

Estudio de casos a la luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma

Mecanismos de impunidad en la Justicia colombiana



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS

Canada



© ASFC, 2016. Todos los derechos reservados.

Avocats sans frontières Canada

825, rue Saint-Joseph Est, bureau 230
Québec (Québec), G1K 3C8, Canadá
info@asfcanda.ca

Abogados sin fronteras Canadá en Colombia
Carrera 21 No. 33-41, Oficina 201
Barrio Teusaquillo
Bogotá, Colombia
info.colombia@asfcanada.ca

www.asfcanada.ca

Documento de trabajo elaborado por ASFC, por Stelsie Angers, Simon Crabb y Andrés Felipe Peña Bernal, con los servicios de consultoría de Luz Marina Monzón Cifuentes y la colaboración de Gael Pétillon, Philippe Tremblay, Josefina Peña Buendía, Elsyte Desjardins, Gloria E. Silva Tovar, Lupe E. Rivera Revelo, Leidy Sofía López Mera, Leonardo Jaimes Marín y Carolina Pimentel.

Corrección de estilo, diseño y diagramación:
CASA Creativa
casacreativediciones@gmail.com

Impresión y esquemas:
Gema Publicidad
solugraficas@gemapublicidad.net.co

Fotografías: Archivos familiares de las víctimas

Este es un documento institucional, no está destinado a uso comercial ni a su venta. Se pueden hacer copias del documento para su difusión. Se permite su uso parcial o total siempre que se cite la fuente.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de Abogados sin Fronteras Canadá y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.





ÍNDICE

Abreviaturas.....	9
Prefacio.....	10
Resumen Ejecutivo.....	13
1. Introducción.....	18
1.1 Colombia y el Estatuto de Roma	
1.2 El examen preliminar	
1.2.1 Examen preliminar de la OF-CPI en Colombia	
1.2.2 ASFC y el examen preliminar	
1.2.3 Relación del objetivo del informe con el examen preliminar sobre Colombia	
2. Metodología.....	26
2.1 Selección de los casos	
2.1.1 Criterios relativos a la competencia y admisibilidad	
2.1.2 Criterios relativos a los objetivos específicos y limitaciones del proyecto	
2.2. Monitoreo de los casos	
2.3. Entrevistas complementarias	
3. Aspectos legales para el estudio de los casos acompañados por Abogados sin Fronteras Canadá.....	36
3.1 La impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales	
3.1.1 Mecanismos de impunidad	
3.1.2 Deberes estatales en casos de graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales	
3.2 Derechos irrenunciables de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH	





