

SESSÃO ARTIGOS

JUSTICIA CRIMINAL TRANSICIONAL EN COLOMBIA: CUMPLE CON LES ESTANDARES DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL?^{1,2}

*TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE IN COLOMBIA: MEET THE
INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE STANDARDS?*

PROF. DR. JOHN. A. E. VERVAELE
Profesor de la Utrecht Law School, Holanda

Resumen: En los últimos setenta años Colombia ha sido y todavía es hasta cierto punto el panorama de un conflicto armado interno devastador. Aunque los datos empíricos no siempre están disponibles ni son fiables, varias fuentes oficiales y provenientes de ONGs indican que puede haber más de cinco millones de víctimas del conflicto armado interno (más del 10% de la población), de las cuales alrededor de 250.000 han perdido la vida y 30.000 han desaparecido forzosamente. Se ha informado sobre unas 5.000 masacres. Otros siete millones han sido obligados a desplazarse, la segunda cifra más elevada del mundo, después de Sudán. En este contexto también se entrecruzan conductas criminales graves, como el secuestro a gran escala para exigir rescate, tráfico de drogas y crimen organizado.

Palabras clave: justicia criminal transicional; justice standards

Keywords: transitional criminal justice; justice standards

Abstract: In the last seventy years Colombia has been and still is to some extent the picture of a devastating internal armed conflict. Although empirical data are not always available or reliable, several official and NGO sources indicate that there may be more than five million victims of internal armed conflict (more than 10% of the population), of which around 250,000 have lost their lives and 30,000 have forcibly disappeared. Some 5,000 massacres have been reported. Another seven million have been forced to move, the second highest figure in the world, after Sudan. Serious criminal conduct, such as

¹ Versión adaptada y actualizada de J.A.E. Vervaele, La justicia criminal transicional en Colombia y la policita complementaria bajo el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicado en G. Portilla Contreras & F. Velásquez Velásquez (dir.), Un juez para la democracia, libro homenaje a Perfecto Andrés Ibañez, Dykinson, Madrid, 2019, 727-758.

² Traducción al castellano por Cristina Callejón Hernández, Contratada Predoctoral FPU de la Universidad de Jaén.

large-scale kidnapping to demand ransom, drug trafficking and organized crime, is also intertwined in this context.

SUMARIO: 1. Introducción: conflicto armado interno y violencia política en Colombia. 2. Responsabilidad penal por delitos internacionales fundamentales y modelos de justicia transicional y restaurativa en Colombia. 2.1. Justicia penal restaurativa y transicional bajo la Ley de Justicia y Paz de 2005. 2.2. Justicia penal restaurativa y transicional conforme al Acuerdo de Paz de 2016. 3. Justicia penal restaurativa y transicional y complementariedad bajo el Estatuto de Roma. 3.1. Delitos internacionales fundamentales y complementariedad negativa. 3.2. Complementariedad positiva. 4. La Fiscalía y la evaluación de situaciones sometidas a examen en Colombia. 5. Evaluación y consideraciones finales. Bibliografía.

1. Introducción: conflicto armado interno y violencia política en Colombia

En los últimos setenta años Colombia ha sido y todavía es hasta cierto punto el panorama de un conflicto armado interno devastador. Aunque los datos empíricos no siempre están disponibles ni son fiables, varias fuentes oficiales y provenientes de ONGs indican que puede haber más de cinco millones de víctimas del conflicto armado interno (más del 10% de la población), de las cuales alrededor de 250.000 han perdido la vida y 30.000 han desaparecido forzosamente. Se ha informado sobre unas 5.000 masacres. Otros siete millones han sido obligados a desplazarse, la segunda cifra más elevada del mundo, después de Sudán. En este contexto también se entrecruzan conductas criminales graves, como el secuestro a gran escala para exigir rescate, tráfico de drogas y crimen organizado.

Este conflicto, el de mayor duración en América Latina, es muy complejo, viéndose involucrados diferentes actores y conductores. Sus orígenes pueden remontarse a la ausencia de equidad en la distribución de la tierra y a la carencia de reformas agrarias en un país donde el poder político y económico se encuentran en manos de la oligarquía y de las Fuerzas Armadas, y donde la brecha entre ricos y pobres es una de las más grandes del mundo. Como resultado, dos grupos armados rebeldes izquierdistas han permanecido activos desde 1960: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). El Estado colombiano inició una guerra interna contra ellos y las oligarquías agrarias prepararon su guerra sucia mediante el establecimiento de fuerzas paramilitares derechistas. La colisión entre el Gobierno, la milicia y las fuerzas armadas paramilitares ha sido siempre muy intensa. Esto ha desembocado en una radicalización del conflicto, convirtiéndose Colombia en

líder mundial en índice de homicidios entre 1990 y 2002. Desde finales de la década de los ochenta en adelante las FARC y el ELN utilizaron los secuestros y el tráfico de estupefacientes como herramientas de financiación; en 1997, 34 grupos paramilitares derechistas formaron una organización coordinadora, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con la intención de proteger distintos intereses locales de naturaleza política, social y económica combatiendo a los grupos armados rebeldes en sus áreas. Las AUC estaban integradas por alrededor de 20.000 miembros y se financiaban en gran medida a través del narcotráfico y con la ayuda de los terratenientes, la minería, la industria petrolera y las grandes compañías agroindustriales y los políticos. El Ejército colombiano ha sido acusado de delegar en las AUC paramilitares la tarea de acabar con los activistas locales por el medioambiente, por los derechos humanos y con los sindicatos sospechosos de apoyar al movimiento rebelde. Asimismo, las AUC cometieron masacres muy violentas en comunidades rurales e indígenas en las que perdió la vida un gran número de personas. Colombia fue declarada culpable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 5 ocasiones por las distintas masacres cometidas por los grupos armados paramilitares y debido al control funcional del Estado sobre los grupos paramilitares. Las AUC fueron catalogadas, al igual que lo fueron los movimientos guerrilleros, como organizaciones terroristas por las Naciones Unidas y por varios países bajo el sistema de lista negra.

Con esta breve visión no hay duda de que la situación en Colombia no puede ser definida como un conflicto armado entre dos actores en un sentido clásico, sino como uno en el que se encuentran involucrados una variedad de actores, incluidos agentes estatales (militares y civiles), paramilitares, estructuras empresariales y rebeldes. En este conflicto armado los no-combatientes se convirtieron en las víctimas principales a partir de la década de los noventa y el conflicto se transformó en una auténtica crisis humanitaria. Los actores del conflicto armado cometieron graves violaciones de derechos humanos que sin duda pueden ser calificadas como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Esto también ha sido suscrito regularmente por la Fiscalía General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional y la CIDH. En la situación esbozada hay varias formas de conducta que podrían calificarse como situaciones y casos que caen bajo la competencia de la CPI por lo que a su gravedad se refiere. En 2004, el Fiscal de la Corte Penal Internacional (OTP)□, mediante la apertura de un examen preliminar sobre la existencia de posibles crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra (sobre los que dispone jurisdicción, conforme al instrumento de adhesión de Colombia al Estatuto de Roma, desde noviembre del 2002, en el primer supuesto, y desde noviembre del

2009 en el segundo) cometidos por el gobierno y por los grupos rebeldes, dejó claro que la CPI podría ejercer su competencia en casos potenciales. Esto implica que varias situaciones, conectadas con el Ejército y los grupos paramilitares relacionados con las FARC y al ELN, se han encontrado bajo el escrutinio de la Fiscalía de la CPI durante 15 años. La Fiscalía también ha estado vigilando de cerca el proceso de paz colombiano para asegurarse de que las medidas de justicia sean auténticas y para hacer rendir cuentas a los principales responsables de las infracciones de Derecho penal internacional y de las violaciones graves de derechos humanos.

No hay duda de que Colombia posee un deber positivo (positive duty) de protección frente a violaciones graves de derechos humanos y frente a los delitos internacionales fundamentales y de protección de las víctimas en ese sentido. Los tratados, el Estatuto de Roma de la CPI, el Derecho consuetudinario internacional y la jurisprudencia de la CIDH relativa a normas de *ius cogens* obligan a Colombia a cumplir con un deber general de investigar, enjuiciar y castigar estas serias violaciones. En caso de inactividad, incapacidad, escasa disposición estatal o falta de ejecución, Colombia podría tener problemas de responsabilidad estatal conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los autores podrían enfrentarse a investigaciones criminales, procesamiento y castigo por parte de la CPI mediante la activación del mecanismo de complementariedad, previsto en el Estatuto de Roma. Colombia, sin embargo, no es ni un Estado fallido ni un Estado en el que impere una dictadura (militar). Los acuerdos de paz y los sistemas de justicia transicional relacionados no presentan como objetivo principal la remodelación de la estructura completa del Estado.

Colombia ha intentado en diversas ocasiones el Desarme, la Desmovilización y la Reintegración (DDR) de los actores implicados en el conflicto armado. Los programas más importantes de DDR han sido elaborados en el marco de negociaciones pacíficas y formas de restauración y justicia transicional, con el objetivo de lograr la paz en combinación con la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. La justicia transicional y restaurativa posee muchas definiciones, pero es mayoritariamente vista como “la gama completa de procesos y mecanismos asociados con los intentos de la sociedad de asimilar un legado de pretéritos abusos masivos para asegurar la rendición de cuentas, obtener justicia y conseguir la reconciliación”. Las medidas incluyen juicios internos e internacionalizados, comisiones de verdad, comisiones históricas, programas de reparación, prácticas de investigación y depuración, documentación, conmemoración, y otros esfuerzos para promover la reconciliación. En el contexto de Colombia se prevén específicamente varios tipos de formas adaptadas de justicia penal, y, por

consiguiente, formas de responsabilidad penal, que tratan de combinar verdad, justicia y reparación de las víctimas en una transición hacia la paz duradera. La ventaja del programa de justicia transicional es que contiene un conjunto de estándares, basados principalmente en el DIDH, que constituyen un marco normativo para las negociaciones de paz en el equilibrio justicia-verdad-compensación de la víctima y para su implementación en la práctica.

Estos sistemas de justicia transicional en Colombia prevén una justicia punitiva mitigada y en algunos casos también amnistía e indulto como canje por la verdad, compensación a las víctimas y paz duradera. La cuestión que surge es si estos sistemas de justicia transicional y restaurativa se encuentran, desde un punto de vista normativo y práctico, en línea con las obligaciones que surgen del DIDH y de la CPI del Estatuto de Roma y si están dotados del contenido suficiente para evitar los cargos penales de la Fiscalía/CPI por el examen preliminar en curso de las situaciones colombianas desde 2004. ¿Cumple el sistema de justicia transicional colombiano con los deberes positivos (legalmente y en la práctica) de investigar efectivamente, enjuiciar y castigar las violaciones graves de derechos humanos/delitos internacionales fundamentales, cumpliendo el test de complementariedad del Estatuto de Roma, lo que implicaría que la CPI no necesitaría activar su competencia en casos criminales concretos? ¿Y cómo elabora la Fiscalía/CPI política criminal mediante la evaluación de complementariedad de las situaciones para conducir a Colombia hacia un auténtico cumplimiento?

En este artículo doy, primero, una visión acerca de los dos modelos principales de justicia penal transicional y restaurativa de 2005 y 2016 en el apartado 2. En el apartado 3 explico la gravedad y los test complementarios negativos y positivos de la CPI. El apartado 4 examina el uso de este test por parte de la práctica procesal de la Fiscalía en relación con situaciones bajo examen preliminar en Colombia. En el apartado 5 realizo una evaluación para responder a la cuestión acerca de si los programas de justicia transicional y restaurativa cumplen con el test de complementariedad, basado en la fuerte interacción que hay entre el examen preliminar de situaciones colombianas por parte de la CPI y la acción legal y política en el Ordenamiento interno. Esta parte acaba con una serie de consideraciones finales.

