009.html> (visitado por última vez el 27 de junio de 2009).

Secretaría de Prensa, Noticias, “Palabras del Presidente Álvaro Uribe en el seminario ‘Pobreza, Desarrollo y ODM’, en la Universidad de la Salle”, 18 de junio de 2009. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/07182009.html> (visitado por última vez el 31 de junio de 2009).

Secretaría de Prensa, Presidencia de la República de Colombia, “Arrancó Programa de Restitución de Bienes”. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/julio/10/05102009.html> (visitado por última vez el 28 de julio de 2009).

Secretaría de Prensa, Presidencia de la República, “Colombia envió nota a Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 15 de mayo de 2008. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/mayo/15/13152008.html> (visitado por última vez el 3 de agosto de 2009).

Secretaría de Prensa, Presidencia República de Colombia, 14 de mayo de 2008. Disponible en <http://oacp.presidencia.gov.co/snerss/detalleNota.aspx?id=15233> (visitado por última vez el 09 de mayo de 2009).

4. BIBLIOGRAFÍA

A) Monografías/Libros

- a) *Derecho penal internacional, justicia de transición, proceso de paz, desmovilización y otros*

ALONSO ESPINAL, MANUEL/VALENCIA AGUDELO, GERMÁN DARÍO *et al.* *Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local*, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007.

AMBOS, KAI: *El marco jurídico de la justicia de transición: especial referencia al caso Colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008.

— *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2008.

— *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008.

— *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación Filosofía y Derecho, Colección de Estudios núm. 37, 2008.

— “The Legal framework of Transitional Justice”, en AMBOS/LARGE/WIERDA (eds.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer, 2009, 45.

AMBOS, KAI/MALARINO EZEQUIEL/ELSNER, GISELA (eds.): *Justicia transicional. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Georg August Universität-Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO: *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá, Programa de lucha contra la impunidad, Vicepresidencia de la República, 2008.

— *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, Observatorio internacional DDR-Ley de justicia y paz/Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2009.

BECK, KATHARINA: *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Álvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008.

BERGSMO, MORTEN/KALMANOVITZ, PABLO (eds.): *Law in Peace Negotiations*, Oslo, International Peace Research Institute (PRIO), 2009.

BOTERO, CATALINA: *Ley de alternatividad y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá, ICTJ-Fundación Social, 2004.

CÁRDENAS SARRIAS, JOSÉ ARMANDO: *Los parias de la guerra: análisis del proceso de desmovilización individual*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2005.

CÁRDENAS, CLAUDIA: *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

CEBALLOS, MARCELA: *El papel de las comisiones extrajudiciales de investigación y de las comisiones de verdad en los procesos de paz —aspectos teóricos y experiencia internacional—*, Bogotá, Departamento Nacional de planeación, 2002.

Centro Internacional para la Justicia Transicional: *Ensayos sobre la justicia transicional*, New York, El Autor, 2003.

CHERNICK, MARCW: *Acuerdo posible: solución negociada al conflicto armado colombiano: seis décadas de violencia, veinticinco años de proceso de paz*, Bogotá, Aurora, 2008.

CHICHON ÁLVAREZ, JAVIER: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia latinoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007.

CINEP *et al.* *Seminario Internacional. Verdad y justicia*, Bogotá, CINEP, 2003.

Comisión Colombiana de Juristas: *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, El Autor, 2007.

Comisión Colombiana de Juristas: *Verdad, justicia y reparación. Algunas preguntas y respuestas*, Bogotá, El Autor, 2007.

CORTÉS CASTILLO, CARLOS EDUARDO (ed.): *Desaparición forzada, política criminal y procesos restaurativos. Dilemas y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*, Bogotá, 2006.

DE GAMBOA TAPIAS, CAMILA (ed.): *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

DUNCAN, GUSTAVO: *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2006.

EL ZEIDY, MOHAMED: *The principle of complementarity in international criminal law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2008.

ELSTER, JON: *Transitional justice in historical perspective*, Cambridge, CUP, 2004.

— *Seminario Internacional Justicia Transicional en la resolución de conflictos y secuestro: memorias*, Bogotá, Vicepresidencia de la República, Universidad Nacional de Colombia, 2007.

Fundación Social: *Observatorio de opinión sobre la “Ley de alternatividad penal”*. Comentarios y recomendaciones de los actores más importantes en la materia, Bogotá, FS-ICTJ, 2003.

— *Los derechos de las víctimas en los procesos de justicia transicional*, Bogotá, Ed. Gemínis, 2005.

— *Ley de alternatividad penal y justicia transicional: documento de recomendaciones*, Bogotá, El Autor, 2007.

GAVIRIA, JOSÉ OBDULIO: *Parapolítica. Verdades y mentiras*, Bogotá, Ed. Planeta, 2008, 363.

GIRALDO, JORGE/RIAZA RESTREPO, WILLIAM: *Análisis del desempeño de la seguridad en Medellín 2000-2006*, Medellín, Alcaldía de Medellín, 2007.

GLEICHMANN, COLIN: *Desarme, Desmovilización y Reintegración. Guía teórica y práctica*, Frankfurt am, El Colegio Sueco para la Defensa Nacional (FHS), el Centro Noruego para la Defensa Internacional (FSS), el Centro Canadiense para el mantenimiento de la Paz (PPC) y la Cooperación Técnica Alemana (GTZ), 2004.

GÓMEZ MÉNDEZ, MARÍA PAULA: *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.

GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN: *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2007.

HUBER, FLORIAN: *La ley de justicia y paz: desafíos y temas de debate*, Bogotá, Fundación Ed. Cerec, 2007.

Human Rights Watch: *¿Rompiendo el control? Obstáculos de la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, El Autor, 2008.

— *Selling Justice Short. Why Accountability Matters for Peace*, New York, HRW, Julio 2009.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: *Forensis. Datos para la vida*, Bogotá, Internacional Print Ltda, 2008; disponible en http://www.medicinalegal.gov.co/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=60.

Instituto Popular de Capacitación: *Píldoras para la memoria. Violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en el Valle de Aburrá y el oriente Antioqueño (2000-2004)*, Medellín, El Autor, 2006.

JUNOD, SYLVIE-STOYANKA et al. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de*

los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos convenios, Bogotá, Comité Internacional de la Cruz Roja-Plaza y Janés Editores Colombia S.A., 1998.

KLEFFNER, JEAN K.: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Nueva York *et al.*, Oxford University Press, 2008.

KREICKER, HELMUT: “Völkerstrafrecht im Ländervergleich”, en ESER/SIEBER/KREICKER (eds.) *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes*, vol. VII, Berlín Freiburg, Duncker & Humboldt, 2006

LOVATON, DAVID *et al.*: *La justicia de paz en los Andes: estudio regional*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2005.

MARTÍNEZ ORTIZ, ASTRID/RAMÍREZ GÓMEZ, CLAUDIA/BORDA MEDINA, ERNESTO: *Persistir en la paz negociada: análisis del contexto socioeconómico y político del conflicto en Colombia*, Bogotá, Editorial Antropos, 2003.

MEIßNER, JÖRG: *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, Múnich, C.H.Beck, 2003.

MOCKUS SIVICKAS, ANTANAS/CANTE, FREDDY (Coords): *Acción colectiva, racionalidad y compromisos previos*, Bogotá, UNAL, 2006.

MOREL, SOPHIE: *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Editions bis et ter, 2005.