3.2.1 Derecho a la verdad

3.2.2 Derecho a la reparación

3.2.3 Garantías de no repetición

3.2.4 Derecho a la justicia

3.3 Marco de análisis para la determinación de procesos genuinos a la luz del principio de complementariedad del ER

3.3.1 Inactividad

3.3.2 Falta de voluntad

I. Intención de sustraer a la(s) persona(s) de su responsabilidad penal

a. *Investigaciones y procesos evidentemente insuficientes*

b. *Incumplimiento con las prácticas y procedimientos establecidos*

c. *Omisión de pruebas o falta de reconocerles un valor suficiente*

d. *Integralidad y/o exhaustividad de la investigación:*

II. Demora injustificada

III. Falta de independencia e imparcialidad

IV. Falta de Colaboración armónica adecuada

V. Falta de una política institucional idónea

3.3.3 Falta de capacidad

I. Condiciones de las instituciones

a. Apoyos o herramientas técnicas, científicas y recursos humanos y financieros

Mecanismos de protección

b. Ejecución de capturas, detenciones y sanciones

c. Continuidad y sustentabilidad de las investigaciones

3.3.4 Gravedad	
3.3.5 Máximos responsables	
3.3.6 Complementariedad positiva	
4. Casos Objeto de Investigación.....	92
4.1 Caso joven Rafael Andrés Plata	
4.2 Caso señor Vinicio Muñoz Cáceres	
4.3 Caso Lamas Verde	
4.4 Caso joven Yurley Carolina Maldonado	
4.5 Caso comunidad indígena Awá Piedra Verde	
4.6 Caso señor Gonzalo Rodríguez Guanga	
4.7 Caso Señor Herminio Pascal Paí	
4.8 Caso menor Indígena del pueblo Awá	
4.9 Caso señor Joven Julián Oviedo Monroy	
4.10 Caso señor Duván Duque Duque	
4.11 Caso "Chuzadas del DAS"	
4.12 Caso señores Daniel Alexander Martínez Y Diego Armando Giraldo	
4.13 Caso mujer Indígena	
4.14 Caso menor N.M.B	
4.15 Caso señor Ulpiano Ortiz Fajardo	
5. Análisis de investigaciones penales sobre delitos (que podrían ser) de competencia de la CPI: buenas prácticas, obstáculos, retos y oportunidades.....	134
5.1 Las características de los hechos y delitos cometidos en los casos objeto de la investigación	
5.2 Características de las investigaciones o actuaciones judiciales: obstáculos	



- 
- 5.2.1. Indagaciones en la jurisdicción penal militar
 - 5.2.2 Falta de regularidad, continuidad o consistencia de las investigaciones: cambios de funcionarios o traslados de despacho de los expedientes
 - 5.2.3 Falta de interés de funcionarias/os a cargo de las investigaciones
 - 5.2.4 Falta de garantías de acceso y participación en la investigación por parte de las víctimas
 - 5.2.5 Abuso del derecho y obstrucción del desarrollo de los procedimientos que dilata la respuesta oportuna a las víctimas
 - 5.2.6 Estrategias de conducción de la indagación que afectan la exhaustividad y la investigación de los más máximos responsables
 - 5.2.7 Falta de colaboración institucional a que favorezca la recolección de información relevante para el esclarecimiento: archivos, comparecencia, traslados de presos incumplidos
 - 5.2.8 Falta de política institucional para la superación de la impunidad de graves crímenes
 - 5.2.9 Falta de garantías o protección para funcionarios judiciales
 - 5.2.10 Mecanismos de investigación y modelo de proceso no se ajusta al tipo de criminalidad y dimensión de los hechos
 - 5.2.11 Medios técnicos: audiencias
- 5.3 Buenas prácticas surgidas de iniciativas personales
- 5.4 Retos
- 6. Prácticas judiciales que ponen en riesgo la existencia de investigaciones genuinas conforme al principio de complementariedad del Estatuto de Roma..... 172**
- 6.1 La aplicación del fuero penal militar: falta de voluntad para investigar graves violaciones de derechos humanos que

pueden constituir crímenes internacionales

6.1.1 Las recientes reformas legislativas

I. La flexibilización del DIH para la aplicación del fuero penal militar

II. Re-estructura de la justicia penal militar y el establecimiento de la justicia penal policial

6.2 La indebida o ambivalente tipificación del delito de homicidio

6.3 Proceso de paz y los eventuales mecanismos de justicia transicional

7. Conclusiones y recomendaciones..... 194

8. Bibliografía..... 199

9. Anexos..... 214

9.1 Estructuras de procesos para investigaciones de casos estudiados

9.2 Criterio de competencia y priorización

9.3 Criterios de complementariedad

10. Glosario..... 217



ABREVIATURAS

ASFC	Abogados sin Fronteras Canadá
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCC	Corte Constitucional de Colombia
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte DH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Constitución Política de Colombia
CPI	Corte Penal Internacional
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DDHH	Derechos Humanos
DINAC	Dirección Nacional de Análisis y Contexto
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ER	Estatuto de Roma
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FPM	Fuero Penal Militar
OF-CPI	Fiscalía de la Corte Penal Internacional
ONU	Organización de Naciones Unidas
SCP	Sala de cuestiones preliminares de la CPI
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia



PREFACIO

Desde el año 2003, Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) participa activamente en la promoción y protección de los derechos humanos y en la lucha contra la impunidad en Colombia. En el desarrollo de su misión en el país, apoya el trabajo de los y las abogados/as defensores/as de derechos humanos, con el objetivo de lograr el pleno respeto de los derechos de las víctimas y de las personas en situación de vulnerabilidad. ASFC se enfoca, entre otros temas, en las ejecuciones extrajudiciales, la violencia de género, el desplazamiento forzado, la protección de los derechos de las comunidades indígenas y de la justicia transicional, ofreciendo respaldo en casos emblemáticos de violaciones graves a los derechos humanos, acompañamiento internacional y sesiones de formación.