2. . Responsabilidad penal por delitos internacionales fundamentales y modelos de justicia transicional y restaurativa en Colombia

2.1. *Justicia penal restaurativa y transicional bajo la Ley de Justicia y Paz de 2005*

Desde 1982 Colombia ha entrado en negociaciones de paz con los actores involucrados en el conflicto armado en cinco ocasiones y todas ellas han incluido alguna forma de amnistía o indulto por delitos que podrían someterse a la competencia de la CPI. En 1985 las FARC y el Partido Comunista Colombiano fundaron un partido político, la Unión Patriótica, como parte de las negociaciones de paz mantenidas por el presidente Belisario Betancur. Combatientes desmovilizados que se convirtieron en candidatos presidenciales, miembros del Parlamento, concejales y alrededor de 3.500 miembros del partido fueron, no obstante, asesinados en una violenta campaña organizada por los paramilitares con el apoyo del Ejército y de traficantes de drogas. Esto significó la completa exterminación de la Unión Patriótica. En 1991 el pequeño movimiento guerrillero urbano M-19 estuvo dispuesto a desmovilizarse y entregar las armas a cambio de una amnistía general. El proceso de paz entre 1999 y 2002 a cargo del presidente Pastrana, que había concedido una zona desmilitarizada a las FARC, fracasó finalmente. Ello tuvo un doble efecto inverso. Los paramilitares incrementaron su actividad contra las guerrillas y, en 2002, el presidente Uribe salió elegido. Como político intransigente que había estado a favor de los grupos paramilitares elaboró una política “denominada” de seguridad democrática. Re-etiquetó el conflicto con los rebeldes como guerra contra el terrorismo y el narcotráfico y lanzó una ofensiva militar que produjo una drástica reducción de la capacidad militar de las FARC. Sin embargo, la militarización del conflicto también generó un incremento de violaciones graves de derechos humanos por parte de las Fuerzas Armadas. El caso de los “falsos positivos” es el ejemplo más conocido. Miembros del Ejército secuestraron o capturaron a civiles, pobres o discapacitados mentales, de las ciudades, posteriormente los condujeron a áreas remotas conflictivas y acabaron con sus vidas. Los presentaron ante las autoridades como miembros de las FARC que habían sido asesinados en batalla y recibieron por ellos bonificaciones adicionales a su sueldo y otros beneficios³. Alrededor de 4.000 casos de este tipo han sido recientemente investigados por las autoridades judiciales. Por otra parte, Uribe adoptó un programa de desmovilización para los grupos paramilitares que desembocó en la propuesta

³ Véase Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/report/2015/06/24/their-watch/evidence-senior-army-officers-responsibility-false-positive-killings>

de una Ley de Alternatividad Penal de 2003⁴, que contemplaba suspensiones condicionales de las penas bajo control jurisdiccional por un período de hasta cinco años. Debido a las severas críticas y las dudas acerca de la compatibilidad de dicha futura Ley con la Jurisprudencia de la CIDH, que rechaza las amnistías generales por medio de la suspensión de condenas, el Gobierno la retiró del Congreso Colombiano en 2003. El Gobierno cambió de táctica posteriormente y elaboró el primer concepto de justicia transicional y restaurativa para los actores que se habían visto envueltos en crímenes internacionales fundamentales y graves infracciones de derechos humanos: la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005⁵). La finalidad primordial de la Ley 975 es desarmar, desmovilizar y reintegrar a “los grupos que operan al margen de la ley”, especialmente la organización coordinadora paramilitar derechista AUC el objetivo principal, y obtener una paz duradera. La Ley de Justicia y Paz de 2005, como parte del acuerdo negociado con los denominados “grupos organizados armados al margen de la ley”⁶, contiene elementos de investigación, retribución y reparación⁷. La Ley 975 constituye, de este modo, un marco típico de DDR⁸ y fue así considerada como justicia penal transicional y compatible con la Constitución Colombiana⁹. El núcleo principal de la Ley 975 es un favorable sistema de responsabilidad penal a través de penas alternativas, con un mínimo de cinco y un máximo de ocho años de prisión (en lugar de los 50-60 años de los procesos penales ordinarios), incluyendo los delitos internacionales fundamentales cometidos durante la pertenencia al grupo, sujeto a la condición de que los penados contribuyan a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. La amnistía u otras formas de exención de la pena no pueden ser de aplicación a los crímenes internacionales fundamentales, incluso aunque fuesen considerados como “delitos políticos” al amparo de la Ley 782 de 2002, ya que la Corte Suprema de Justicia¹⁰ decidió que las conductas de los grupos paramilitares no podían incluirse dentro del concepto de “delitos políticos”. También es importante el hecho de que con la reforma del Código Procesal Penal en

⁴ Nota explicativa del Proyecto de Ley Estatutaria 85 de 2003, *Gaceta del Congreso*, 436 (2003) (Colom.)

⁵ https://www.cejil.org/sites/default/files/ley_975_de_2005_0.pdf

⁶ Basándose en la Ley 418/1997.

⁷ R. UPRIMNY; M. P. SAFFÓN; C. BOTERO; y E. RESTREPO, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, De Justicia, 2006.

⁸ Para un análisis más detallado véase UPRIMNY; M.P SAFFON, “¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 tras el fallo de la Corte Constitucional”, en R. Uprimny (ed.), *Justicia Transicional sin transición*, Bogotá, DeJusticia, 2006, 201; K. AMBOS, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive Situation-based Approach*, Springer, Berlín, 2010.

⁹ Corte Constitucional, Decisión C-370, 2006.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, 11 de julio de 2007, Rad. 26945.

2004 (Ley 906 de 2004) se extendió la discreción procesal, de forma que una simple pertenencia a un grupo militar podía ser dispensada y archivada. La Ley 975 contiene una fase administrativa y judicial. En la primera, el Gobierno selecciona aquellos miembros de los grupos paramilitares que considere elegibles para el régimen de DDR. Esta fase administrativa no está sometida a control judicial, pero el mecanismo de selección para la fase judicial se encuentra bajo el liderazgo de la Fiscalía General de la Nación. Los miembros desmovilizados de las AUC solo podían someterse al régimen especial de la Ley 975 si colaboraban efectivamente con la Administración de Justicia (con la revelación de los hechos y la admisión de los cargos), compensaban a las víctimas moral y materialmente y se reintegraban en la sociedad. Con el objetivo de acelerar el proceso, en 2014, la Ley 1592 decidió dar prioridad a la macrocriminalidad cometida por ejércitos privados y se posicionó a favor de la reparación de las víctimas con la Ley 1148 de 2011 sobre la restitución de tierras que limitó el flujo de solicitudes hasta un año después.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹ se ha mostrado bastante crítica con la implementación de la Ley 975 en las etapas iniciales y ha resuelto negativamente asuntos relativos a la extradición de los líderes paramilitares a EE. UU. cuando ellos se encontraran sometidos a la jurisdicción de la Ley 975¹². Los datos recientes, tanto de las ONG¹³ como del Gobierno colombiano, sobre el impacto de la Ley 975 hablan por sí solos. En un estudio muy exhaustivo llevado a cabo por la Contraloría General de la República¹⁴, en febrero de 2015, puede encontrarse una interesante descripción del impacto del programa de justicia transicional durante el período 2006-2016. En el lapso 2005-2009, alrededor de 36.000 paramilitares fueron desmovilizados, por lo que se desarticulaban grupos paramilitares importantes en distintas regiones. Casi 5.000 miembros solicitaron el régimen beneficioso de la Ley 975. Asimismo,

¹¹ 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 de 2007.

¹² Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 25 de mayo de 2010, párr. 12. La Fiscalía/CPI también escribió una carta al Gobierno colombiano solicitando una explicación más exhaustiva de la relación existente entre la extradición y la investigación conforme a la Ley 975 (Publicada por El Espectador el 16 de agosto de 2008).

¹³ Comisión Colombiana de Juristas, Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos militares, Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005, Bogotá, 2010, http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.pdf; <http://www.verdadabierta.com/cifras/3825-estadisticas-justicia-y-paz>; UPRIMNY YEPES, Rodrigo/ SÁNCHEZ DUQUE, Luz María/SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014.

¹⁴<http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/466201/An%C3%A1lisis+sobre+los+resultados+y+costos+de+la+Ley+de+Justicia+y+Paz/dcce2907-f669-42b8-8857-7e14750cc467?version=1.0>

cerca de 500.000 víctimas han sido registradas. Una pequeña minoría de desmovilizados se mostraron dispuestos a cooperar y confesar sus crímenes, razón por la cual más del 50% de los casos fueron transferidos al sistema de justicia penal ordinaria. De los delitos confesos, solo para dar una idea acerca del tipo de confesiones, 30.000 eran relativos a asesinatos, 13.000 a desplazamientos forzados, 5.000 a desapariciones forzadas, 2.900 a secuestros, 2.200 a reclutamientos ilícitos y 1.300 a masacres. Después de 10 años, la Fiscalía General de la Nación solo ha sido capaz de acusar formalmente a 1.124 paramilitares, de los cuales los cargos solo han sido confirmados en 370 casos. En 2017, solo 195 miembros de grupos paramilitares han sido condenados por 47 decisiones judiciales relativas a unos 1.000 actos criminales bajo el programa de la Ley 975, entre los cuales se incluyen, no obstante, varias masacres de alto nivel. En total, ha habido solamente 14 veredictos hasta el momento en el que se ha escrito este artículo. Solo han sido condenados aproximadamente un 8% de los potenciales delincuentes conforme al programa transicional de la Ley 975. Desafortunadamente, el Gobierno de Uribe negoció un acuerdo de extradición con EE. UU. para adicionales líderes paramilitares de alto nivel a través del cual se extraditarían por narcotráfico y, de este modo, resultarían de facto protegidos por una ulterior investigación y procesamiento según la Ley 975¹⁵. De este modo, el Gobierno intentaba evitar futuras confesiones acerca de las relaciones entre paramilitares y militares y la conexión con empresas y políticos (el llamado escándalo de la parapólitica). De las víctimas registradas (alrededor de las 500.000), solo el 5% fueron reconocidas como tales en los veredictos. Además, solo el 6% del total de pagos realizados en concepto de compensación de víctimas provenía de bienes pertenecientes a los condenados. De las 440.000 hectáreas de tierra reclamadas, menos de 1.000 han sido efectivamente restituidas. Esto muestra una actitud muy reticente por parte de los desmovilizados a compensar por completo a las víctimas. En 2017, todavía seguían a la espera de procesos judiciales cerca de 4.500 personas y 2.500 casos en los que se habían confirmado cargos por 76.000 delitos cometidos por las fuerzas armadas privadas y que afectaban a alrededor de 185.000 víctimas, y el panorama no ha cambiado en 2018 y comienzos de 2019. El estancamiento de los casos hace presuponer que la aplicación de la Ley 975 aún podrá demorarse unos cinco años más.

¹⁵ Esta práctica fue severamente criticada por la CIDH en el Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, de 11 de noviembre de 2007.

Muchas fuentes, entre ellas la Contraloría General de la República, sostienen que la Ley 975 ha sido muy instrumental en el descubrimiento, aunque solo parcialmente, de la verdad sobre importantes y graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales fundamentales, por ejemplo las masacres de la población civil y los lazos intrínsecos entre políticos, Ejército y paramilitares, por los que, en varios cientos de casos, miembros de la milicia y del Congreso han tenido que enfrentarse a procesos penales ordinarios. La Ley 975 ha permitido, asimismo, el descubrimiento de fosas comunes, la identificación de víctimas y la restitución de los cuerpos de las víctimas de desapariciones forzadas a sus familias. Esto goza de valor intrínseco para encontrar la verdad y para la memoria histórica. También se indica, empero, que los resultados son muy modestos o débiles tanto en lo que respecta a la dimensión judicial como a la relativa a la reparación de víctimas, indudablemente en relación con las expectativas y la inversión financiera¹⁶. Incluso académicos que han defendido el programa transicional de la Ley 975 lo califican de fracaso debido, por un lado, a la manipulación gubernamental en la fase de implementación, que ha hecho completamente imposible el cumplimiento de los estándares de reparación de víctimas y, por otro, a los decretos favorables que favorecían que los paramilitares pudieran eludir las sentencias de la Corte Constitucional¹⁷.

Aún resulta más preocupante que varios líderes de alto nivel de las primeras AUC, incluidos los que fueron desmovilizados y condenados por la Ley 975, no se hayan reinsertado a la sociedad, sino que hayan establecido grupos criminales organizados muy violentos (conocidos como BACRIM). Un buen ejemplo sería el denominado “Clan del Golfo o Autodefensas Gaitanistas de Colombia”, con alrededor de 3.000 miembros que se dedican en activo al narcotráfico, la minería ilegal, la extorsión, y la caza furtiva y que acaban con frecuencia con la vida de oponentes y miembros de comunidades locales. Esto supone que, aunque la desmovilización y el desarme tuvieron inicialmente éxito, varios líderes no se reinsertaron y restablecieron grupos violentos organizados similares. La justicia transicional, al

¹⁶ En la misma línea el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, (2011, febrero 3), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, A/HRC/16/22, p. 9, en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2010_esp.pdf; RAISER, J. Melchior. (2017), *Das Opportunitätsprinzip im Kolumbianischen Friedensprozess, Realität und Perspektiven im Lichte internationaler Entwicklungen*, Baden-Baden, 2017, pp. 180-187.