NAJAR MORENO, ESPERANZA: *Derecho a la verdad y justicia transicional en el marco de aplicación de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2009.

NASI L., CARLO: *Cuando callan los fusiles. Impacto de la paz negociada en Colombia y en Centroamerica*, Bogotá, Ed. Norma, 2007.

O'SHEA, ANDREAS: *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Londres-Nueva York-La Haya, Kluwer, 2002.

Oficina del alto comisionado para la paz: *Desmovilización de las Autodefensas*, Bogotá, El Autor, 2007.

OLÁSOLO, HÉCTOR: *The triggering procedure of the International Criminal Court*, Leiden *et al.*, Martinus Nijhoff, 2005.

— *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principales to international crimes*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

OROZCO ABAD, IVÁN: *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y de la justicia en América Latina*, Bogotá, Ed. Temis, 2005.

— *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Universidad de los Andes-Edit. Temis, 2009.

PALACIO CEPEDA, MARISOL: *Justicia, paz y tratamiento de víctimas en el sistema penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

PALOU, JUAN CARLOS/LLORENTE, MARÍA VICTORIA: *Reintegración y Seguridad Ciudadana en Medellín: un balance del Programa de Paz y Reconciliación (2004-2008)* Bogotá, Fundación ideas para la paz, 2009.

PARDO RUEDA, RAFAEL: *Fin del paramilitarismo ¿es posible su desmonte?*, Bogotá, Ediciones B, 2007.

PASTOR, DANIEL: *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

PECAUT, DANIEL: *Orden y violencia: evolución socio-política de Colombia entre 1930 y 1953*, Bogotá, Editorial Norma, 2001.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*, 4 ts., Bogotá, Edit. Temis, 2ª ed., reelaborada 1978.

PIZARRO, EDUARDO/VALENCIA, LEÓN: *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009.

Procuraduría General de la Nación: *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos —t. I, II, III, IV—*, Bogotá, USAID, 2008.

RANGEL, ALFREDO: *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, 2005.

RANGEL, ALFREDO (ed). *Justicia y paz. Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Fundación seguridad y democracia, 2009.

RAZESBERGER, FLORIAN: *The ICC. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.

RETTBERG, ANGÉLIKA: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

— *Buscar la paz en medio del conflicto: un propósito que no da tregua. Un estudio de las iniciativas de paz en Colombia (desde los años 90 hasta hoy)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.

— *Reparación en Colombia. ¿Qué quieren las víctimas?*, Bogotá, GTZ-Fiscalía General de la Nación-Universidad de los Andes-Embajada de la República Federal de Alemania, 2008.

ROMERO, MAURICIO/VALENCIA, LEÓN (Ed.): *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, Intermedio, 2008

SCHABAS, WILLIAM: *An introduction to the International Criminal Court*, 3^a ed., Cambridge, CUP, 2007.

SCHIFF, BENJAMIN: *Building the International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2008.

SCHOMBURG, WOLFGANG/LAGODNY, OTTO/GLEß, SABINE/HACKNER, THOMAS: *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Múnich, C.H.Beck, 2006.

SPRINGER, NATALIA MARÍA: *Desactivar la guerra: alternativas audaces para consolidar la paz*, Bogotá, Aguilar, 2005.

STIGEN, JO.: *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO: *¿Justicia transicional sin transición?: Verdad justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO/RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR AUGUSTO/GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal, Parte general*, 4^a ed., Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

War Crimes Research Office: *The relevance of “a situation” to the admissibility and selection of cases before the International Criminal Court*, Washington D.C., October 2009

WERLE, GERHARD: *Principles of International Criminal Law*, 2^a ed., La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009.

b) Ley 975 de 2005

ARANGO RIVANEDEIRA, RODOLFO: *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma-Universidad de los Andes, 2008.

Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), “Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, Informe Primera Fase” —Diciembre 2008. Disponible

en http://www.citpaxobservatorio.org/archivos/CITpax_Informe_de_Primer_Fase_Observatorio_DDR_y_LJP.pdf (visitado por última vez el 10 de noviembre de 2009).

Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), “Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia”, Área de Justicia, 2º *informe sobre las fórmulas de imputación de crímenes internacionales en el marco de Justicia y Paz*, Julio de 2009.

Comisión Colombiana de Juristas. *Anotaciones sobre la Ley de justicia y paz: Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007.

— *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008.

CUERVO RESTREPO, JORGE IVÁN *et al.* *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales: a propósito de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ-Proyecto Profis). *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2009.

—(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 justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009.

Fundación Social: *Trámite de la ley de justicia y paz: elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*, Bogota, El Autor, 2006.

GAITÁN, OLGA LUCÍA: *Mecanismos para impulsar el esclarecimiento de la verdad en los procesos penales por el delito de desaparición forzada de personas en Colombia, en aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá, Fundación Social, 2006.

GONZÁLEZ MEDINA, DIEGO ANDRÉS/PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO/MARIÑO ROJAS, CIELO: *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2009.

B) Artículos en Revistas/Libros

a) *Derecho penal internacional, justicia de transición, proceso de paz, desmovilizaciones y otros*

AGIRRE ARANBURU, XABIER: “Gravity of crimes and responsibility of the suspect”, en Bergsmo (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series N° 4, 2009, págs. 147-166.

AMBOS, KAI: “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *JICJ* 5 (1), 2007, págs. 159-183.

— “The structure of International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, en M. BOHLANDER (ed.) *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, London, Cameron May, 2007, págs. 429-503.

— “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en BACHMAIER WINTER (ed.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 49-52; versión revisada publicado en *Derecho penal contemporáneo*, Edit. Legis, N° 28, julio-septiembre de 2009, Bogotá, págs. 5-36.

— “The Legal framework of Transitional Justice”, en AMBOS/LARGE/WIERDA (eds.) *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín, Springer, 2009, págs. 19-103.

— “Vorbemerkung zu §§ 8 ff.”, en *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch. Nebenstrafrecht III Völkerstrafgesetzbuch*, Múnich, Beck, 2009, págs. 620-649.

AMBOS, KAI/WOISCHNIK, JAN: “Resumen comparativo de los informes nacionales”, en MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coords.) *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000, págs. 835-896.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO: “Colombia”, en AMBOS/MALARINO (eds.) *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Edit. Temis, 2008, págs. 159-212.

— “Colombia”, en AMBOS/MALARINO/ELSNER (eds.) *Justicia de Transición*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, págs. 235-300.

ARBOUR, LOUISE/BERGSMO, MORTEN: “Conspicuous absence of jurisdictional overreach”, en H. VAN HEBEL/J.G. LAMMERS/J. SCHUKKING (eds.) *Reflections on the ICC*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 1999, págs. 129-140.

ARSANJANI, MAHNOUSH/REISMAN, MICHAEL: “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality,” en L. SADAT/M. SCHARF (eds.) *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, págs. 325-347.

BARTELT, SANDRA. “Die Zulässigkeit von Wahrheitskommissionen im Lichte des neuen Internationalen Strafgerichtshof”, en *Archiv des Völkerrechts* 43, 2005, págs. 187-217.

BASTIDAS, WILLIAM: “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer staat und paramilitärische machtnahme in Kolombien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne berlin (Hrsg), 2007, págs. 22-29.

BEKOU, OLYMPIA: Complementarity and the ICC: a dangerous gamble?” en G. ULRICH (ed.) *The International Criminal Court: challenges and prospects*, Proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC), Venecia, Marsilio Editori, 2005, págs. 61-81.