ASFC reconoce que el *principio de complementariedad* del Estatuto de Roma (ER) promueve, ante todo, el uso de los mecanismos legales nacionales por parte de las víctimas para investigar y sancionar a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este contexto, ASFC, en asociación con Abogados sin Fronteras en Bruselas (ASF) y con el apoyo de la Unión Europea, implementa en Colombia un proyecto, cuyo objetivo es de fortalecer los principios del ER de la Corte Penal Internacional (CPI), buscando enriquecer la práctica de los abogados colombianos, promoviendo espacios de debate entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional, y aportando soluciones y recomendaciones concretas para Colombia.

El presente informe se inscribe en el marco del proyecto mencionado y es el resultado de más de dos años de monitoreo, observación y análisis de quince (15) procesos penales nacionales, seleccionados a partir de criterios que permitieron establecer si dichos casos podrían ser de competencia de la CPI. Las investigaciones y los procesos estudiados se relacionan con conductas graves, tales como la ejecución arbitraria, la desaparición forzada, los desplazamientos forzados, las masacres, la violencia sexual, y los actos de tortura ocurridos entre los años de 2005 y 2013, principalmente en las regiones del suroccidente (Nariño y Cauca), nororiental (Norte de Santander y Santander) y del centro (Cundinamarca)

del país, regiones donde las víctimas se encuentran en un estado de vulnerabilidad particularmente preocupante, y donde existen fuertes reclamos para la justicia, y a la vez mayores obstáculos para alcanzarla.

El análisis se sitúa en relación con el examen preliminar actualmente adelantado por la Oficina de la Fiscalía de la CPI (OF-CPI). Se concentra en aquellos casos nacionales que tienen que ver con las categorías de personas y de crímenes, para los cuales la OF-CPI ha identificado ciertas carencias o deficiencias que podrían indicar una actividad insuficiente o incompleta por parte de las autoridades colombianas. Así, con el fin de contribuir al examen preliminar, ASFC busca identificar buenas prácticas y posibles mecanismos de impunidad con el objetivo de aportar a la construcción de criterios que permitan establecer si las autoridades nacionales han instituido actuaciones genuinas, criterios relevantes para evaluar la capacidad y la voluntad del Estado de penalizar aquellos individuos más responsables por los crímenes más graves. Esta evaluación contribuye al examen sobre admisibilidad dela OF-CPI y a la formulación de recomendaciones para fortalecer las investigaciones y los procesos penales internos. Además, para el estudio se ha tenido en cuenta las consecuencias negativas de las recientes reformas al fuero penal militar que pretenden ampliar el fuero y que permiten una interpretación exclusiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Además, se incluye un análisis en relación con la incertidumbre en la calificación jurídica de los homicidios en casos de ejecuciones extrajudiciales.

Reconociendo el papel primordial de las jurisdicciones nacionales en las investigaciones y sanción de los responsables de crímenes internacionales y para determinar la admisibilidad de estos casos ante la CPI, cabe reiterar que no basta valorar las actuaciones nacionales a partir de una evaluación cuantitativa. También será necesario realizar un análisis de la *calidad* de los procesos. Además, ASFC valora el esfuerzo de las víctimas, abogados, defensores de derechos humanos y de los funcionarios comprometidos en adelantar procesos penales contra los presuntos responsables. Igualmente reconoce la complejidad de estas investigaciones, no



obstante, frente a la evidente falta de cumplimiento con los derechos de las víctimas, y ante los resultados parciales de las investigaciones y los juicios en los casos estudiados, ASFC manifiesta su preocupación por la persistencia de obstáculos que impiden la penalización de los responsables.

Si bien es cierto que los quince (15) casos representan un estudio modesto ante el universo de investigaciones abiertas en Colombia, resulta importante alentar a las autoridades a tomar medidas efectivas para superar los obstáculos identificados y considerar las recomendaciones presentadas en este informe.

Finalmente, en el contexto actual de negociaciones de paz entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP, se plantea la creación de un Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición. Este Sistema estaría compuesto por una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con competencia para investigar, juzgar y sancionar, en especial, a todos quienes participaron en el conflicto directa o indirectamente, y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Si bien no es posible afirmar *a priori* que los casos analizados serán trasladados a la JEP, ASFC considera que los elementos identificados en este informe deben ser tomados en cuenta para asegurar el buen funcionamiento, de tanto la justicia ordinaria como la nueva JEP.