¹⁷ Véase UPRIMNY/SAFFON, 2008, pp. 177-178. Los paramilitares defendieron claramente la Ley 975 y no estaban dispuestos a aceptar el incremento de facto de las penas impuesto por la Corte Constitucional, que falló en contra la reducción de la prisión descontando el tiempo de desmovilización a la espera de juicio porque esto estaba conduciendo de facto a un no-encarcelamiento.

carecer de medidas de seguridad de flaqueo, está, de este modo, desvirtuando el concepto de paz duradera y arriesgándose a nuevos conflictos armados. El programa de Justicia y Paz restaurativas y justicia transicional no ha podido gestionar por completo las exigencias de DDR y ha sido débil en algunos puntos cruciales de su propio modelo de justicia restaurativa y transicional, a la vista de la baja tasa de condenas y a la dramática escasez de compensación a las víctimas. Ello es una señal clara de que un esquema de justicia transicional basado en un asentamiento pacífico no prosperará en presencia de renovados grupos armados (también denominados estructuras de poder delictivo) capaces de enriquecerse mediante transacciones en los mercados gris y negro, de criminalizar instituciones estatales, y de perpetuar una cultura de la impunidad¹⁸.

2.2. Justicia penal restaurativa y transicional conforme al Acuerdo de Paz de 2016

En 2010, tras dos mandatos presidenciales de Uribe, el ex Ministro de Defensa Santos fue elegido presidente con el apoyo de aquel. Se comprometió, formalmente, con un proceso de paz con las FARC que desembocó en el Acuerdo de Paz de 2016, tras cuatro años de negociaciones. Sin embargo, en un plebiscito en 2016, en el que Uribe hizo campaña en contra del acuerdo, los votantes colombianos rechazaron, por una estrecha mayoría, el Acuerdo de Paz inicial¹⁹. La renegociación subsiguiente de los temas más controvertidos derivó en un nuevo Acuerdo de Paz que fue firmado por las partes en noviembre de 2016²⁰ y se promulgó mediante la Ley 1820 de 2016 y el Acto Legislativo 01 de 2017²¹. El Acuerdo creó un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Una de las partes más cruciales y controvertidas del mismo es el aspecto judicial en el capítulo V (acuerdo de justicia/acuerdo de las víctimas), que trata sobre la responsabilidad por los delitos internacionales fundamentales a través de una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). La JEP es solo el núcleo central del sistema, que se complementa con entidades no judiciales, como la Comisión para el Esclarecimiento de la

¹⁸ M. DZIEDZIC, *Criminalized Power Structures. The Overlooked Enemies of Peace*, Rowman y Littlefield, Maryland, 2016.

¹⁹ El Gobierno de Santos estuvo negociando hasta el final un potencial acuerdo de paz con el ELN, pero no lo logró y el asunto quedó en manos del nuevo gobierno.

²⁰ Véase: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

²¹ La Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía) y el Acto Legislativo 01 de 2017 han sido complementados, además, por varios decretos. En noviembre de 2017, la Corte Constitucional anunció su decisión por medio de la cual declaró exequible el Acto Legislativo 01 mediante la sentencia C-674 de 2017.

Verdad, la Convivencia y la No repetición y la Unidad Especial para el Descubrimiento de Personas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto.

Miremos más de cerca el diseño de este nuevo²² modelo de justicia penal transicional y veamos después si y hasta qué punto las lecciones de la Ley 975 han sido aprendidas. De forma parecida al objetivo de la Ley 975, el objetivo del Acto Legislativo 01 es también el desarme, la desmovilización y la reintegración de los “grupos que operan al margen de la ley”, pero en este caso dirigido a las FARC (y, a futuro, ojalá también para el ELN, si es que se logra destrabar el proceso con el actual gobierno), y el logro de la paz duradera. Sin embargo, sustancialmente se extiende de igual forma a agentes estatales (incluyendo al Ejército) y terceras personas involucradas en el conflicto armado (como los paramilitares y el posible protagonismo empresarial en la financiación). El Acto Legislativo 01 de 2017 contiene también elementos retributivos y reparadores. Constituye, de esta forma, un marco típico de DDR e integra justicia transicional. Acto Legislativo 01 contempla un régimen de responsabilidad penal, pero con sanciones reducidas a cambio de contribuciones relativas a la verdad y a la compensación de las víctimas. No obstante, existen diferencias sustanciales dado que el objetivo principal de la JEP no es el descubrimiento de la verdad. La mayoría de los responsables no se enfrentarán a una investigación o a un juicio ni a través el sistema de justicia penal ordinaria ni a través de la JEP, pues serán exonerados mediante amnistías o indultos por parte del Gobierno. Aparte de ello la JEP incluye un sistema en el cual la selección de casos y las priorizaciones son las características principales. A la JEP le está permitido centrarse en los delitos más graves y representativos cometidos por aquellos que han tenido el control y el liderazgo efectivo en la conducta en cuestión²³. Este ámbito material y personal ha sido ajustado después del referéndum negativo, a solicitud del Ejército. A modo de ejemplo, el alcance material de los crímenes de guerra ha sido limitado a “crímenes de guerra graves”, constituyendo infracciones de DIH cometidas de manera sistemática o como parte de un plan o una política. En el nuevo Acuerdo Final se ha incluido también que la responsabilidad personal por liderazgo no será definida exclusivamente con base en la jerarquía y el rango de la persona. La responsabilidad personal superior solo puede basarse en el efectivo control de la conducta, el conocimiento disponible

²² GIL GIL, E. MACULAN y S. FERREIRA, *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017.

²³ La adopción de la severidad y la representatividad como criterio de priorización fue concretada por la *Directiva 001 de 2012* de la Fiscalía General de la Nación.

basado en información anterior, coetánea y posterior a la conducta relevante, y en las herramientas disponibles para la prevención y, en caso de comisión, para el inicio de las investigaciones. Esta definición ha desencadenado críticas por parte de las ONG en el campo del DIH y del DIDH²⁴ pues parece limitar el alcance de la solicitud en comparación con el elemento *mens rea* de los delitos internacionales fundamentales en el Estatuto de Roma, que contempla un concepto más amplio de *mens rea* (lo que debería haberse sabido). La Jurisprudencia de la CPI tampoco requiere el efectivo control sobre la conducta específica, sino más bien el efectivo control sobre los subordinados. Por consiguiente, un grupo sustancial de actores y de conductas criminales susceptibles de ser castigadas serán excluidas por definición de la competencia de la JEP. En segundo lugar, tanto las personas que aceptan su responsabilidad como las que no lo hacen pueden ser juzgadas bajo la competencia de aquella. En tercer lugar, la pena de prisión para aquellos que aceptaron su responsabilidad puede ser ejecutada *extramuros* en forma de trabajos en beneficio de la comunidad. Por último, la extradición está excluida para aquellos que se encuentran bajo la competencia de la JEP y tampoco pierden sus derechos políticos. En general, la JEP se encuentra más focalizada en la paz duradera y en un programa adecuado de justicia penal transicional que en el esclarecimiento de la verdad y la compensación a través de su propio proceso.

La JEP se basa en una competencia jurisdiccional especializada, con primacía sobre la jurisdicción penal ordinaria, con un sistema propio de competencia *ratione temporis, materiae* y *personae*. Con respecto a la competencia *ratione materiae*, todos los delitos internacionales fundamentales están incluidos. Asimismo, la competencia incluye igualmente otros delitos graves cometidos durante el conflicto armado siempre que no sean considerados delitos políticos, como el de rebelión, o estén directamente conectados a ellos. Por lo que respecta a la competencia *ratione personae*, la JEP posee competencia sobre todas las personas directa o indirectamente involucradas en el conflicto. Ello implica que todos los miembros de “grupos que operan al margen de la ley” que firmaron acuerdos de paz con el gobierno, agentes estatales y otras terceras personas conectadas con el conflicto armado (aunque con las limitaciones que en esta materia introdujo la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-674 de 2017 que hizo su comparecencia facultativa y no obligatoria) pueden calificarse como tales (por ejemplo,

²⁴ Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, 25 de enero de 2017, Carta sobre “responsabilidad de mando” en la legislación de implementación del Acuerdo de Paz.

aquellos que financiaron el conflicto armado o que lo apoyaron directamente, como los grupos paramilitares). Es un requisito imperativo para los grupos armados, que abandonen la zona del conflicto y se asienten temporalmente en zonas territoriales especiales y entreguen las armas.

La JEP cuenta con tres salas preliminares: la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía e Indulto; y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Contiene una Unidad propia de Investigación y Acusación. El Tribunal para la Paz contiene cinco subsecciones, estableciéndose un Tribunal de Primera Instancia para quienes acepten su responsabilidad, un Tribunal de Primera Instancia para quienes no acepten su responsabilidad, con secciones de Apelación, Revisión (en relación con las decisiones previas adoptadas por el sistema de justicia penal ordinaria) y Estabilidad y Eficacia (ejecución de decisiones y sentencias una vez que la JEP ha finalizado).

El punto de partida es que ciertas formas de conductas y delitos potenciales sean excluidas de la JEP y de la jurisdicción penal ordinaria a través de amnistías e indultos. De hecho, existe un doble régimen. Para quienes no puedan ser sometidos a la jurisdicción de la JEP (delitos que no son graves o se tratare de sospechosos que tienen una posición muy baja en la cadena de mando) el Gobierno ha podido aplicar una amplia política de amnistía/indulto. Para aquellos que sí puedan serlo, es la Sala de Amnistía e Indulto la encargada de tomar la decisión. La Sala debe aplicar el DIH, el DIDH, la legislación penal internacional y la Constitución Colombiana (que contempla una posible amnistía e indulto para delitos políticos y los delitos conexos a ellos). Todos los delitos internacionales fundamentales, desapariciones forzadas, tortura, etc., y los delitos ordinarios relacionados que no estén conectados con la rebelión están excluidos de la amnistía o el indulto, si han sido cometidos por quienes poseían el mando funcional. Los delitos que pueden ser amnistiados o indultados son el de rebelión y los que se relacionen con este (como la tenencia ilícita de armas, asesinatos en el campo de batalla, en línea con el DIH). En cuanto concierne a ciertos delitos para financiar la rebelión (como el tráfico de drogas) debemos esperar a ver cómo lidiará con ellos la Sala, por cuanto el Acuerdo de Paz no ofrece directrices.

Tras este panorama podemos ahora abordar la cuestión de si y hasta qué punto se ha aprendido la lección del modelo de Justicia y Paz de 2005. Como se ha mencionado *supra*, está claro que el Acto Legislativo 01 ha sacado provecho de las reformas del modelo de Justicia y Paz de 2014 para priorizar la selección de casos y evitar que el sistema entero se colapse ante una sobrecarga. En segundo lugar, el susodicho Acto Legislativo ha escogido igualmente un

modelo en el que el esclarecimiento de la verdad y la memoria histórica no es el elemento central del programa de justicia, por lo que los procesos pueden ser más efectivos. En tercer lugar, esa normativa contempla un sistema de cámaras de doble vía, que distingue entre quienes aceptan responsabilidad y quienes no, con un catálogo diferente de sanciones penales. Esto significa que el tipo de jurisdicción y las sanciones relacionadas dependen principalmente de la decisión procesal del sospechoso, no del tipo de acusación. Primero, para quienes acepten responsabilidad por revelaciones exhaustivas de verdad, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, impondrá las denominadas “sanciones propias”. Estas sanciones se basan en trabajos en beneficio de la comunidad (por ejemplo, guardas de protección del medio ambiente, participación en trabajos de infraestructura, destrucción de cultivos ilícitos y actividades agrícolas alternativas, etc.) y poseen una duración de entre 5 y 8 años. Aunque no se impondrán penas privativas de libertad, estos castigos incluyen restricciones de libertad y de derechos (como el de residencia o el de movilidad) en la medida en que sean necesarios para la ejecución de las penas. Para quienes admitan su responsabilidad solo ante la Primera Instancia del Tribunal para la Paz, este les impondrá “sanciones alternativas”, con una duración entre 5 y 8 años de prisión o entre 2 y 5 años en caso de participación minoritaria en los hechos reconocidos. Tercero, para quienes no acepten su responsabilidad, el Tribunal para la Paz impondrá sanciones penales entre 15 y 20 años de prisión.