BENZING, MARKUS: “The complementarity regime of the ICC: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity”, en *MPY-BUN* 7, 2003, págs. 591-632.

BERDALL, MATS R.: “Disarmament and Demobilization after civil wars”, en *Adelphi Paper*, 303, London, The International Institute for Strategic Studies, 1996, págs. 1-88.

BERGSMO, MORTEN: “The Jurisdictional Regime of the International Criminal Court (Part. II, art. 11-19)” en *Eur.J.Cr., Cr. L. & Cr. J.* 6, 1998, págs. 29-47.

BICKFORD, LOUIS: “Transitional Justice”, en SHELTON (ed.) *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, Nueva York, Macmillan Reference, 2004, págs. 1045-1047.

BOTHE, MICHAEL. “Complementarity: ensuring compliance with international law though criminal prosecutions-whose responsibility?” en *Friedenswarte* 83, 2008, págs. 59-72.

BURBIDGE, PETER: “Justice and Peace?, The role of law in resolving Colombias civil conflict”, en *ICLR* 8, issue 3, 2008, págs. 557-588.

BURKE-WHITE, WILLIAM: “Complementarity in practice: The International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo”, en *LJIL* 18, 2005, págs. 559-590.

—“Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice”, en *CLF* 19, 2008, págs. 59-85.

— “Proactive complementarity: The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice”, en *HarvIntLJ* 49, 2008, págs. 53-108.

BURKE-WHITE, WILLIAM/KAPLAN, SCOTT: “Shaping the contours of domestic justice: The ICC and an admissibility challenge in the Uganda situation”, en STAHN/

SLUTTER (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 79-115; también en *JICJ* 7, 2009, págs. 257-279.

CÁRDENAS, CLAUDIA, en G. WERLE (ed.) *Justice in transition-prosecution and amnesty in Germany and South Africa*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2006, págs. 239-255.

—“The admissibility test before the ICC under special considerations of amnesties and truth commissions”, en J. K. KLEFFNER/G. KOR (eds.) *Complementary views on complementarity*, La Haya, TMC Asser Press, 2006, págs. 115-139.

—“Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen?”, en G. HANKEL (ed.) *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts* Hamburgo, Hamburger Institut für Sozialforschung, 2008, págs. 127-156.

CARNERO ROJO, ENRIQUE: “The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court: from “no peace without justice” to “no peace without victor’s justice”?”, en *LJIL* 18, 2005, págs. 829-869.

CASTILLO, CAMILO/GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO/GRANADA, SOLEDAD/VILLAMARÍN, ADRIANA: “La justicia en zonas de conflicto armado”, en García Villegas (ed.) *Jueces sin Estado, La Justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, págs. 165-196.

CHAVES, JUAN: “La justicia transicional: de la razón a la racionalidad y de la racionalidad a la razón”, en *Antípoda* N 4, Bogotá, ene-jun 2007, págs. 225-242.

CHICHÓN ÁLVAREZ, JAVIER: “Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España”, en *Entelequia, Revista Interdisciplinar: Monográfico* N° 7, Madrid, sep. 2008, págs. 331-354.

Cinep: “Alternativas a la Guerra. Iniciativas y procesos de paz en Colombia”, en *Controversia* n° 181 Especial. Disponible en http://www.cinep.org.co/controversia.htm?AA_SL_Session=35aff6547ed9b0d5c8521e3f02cb5c50c&x=820 (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

CORTÉS RODAS, FRANCISCO: “Realistas versus idealistas en el proceso de paz con los grupos paramilitares”, en *Debates* N. 40, Medellín, ene-abr 2005, págs. 3-6.

—“Los derechos de las víctimas de la violencia política a la verdad, la reparación y la justicia: reflexiones sobre cuatro casos en América Latina”, en *Estudios Políticos* N. 31, Medellín, jul-dic 2007, págs. 61-86.

DE LA CALLE LOMBANA, HUMBERTO: “Castigo y perdón en el proceso de justicia y paz con los paramilitares en Colombia”, en RANGEL SUÁREZ (ed.) *Justicia y paz: ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, Bogotá, Fundación seguridad y democracia, 2009, págs. 75-158.

DÍAZ, CATALINA: “Colombia’s Bid for Justice and Peace”, en AMBOS/LARGE/WIERDA (eds.) *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín, Springer-Verlag, 2009, págs. 469-501.

DUDLEY, STEVEN: “Investigación, Usos y Abusos de la Extradición en la Lucha contra las Drogas, Extradición: ¿Un obstáculo para la justicia?”, Fundación Ideas para la Paz”, en *Policy Brief* 1/20, abril, 2009. Disponible en <http://www.verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1180-extradicion-iun-obstaculo-para-las-victimas> (visitado por última vez el 11 de mayo de 2009).

EASTERDAY, JENNIFER: “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Study”, en 26 *Ariz. J. Int’l & Comp. L.* 49, 2009, págs. 49—110.

EL ZEIDY, MOHAMED: “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, en *MJIL* 32, 2002, págs. 869-975.

— “The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court”, en *CLF* 19, 2008, págs. 35-57.

ELLIS, MARK. “The International Criminal Court and its implication for domestic law and national capacity building”, en *Fla. J. Int’l L.* 15, 2002, págs. 215-242.

EVANS, RHYS DAVID: “Amnesties, pardons and complementarity: does the International Criminal Court have the tools to end impunity?”, en *Human Rights Law Commentary* 1, 2005, págs. 1-10.

FIGARI LAYUS, ROSARIO/KINTZEL, YVONNE: “Der Cemobilisierungprozeß in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice?”, en *MenschenRechtsMagazin* 13 Jahrgange, Universität Postdam, 2008, Heft 2, págs. 253-262

FRANCO RESTREPO, VILMA LILIANA: “Justicia retributiva y responsabilidad política: una respuesta al dilema transicional”, en *Debates* N. 45, Medellín, sep-dic 2006, págs. 10-24.

GAVRON, JESSICA: “Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court”, en *International and Comparative Law Quaterly* 51, 2002, págs. 91-117.

GIL RAMÍREZ, MAX YURI: “Los derechos de las víctimas en el marco del proceso de negociación entre el gobierno colombiano y los grupos paramilitares, 2002-2007”, en *Controversia* n° 189, CINEP. Disponible en http://www.cinep.org.co/revistas/controversia/controversia189/189_art4.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

GÓMEZ PARDO, JORGE ENRIQUE: “The content of Colombian Justice and Peace Law accomplishes the ICC standards”, en *Revista Debate Interamericano* (Ministerio de Relaciones Exteriores) 2009, págs. 123-154.

GÓMEZ QUINTERO, ALFREDO: “La administración de justicia en el marco del proceso de paz colombiano”, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 157-178.

GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO: “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos* N° 31, Medellín, jul-dic, 2007, págs. 23-42.

GREPPI, EDOARDO: “Inability to investigate and prosecute under article 17”, en M. POLITI/F. GIOIA (eds.) *The International Criminal Court and national jurisdictions*, Hampshire, Ashgate, 2008, págs. 63-70.

GROPENGIEßER, HELMUT/MEIßNER, JÖRG: “Amnesties and the Rome Statute of the ICC”, en *ICLR* 5, 2005, págs. 267-300.

GUARIGLIA, FABRICIO: “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en STAHN/SLUITER (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 209-217.