ASFC seguirá con su labor de monitoreo en Colombia y espera poder aportar de manera constructiva a los esfuerzos del Estado de garantizar los derechos de las víctimas a la justicia. Asimismo, hace un llamado a la comunidad internacional para que siga acompañado a las víctimas de crímenes internacionales en la reclamación de sus derechos.

Pascal Paradis
Director General
ASFC



RESUMEN EJECUTIVO

En el marco de la segunda fase del proyecto “Implementación del Estatuto de Roma en Colombia” ejecutado por Abogados sin fronteras Canadá (ASFC)¹ desde 2013, en colaboración con Abogados sin fronteras en Bruselas (ASF)² y con el apoyo de la Unión Europea, ASFC desarrolló el presente informe con los objetivos de promover el Estatuto de Roma (ER), y la utilización e implementación de los criterios y las políticas actuales de la Corte Penal Internacional (CPI) y de la Oficina de la Fiscalía de la misma (OF-CPI), en relación con los criterios de evaluación establecidos para determinar si las autoridades nacionales han instituido actuaciones genuinas contra aquellos individuos más responsables por los crímenes más graves de acuerdo al principio de complementariedad del ER³.

El informe que presentamos es la conclusión de un proyecto desarrollado por ASFC y sus socios durante dos años, alrededor de acuerdos de colaboración con abogadas y abogados colombianos defensores de derechos humanos que litigan en zonas del país particularmente afectadas por el conflicto armado, como lo son el nororiente, el centro y el suroccidente. Esta colaboración les permitió brindar un acompañamiento jurídico a víctimas en casos considerados como emblemáticos para efectos de la competencia del ER en Colombia. Esta colaboración entre ASFC y las abogadas y los abogados fue necesaria para asegurar una alimentación continua de la información sobre los casos que permitiera medir sus avances y retrocesos, un acercamiento a las víctimas con base en la confianza mutua, como también asegurar espacios de análisis jurídico y contextual retroalimentados por las experiencias de las abogadas y los abogados. Adicionalmente, esta metodología de trabajo se inscribe en el rol de ASFC como organización internacional de cooperación y

1 www.asfcanada.ca

2 www.asf.be

3 En oportunidades anteriores ASFC, en apoyo a las víctimas de estos graves delitos y en desarrollo de su misión en el país, ha presentado otros aportes al análisis sobre el principio de complementariedad, incluyendo, entre otros: *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”*; *Paz con Justicia Transicional: Aportes para Colombia desde el derecho internacional*; *Una mirada al desplazamiento forzado: persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano*; y *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de la mujeres*. Todos están disponibles en <http://www.asfcanada.ca/es/publicaciones>



fortalecimiento de las organizaciones o individuos nacionales según los principios de acción de subsidiariedad, colegialidad y complementariedad adoptados y valorados por ASFC.

El Proyecto permitió hacer seguimiento y acompañamiento a investigaciones relacionadas con hechos que pueden constituir crímenes de competencia de la CPI – a saber, ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, masacres, violencia sexual y tortura – ocurridos entre los años 2005 y 2013 en las regiones del suroccidente (Nariño y Cauca), nororiente (Norte de Santander y Santander y Sur del Cesar) y en el centro (Cundinamarca) del país. Son hechos en los cuales están involucradas personas que hacen parte de organismos de seguridad del Estado (Ejército nacional) y/o de grupos paramilitares (Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y los “Rastrojos”⁴). A pesar del tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, las investigaciones no han mostrado avances significativos hacia su esclarecimiento y la determinación de responsabilidades de sus autores y partícipes. Esta falta de avances, como se mostrará, ha obedecido a distintos factores, que para efectos de esta investigación, hemos enfocado en el análisis en las dinámicas judiciales.