En lo que atañe a la implementación realmente es demasiado pronto para hacer evaluaciones definitivas, porque la JEP ha empezado a funcionar con retraso y no está todavía en “velocidad de crucero”. Sin embargo, transcurrido ya un lapso amplio después del Acuerdo de Paz, podemos ver si la amplia implementación del DDR y de aquel está marchando bien y si facilitará el funcionamiento de la JEP. Uno de los informes más interesantes en ese sentido es el realizado por la Secretaría General de Naciones Unidas sobre la Misión en Colombia en septiembre de 2017²⁵. Ese informe subraya la importancia del trabajo legislativo subyacente para hacer posible la consecución de los objetivos perseguidos por el Acuerdo de Paz. Son ejemplos de ello la legislación para establecer una subdirección en la Unidad Nacional de Protección para proporcionar seguridad a los miembros de las antiguas FARC-EP y del partido

²⁵ S/2017/801 Consejo de Seguridad: Informe del Secretario General de 26 de septiembre de 2017 Original: inglés 17-16445 (E) 280917 *1716445; véase https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/last_sg_report_on_the_un_mission_in_colombia_eng_0.pdf

político que las sucede en el marco de un programa mixto de protección con la policía nacional, o la legislación para la prohibición de grupos ilegales de civiles armados de cualquier tipo. En el Informe se lamenta la demora en la creación del JEP.²⁶ Sobre la base de la Ley 1820 de Amnistía y tratamiento especial, y de subsiguiente desmovilización y desarme, el presidente garantizó una amnistía ejecutiva a un total de 6.005 miembros de las FARC-EP y un tratamiento especial (equivalente a una amnistía) a 1.153 agentes estatales. Mientras tanto, la secretaría de la JEP ha registrado alrededor de 3.500 solicitudes de amnistía judicial para miembros de las FARC que se encuentran actualmente en prisión y alrededor de 1.700 solicitudes de tratamiento especial para agentes estatales que también se encuentran encarcelados²⁷. Estas solicitudes deben ser dirimidas por la Sala de Amnistía e Indulto. Al mismo tiempo, las FARC ya se han convertido en un partido político con representación en el Congreso de la República²⁸.

El Informe es, no obstante, muy crítico acerca de la reinserción de los miembros de las FARC. Algunos problemas graves tienen su origen en la disidencia armada y en actores ilegales que están captando a antiguos combatientes con la perspectiva de obtener grandes beneficios del crimen organizado. El Informe indica que estos problemas se agravan por el hecho de que el Gobierno Colombiano no ha sido capaz de elaborar una estrategia general para el proceso de reinserción, careciendo de un diseño para la reintegración socioeconómica y el acceso a la tierra. En diciembre de 2017, la Misión de Naciones Unidas en Colombia advirtió igualmente acerca del alto número de asesinatos²⁹ de líderes de comunidades locales, activistas de derechos humanos y políticos por parte de sicarios.

Desgraciadamente, las evaluaciones críticas en el informe de la Secretaría General de Naciones Unidas sobre la Misión en Colombia se han ido confirmando en los años 2018-2019. En áreas rurales abandonadas por las FARC varios grupos organizados armados han sacado provecho de la situación y han reforzado su presencia y su participación en actividades ilegales relacionadas con el tráfico de drogas y la minería ilegal. Grupos armados como “el Clan del

²⁶ Mientras tanto, se han planteado distintas demandas en contra de la designación de los jueces y de *amicus curiae* extranjeros ante la Corte Constitucional, en torno a lo cual se pronunció la Sentencia C-674 de 2017, por ejemplo. La razón de las demandas se debió a la oposición de las Fuerzas Armadas, que advirtió sobre una composición antipatriótica a favor de la CIDH.

²⁷ <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/solicitudes-de-libertad-por-jep-han-sido-resueltas-en-un-90-por-ciento-165476>

²⁸ La transformación de las FARC en un partido político (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común) fue el primer paso para su participación en las elecciones generales en mayo de 2018.

²⁹ Se hablaba de varios cientos de personas asesinadas desde el Acuerdo de Paz y esa cifra se ha incrementado de forma dramática con el correr de los meses, aun durante el nuevo gobierno de Duque.

Golfo, Los Puntilleros y Los Pelusos” se encuentran activos en aproximadamente la mitad del país. A esta situación se añade que diferentes importantes miembros de la antigua dirección de la FARC, como el negociador jefe, Iván Márquez (el número 2 de la FARC), y Jesus Santrich, quien hizo parte del equipo negociador de la FARC y fue asignado miembro del parlamento, eligieron para retomar las armas.

El número de asesinatos, tanto exmiembros desmovilizados de la FARC como de líderes de comunidades locales y promotores de derechos humanos solo ha ido aumentando desde 2017. En un informe del 30 de diciembre 2019 el Secretario General de la ONU³⁰ subraya “que durante el período analizado, que cubre del 27 de septiembre al 26 de diciembre de 2019, la Misión verificó 20 homicidios de exmiembros de las FARC-EP, sumando 77 asesinatos en 2019, 65 en 2018 y 31 en 2017”, incluyendo homicidios en el Espacio Territorial de Capacitación y Reincorporación (ETCR), especialmente asignados”. Algunos asesinatos de excombatientes o sus familiares fueron además cometidos por las Fuerzas Armadas, como el asesinato de Dimar Torres.

En cuanto a los asesinatos de exmiembros de las FARC-EP, la Unidad Especial de Investigación de la Fiscalía ha informado de que en 21 casos se han dictado condenas y que 13 casos se encuentran en la etapa de juicio.

El Secretario General señala también que desde la firma de la paz, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “ha verificado 303 asesinatos de defensores de derechos humanos y líderes sociales, 86 de los cuales ocurrieron en 2019 (incluidas 12 mujeres)”. Recientemente decenas de abogados que defienden a excombatientes de las FARC-EP ante la Jurisdicción Especial para la Paz recibieron también amenazas.

El Secretario General hace énfasis en que la seguridad de los líderes sociales y de los defensores de derechos humanos, así como de los excombatientes, está intrínsecamente vinculada a la seguridad de sus comunidades y que el Gobierno Colombiano tendría que reforzar las medidas para garantizar la seguridad.

³⁰ <https://colombia.unmissions.org/nota-de-prensa-informe-del-secretario-general-de-las-naciones-unidas-sobre-la-misi%C3%B3n-de-2> . Para el informe, ver <https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/n1942150.pdf> . Este Informe del Secretario General será presentado por el Representante Especial del Secretario General en Colombia, Sr. Carlos Ruiz Massieu, ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de enero de 2020.

3. Justicia penal restaurativa y transicional y complementariedad bajo el Estatuto de Roma

3.1. Delitos internacionales fundamentales y complementariedad negativa

Antes de nada, es necesario destacar que no todos los delitos ligados al conflicto armado interno en Colombia pueden ser dirimidos ante la competencia de la CPI. Aun así, violaciones graves de derechos humanos cometidas por grupos rebeldes, militares y paramilitares y terceros relacionados, constituirán en su mayoría figuras delictivas recogidas en el Estatuto de Roma. El objetivo aquí perseguido no será en realidad abordar todos los detalles relativos a la complementariedad de la CPI³¹, sino entender los rasgos principales para poseer un marco de evaluación de las situaciones colombianas sometidas a investigación preliminar por la Fiscalía. El modelo de la CPI se basa en la responsabilidad primaria y la jurisdicción de los Estados soberanos para prevenir y castigar los crímenes internacionales. Esta obligación no solo tiene su base en el Estatuto de Roma, sino que deriva también del DIDH y de las obligaciones que dimanen de tratados específicos y/o del Derecho consuetudinario. Esto implica que los Estados tienen un juego completo de obligaciones en la ley y en la práctica para cumplir con tal responsabilidad. Esta obligación de ejercer competencia sobre dichos delitos existe, de hecho, con independencia de la CPI. Solo cuando los Estados son renuentes o incapaces de investigar y enjuiciar realmente los delitos dentro de su jurisdicción podrá desplegar la CPI su competencia como último recurso. Esta complementariedad negativa puede ser considerada, de esta forma, como un mecanismo de atribución de competencia en el caso de que, como señala el art. 17 del Estatuto de Roma, la jurisdicción interna fracase³². Ahora bien, incluso cuando la jurisdicción interna sea reacia o incapaz de imponerse existe otro límite adicional para activar la competencia de la CPI. Así, los casos que no sean suficientemente graves para justificar la acción de la CPI serán declarados inadmisibles. Este criterio se menciona tanto en el art. 17

³¹ Véase H. OLASOLO, "The triggering Procedure of the ICC, Procedural Treatment of the Procedure of the Complementarity", 5. INTL. *Crim. L. Rev.* 121 (2005); C. STAHN, "Complementarity: A tale of two notions", *Criminal Law Forum* (2008), 19: 87-113.

³² Para un análisis detallado de todos los criterios véase K. AMBOS, "Treaties on International Criminal Law", Volumen III: *International Criminal Procedure, part III Jurisdiction and Admissibility*, Oxford 2016, sobre todo las páginas 266-326.

como en el art. 53 del Estatuto de Roma. Ello supone que la CPI prioriza los casos en que se cumplen sus requisitos jurisdiccionales temporales, personales y materiales. De las directrices ofrecidas por la Fiscalía podemos extraer que, entre los factores relevantes para el límite de la gravedad, se incluyen “la escala de los delitos, la naturaleza de los mismos, la manera en que han sido cometidos, el impacto que han tenido y el número de víctimas, particularmente para los delitos más graves”³³. La Sala I de Cuestiones Preliminares³⁴ ha interpretado el requisito de gravedad del art. 17 en conexión con la selección por gravedad de los crímenes por la competencia material (como indica el art. 53). La exigencia de gravedad se basa tanto en la conducta como en el autor del delito. En relación con la conducta, esta debe ser sistemática o de gran escala y se debe tener en cuenta la alarma social creada en la comunidad internacional. En lo que respecta a los autores, debe darse prioridad a los líderes que tengan un rango superior, determinados por su posición, sus actos en relación con los delitos sospechados y el rol de su organización en la comisión general de los delitos en cuestión. Con base en estos criterios, de los arts. 17 y 53, y en la práctica relacionada de la Fiscalía y judicial de la CPI debe evaluarse si la conducta delictiva es: a) de suficiente gravedad; b) admisible por total inacción estatal (normativa y/o fáctica); c) inadmisibles por la acción estatal; y d) admisible por falta de predisposición o por incapacidad.

Este test de gravedad y complementariedad es relevante para la apertura de un examen preliminar de la situación al mismo tiempo que para la investigación del caso criminal, pero en la situación colombiana solo lo aplicaremos en las situaciones en curso sometidas a examen preliminar que pueden desembocar en la apertura de casos penales. En este contexto es importante subrayar que las amnistías completas e incondicionales (como parte de la normativa estatal de (in)acción), incluso con legitimidad democrática (a través del Congreso y/o referéndums) son incompatibles con el Derecho internacional público y el DIDH³⁵. Existe, no obstante, espacio para amnistías parciales y condicionales si están relacionadas con la construcción de la verdad y de la paz. El art. 53 del Estatuto de Roma también hace referencia al “interés de la justicia” como uno de los criterios para iniciar la investigación de alguna

³³ Paper on some Policy Issues before the OTP, CPI-Fiscalía 2003, p. 5; Fiscalía, Policy Paper on Preliminary Examinations, 2013; y Fiscalía, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 2016.

³⁴ Fiscalía v. Lubanga Dylo. Caso nº ICC-01/04-01/06-08, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de una orden de detención, 10 de febrero de 2006, párr. 45-62.

³⁵ Véase J.A.E. VERVAELE, y L. MALLINDER, “Amnesties, Victim’s Rights” en C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice*, Vol. I, 2010, pp. 900-922.

situación o ponerle fin. Las amnistías parciales y condicionales como parte de un acuerdo de paz global pueden constituir un factor decisivo en interés de la justicia.

Finalmente, incluso si la CPI pudiera desplegar su competencia, podría no hacerlo en “interés de la justicia” (art. 53 del Estatuto de Roma). La Fiscalía, sin embargo, ha dejado claro que este criterio de justicia para abrir una investigación solo entra en juego después de haberse realizado una evaluación positiva de admisibilidad (incluido el incumplimiento de la complementariedad). Aunque la Fiscalía es consciente del impacto que producen los acuerdos de paz en su política procesal, considera obviamente que el no-enjuiciamiento en interés de la justicia es el último recurso³⁶.

3.2. Complementariedad positiva

En la práctica, la CPI no espera hasta que los Estados “fracasan” para intervenir y trata de lograr, mayoritariamente a través de la Fiscalía, la complementariedad mediante el seguimiento activo y asistencia³⁷. La Fiscalía elaboró este concepto en su Documento Informal de Expertos sobre la Complementariedad de 2003³⁸ y lo adoptó en 2006³⁹ como el principio básico de su política. En la estrategia procesal de 2009-2012⁴⁰ se enfatizó en que la complementariedad era uno de los cuatro principios fundamentales de los deberes de la Fiscalía. En el Plan Estratégico de la Fiscalía de 2012-2015⁴¹ se convirtió en una de las seis principales metas y debía jugar un papel esencial en las situaciones bajo examen preliminar o investigación. Y, en el actual Plan Estratégico 2016-2018⁴² de la Fiscalía se le ha puesto como uno de los tres ejes políticos principales al “contribuir a una estrategia coordinada de investigación y enjuiciamiento para impulsar el cierre de lagunas de impunidad por crímenes de la CPI”.

³⁶ Véase el Policy paper on the Interests of Justice de la Fiscalía, 2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>

³⁷ STAHN, 2008.