HALL, CHRISTOPHER: “Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations”, Contribution to an expert consultation process on general issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor. Disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/hall.pdf (visitado por última vez el 15 de Noviembre de 2009).

HELLER, KEVIN: “The shadow side of complementarity: the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, en *CLF* 17, 2006, págs. 255-280.

— “Situational gravity under the Rome Statute”, en C. STAHN/L. VAN DEN HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, The Hague, Asser Press, 2010, págs. 227-253.

HERRERA JARAMILLO, CARLOS JOSÉ/TORRES PACHECO, SILVANO: “Reconciliación y justicia transicional: opciones de justicia, verdad, reparación y perdón”, en *Papel Político* N. 18, dic. 2005, págs. 79-112.

HOFFMEISTER, FRANK/KNOKE, SEBASTIAN: “Das Vorermittlungsverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof-Prüfstein für die Effektivität der neuen Gerichtsbarkeit im Völkerstrafrecht”, en *ZaöRV* 59, 1999, págs. 785-808.

HOLÁ, BARBORA/SMEULERS, ALETTE/BIJLEVLED, CATRIEN : “Is ICTY sentencing predictable? An empirical analysis of ICTY sentencing practice”, en *LJIL* 22, 2009, págs. 79-97.

HOLMES, JOHN T.: “The principle of complementarity”, en R. S. Lee (ed.) 1999, págs. 41-78.

— “Complementarity: national courts *versus* the ICC”, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.) *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, vol. I, Oxford, OUP, 2002, págs. 667-686.

JIMÉNEZ OCAMPO, SANDRO/MUNERA, LEIDIS: “La autonomía del Estado en sociedades afectadas por conflictos armados internos: una lectura de la configuración del Estado entre la transnacionalización y la transicionalidad”, en *Revista de Antropología y Arqueología* N. 04, Bogotá, ene-jun 2007, págs. 188-206.

KALMANOVITZ, PABLO: “Introduction” en BERGSMO/KALMANOVITZ (eds.) *Law in Peace Negotiations* (2009). Disponible en [http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5\(law in peace negotiations\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5(law%20in%20peace%20negotiations).pdf) (visto por última vez el 7 de octubre de 2009).

KLEFFNER, JANN. “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, en *JICJ* 1, 2003, págs. 86-113.

— “Complementarity as a catalyst for compliance”, en KLEFFNER/KOR (eds.) *Complementary views on complementarity*, La Haya, TMC Asser Press, 2006, págs. 79-104.

LAPLANTE, LISA J./THEIDON, KIMBERLY: “Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia’s Ley de justicia y paz”, en *MJIL* vol 28 n. 1, 2007, págs. 50-108.

MAJZUB, DIBA: “Peace and Justice? Amnesties and the International Criminal Court”, en *MelbJIntL* 3, 2002, págs. 247-279.

MARTÍNEZ E., MARTHA LUCÍA: “Tres años en la ruta hacia la reparación y la verdad”, en *Boletín CNRR* n° 6, Bogotá, julio, 2008, págs. 4-5.

MCAULIFFE DEGUZMAN, MARGARET: “Gravity and the legitimacy of the ICC”, en *Yale Law School Student Scholarship Series*, 2008 (paper 69), 30 <http://lsr.nellco.org/yale/student/papers/69> (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

MEDINA ARBELÁEZ, CAMILA: “La relación excombatientes — estado en el marco del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia. Un debate permanente sobre participación política, ciudadanía y garantía de derechos”.

Disponible en <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-284.html> (visitado por última vez el 10 de marzo de 2009).

MEYER, FRANK: “Complementing complementarity”, en *ICLR* 6, 2006, págs. 549-583.

MODELELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS: “La justicia de transición en América Latina y Europa, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Informe del VI seminario del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional”, en *ZIS* 4, 2009, págs. 82-87. Disponible en www.zis-online.com (visto por última vez el 10 de noviembre de 2009).

MURPHY, RAY: “Gravity issues and the International Criminal Court”, en *CLF* 17, 2006, págs. 281-315.

MURPHY, ROBIN: “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, en *Eyes on the ICC* 3, 2006, págs. 33-56.

OHLIN, JENS: “Peace, security, and prosecutorial discretion”, en Stahn/Sluiter (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 185-208.

OLÁSOLO, HÉCTOR: “The Prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: a quasi judicial or political body?”, en *ICLR* 3, 2003, págs. 87-150.

— “The lack of attention to the distinction between situation and cases in national laws on co-operation with the International Criminal Court with particular reference to the Spanish case”, en *LJIL* 20, 2007, págs. 193-261.

— “Admissibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional”, en ALMQVIST/ESPÓSITO (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 255-289.

OROZCO ABAD, IVÁN: “Apuntes para una historia comparada de la justicia transicional. El papel de las ONG de derechos humanos en los procesos de justicia transicional: los casos del Cono Sur y El Salvador”, en *Análisis Político* n° 48, Bogotá, ene-abr 2003, págs. 52-76.

OSIEL, MARK: “How should the ICC Office of the Prosecutor choose its cases? The multiple meanings of ‘situational gravity’”, en *The Hague Justice Portal*, 2009, 1. Disponible en www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/344.html (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

— “When Law ‘expresses’ more than it cares to admit: Commens on Heller”, en C. STHAN/L. VAN HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, The Hague, Asser Press, 2010, págs. 254-259.

PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY: “Orden Jurídico, negociación, paz y reinserción: la constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia”, en *Estudios Políticos* N. 27, Medellín, jul-dic 2005, págs. 67-100.

— “La difical aproximación al delito político”, en *Estudios Políticos* N. 31, jul-dic 2007, págs. 43-60.

PHILIPS, RUTH: “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, en *CLF* 10, 1999, págs. 61-85.

PICHON, JAKOB: “The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court”, en *ICLR* 8, 2008, págs. 185-228.

POSADA CARBO, EDUARDO: “La paz y sus principios”. Disponible en http://www.ideaspaz.org/new_site/secciones/publicaciones/download_publicaciones/la_paz_y_sus_principios.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

PRITTWITZ, CORNELIUS: “La relación entre justicia y la pena privativa de la libertad”, en *Cuadernos del Conflicto*, Bogotá, Legis S.A. —Semana— Fundación Ideas para la Paz, Abril de 2005, págs. 30-31.

RAMÍREZ BARAT, CLARA: Reseña de CHICHON ÁLVAREZ, JAVIER: “Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz : hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia latinoamericana”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 139, Madrid, ene-mar 2008, págs. 241-251.

RASTAN, ROD: “What is a ‘case’ for the purpose of the Rome Statute?”, en *CLF* 19, 2008, págs. 435-448.

ROBINSON, DARRYL: “Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court”, en *EJIL* 14, 2003, págs. 481-505.

RODMAN, KENNETH: “Is Peace in the Interest of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court”, en *LJIL* 22, 2009, págs. 99-126.

SAFFON, MARÍA PAULA: “Problematic selection and lack of clear prioritization: the Colombian experience”, en MORTEN BERGSMO (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series No. 4, 2009, págs. 93-101.

SAFFON, MARÍA PAULA/UPRIMNY, RODRIGO: “Uses and abuses of transitional justice in Colombia”, en BERGSMO/KALMANOVITZ (eds.), *Law in Peace Negotiations* (2009), Disponible en [http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5\(law in peace negotiations\).pdf](http://www.prio.no/upload/FICHL/090325FICHL5(law%20in%20peace%20negotiations).pdf) (visto por última vez el 7 de octubre de 2009).