Orientados en los propósitos asumidos por los Estados, al aprobar y vincularse jurídicamente al ER, los cuales buscan enjuiciar a nivel de sus jurisdicciones a los responsables de los crímenes más graves como parte de la lucha contra la impunidad, el informe presenta, a través de quince casos, la manera como las autoridades colombianas han emprendido las investigaciones, cómo ellas se han desarrollado y

4 El gobierno, como la Fiscalía de Colombia, ha definido a las “bandas criminales emergentes” (o “BACRIM”) como grupos de crimen organizado, lo que excluiría su caracterización como actores del conflicto. De acuerdo con dicha interpretación, las acciones de dichos grupos son actos de delincuencia común y, por tanto, no puede entenderse que se realizan con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno. No obstante, han surgido debates acerca de la naturaleza de estas bandas y aún no existe un criterio único para su definición. (Respuesta estatal en Corte Constitucional de Colombia. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. Auto de seguimiento 119 de 2013). Para el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz –Indepaz– la clasificación del gobierno desconoce la existencia de narco paramilitares pos desmovilización de las estructuras paramilitares (2005-2006), las cuales “(...) retoman características de sus predecesores y por otro lado acentúan su papel como un complejo mafioso, parapolítico y narcoparamilitar que tiene alianzas y conexiones con el clientelismo, la contratación corrupta desde el Estado y los negocios con violencia”. Cabe resaltar que los Rastrojos son identificados por Indepaz como una de las más poderosas bandas criminales que existen en el país. (X Informe de seguimiento a la presencia de los grupos narcoparamilitares, 2015).

los resultados que han mostrado y de acuerdo a ello, la manera como se ha hecho honor o no a esos propósitos.

Es importante advertir que hasta tanto la justicia no declare la responsabilidad penal de los presuntamente responsables por los delitos objeto del presente informe, estas personas gozan del derecho a ser oídas públicamente y al debido proceso. Consciente de la necesidad de respetar los derechos humanos, ASFC subraya el derecho a que se presume la inocencia de los procesados hasta tanto no sea confirmada por las autoridades competentes, según lo establecido por los tratados internacionales. De ahí que el presente informe no tiene como objetivo evaluar la responsabilidad penal de los implicados, sino aportar al análisis del principio de complementariedad conforme al ER.

La investigación permitió observar que las dinámicas de los procedimientos, así como las conductas de distintos actores dentro del desarrollo de las investigaciones, impidieron a las víctimas recibir una respuesta oportuna sobre lo ocurrido y sobre los responsables, incluida la determinación del paradero de las víctimas. Asimismo, han consolidado demoras injustificadas en los trámites judiciales que han favorecido la falta de comparecencia de los responsables ante los tribunales para determinar su participación. Este conjunto de circunstancias, en definitiva han tenido el efecto de sustraer, en un número importante de casos, a las personas de su responsabilidad penal.

Algunos casos que han mostrado avances, sin llegar a representar una definición última de los hechos y las responsabilidades, han alcanzado tal situación por la persistencia de búsqueda de información e incidencia de las víctimas, de sus representantes, como también en la voluntad y conducta de algunos funcionarios judiciales. La convergencia de intereses en el esclarecimiento de los hechos y la identificación de las estructuras de responsabilidad detrás de los delitos o crímenes, han facilitado, potenciado y hecho más eficaz los esfuerzos desarrollados en algunos de los casos.

Sin embargo, esos avances enfrentan grandes obstáculos que radican principalmente en el abuso del derecho al que han acudido quienes ejercen la defensa de los miembros de la fuerza pública dentro de las audiencias. Abusos del derecho que obstaculiza la concen-



tración de los juicios, el avance oportuno de los mismos, mediante la sistemática solicitud de aplazamientos de audiencias que pueden implicar la paralización de los procedimientos por seis meses o hasta un año.

Por otra parte, el fuero penal militar (FPM), pese a los innumerables, consistentes y recurrentes requerimientos y/o recomendaciones de distintos organismos internos e internacionales sobre su inaplicabilidad para graves violaciones de derechos humanos, sigue interponiéndose en la tramitación de las investigaciones por las autoridades judiciales ordinarias. Esta disputa de jurisdicción tiene lugar a partir de distintas situaciones: a instancias de las autoridades de la jurisdicción penal militar, o en ocasiones por iniciativa de la misma jurisdicción ordinaria, o en algunos casos por oposición de los jueces penales militares a cumplir las decisiones judiciales que ordenan la remisión de los procedimientos a la jurisdicción ordinaria. Todas estas situaciones contribuyen a impedir el acceso de las víctimas a mecanismos de protección independientes e imparciales; a la oportuna recolección de las evidencias necesarias para el esclarecimiento, la demora injustificada de los trámites, la imposibilidad de acceder a la información, con lo cual se advierte una falta de voluntad de las autoridades de brindar investigaciones genuinas para la superación de la impunidad de graves crímenes.