³⁸ Informal Expert Paper, The principle of complementarity in practice, ICC-01/04-01/07-1008-Ann.A 30-03-2009 1/37 CB T, ICC-OTP 2003.

³⁹ Fiscalía, Report on Prosecutorial Strategy, 14 de septiembre de 2006.

⁴⁰ CPI-Fiscalía, Prosecutorial Strategy, 2009-2012, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf>

⁴¹ CPI-Fiscalía, Strategic Plan, 2012-2015, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>

⁴² CPI-Fiscalía, Strategic Plan, 2016-2018, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/070715-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf

La complementariedad positiva puede ser definida como una política proactiva de la Fiscalía⁴³ que posibilita a los Estados alcanzar la complementariedad en la práctica. En el Plan Estratégico de 2016-2018, la Fiscalía menciona diferentes herramientas como centros de conocimiento, intercambio de pruebas, apertura de bases de datos de crímenes, plataformas para el intercambio de información confidencial y el fomento de las capacidades de terceros. Una dimensión novedosa de la complementariedad positiva es la creciente concienciación de la Fiscalía acerca de la interconexión que existe entre los delitos de la CPI y otros delitos relacionados, como el crimen organizado, transnacional y financiero, al igual que el terrorismo, lo que constituye un desafío creciente en el cierre de las lagunas de impunidad. Comoquiera que la CPI no posee competencia para investigar y enjuiciar esos delitos⁴⁴, la Fiscalía “se muestra favorable a contribuir, en el marco de su mandato, mediante el intercambio de información y pruebas que puedan ser relevantes en relación con dichas áreas de criminalidad interconectadas (cooperación inversa). Al mismo tiempo, estaría interesada en explorar cómo pueden utilizarse y explotarse las pruebas o informaciones existentes que están en poder de otras jurisdicciones u organizaciones respecto a estos otros tipos de delincuencia que podrían ser importantes para establecer la responsabilidad penal de presuntos culpables según el Estatuto de Roma tanto por los delitos fundamentales de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra como por los delitos contra la Administración de Justicia al amparo del art. 70⁴⁵”.

Esto pone de manifiesto claramente que la complementariedad positiva está basada en un modelo cooperativo de intercambio de información y de buenas prácticas que puede, sin embargo, activar también la competencia de la CPI. Podría funcionar en ambos sentidos. Por supuesto, la complementariedad positiva tiene sus límites, pues no puede lidiar con jurisdicciones reticentes y puede suponer un peligro para la independencia y la neutralidad de la Fiscalía a la hora de valorar la necesidad de activar la competencia de aquella al amparo del art. 17.

⁴³ W. BURKE-WHITE, “Proactive Complementarity. The ICC and National Courts in the Rome System of Justice”, *Harvard International Law Journal* 49, 2008, 53-108. Chenguang ZHAO, *The ICC and China. The Principle of Complementarity and National Implementation of International Criminal Law*, MPI, Duncker y Humblot, Berlín, 2017.

⁴⁴ Dr. Sunčana ROKSANDIĆ VIDLIČKA, “Filling the void: the case for international economic criminal law”, *ZSTW* 2017; 129 (3): 851-884.

⁴⁵ Punto 94.

4. La Fiscalía y la evaluación de situaciones sometidas a examen en Colombia⁴⁶

Desde que el Fiscal Jefe de la CPI (Fiscalía) abriera un examen preliminar en 2004 relativo a la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra (sobre los que dispone jurisdicción, conforme al instrumento de adhesión de Colombia al Estatuto de Roma, desde los años 2002 y 2009 respectivamente) por parte de agentes estatales y grupos rebeldes, la Fiscalía ha realizado un constante escrutinio y seguimiento, de acuerdo con la complementariedad negativa y positiva, de las leyes escritas y su aplicación práctica en Colombia. Esto significa que distintas situaciones, ligadas tanto con actividades del Ejército y grupos paramilitares relacionados, como con las FARC y el ELN, han estado sometidas al escrutinio de la Fiscalía durante 15 años. Esta ha seguido de cerca igualmente el proceso de paz colombiano para asegurarse de que las medidas de justicia son reales y de que se han rendido cuentas con quienes eran los más altos responsables de infracciones del Derecho penal internacional y de violaciones graves de derechos humanos. La Fiscalía califica esto como una evaluación continua de la admisibilidad de las concretas y progresivas fases de investigación y de las actividades de enjuiciamiento adoptadas con respecto a los casos potenciales que ha identificado⁴⁷. Ello se ha realizado de forma proactiva, lo que incluye visitas al lugar y solicitudes de información dirigidas al Gobierno y, lógicamente, también la evaluación de las notificaciones que la Fiscalía recibe por parte de distintas fuentes estatales y de la sociedad civil.

En noviembre de 2012, la Fiscalía publicó un importante Informe Intermedio sobre la Situación en Colombia⁴⁸, que resumía los resultados por ella obtenidos con respecto a la jurisdicción y a la admisibilidad. Aunque el Informe indicaba la observancia de algunos déficits y retrasos en la ejecución, también reconocía la complejidad de la empresa, innegable en relación con la desmovilización y el programa de justicia transicional de la Ley 975. El Informe no señaló ninguna falta de predisposición o de capacidad por parte del Estado colombiano o del poder judicial y consideró que los procesos nacionales eran reales, sujetos al cumplimiento apropiado de las resoluciones judiciales. Sin embargo, destacó claramente las áreas prioritarias

⁴⁶ Para una perspectiva general, véase <https://www.icc-cpi.int/colombia>

⁴⁷ Fiscalía, Informe sobre las actividades de examen preliminar de noviembre de 2016, punto 262.

⁴⁸ Informe Intermedio de la Fiscalía, situación en Colombia, noviembre de 2012.

para una futura evaluación del examen preliminar, a saber: (i) procesos relativos a asesinatos y desapariciones forzadas, comúnmente conocidas como los casos de “falsos positivos”; (ii) procesos relativos a desplazamientos forzados; (iii) procesos relativos a delitos sexuales; (iv) procesos nacionales relativos a la promoción y expansión de grupos paramilitares; y (v) desarrollos legislativos que puedan tener impacto en la actuación de los procesos nacionales, incluido el Marco Legal para la Paz entre otros, así como aspectos jurisdiccionales relacionados con los “nuevos grupos ilegales armados” emergentes. Además, con el establecimiento de prioridades la Fiscalía apunta, de hecho, a una evaluación de posibles casos penales que podrían activar la competencia.

Que la supervisión y el seguimiento de los programas de justicia transicional por la Fiscalía no es un ejercicio aleatorio se refleja en las declaraciones y opiniones que ha emitido en relación con la Ley 975. En 2013⁴⁹ la Fiscalía expresó claramente en una carta a la Corte Constitucional Colombiana que, aunque Colombia es pionera en el cumplimiento del principio de complementariedad, la suspensión de las sanciones penales o la imposición de sanciones manifiestamente inadecuadas para los delitos internacionales fundamentales son incompatibles con el Estatuto de Roma dada la gravedad de dichos delitos y podrían, de este modo, activar el mecanismo de complementariedad. Subrayó que, aunque esta conclusión no está dentro de la política pública, sí que está basada en los estándares legales del Estatuto de Roma y en el objetivo del DIDH de prevenir la impunidad. No obstante, la Fiscalía está abierta a una reducción de penas en combinación con una confesión de responsabilidad y esclarecimiento de la verdad y garantías de no repetición. El hecho de que la política sancionadora sea un tema crucial puede también apreciarse en el discurso emitido por el Fiscal Adjunto de la CPI en una Conferencia en Colombia en 2015⁵⁰. En 2016, la Fiscalía expresó una opinión positiva⁵¹ en lo concerniente al Acuerdo de Paz de agosto de 2016 y aceptó la amnistía y el indulto para algunos sospechosos de delitos internacionales, pero insistió en los derechos de las víctimas y en sus aspiraciones de justicia y, en relación con ello, en la importancia que supone la responsabilidad de los máximos líderes. También expresó que alberga esperanza en el hecho de que la JEP será

⁴⁹ Véase <http://www.derechos.org/nikzor/colombia/doc/cpicol7.html>

⁵⁰ J. STEWART, Transitional Justice in Colombia and the role of the ICC, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-ENG.pdf>

⁵¹ Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre el resultado de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo, 1 de septiembre de 2016, <https://icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>.

capaz de cumplir este estándar y concentrará sus esfuerzos en los comandantes en jefe involucrados en los delitos internacionales fundamentales. Por ende, acepta la priorización y no pone en duda que las penas por esta responsabilidad penal pueden ser diferentes de aquellas impuestas a través del sistema de justicia penal ordinaria.

Con respecto a otras áreas prioritarias señaladas en el Informe Intermedio de 2012, las mismas han sido evaluadas por la Fiscalía en los Informes anuales sobre Actividades de Examen Preliminar. En el último Informe de 2017, la Fiscalía indica manifiestamente los delitos que entran en juego:

“127. La Fiscalía ha determinado que la información disponible permite concluir que existe fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad con arreglo al artículo 7 del Estatuto de Roma por parte de distintos actores en Colombia desde 1º de noviembre de 2002, incluyendo asesinatos con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 7; traslado forzoso de población en los términos del apartado d) del párrafo 1 del artículo 7; encarcelación u otra privación grave de la libertad física con arreglo al apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura con arreglo al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; y violación y otras formas de violencia sexual en los términos de apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto¹⁵.

128. También existe fundamento razonable para creer que, con arreglo al artículo 8 del Estatuto, a partir de 1º de noviembre de 2009 se han cometido crímenes de guerra en el contexto del conflicto armado de carácter no internacional en Colombia. Entre ellos, homicidios en los términos del apartado c) i) del párrafo 2) del artículo 8; ataques dirigidos contra la población civil en los términos del apartado e) i) del párrafo 2 del artículo 8; torturas y tratos crueles con arreglo al apartado c) i) del párrafo 2) del artículo 8; ultrajes contra la dignidad personal en los términos del apartado c) ii) del párrafo 2 del artículo 8; toma de rehenes con arreglo al apartado c) iii) del párrafo 2 del artículo 8; actos de violación y otras formas de violencia sexual en los términos del apartado e) vi) del párrafo 2 del artículo 8; y reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en las hostilidades con arreglo al apartado e) vii) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto”.

En lo concerniente al escándalo de los falsos positivos, la Fiscalía fue aún muy crítica con la situación en 2015. Declaró que:

“La Fiscalía General de la Nación informó haber iniciado investigaciones preliminares contra un gran número de generales de las fuerzas armadas actuales y retirados, cuatro de los

cuales han sido llamados a declarar (indagatorias) por su supuesta implicación en los casos de *falsos positivos*. No se ha aportado a la Fiscalía a pesar de sus repetidos requerimientos información material sobre los sospechosos, el alcance de las investigaciones, o la naturaleza de los cargos o de los pasos dados en la investigación”⁵².

Por esta razón, la Fiscalía ha profundizado en su propia investigación y ha identificado, al menos, cinco casos potenciales relacionados con asesinatos de falsos positivos supuestamente cometidos por miembros de once brigadas que actuaban bajo el mando de cinco divisiones de las Fuerzas Armadas colombianas entre los años 2002 y 2010. Con el propósito de valorar si existen procesos nacionales en curso, la Fiscalía ha identificado un alto número de oficiales al mando de brigadas y divisiones importantes bajo cuya dirección presuntamente se cometió la cifra más elevada de asesinatos de falsos positivos⁵³. En su Informe de 2016, la Fiscalía es manifiestamente más positiva al señalar que las autoridades colombianas han llevado a cabo un número significativo de investigaciones y acusaciones contra miembros del Ejército colombiano de rango medio y bajo, que los tribunales colombianos habían emitido 817 condenas contra 961 miembros de las Fuerzas Armadas por casos de falsos positivos y que la Oficina del Fiscal General (“OFG”) estaba investigando otros 2.241 casos de asesinatos extrajudiciales a manos de miembros de las Fuerzas Armadas, alcanzando un total de 4.190 víctimas⁵⁴. Aun así, la Fiscalía está revisando cada archivo en detalle. En julio de 2017 el periódico *El Espectador*⁵⁵ publicó una reseña detallada sobre 29 generales y coroneles que se encuentran bajo el seguimiento de esta⁵⁶ en relación con más de 1.000 casos. La Fiscalía declaró al respecto en diciembre de 2017, lo siguiente:

“135. A partir de la información procedente de diversas fuentes parece que las autoridades colombianas han iniciado actuaciones judiciales contra 17 de los 29 oficiales militares de alto rango identificados, si bien hay información contradictoria acerca del estado de algunos de los casos informados. La Fiscalía espera recibir información detallada por parte

⁵² Punto 158.

⁵³ Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2016, punto 242.

⁵⁴ Punto 243.