SCHABAS, WILLIAM: “Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts”, en *CLF* 19, 2008, págs. 5-33.

— “Prosecutorial discretion v. judicial activism at the International Criminal Court”, en *JICJ* 6, 2008, págs. 731-761.

— “Prosecutorial discretion and gravity”, en STAHN/SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 229-246.

SCHARF, MICHAEL: “The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court”, en *CornJIntL* 32, 1999, págs. 507-527.

SCHÜLLER, ANDREAS: “Gravity under the Rome Statute: Procedural filter or instrument of shaping criminal policy?”, en *HuV-I*, 21, 2008, págs. 73-81.

SEDMAN, DAVID: “Should the prosecution of ordinari crimes in domestic jurisdictions satisfy the complementarity principle?”, en C. Sthan/L. van den Herik (eds.), *Futures Perspectives on Internatinal Criminal Justice*, The Hague, Asser Press, 2010, págs. 259-266.

SEIBERT-FOHR, ANJA: “The relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for amnesties and truth commissions”, en *MPYBUN* 7, 2003, págs. 553-590.

SEILS, PAUL: “The selection and prioritization of cases by the Office of the Prosecutor of the ICC”, en Bergsmo (ed.) *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, FICHL Publication Series 4, 2009, págs. 55-60.

SEILS, PAUL/WIERDA, MARIEKE: “The International Criminal Court and conflict mediation”, en *ICTJ*, junio 2005, 1. Disponible en www.ictj.org/en/news/pubs/index.html (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

SHENG, ADA: “Analysing the International Criminal Court complementarity principle through a Federal Courts lens”, en *beypress Legal Series* 1249, 2006, págs. 1-30.

SMITH, STEPHEN E.: “Inventing the laws of gravity: the ICC’s initial Lubanga decision and its regressive consequences”, en *ICLR* 8, 2008, págs. 331-352.

STAHN, CARSTEN: “The geometry of transitional justice: choices of institutional design”, en *LJIL* 18, 2005, págs. 425-466.

— “Complementarity: a tale of two notions”, en *CLF*, 19, 2008, págs. 87-113.

— “Judicial review of prosecutorial discretion: Five years on”, en C. STAHN/G. SLUITER (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, págs. 247-279.

STEGMILLER, IGNAZ: “The gravity threshold under the ICC Statute: gravity back and forth in Lubanga and Ntaganda”, en *ICLR* 9, 2009, págs. 547-565.

STEGMILLER, IGNAZ: “Complementarity thoughts” (pronto a ser publicado en *CLF* 21, 2010).

UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Justicia transicional en Colombia: algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso Colombiano”, en *Revista Foro* N° 53, Bogotá, Mayo 2005, pág. 45-57.

UPRIMNY, RODRIGO/LASSO, LUIS MANUEL: “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”, en *Conflicto y Seguridad Democrática. Temas críticos y propuestas*, Bogotá, Fundación Social, Fescol, Embajada de la República Alemana en Colombia, 2004, págs. 101-188.

UPRIMNY, RODRIGO/SAFFON, MARÍA PAULA: “Transitional Justice, Restaurative Justice and Reconciliation. Some Insights from the Colombian case”, 2005. Disponible en http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=348 (visitado por última vez el 23 de noviembre de 2009).

— “Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia”, 2007. Disponible en www.dejusticia.org (visto por última vez el 03 de agosto de 2009).

URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA: “Notas preliminares sobre resistencias de la sociedad civil en un contexto de guerras y transacciones”, en *Estudios políticos* N. 29, Medellín, jul-dic 2006, págs. 63-78.

VALENCIA VILLA, HERNANDO: “Introducción a la justicia transicional”, en *Claves de la razón práctica*. N. 180, mar 2008, pág. 76-82.

VALIÑAS, MARTA: “Interpreting complementarity and interests of justice in the presence of restorative-based alternative forms of justice”, en C. Stahn/L. van den Herik (eds.) *Future Perspectives on International Criminal Justice*, The Hague, Asser Press, 2010, págs. 267-268.

VAN DEN WYNGAERT, CHRISTINE/ONGENA, THÉRÈSE: “*Ne bis in idem* principle, including the issue of amnesty”, en A. CASSESE/P. GAETA/J. JONES (eds.) *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, vol. 1, Oxford, OUP, 2002, págs. 705-729.

VAN DER WILT, HARMEN/LYNGDORF, SANDRA: “Procedural obligations under the European Convention on Human Rights: Useful guidelines for the assessment of “unwillingness” and “inability” in the context of the complementarity principle”, en *ICLR* 9, 2009, págs. 39-75.

VARGAS, ALEJO/RUBIO, ROCÍO: “Desmovilización y reinserción de ex-combatientes=¿transición hacia...?”, en *Conflicto y Seguridad Democrática. Temas Críticos y propuestas*, Bogotá, Fundación Social, Fescol, Embajada de la República Alemana en Colombia, 2004, págs. 189-258.

WAUGAMAN, ADELE: “Five minutes with Luis Moreno-Ocampo: An interview with the ICC Prosecutor”, en *XV International Affairs Review* 2, 2006, 1. Disponible en http://www.gwu.edu/~iar/articles/2006/S2006_Web_Special.pdf (visto por última vez el 03 de septiembre de 2009).

WERLE, GERHARD: “Transitional Justice-Der juristische Rahmen”, en H.E. MÜLLER *et al.* (eds.) *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, Múnich, Beck, 2009, págs. 791-806.

WILLIAMS, SHARON/SCHABAS, WILLIAM: “Art. 17”, en O. TRIFFTERER (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Múnich *et al.*, Beck 2^a ed., 2008, págs. 605-625.

WOUTERS, JAN/VERHOEVEN, STEN: “Cases identified for investigation and prosecution by the International Criminal Court”, en E. ANKUMAH/E. KWAKWA (eds.) *African Perspectives on International Criminal Justice*, African Legal Aid Special Series vol. 3, Accra, Océ Business Services, 2005, págs. 133-160.

b) Ley 975 de 2005

GÖRZIG, CAROLIN/PLANTA, KATRIN: “Das kolumbianische „Ley de Justicia y Paz“, Wendepunkt oder Fallstrick?” en *HuV-I* 22, feb. 2009, págs. 94-100.

MORA SARASTI, ROBERTO. “Ley de justicia y paz y justicia transicional: un avance significativo”, en *InternationL Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* N. 6, Bogotá, Jul-Dic 2005, págs. 119-157.

ZULUAGA LÓPEZ, LORENA: “Ley de justicia y paz: ¿camino idóneo para la acción de paz?”, en *Divergencia* N. 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, dic 2007, pág. 10-13.

5. TRABAJO DE CAMPO: ENTREVISTAS Y REUNIONES

A) Entrevistas

Acosta, Jairo. Procurador judicial para asuntos de justicia y paz de la Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 11 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Aponte, Alejandro. Observatorio Internacional sobre el proceso de DDR y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Bogotá, 12 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Balosea, Heydi/Aza, Fernando. Defensoría del Pueblo para postulados y víctimas. Bogotá, 12 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Bernal, Camilo. Centro Internacional para Justicia Transicional (ICTJ), Bogotá, 14 de agosto de 2009. Realizada por: John Zuluaga.