La falta de voluntad también pudo observarse en la evidente insuficiencia de las investigaciones emprendidas, la cual radica en distintos factores, incluidos la movilidad de los funcionarios y de las investigaciones, la falta de claridad institucional para dirigir estratégica y coherentemente este tipo de investigaciones, la falta de disposición de medios técnicos para el desarrollo de las audiencias, la inhibición de las personas encargadas de las investigaciones para imputar cargos a funcionarios públicos, a pesar de contar con elementos que le permitirían hacerlo, y la falta de interés en el impulso de las investigaciones.

En este informe se mostrará, en primer lugar, la metodología de la investigación dentro de ella, la selección de los casos y la descripción de los hechos y trámites judiciales de los mismos, el marco normativo internacional aplicable al Estado colombiano en materia de la lucha contra impunidad y el reconocimiento de los derechos

irrenunciables de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. Además, se hace referencia al marco de análisis para la determinación de procesos genuinos conforme al principio de complementariedad, según lo establecido por el ER y la política de la Oficina de la Fiscalía de la CPI. Seguidamente, se exponen los hechos y la situación jurídica de los 15 casos seleccionados y se analizan los factores antes descritos en la perspectiva de visibilizar los obstáculos, las buenas prácticas y los retos. Luego, se analizan dos factores que se consideran afectan la posibilidad de garantizar investigaciones genuinas, que son el FPM y la calificación jurídica de los homicidios. Por último, se realizan las conclusiones y se formulan recomendaciones.

Finalmente, el informe tiene el objetivo de brindar a las víctimas, sus representantes, pero también a los funcionarios judiciales, elementos de análisis, reflexión y práctica que contribuya a alcanzar metas que signifiquen la garantía de los derechos de las víctimas y la superación de la impunidad.

1. Introducción

1.1 Colombia y el Estatuto de Roma

El primer intento por crear un tribunal internacional que pudiera juzgar a los responsables de crímenes de mayor afectación para la moral y dignidad de la humanidad se dio con el Tratado de Versalles en 1919, el cual, al final de la Primera Guerra Mundial, instauró un tribunal conformado por jueces de las potencias vencedoras para juzgar al ex Emperador Alemán Guillermo II por su responsabilidad en este tipo de hechos, juicio que no pudo ser adelantado, entre otras razones, por la negativa de Países Bajos de extraditarlo. Posteriormente, al final de la Segunda Guerra Mundial, funcionó el Tribunal Penal Militar de Núremberg y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente y durante los años 90 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR).

El papel desempeñado por estos Tribunales, evidenció la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente que proviniera del consenso de los Estados. Fruto de los trabajos adelantados por la ONU y la comunidad internacional, en la 52^a sesión, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, la cual se llevó a cabo entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998 en la ciudad de Roma (Italia) y culminó con la aprobación del Estatuto de Roma, el instrumento constitutivo de la CPI. Para Colombia, el ER entró en vigor el 1º de noviembre del 2002 en virtud de la Ley 742 de 2002⁵ para los crímenes de genocidio y lesa humanidad, y el 1º de noviembre de 2009 frente a los crímenes de guerra⁶.

La esencia del ER es la lucha contra la impunidad, por lo cual en su preámbulo se afirma que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben

⁵ Para un desarrollo de la competencia temporal, material y personal de ER en el contexto colombiano; véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional* (Capítulo 1).

⁶ Colombia hizo una declaración de conformidad al artículo 124 del ER que excluye de la competencia de la CPI los crímenes de guerra perpetrados entre el 1º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009.

quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia⁷. Además, resalta “que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. De ahí que se vislumbre uno de los principios más importantes del ER, el principio de complementariedad:

“(...) que la CPI se constituye como una jurisdicción de última ratio que tiene competencia solamente como consecuencia de la inacción total o ineeficacia de las jurisdicciones nacionales, sea por falta de voluntad o de capacidad, para llevar a cabo los procesos en contra de los responsables de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma”⁸.