⁵⁵ Véase *EL ESPECTADOR* (2017, 9 de julio), “29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales”, en <https://colombia2020.elespectador.com/jep/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales>

⁵⁶ Esta información es confirmada en el Informe de la Fiscalía sobre las actividades de examen preliminar, diciembre de 2017, punto 134.

de las autoridades colombianas respecto de los casos que presuntamente se están investigando, y sobre si se han tomado o se están tomando medidas investigativas concretas y progresivas”.

En lo que atañe al desplazamiento forzado, la Fiscalía subraya que los macro-juicios conforme a la Ley 975, gracias a la política de priorización de casos contra quienes son los máximos responsables dentro de las estructuras paramilitares frente a los paramilitares, tienen resultados importantes. No obstante, la Fiscalía se mantiene crítica por la ausencia de procesos similares por desplazamiento forzado contra los comandantes de las FARC⁵⁷.

Aunque la Fiscalía fue muy crítica en el pasado por la evolución de los procesos por delitos sexuales y de género⁵⁸, en 2017 se mostró satisfecha con los fallos judiciales conforme a la Ley 975 contra los paramilitares por este tipo de actuaciones delictivas, y al mismo tiempo se mantuvo crítica con la escasez de investigaciones y acusaciones por dichos delitos cometidos por las FARC y agentes estatales⁵⁹.

Finalmente, en lo que al Acto Legislativo 01 se refiere y a la JEP, la Fiscalía no ha adoptado todavía una posición específica o final. Al efecto ha declarado:

“La JEP parece diseñada para establecer responsabilidad penal individual, hacer rendir cuentas a los culpables y esclarecer por completo la verdad, al tiempo que busca alcanzar objetivos de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá solamente de los procedimientos y de las condiciones estipuladas en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones de libertad impuestas a los sujetos, cuya naturaleza aún no ha sido claramente definida. La Fiscalía debería considerar igualmente si alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la JEP, incluyendo las relativas a la responsabilidad de comandantes, podría dificultar su capacidad para proceder efectivamente en casos potenciales que probablemente podrían salir a la luz en el seno de una investigación de la situación”⁶⁰.

Sin embargo, en una declaración exclusiva en enero de 2017 a la Revista Semana⁶¹ la Fiscalía emitió una valoración crítica del Acuerdo de Paz revisado en noviembre de 2016, por

⁵⁷ Punto 138.

⁵⁸ Fiscalía, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2016, punto 251.

⁵⁹ Fiscalía, Informe sobre las actividades de examen preliminar, 2017, 140-142.

⁶⁰ Punto 257.

⁶¹ <http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>

el voto negativo del referéndum⁶². Se mostró positiva con el hecho de que Colombia hubiese incorporado por primera vez en la legislación interna la responsabilidad de los líderes. Empero, mostró su preocupación acerca del hecho de que todas las referencias al art. 28 del Estatuto de Roma sobre la responsabilidad de líderes y otros superiores hubiese sido eliminada y reemplazada por definiciones propias. La Fiscalía se refirió principalmente a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por militares, líderes políticos y comandantes rebeldes. Expuso, claramente, en su declaración que en las definiciones y en las prácticas judiciales de la JEP se debían aplicar los conceptos de la CPI, en consonancia con el principio de complementariedad. Subrayó que la responsabilidad de los estamentos de mando al amparo del Estatuto de Roma es aplicable cuando un comandante tiene “bajo su mando y control efectivo” a subordinados que han cometido delitos. En este sentido, no se exige que el alto cargo en cuestión ejerza control efectivo sobre la conducta criminal. La cuestión acerca de si el jefe ha ejercido mando o control efectivo puede responderse simplemente preguntándose si el superior tenía la capacidad material para prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados. En lo concerniente al requisito de *mens rea*, la responsabilidad del comandante sería activada en aquellos casos en los que el mismo tiene conocimiento actual de las actuaciones delictivas de sus subordinados o debería haberlo tenido. Un comandante puede ser acusado si disponía de información que pudiera haberle alertado sobre los hechos delictivos e igualmente si no hubiese utilizado los medios a su alcance para tener conocimiento de ellos. Insistió también en que la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de un delito no se limita exclusivamente a los comandantes directos. Del mismo modo, un comandante de rango superior tendrá responsabilidad cuando no adopte tales medidas en función de la información que tiene en su poder. Estas declaraciones de la Fiscal Jefe constituyen claros avisos a la JEP en lo que toca con la aplicación que haga de las normas.

Incluso, en septiembre de 2017 la Fiscal Jefe visitó Colombia personalmente con el objetivo de obtener aclaraciones sobre ciertos aspectos del futuro de la JEP, así como para obtener información acerca de la situación de procesos nacionales relevantes relativos a la ejecución extrajudicial de civiles (falsos positivos), a delitos sexuales y de género y al desplazamiento forzado. Destacó la determinación de los tribunales colombianos por

⁶² El referéndum para ratificar el Acuerdo de Paz de 2 octubre de 2016 no prosperó al haber votado en contra un 50.2% de los votantes y a favor un 49.8%.

“garantizar una efectiva rendición de cuentas por los delitos más graves y el respeto a los derechos de las víctimas, lo que será esencial para cumplir los desafíos de la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. Durante la visita, el entonces presidente de la Corte Constitucional invitó a la Fiscal a que presentara el punto de vista de la Fiscalía acerca de la legislación que implementa la JEP. De este modo, el 18 de octubre de 2017, la Fiscal remitió a la Corte Constitucional un breve *Amicus Curiae*⁶³ resumiendo su opinión sobre ciertos aspectos del Acto Legislativo 01 y la Ley de Amnistía, que fueron valorados por ese organismo pero no tenidos en cuenta a la hora de emitir su fallo. La esencia de su contenido es, asimismo, el núcleo central de la evaluación del marco legislativo de la JEP en el Informe de la Fiscalía de los Exámenes preliminares de 2017 en el que señalaba cuatro aspectos⁶⁴ que podrían suscitar cuestiones de coherencia o compatibilidad con el Derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma, a saber: la definición de la responsabilidad de los estamentos de mando, la definición de crímenes de guerra “graves”, la determinación de participación “activa o determinante” en los delitos, y el cumplimiento de las sentencias que conlleven “restricciones efectivas de derechos y libertades”.

En primer lugar, la Fiscalía recalca que la definición de responsabilidad de los estamentos de mando incluida en el art. 24 del Acto Legislativo 01 proviene del Derecho internacional consuetudinario y puede, por tanto, frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y enjuiciar los delitos internacionales. De acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, el deber y la responsabilidad del superior de prevenir o castigar los delitos de sus subordinados no surge de su autoridad *de jure*, sino de sus capacidades materiales. Por el contrario, un tribunal que esté aplicando el transitorio artículo 24, tal y como está formulado, puede ser impotente para hacer cumplir el Derecho internacional consuetudinario contra los mandos superiores con poder *de facto* pero no *de jure* si solo pudiera aceptar un nombramiento oficial como prueba del grado de mando requerido. Esto significaría que las personas con capacidad material para prevenir o castigar los delitos de los subordinados, y aquellas que a sabiendas no lo hicieron, podrían evadir su responsabilidad. Ello desvirtuaría significativamente la aplicación del principio de responsabilidad de los mandos y podría

⁶³ Fiscalía, Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, 18 de octubre de 2017, RPZ-0000001 y RPZ-003.

⁶⁴ Puntos 144-148.

suscitar la cuestión acerca de si esos procedimientos estaban viciados por una incapacidad o reticencia para llevarlos a cabo de manera efectiva.

El segundo punto de preocupación es el alcance de las amnistías y los indultos en relación con crímenes de guerra graves que, sin embargo, no fueron cometidos de manera sistemática. A estos delitos se les puede conceder una amnistía cuando caigan bajo la competencia de la CPI. Este amplio alcance de la Ley de Amnistía podría propiciar que cualquier caso(s) concurrente fuera admisible ante la CPI –como resultado de una inacción interna o por la reticencia o incapacidad por parte del Estado concerniente para llevar a cabo efectivamente los procesos– y podría, en consecuencia, vulnerar normas de Derecho internacional consuetudinario.

El tercer punto alude al concepto de participación en los delitos internacionales fundamentales. El art. 16 del Acto Legislativo 01 se refiere a la participación “activa o determinante”. La Fiscalía insistió en que esta previsión debe tener un alcance claro que también habría de incluir contribuciones importantes a dichos delitos en forma de participación indirecta o de omisión culpable, para los que no se podría conceder una exención de procesamiento penal.

El cuarto punto atañe al art. 13 del Acto Legislativo 01 en relación con la ejecución de sentencias que conlleven “restricciones efectivas de derechos y libertades”. La Fiscalía señaló que el Estatuto de Roma no prescribe sanciones penales específicas ni impone una duración determinada para las mismas a la jurisdicción interna, pero sí previene frente a la suspensión de las penas en la medida en que fuera equivalente a la impunidad. Advierte que la efectividad de las sentencias de la JEP dependerá de la naturaleza y el alcance de las medidas que, combinadas, podrían conformar una sanción y de si, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, sirven adecuadamente a los objetivos de las penas y brindan reparación a las víctimas. Es importante también para la Fiscalía la verificación del efectivo cumplimiento y de si existen actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en asuntos políticos, que pudieran frustrar el objeto y el propósito de la sentencia.

De este análisis puede deducirse, claramente, que la evaluación de la complementariedad por parte de la Fiscalía es mucho más que un simple ejercicio de marcar casillas. Constituye una auténtica estrategia de política criminal⁶⁵ que combina elementos de

⁶⁵ Fiscalía, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013.

complementariedad positiva y negativa a través de la cual las actividades legales de los legisladores y de los tribunales, incluidos los programas de justicia transicional y su implementación, permanecen en continuo escrutinio y supervisión⁶⁶. La priorización y la selección de casos⁶⁷ y, de este modo, la gestión procesal, se han convertido en un factor decisivo en la evaluación de la predisposición y de la capacidad nacional para tratar los delitos internacionales fundamentales.

5. Evaluación y consideraciones finales

Debido a la jurisdicción primaria interna para los delitos del Estatuto de Roma, el sistema de justicia penal de la CPI es *de iure* y *de facto*, antes que nada, una parte integral del sistema de justicia penal colombiano. Las jurisdicciones de justicia ordinaria y especial transicional en Colombia deben cumplir con los estándares del DIDH, sobre todo con los elaborados por la CIDH, y con los de la CPI (para evitar la activación de la investigación de casos por parte de esta). Estas obligaciones convergen adecuadamente cuando se trata de delitos internacionales fundamentales cometidos por agentes estatales o privados o estructuras (como los grupos paramilitares) que se encuentran bajo el control funcional y/o el mando de agentes estatales. Las amnistías y la suspensión de las penas son incompatibles con dichos estándares (recuérdese la doctrina de Barrios Altos⁶⁸)⁶⁹. Sin embargo, estas obligaciones pueden diferir cuando se trata de la responsabilidad por delitos internacionales fundamentales para los cuales el sistema de justicia penal transicional ha negociado con el objetivo de alcanzar la paz duradera. La CIDH lidió por primera vez con esta situación en el caso de Masacres de El Mozote vs. El Salvador. El presidente D. García-Sayán, señalaba claramente los retos de las amnistías en una coyuntura de justicia transicional en casos de conflictos armados no internacionales que

⁶⁶ R. URUEÑA, “Prosecutorial Politics: The ICC’s Influence in Colombian Peace Processes”, 2003-2017, *American Journal of International Law*, volumen 111, n° 1, enero 2017, pp.104-125.

⁶⁷ En la misma línea, RAISER, 2017. Para un punto de vista crítico en la priorización y el uso del principio de oportunidad: K. GAITÁN TORRES, “Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a Las FARC-EP”, *Cuadernos de Derecho Penal* n° 17, 2017, enero-junio, 101-129.

⁶⁸ CIDH, Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

⁶⁹ Son lógicamente diferentes cuando nos referimos a la responsabilidad de rebeldes, ya que éstos son antisistema por definición y no pueden activar la responsabilidad estatal convencional.

involucran a un elevado número de actores no estatales. Insistía en el hecho de que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación debían ser entendidos como factores interdependientes. En este contexto, abogaba por un planteamiento diferenciado⁷⁰ para amnistías y política de condenas:

“[...] En el difícil ejercicio de ponderación y la compleja búsqueda de estos equilibrios podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial en función tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al nivel de reconocimiento de las propias responsabilidades y de aporte de información sobre lo ocurrido. De ello pueden derivar diferencias importantes entre los “ejecutores” y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección. Es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar”⁷¹.

Por tanto, en los programas de justicia transicional surgen cuestiones concernientes a este derecho y a un balance justo entre justicia, paz y esclarecimiento de la verdad (y la correlativa compensación de las víctimas). ¿Ofrece el Acuerdo de Paz suficiente justicia (incluyendo el castigo) frente a violaciones graves de derechos humanos que calificadas como delitos internacionales fundamentales presuntamente cometidas por militares, paramilitares y rebeldes?