Castro, Sandra y Peña, Miriam. Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 11 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Ceballos, Camilo/Roncal, Juan Carlos. MAPP-OEA. Bogotá, 13 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Eslava Mojica, Luz Amira. CNRR. Bogotá, 14 de agosto de 2009. Realizada por: John Zuluaga.

González León, Luis. Unidad de Justicia y Paz, Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 13 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Guerrero, Óscar Julián. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 15 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Gutiérrez, María Viviana. Acción Social. Bogotá, 14.08.2009. Realizada por: John Zuluaga

López, Zeneida. Fiscal del Tribunal, coordinadora de la Unidad de Justicia y Paz de Barranquilla. Barranquilla, 19 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Orozco Abad, Iván. Área de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Bogotá, 12 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Porras, Eduardo. Magistrado de Control de Garantías. Barranquilla, 19 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Posada Orrego, John Jaime. Coordinador Procuradores judiciales de la Procuraduría General de la Nación, seccional Medellín. Medellín, 5 de agosto de 2009. Realizada por: John Zuluaga.

Ramírez Meneses, Bladimir. Corporación Jurídica Libertad. Medellín, 6 de agosto de 2009. Realizada por: John Zuluaga.

Uprimny, Rodrigo. Dejusticia, Bogotá, 11 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

B) *Reuniones*

Barra Académica. Defensoría del Pueblo (para víctimas). Bogotá, 13 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Comisión Nacional de Reparación en Sincelejo. Asistentes: Cuatro mujeres integrantes de la red “tejedoras de la memoria”, dos psicólogos de la MAPP/OEA que trabajan con la CNRR, cuatro funcionarios incluido su coordinador de la CNRR, el Fiscal de apoyo de la Unidad de Justicia y Paz de Sincelejo, dos integrantes de la pastoral de Sincelejo, una funcionaria de la Vicepresidencia en el programa de derechos humanos y dos profesores universitarios. 20 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Asistentes: José Hernández Rueda, Claudia Vizcaíno, Luz Amira Mojica, Regulo Madero, Felipe Rodríguez, Nini Johana Soto, Luisa Fernanda López, Blanca Lucía Mora, Daniela Guzmán. Bogotá. 11 de septiembre de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Asistentes: José Hernandez, jefe area jurídica; Ana Teresa Bernal (comisionado), Claudia Vizcaino, Luis Lopez, Nini Johana Soto, Blanca Lucía Mora Méndez. Bogotá, 30 de octubre de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/Andreas Forer/Juan Pablo Cardona.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Asistentes: magistrados y magistrados auxiliares. Bogotá, 10.08.2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/Andreas Forer/John Zuluaga.

Defensores Públicos de Barranquilla. Asistentes: aproximadamente 100 defensores públicos de la Defensoría Regional de las diferentes dependencias. Barranquilla, 19 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Fiscales e investigadores de la Unidad de Justicia y Paz de Barranquilla. Asistentes: un Fiscal de Tribunal, tres seccionales y dos investigadores. Barranquilla, 19 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Fiscalía, Unidad de Justicia y Paz en Montería. Asistentes: Toda la Unidad de Justicia y Paz, los dos Fiscales ante el Tribunal, los dos de apoyo, el fiscal de exhumaciones y los 12 investigadores. 20 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Internos de la Cárcel la Picota-Pabellón de justicia y paz. Bogotá. Asistentes: Jorge Rojas (Vocero de los desmovilizados de las AUC), Germán Senna, Walter Ochoa Guisao “alias el Gurre”. 12 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/Andreas Forer/John Zuluaga.

Jueces de la Sala de Justicia y Paz. Tribunal Superior de Bogotá. Asistentes: Julio Ospina, Uldi Teresa Jiménez, Lester María González. 10 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/John Zuluaga.

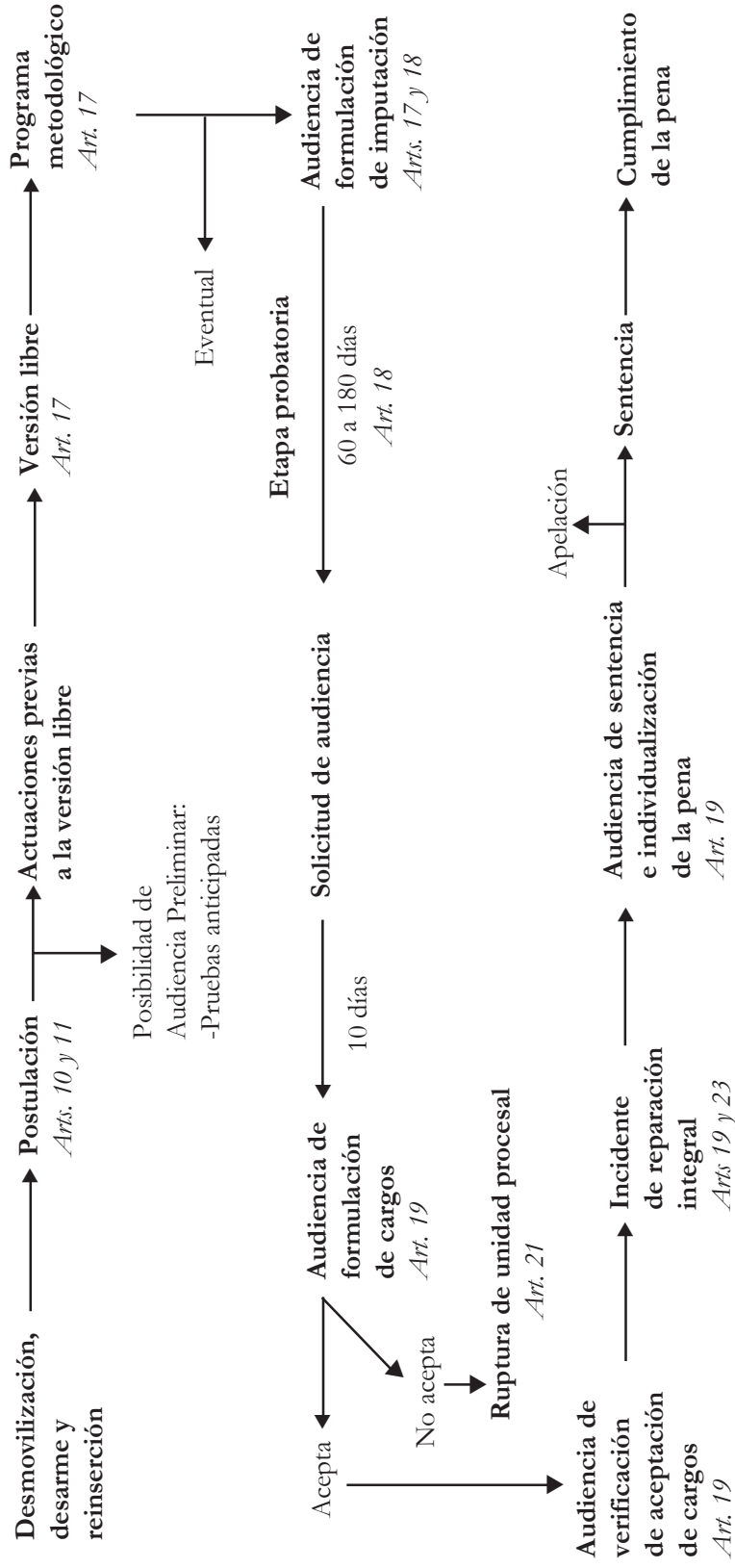
Mesa de Coordinación en Santa Marta. Asistentes: 11 personas por Fiscalía (fiscal de Tribunal, de exhumaciones e investigadores), Defensoría, CNRR, alto consejero de la gobernación y el coordinador con dos asistentes del Modelo Integral de Atención a Víctimas (MIAV). 18 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Mesa de coordinación interinstitucional en Cartagena. Asistentes: Fiscalía, vicepresidencia, procuraduría, personería distrital, gobernación de Bolívar, defensoría del pueblo, cuerpo técnico de investigaciones (CTI), la coordinadora de Barranquilla de la Fiscalía la Dra. Zeneida 20 de agosto de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos.

Defensoría del Pueblo, Patricia Luna (coordinadora Unidad de Atención Integral a las Víctimas); Pedro David Berdugo (representante víctimas); Mónica Suárez Moscoso (coordinadora oficina apoyo Direcc. Nac. Def. Pública), Bogotá, 30 de octubre de 2009. Realizada por: Prof. Dr. Kai Ambos/Andreas Forer.

Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, Bogotá. Participantes: Luis González, Myriam Consuelo Méndez Christancho, Bogotá, 30 de octubre de 2009. Realizada por: Kai Ambos/Andreas Forer/Juan Pablo Cardona.

6. ESQUEMA LEY 975 DE 2005



ÍNDICE DE AUTORES

—A—

Acosta, Jairo: 82, 127, 136.
 Agirre Aranburu, Xabier: 154.
 Almqvist: 6, 149.
 Alonso Espinal: 70.
 Ambos, Kai: 2, 6, 7, 18, 19, 31, 36, 49, 53, 90, 133, 141, 150, 151, 156, 157, 158, 169, 171, 172, 175, 176, 178, 181, 182, 187, 203, 206.
 Ankumah: 198.
 Aponte Cardona, Alejandro: 1, 141, 166, 203.
 Arango Rivanedeira, Rodolfo: 6.
 Arbour, Louise: 183.
 Arsanjani, Mahnouch: 182.
 Arsanjani, Reismann: 198, 200.
 Aza, Fernando: 136.

—B—

Bachmaier Winter, Lorena: 31.
 Balosea, Heydi: 136.
 Barreto, Luis: 191.
 Bartelt, Sandra: 177.
 Bastidas, William: 7.
 Beck, atharina: 7.
 Bekou, Olympia: 184, 186, 200.
 Benzing: 172, 175, 176, 181, 182, 184, 185, 186, 198, 199.
 Bergsmo, Morten: 6, 183, 154.
 Bernal: 49, 53.
 Bickford, Louis: 3.
 Bohlander, M.: 150.
 Bothe, Michael: 162, 181, 184.
 Bottigliero, Iliana: 114.
 Brunborg, Helge: 158.
 Burbidge, Peter: 6, 204.
 Burke, William: 153, 163, 171, 172, 180, 182, 184, 199, 200.

—C—

Cárdenas, Claudia: 154.
 Cárdenas Sarrias, José Armando: 33, 68, 69, 70, 160, 169, 177, 178, 179, 181, 183, 185, 186, 199.
 Carnero Rojo, Enrique: 171.
 Cassese: 176, 184, 197.
 Castillo, Camilo: 203.
 Ceballos, Camilo: 136.
 Cuervo Restrepo, Jorge Iván: 6.

—D—

de la Calle Lombana, Humberto: 14.
 de León, González: 78.

Díaz, Catalina: 6.
 Dicker, Richard: 181.
 Doak, Jonathan: 114.
 Dudley, Steven: 142.

—E—

Easterday, Jennifer: 6.
 El Zeidy, Mohamed: 155, 157, 158, 160, 171, 177, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 197, 198, 199, 200.
 Elsner: 141, 150, 203.
 Ellis, Mark: 198.
 Eser: 200.
 Eslava Mojica, Luz Amira: 127, 136.
 Espinal, Manuel Alonso: 33, 69, 81.
 Espósito: 6, 149.
 Evans, Rhys David: 184, 197.

—F—

Figari Layus, Rosario: 7.
 Fohr: 178.

—G—

Gaeta: 176, 184, 197.
 Gaitán, Olga Lucía: 6.
 García Villegas, Mauricio: 203.
 Gavron, Jessica: 177, 184, 185.
 Gioia: 198.
 Gleichmann: 55.
 Gleß: 178.
 Gómez Pardo: 169, 179.
 Gómez Quintero, Alfredo: 6.
 González, Lester María: 136.
 González de León, Luis: 76, 89, 136, 143, 175.
 González Medina, Diego Andrés: 6.
 González Zapata, Julio: 38.
 Görzig, Carolin: 7.
 Granada, Soledad: 203.
 Greppi, Edoardo: 198.
 Gropengießer, Helmut: 175, 178, 184, 200.
 Guariglia, Fabricio: 151, 158, 159.
 Guerrero Peralta, Oscar Julián: 74.
 Guzmán, Daniela: 136.

—H—

Hackner: 178.
 Hall, Christopher K.: 159, 198, 199.
 Hernández Rueda, José: 136.
 Hoffmeister, Rank: 198.

Holmes, John T.: 177, 181, 185, 197, 200.
Huber, Florian: 6, 35.

—J—

Jiménez, Uldi Teresa: 136.
Jones: 176, 184, 197.

—K—

Kalmanovitz: 6.
Kaplan, Scott: 153, 163, 171, 172, 180, 184.
Kintzel, Yvonne: 7.
Kleffner, Jann K.: 152, 154, 155, 156, 162, 163,
168, 169, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 179,
181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 197, 198,
199, 200.
Knoke, Sebastian: 198.
Kor: 176, 181.
Kreicker, Helmut: 200.
Kwakwa: 198.

—L—

Lagodny: 178.
Lammers: 183.
Laplante: 6.
Large: 6, 150.
Lee: 177, 181, 185, 200.
Llorente, María Victoria: 70.
López, Luisa Fernanda: 136.
Louise Arbour: 183.
Lyngdorf, Sandra: 182, 186, 199.

—M—

Madero, Régulo: 136.
Maier: 19.
Majzub, Diba: 177.
Malarino: 2, 141, 150, 203.
Marieke, Pierda: 171.
Marino Rojas, Cielo: 6.
Martínez E., Martha Lucía: 69.
Mattioli: 153.
McAuliffe de Guzman, Margaret: 158, 159, 160,
162, 163, 164, 165.
Medina Arbeláez, Camila: 69.
Meißner, Jörg: 151, 159, 169, 175, 176, 178, 184,
199, 200.
Meyer, Frank: 176.
Mojica, Luz Amira: 136.
Mora, Blanca Lucía: 136.
Mora Sarasti, Roberto: 6.
Morel Sophie: 182, 183, 184, 186, 197, 198, 199.
Moreno-Ocampo, Luis: 158, 159.
Müller: 172.
Murphy, Ray: 157, 160, 161.
Murphy, Robin: 178.

—N—

Nemitz, Bohnert: 178.

—O—

Ohlin, Jens: 160, 162.
Olásolo, Héctor: 132, 149, 150, 152, 154, 155, 172,
175.
Ongen, Thérèse: 176.
Orozco Abad, Ivan: 28, 30, 35, 45, 70, 139, 140.
O'shea, Andreas: 200.
Osiel Mark: 159, 160, 163.
Ospina, Julio: 136.
Otero Prada, Diego: 166.