Este aspecto está directamente relacionado con las cuestiones que sustentan este artículo. ¿Cumple el sistema de justicia transicional colombiano con las obligaciones positivas (en la ley y en la práctica) de investigar, enjuiciar y castigar efectivamente las violaciones graves de derechos humanos/delitos internacionales fundamentales y con la evaluación de complementariedad prevista por el Estatuto de Roma? ¿Y cómo elabora la Fiscalía/CPI la

⁷⁰ Véase también a este respecto, ZIS: Special Issue, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Ausgabe, 7-8/2017, Sonderausgabe zum Kolumbianischen Friedensprozess, en http://zis-online.com/dat/ausgabe/2017_7-8_ger.pdf.

⁷¹ CIDH, caso de Masacres de El Mozote vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012, puntos 30-31.

política criminal mediante la evaluación de complementariedad de situaciones para dirigir a Colombia hacia un auténtico cumplimiento?

Aunque muchos recursos⁷² son bastantes críticos con el logro de las metas de la justicia transicional por parte de la Ley 975 y la CIDH ha valorado críticamente la implementación de esta, la Fiscalía ha aceptado explícitamente el programa transicional de dicha Ley y ha calificado los procedimientos de auténticos. En un profundo estudio⁷³ de la Ley 975 considerando la complementariedad de la CPI, K. AMBOS llegó en 2010 a la misma conclusión. Desde su punto de vista, no existe ni un escenario fáctico ni normativo de inactividad estatal y parece quedar fuera de duda que los procedimientos ante la Ley 975 cumplen tanto con la investigación/enjuiciamiento como con los requisitos judiciales del art. 17 del Estatuto de Roma. K. AMBOS tampoco considera que exista una reticencia general por parte del Estado colombiano a investigar y enjuiciar delitos internacionales⁷⁴, ni tampoco concibe la reducción de las penas de 5-8 años como una manifestación de reticencia general, con la condición, sin embargo, de que esto contribuya a un enfoque restaurativo más integral, lo que significa que aquellas personas que han sido desmovilizadas deben contribuir efectivamente a la verdad y a la reconciliación y deben reinsertarse en la sociedad. En mi opinión, tal y como está en 2017, el cumplimiento de estas penas condicionales es precisamente el aspecto que sigue siendo altamente problemático y esta es la razón por la que la Fiscalía se ha centrado sistemáticamente en expedientes particulares (como los falsos positivos y los que implican delitos sexuales) y ha condicionado la activación de la competencia de la CPI al progreso de tales expedientes. Es exactamente en este punto donde la combinación de la complementariedad positiva y negativa conduce a una clara política criminal de la Fiscalía.

En general, desde mi punto de vista, no podemos hablar de una historia de éxito cuando nos referimos a la reconciliación y a la reinsertión en la sociedad, pues actores paramilitares desmovilizados se han convertido en líderes activos de grupos criminales organizados, ni tampoco respecto a la reparación de las víctimas. En ese sentido, la Ley 975 ha alcanzado solo parcialmente sus objetivos en justicia transicional y restaurativa.

⁷² Véase *supra* en el punto 2.1

⁷³ AMBOS, 2010, op. cit.

⁷⁴ Él insiste, no obstante, en la necesidad de una estrategia procesal global y de un mejor uso del principio de oportunidad.

Aunque hemos visto que el Acto Legislativo 01 ha sacado provecho de las dificultades y fracasos de la Ley 975 por lo que respecta a su diseño legislativo, hay muchos aspectos que plantean cuestiones sustanciales *de iure* y *de facto* y todas están relacionadas con la evaluación de complementariedad de la Fiscalía y la priorización y selección de casos por la JEP. El primer grupo de cuestiones se refiere a la competencia *ratione personae*. ¿Ofrece el Acto Legislativo 01 un programa transicional en el que los máximos responsables se enfrentarán a la responsabilidad penal por presuntos delitos internacionales fundamentales? En primer lugar, el Acto Legislativo presenta diferencias en el tratamiento de agentes estatales, rebeldes y terceras personas. . Esto conlleva el riesgo de tratamientos desiguales en materias penales. En segundo lugar, el Acto Legislativo 01 no ofrece un claro concepto teórico o dogmático de liderazgo (conspiración, proyecto conjunto, etc.) y participación, lo que puede desvirtuar la priorización de casos. Asimismo, el Acto Legislativo en mención favorece un concepto de *mens rea* que podría conllevar impunidad para líderes que no se involucraron directa o indirectamente con la conducta ilegal.

La segunda tanda de cuestiones atañe a la competencia *ratione materiae*. En primer lugar, los delitos internacionales fundamentales están excluidos de la amnistía y el indulto. En cambio, las conductas criminales relacionadas con delitos políticos, como rebelión y sedición, no lo están. Esto significa que las conductas criminales, como la financiación de delitos internacionales fundamentales (por ejemplo, a través del narcotráfico o el comercio con bienes culturales) podrían quedar exentas de responsabilidad penal. No existe una definición clara de los delitos conexos, lo que hace que el círculo preciso de delitos internacionales fundamentales excluidos de amnistía e indulto sea dudoso. ¿Es la financiación corporativa de las FARC y, por tanto, del conflicto armado por parte de la empresa brasileña Odebrecht, por ejemplo, un delito conexo? Queda por ver si este amplio ámbito de aplicación para el régimen favorable de la JEP queda justificado por el Estatuto de Roma.

La tercera batería de cuestiones se relaciona con el tipo y el nivel de las penas. Ni el DIDH ni el DIH establecen penas específicas para violaciones graves de derechos humanos. Aunque el Estatuto de Roma sí las contempla, no vinculan a los Estados en sus procesos internos. No obstante, el test de gravedad y complementariedad es importante para la apertura de un examen preliminar de la situación, así como para la investigación de un caso criminal. La Fiscalía ha dejado claro que las penas alternativas no son incompatibles con el Estatuto de Roma, pero se deben tener en cuenta un elevado número de factores para evaluar si una pena

es manifiestamente inadecuada, entre otros, la práctica común nacional cuando se condenan delitos del Estatuto de Roma; la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del delincuente; el tipo y el grado de restricciones de libertad; las circunstancias atenuantes existentes; y las razones que el juez sentenciador esgrima en cada resolución concreta. La Fiscalía señala que “la cuestión crucial será si las penas alternativas, en el contexto del proceso de justicia transicional, cumplirán adecuadamente los objetivos de las penas marcados para los delitos más graves. La respuesta dependerá del tipo de penas, valoradas en función de la gravedad del delito y el rol y la responsabilidad de los condenados en sus comisiones”⁷⁵. Por tanto, la duda que surge es si las condenas reducidas condicionales conforme a la JEP pueden y quieren cumplir este criterio. Todo esto dependerá, desde mi punto de vista⁷⁶, de la selección de casos (aquellos que fueron los máximos responsables de los delitos más graves) y del efectivo cumplimiento de la sentencia en la práctica.

El cuarto grupo de cuestiones es el relativo al efectivo resarcimiento y reparación o compensación de las víctimas y, de este modo, a los objetivos de la justicia restaurativa. La falta de la participación de la víctima puede, por un lado, desvirtuar el descubrimiento de la verdad, pero, por otro, también puede tener consecuencias negativas sobre la recopilación de pruebas en los procesos penales. La JEP tiene acreditado en 2019 ya más de 60.000 víctimas y ha llevado a cabo las primeras acreditaciones colectivas de comunidades étnicas. Está por verse cómo la separación entre el esclarecimiento de la verdad en la unidad ejecutiva y los procesos judiciales ante la JEP se interrelacionan. La protección de las víctimas y el descubrimiento de la verdad es un objetivo esencial de la jurisdicción de la CPI y es relevante, en consecuencia, para la evaluación de complementariedad.

La quinta cuestión tiene que ver con la eficacia del funcionamiento de la JEP. La Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la JEP ha priorizado 7 “macro” casos para ser investigado por la JEP:

- -Caso No. 001: retención ilegal por personas por parte de la FARC;

⁷⁵ J. STEWART, 2015.

⁷⁶ Algunos autores dan una respuesta negativa al diseño de penas como tales en relación con la proporción de penas en la justicia penal. Véase, por ejemplo, F. VELÁSQUEZ, “El nuevo Acuerdo Final y los fines de la pena”, en *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, vol. 5 n° 2, pp.14-29.

- -Caso No. 002: situaciones de graves violaciones de derechos humanos en algunas municipalidades en el departamento de Nariño;
 - -Case No. 003: El caso de los falsos positivos/Fuerzas Armadas;
 - Case No. 004: situaciones de graves violaciones de derechos humanos en algunas municipalidades en los departamentos de Antioquia y Choco
 - Case No. 005: situaciones de graves violaciones de derechos humanos en algunas municipalidades en el departamento de Cauca
 - Case No. 006: Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) por agentes de Estado -
 - Case No. 007: reclutamiento y utilización de niñas y niños por parte la FARC en el conflicto armado

Aun teniendo en cuenta teniendo en cuenta que algunos casos hacen referencia a centenares de persona, siete casos son bien pocos, sabiendo que 12.234 personas son sometidas a la JEP, de los cuales 9.721 pertenecen a la FARC (lo que representa casi 80 % del grupo), 2.429 a las fuerzas armadas (lo que representa casi 20 % del total) y 72 a otros agentes del estado a su solicitud (incluyendo un par de miembros del parlamento). Sin embargo, estos casos son sin duda un primer resultado de la aplicación de una política deliberada de uso de criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, fijado por la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la JEP en junio 2018⁷⁷. En este documento la Sala hace una diferencia entre agrupación y concentración por un lado y priorización por otro lado. El primero consiste en “construir y agrupar en distintas categorías, universos provisionales de hechos que cumplan con los factores de competencia material, personal y temporal”, lo que refiere obviamente también a situaciones del Estatuto de Roma. Los criterios de priorización tienen dos dimensiones: impacto y disponibilidad de la información. La dimensión de impacto a su vez tiene dos componentes: subjetivo y objetivo. El componente subjetivo del impacto de los casos y situaciones se refiere a las características de víctimas y de los presuntos responsables. El componente objetivo se refiere a los hechos. En el marco de estos criterios, la Sala tendrá que identificar y analizar planes o políticas, elementos de sistematicidad, y patrones de macrocriminalidad⁷⁸

⁷⁷ Ver, <https://www.jep.gov.co/DocumentosJEPWP/5CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

⁷⁸ Idem, punto 37.

El sexto y último grupo de cuestiones va más allá de la actuación de la JEP y tiene que ver con el programa de justicia transicional y restaurativa que, como tal, contiene responsabilidad y penas reducidas. La evaluación de complementariedad de la Fiscalía es y debe ser condicional conforme a la consecución de los objetivos del Acto Legislativo 01, a saber, reinserción, compensación de las víctimas y paz duradera. Como hemos visto, esto fue y continúa siendo muy problemático según la Ley 975. Existen pocas razones para creer que esto será diferente en el Acto Legislativo reformativo de la Constitución. El conflicto en Colombia se despliega en el contexto de un Estado fuerte con una alta inversión militar (pero empañado por la corrupción y las actividades ilegales) que, sin embargo, es débil en extensas áreas rurales del país. En estas zonas la autoridad ha sido tomada por rebeldes, paramilitares y otras estructuras parapolíticas próximas que se ven involucradas en el cultivo de coca, la elaboración de drogas y su comercio. Cuando los rebeldes perdieron territorio debido al éxito militar, los paramilitares asumieron el poder, obligaron a las comunidades locales a abandonar sus tierras, se introdujeron en la minería ilegal y la agroindustria del aceite de palma, con una fuerte financiación por parte de empresas corporativas y el asesinato estructural de los oponentes. Con la desmovilización de las FARC, estas denominadas estructuras criminales de poder⁷⁹ tomaron posesión del territorio, se involucraron en conductas ilegales y en el crimen organizado y perpetuaron la cultura de la impunidad. Estos nuevos grupos armados son muy atractivos para los exrebeldes, exmilitares y exparamilitares. El nexo entre el enriquecimiento ilícito y el poder político es la característica principal que define a estas estructuras criminales de poder que pueden sustituir al Estado⁸⁰ o constituirse en oposición armada contra él. Sin garantías en el desempeño de la capacidad institucional para establecer una autoridad estatal auténtica e integral en las regiones de conflicto, el riesgo está en que la autoridad estatal sea asumida por grupos que están involucrados en conductas ilegales organizadas, que se confabulen con las autoridades estatales y generen nueva violencia, socavando, de este modo, los objetivos principales del modelo de justicia transicional y restaurativa y de paz duradera en su conjunto. El Estado colombiano únicamente tendrá éxito si es capaz de disminuir las causas de los conflictos violentos y puede institucionalizar alternativas pacíficas más atractivas para la adquisición de riqueza y poder en las regiones.

⁷⁹ M. DZIEDZIC, 2016.

⁸⁰ Véase C. CASTRESANA, "Guatemala: Illegal Entities and the Clandestine Security Apparatus", en M. Dzedzic, op. cit., pp. 53-81.

En su reciente informe de diciembre 2019⁸¹ la OTP dedica nada menos que 13 paginas a Colombia. Repite sus prioridades del informe especial de 2012, siendo (i) procesos relativos a asesinatos y desapariciones forzadas, comúnmente conocidas como los casos de “falsos positivos”; (ii) procesos relativos a desplazamientos forzados; (iii) procesos relativos a delitos sexuales; (iv) procesos nacionales relativos a la promoción y expansión de grupos paramilitares; y (v) desarrollos legislativos que puedan tener impacto en la actuación de los procesos nacionales, incluido el Marco Legal para la Paz entre otros, así como aspectos jurisdiccionales relacionados con los “nuevos grupos ilegales armados” emergentes. Prioridad por prioridad evalúa el esfuerzo de las autoridades colombianas, muy en detalle, mirando tanto a la justicia penal ordinaria y la justicia penal transicional (tanto los tribunales de justicia y paz como la JEP). En su informe el OTP reitera su soporte para el acuerdo de paz y la justicia penal transicional. El OTP es de la opinión que “las autoridades colombianas parecen haber progresado hacia el cumplimiento de su deber de investigar y enjuiciar conductas que constituyan crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad según el Estatuto de Roma, y de ese modo también abordar las formas de conducta subyacentes a los posibles casos identificados por la Oficina”⁸². Sin embargo la OTP también es muy consciente que no puede bajar la vigilancia, visto que avisa que durante 2020 continuará evaluando la autenticidad de los procedimientos llevados a cabo así como los desarrollos contextuales y legislativos que pueden afectar la conducta efectiva de sus operaciones. Subraya también que seguirá de cerca los procedimientos individuales que deberían surgir de los casos "macro" relevantes bajo el SJP, así como la identificación de los casos seleccionados para pasos adicionales, incluidas las investigaciones y los enjuiciamientos⁸³.

La OTP es muy consciente que la JEP está todavía en la fase de identificación de situaciones y su agrupación. Por este motivo añade que, “dada la escala, la complejidad y la naturaleza a largo plazo de los procedimientos internos que están llevando a cabo las tres jurisdicciones nacionales que se ocupan de dicha conducta, la Oficina también buscará conceptualizar durante 2020 la preparación de los puntos de referencia relevantes que podrían permitirle a la Oficina completar su examen preliminar, sujeto a la continua satisfacción de

⁸¹ OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2019, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf?fbclid=IwAR2LjynJd6A-ArmS5DMgAKWjd_ZRXDYx3_wveMJU8trImIoI9dLLtVi9ly8

⁸² Idem, punto 132 (traducción del autor).

⁸³ Idem, punto 132 (traducción del autor).

ciertas condiciones, tales como: la ausencia de lagunas manifiestas en el alcance de los procedimientos nacionales o de factores que viciaron su autenticidad, y la imposición de sanciones penales efectivas que sirvan a los objetivos de sentencia apropiados de retribución, rehabilitación, Restauración y disuasión. Esto también estaría sujeto a la posibilidad de que la Oficina revise su evaluación a su debido tiempo en función de un cambio en las circunstancias”⁸⁴.

La política de complementariedad de la Fiscalía tiene como función presionar al Estado colombiano y guiarlo en la conservación y la garantía de la autoridad estatal para que el esquema punitivo condicional bajo el Acto Legislativo 01 pueda realmente ser implementado y ejecutado. Esto significa también que las personas desmovilizadas conforme a dicha normativa no puedan volver a verse implicadas en el conflicto y que deben cumplir las condiciones marcadas por la misma. Significa, igualmente, que el Estado debe garantizar la seguridad en las regiones y prevenir posibles delitos internacionales fundamentales y/o violaciones graves de derechos humanos. Si no lo hiciera, la competencia de complementariedad de la CPI será obligatoriamente activada al haberse vulnerado las condiciones para el cumplimiento de la paz.

Bibliografía

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016, noviembre 24), <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

AMBOS, K. (2010), *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court. An Inductive Situation-based Approach*, Berlin.

- (2016), *Treaties on International Criminal Law, Vol. III: International Criminal Procedure, part III Jurisdiction and Admissibility*, Oxford.

BENSOUDA, F. (2017, 21 de enero), “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad” en <http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal->

⁸⁴ Idem, punto 133 (traducción del autor).

internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820

BURKE-WHITE, W. W. (2008), “Proactive Complementarity. The ICC and National Courts in the Rome System of Justice”, en *Harvard International Law Journal* volumen 49, n° 1, pp. 53-108.

CASTRESANA, C. (2016), “Guatemala: Illegal Entities and the Clandestine Security Apparatus”, en M. Dziedzic: *Criminalized Power Structures. The Overlooked Enemies of Peace* (Peace and Security in the 21st Century), Maryland, pp. 53-81.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (2010), *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos militares, Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.pdf; <http://www.verdadabierta.com/cifras/3825-estadisticas-justicia-y-paz>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017), *Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz*, pp. 1-52, en <http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/466201/An%C3%A1lisis+sobre+los+resultados+y+costos+de+la+Ley+de+Justicia+y+Paz/dcce2907-f669-42b8-8857-7e14750cc467?version=1.0>

CORTE CONSTITUCIONAL (2006), Sentencia C-370 de 18 de mayo.

- (2017), Sentencia C-674 de catorce de noviembre.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso de Barrios Altos de 14 de marzo.

- (2005), Caso de la masacre de Mapiripán de 15 de septiembre.

- (2004), Caso de la masacre de 19 Comerciantes de 5 de julio.

- (2006), Caso de la masacre de Pueblo Bello de 31 de enero.

- (2006), Caso de las masacres de Ituango de 1 de julio.

- (2007), Caso de la masacre de la Rochela de 11 de mayo.

- (2010), Caso Manuel Cepeda Vargas de 25 de mayo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL (2007), Sentencia del once de julio, radicado: 26945.

- (2017, 24 de julio), sentencia AP4688-2017, Radicación n°. 50301, en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/07/AP4688-2017.pdf>

DZIEDZIC, M. (2016), *Criminalized Power Structures. The Overlooked Enemies of Peace* (Peace and Security in the 21st Century), Maryland.

EL ESPECTADOR (2017, 9 de julio), “29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales”, en <https://colombia2020.elespectador.com/jep/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales>

EL TIEMPO.COM (2017, 27 de diciembre), “Se han resuelto más del 90 % de solicitudes de libertad por JEP”, en <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/solicitudes-de-libertad-por-jep-han-sido-resueltas-en-un-90-por-ciento-165476>

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2012, octubre 4), *Directiva 001*. “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en las Fiscalía General de la Nación”, pp. 1-34, en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>

GAITÁN TORRES, K. (2017), “Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a Las FARC-EP”, en *Cuadernos de Derecho Penal* n° 17, pp. 101-129.

GIL GIL, A.; MACULAN, E. (eds.) (2017), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid.

GIL GIL, A.; MACULAN, E.; FERREIRA, S. (eds.) (2017), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid.

HUMAN RIGHTS WATCH (2015), *Evidence of Senior Army Officers' Responsibility for False Positive Killings in Colombia*, en <https://www.hrw.org/report/2015/06/24/their-watch/evidence-senior-army-officers-responsibility-false-positive-killings>

- (2017, 25 de enero), “Letter on «Command Responsibility» in the Implementing Legislation of the Peace Agreement”, en <https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del-acuerdo>

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2019), “Preliminary examination. Colombia”, en <https://www.icc-cpi.int/colombia>

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (2018), Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, en <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

LAMBOURNE, W. (2009), “Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, n° 1, pp. 28-48.

NACIONES UNIDAS, (1989), *Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias*, Consejo Económico y Social de la ONU, res. 1989/65, anexo, 1989, U.N. ESCOR Supp. (No.1) en 52 U.N. Doc. E/1989.

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2011, febrero 3), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, A/HRC/16/22, pp. 1-30, en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2010_esp.pdf

- CONSEJO DE SEGURIDAD (2017, 26 de septiembre), *Report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Colombia*, S/2017/801, en https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/last_sg_report_on_the_un_mission_in_colombia_eng_0.pdf

- Consejo de Seguridad (2020, 26 de diciembre), *Report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Colombia*, S/2019/988, en <https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/n1942150.pdf>

OEA (2007, octubre), *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.

OLÁSULO, H. (2005), “The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor”, en *Criminal Law Review*, vol. 5, n° 1, pp. 121-146.

OFFICE OF THE PROSECUTOR (OTP) (2009), “Informal Expert Paper, The principle of complementarity in practice, ICC-01/04-01/07-1008-Ann.A 30-03-2009 1/37 CB T, ICC-OTP 2003

- (2007, septiembre): *Policy Paper on the Interests of Justice*, pp. 1-9, en <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>

- (2010, 1 de febrero), *Prosecutorial Strategy, 2009-2012*, pp. 1-18, en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf>

- (2013, once de octubre), *Strategic Plan, 2012-2015*, pp. 1-43, en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>

- (2013, 26 de julio), “Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz”, en <http://www.derechos.org/nikzor/colombia/doc/cpicol7.html>

- (2015, 16 de noviembre), *Strategic Plan, 2016-2018*, pp. 2-60, en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/070715-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf

- (2016, 1 de septiembre), “Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre el resultado de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo”, <https://icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>

- (2017, octubre 18), “Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz”, pp. 1-22, RPZ-0000001 y RPZ-003, en <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

- (2019, diciembre 5), “Report on Preliminary Examination Activities 2019”, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf?fbclid=IwAR2LjynJd6A-ArmS5DMgAKWjd_ZRXDYx3_wveMJU8trlmIoI9dLLtVi9ly8

RAISER, J. M. (2017), *Das Opportunitätsprinzip im Kolumbianischen Friedensprozess, Realität und Perspektiven im Lichte internationaler Entwicklungen*, Baden-Baden, 2017.

ROHT-ARRIAZA, N. (2006), ‘The New Landscape of Transitional Justice’, en N. Roht-Arriaza, y J. Mariezcurrena, (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge.

ROKSANDIĆ VIDLIČKA, S. (2017), “Filling the void: the case for international economic criminal law”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZSTW)* vol. 129, n° 3, pp. 851-884.

- STAHN, C. (2008), “Complementarity: A tale of two notions”, en *Criminal Law Forum*, vol. 19, Cuaderno n° 1, pp. 87-113.
- STEWART, J. (2015), “Transitional Justice in Colombia and the role of the ICC”, pp. 1-19, en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-ENG.pdf>
- TIETEL, R. G. (2000), *Transitional Justice*, Oxford.
- UPRIMNY, R.; SAFFON, M. P. (2006), “¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 tras el fallo de la Corte Constitucional”, en R. Uprimny (ed.), *Justicia Transicional sin transición*, Bogotá, 2006, pp. 198-230.
- UPRIMNY, R.; SAFFON, M. P. (2008), “Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 165-195, en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13511>
- UPRIMNY, R.; M. P. SAFFÓN; C. BOTERO; y E. RESTREPO (2006), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá.
- UPRIMNY, R.; SAFFON, M. P. (2008), “Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia”, *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 165-195.
- UPRIMNY YEPES, R.; SÁNCHEZ DUQUE, L. M.; SÁNCHEZ LEÓN, N. C. (2014), *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá.
- URUEÑA, R. (2017, 1 de enero), “Prosecutorial Politics: The ICC’s Influence in Colombian Peace Processes, 2003-2017”, *American Journal of International Law*, volumen 111, n° 1, pp.104-125.
- VELÁSQUEZ, F. (2017), “El nuevo Acuerdo Final y los fines de la pena”, en *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, vol. 5 n° 2, pp.14-29.
- VERVAELE, J.A.E. (2013), “Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: ¿del ius (non) puniendi del Estado-Nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?”, en F. Velásquez, et al. (Coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, vol. 2, Bogotá, pp. 1233-1266.
- VERVAELE, J.A.E.; MALLINDER, L. (2010), “Amnesties, Victim’s Rights” en C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice. A World Study on Conflicts, Victimization, and Post Conflict Justice*, Vol. I, pp. 900-922.
- ZHAO, Ch. (2017), *The ICC and China. The Principle of Complementarity and National Implementation of International Criminal Law*, MPI, Berlin, 2017.
- ZIS (2017), *Special Issue Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Ausgabe, 7-8/2017*, “Sonderausgabe zum Kolumbianischen Friedensprozess”, en http://zis-online.com/dat/ausgabe/2017_7-8_ger.pdf.