—P—

Palou, Juan Carlos: 70.
Pastor, Daniel: 77.
Perdomo Torres, Jorge Fernando: 6.
Philips: 198, 200.
Pichon: 155, 162, 182, 184, 186, 188, 200.
Pizarro, Eduardo: 166.
Planta, Katrin: 7.
Politi: 198.
Posada Orrego, John Jaime: 127, 136.
Prittitz, Cornelius: 34.

—R—

Ramírez Meneses, Bladimir: 136.
Rangel, Suárez: 14.
Rastan, Rod: 152, 153, 155.
Razesberger, Florian: 154, 155, 172, 178, 180, 181,
182, 183, 186, 187, 198, 199, 200.
Reisman, Michael: 182.
Reismann: 200.
Rivera, Sneider: 191.
Robinson, Darryl: 177, 178.
Rodríguez, Felipe: 136.
Rojo, Carnero: 187, 188.
Romero, Mauricio: 24.
Roncal, Juan Carlos: 136.

—S—

Sadat: 182.
Saffon, Paula María: 6, 38.
Schabas, William: 157, 158, 160, 171.
Scharf, Michael: 177, 182.
Schiff, Benjamin: 153.
Schomburg, Wolfgang: 178.
Schukking: 183.
Schüller, Andreas: 157, 158, 160.
Seibert-Fohr, Anja: 178, 182, 185.
Seils, Paul: 152, 158, 159, 161, 171, 182.
Séller: 188, 189.
Sheng, Ada: 171.
Sieber: 200.
Sluiter, G.: 151, 154, 157, 160.
Smith, Stephen E.: 160, 171.
Soto, Nini Johana: 136.
Stahn, Carsten: 151, 154, 155, 157, 160, 171, 177,
178, 179, 184.

Stegmiller, Ignaz: 157, 158, 159, 160, 169.
 Stigen, Jo: 149, 154, 155, 162, 163, 171, 172, 175,
 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 186,
 188, 198, 199.
 Studenroth: 90.

—T—

Theidon, Kimberly: 6.
 Triffterer, O.: 36, 160.

—U—

Ulrico: 184, 186, 200.
 Uprimny Yepes, Rodrigo: 6, 30, 127, 136.

—V—

Valencia, León: 24.
 Van den Wyngaert, Christine: 176.
 Van Der Wilt, Harmen: 182, 186, 199.
 Van Hebel, H.: 183.

Velásquez Velásquez, Fernando: 131.
 Verhoeven, Sten: 198.
 Victoria Llorente, María: 70.
 Villamarín, Adriana: 203.
 Vizcaíno, Claudia: 136.

—W—

W., William: 182.
 Wcro: 160, 164.
 Wei, Wu: 181, 197.
 Werle, Gerhard: 163, 172, 200.
 White: 163, 171, 172, 182, 184, 199, 200.
 Wierda: 6, 150, 171, 182.
 Williams, Sharon: 171, 160.
 Woischnik, Jan: 19.
 Wouters, Jan: 198.

—Z—

Zuluaga López, Lorena: 6.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
8°	133
11	118
137	123, 124
158	97
161	86
207	83
286	94
287	92
288	94
294	96
324	131
331	21, 87
332	87
335	87

Código Penal

83	92
340	23, 24, 29, 131
346	23
348	23
365	23
468	27

Constitución Política

2°	125
12	125
17	125
18	125
28	125
34	125
35	28, 66
44	125
46	125
72	125
150-17	28
179	109
179-1	28
201-2	28
232	28
250	115
299	28, 110

Decretos

Núm. Año	Pág.
128 2003	55, 56, 58, 61, 62
3360 2003	55, 57, 60, 62

Decretos

Núm. Año	Pág.
2767 2004	58
4760 2005	19, 21, 25, 28, 43, 44, 47, 62, 75, 77
.....	78, 79, 83, 87, 95, 97, 107, 110, 118
.....	138
4790 2005	109
2898 2006	75, 77, 78, 79
3391 2006	4, 18, 22, 25, 41, 44, 46, 56, 68, 79
.....	81, 82, 92, 99, 111, 112, 118
4417 2006	62, 64, 65, 75, 77, 78, 79
315 2007	79, 80, 118, 120, 124, 127, 129, 135
317 2007	120
395 2007	55, 60
423 2007	56, 60
3500 2007	79
3570 2007	125, 126
80 2008	59
176 2008	44, 46
880 2008	55
1059 2008	55, 59
1290 2008	44, 48, 49, 50, 51
1364 2008	60
4719 2008	60, 61
614 2009	59
694 2009	46
964 2009	44
1733 2009	113

Estatuto de la Corte Penal Internacional

Art.	Pág.
2°	174
5°	170
6°	4
7°	4
8°	4, 170
12	1 157
13	152, 162
15	152, 207
17	1, 2, 3, 5, 129, 148, 150, 151, 155, 156, 169
.....	170, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183
.....	185, 188, 189, 190, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 211
18	154
19	154, 155
20	155, 169, 180, 186

Estatuto de la Corte Penal Internacional

Art.	Pág.
25	36
29	158
53 150, 151, 152, 154, 157, 160, 162, 163, 164	165, 178
54	152
58	152
81	160
124	2
126	1

Ley de Justicia y Paz

1º	16, 61, 117
2º	21, 24
3º	61, 108
4º	117, 134
5º	85, 115, 127
6º	135
7º	117, 121, 138
8º	117
10	56, 61, 109
11	61, 109
13	94
14	40
15	10, 38, 98
16	10
17	83
18	91, 93, 96
19	99, 107, 108
20	96, 108, 110
23	42, 98
24	61, 102, 108, 109, 112, 113
25	110
27	86
29	61, 107, 108, 109, 112
31	38, 111
32	38, 39
33	39
34	40
35	42
36	42
37	118
38	123
38.5	118
42	61, 117
43	117
44	61, 117
45	117
46	117
47	117
48	117
49	45, 117
50	42
51	43

Ley de Justicia y Paz

Art.	Pág.
52	46
52.2	45, 138
52.3	45
52.5	46
52.6	46
52.7	46
54	47
55	47
56	117, 138
57	42, 138
58	138
61	59
62	21, 26, 31, 33, 118
63	109
69	23, 28, 131, 168
71	27, 195
72	25

Leyes

Núm. Año	Pág.
418 1997	17, 33, 57, 58
548 1999	33, 58
599 2000	1, 17, 23, 110
600 2000	22, 26, 31, 33, 62, 114, 130, 191
782 2002	5, 11, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 33, 55, 58, 59, 130, 131, 195
793 2002	22
180 2004	12
890 2004	92
906 2004	21, 22, 24, 26, 31, 32, 33, 63, 66, 75, 76, 91, 92, 114, 115, 124, 130, 131, 191
938 2004	79
208 2005	12
209 2005	12
210 2005	12
211 2005	11, 12, 33
214 2005	12
217 2005	12
287 2005	12
290 2005	12
291 2005	12
294 2005	12
975 2005	1, 2, 4, 9, 12, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 31, 32, 39, 40, 44, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 69, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 81, 86, 94, 97, 100, 101, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 126, 132, 135, 144
1106 2006	25
1121 2006	131
1312 2009	24, 35, 131, 169, 174

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLE-
RES DE NOMOS IMPRESORES, EL CUATRO DE FEBRERO
DE DOS MIL DIEZ, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE
LÉON DUGUIT (n. 4, II, 1859 y m. 8, VIII, 1928).

LABORE ET CONSTANTIA