De ahí que, conforme a las obligaciones asumidas por los Estados al aprobar y vincularse jurídicamente al Estatuto de Roma (ER), las jurisdicciones nacionales tienen primacía para investigar los crímenes de lesa humanidad, de guerra y/o genocidio cometidos en su territorio; solamente en casos en que exista inactividad o una falta de voluntad y/o capacidad por parte del Estado para cumplir con su obligación de penalizar a los responsables de estos crímenes, podrá intervenir la CPI para asegurar que estos no queden en la impunidad. De acuerdo con el artículo 15 del ER, la OF-CPI ha recibido comunicaciones sobre la situación en Colombia desde 2004, y en marzo 2005 se informó oficialmente al Estado colombiano que se había recibido información sobre presuntos crímenes de competencia de la CPI, y se dio oficialmente inicio a un examen preliminar⁹.

1.2 El examen preliminar

El examen preliminar de la OF-CPI tiene como finalidad determinar si en un Estado, objeto de la evaluación, existen fundamentos suficientes para abrir una investigación de acuerdo con lo establecido por el ER. Adicionalmente, el examen preliminar cumple una función

7 Preámbulo ER.

8 ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: más allá de lo “positivo”*. p.9. Véase también: más adelante en la sección 3.3 Marco de análisis para la determinación de procesos genuinos a la luz del principio de complementariedad del ER.

9 En la actualidad, ocho países están bajo examen preliminar de la CPI: Colombia, Nigeria, Georgia, Afganistán, Guinea, Palestina, Ucrania, Irak.

preventiva que permite de un lado llamar la atención de la comunidad internacional sobre una situación donde posibles crímenes de su competencia son cometidos y, del otro, potenciar las autoridades nacionales para llevar a cabo procesos adecuados de forma independiente e imparcial para respetar sus obligaciones en virtud del ER¹⁰. Esta etapa previa no constituye una investigación, sino es un proceso de reunión de información que permite determinar cuestiones relativas a la competencia y la admisibilidad ante la CPI¹¹. La realización del examen preliminar¹² se desarrolla a partir de las informaciones notificadas a la OF-CPI por organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, nacionales e internacionales, los Estados, los órganos de Naciones Unidas u otras fuentes¹³. La Fiscalía debe respetar los principios generales de independencia, imparcialidad y objetividad en el marco de los exámenes preliminares¹⁴.

El examen preliminar constituye un proceso de filtro que se desarrolla en cuatro fases¹⁵. Si bien cada fase se refiere a un elemento distinto del ER, la OF-CPI mantiene un análisis global en todo el proceso del examen preliminar¹⁶. En primer lugar, se realiza una evaluación inicial de todas las comunicaciones recibidas para determinar la seriedad de las informaciones y determinar cuáles parecen ser de la competencia de la CPI¹⁷. En segundo lugar, se lleva a cabo una evaluación fáctica y jurídica completa cuya finalidad es determinar si se cumplen las condiciones previas establecidas por el ER y si existe fundamento razonable para creer que se han cometido los crímenes de

10 Olásolo, Héctor. (2014) *Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región.* p.37.

11 Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional, convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice Fiscal.

12 El Estatuto de Roma establece tres mecanismos para dar inicio a un examen preliminar: (i) decisión de la Fiscal basada sobre la información recibida de los actores; (ii) la remisión por un Estado parte o el Consejo de Seguridad; (iii) remisión por un Estado no parte que acepta la competencia de la Corte de conformidad del párr. 3 del artículo 12.

13 Artículo 15, párr. 1 ER.

14 OF-CPI- (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares,* párr.25.

15 OF-CPI. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares,* párr.77.

16 Ídem.

17 Ídem, párr.78.

competencia de la CPI. La tercera fase está centrada en la evaluación de la admisibilidad que incluye un análisis de la gravedad y la complementariedad¹⁸. Finalmente, cuando la Fiscalía lo estime necesario, se puede considerar los intereses de justicia de acuerdo con el artículo 53 del ER¹⁹. Resulta relevante señalar que el examen preliminar de la situación colombiana se encuentra en la tercera fase mencionada.

Cabe mencionar que el plazo para realizar un examen preliminar no está definido en el ER y debe ser adaptado a las especificidades de cada situación teniendo en cuenta, entre otras, las informaciones disponibles, la naturaleza, la amplitud y la frecuencia de los crímenes cometidos, así como los procesos judiciales nacionales existentes²⁰ relacionados a los crímenes alegados en el marco del examen preliminar de la OF-CPI. La Fiscal tiene discreción para determinar la amplitud y la duración del examen preliminar, para asegurar que sea realizado de manera completa y profundizada y así permitir tomar una decisión plenamente informada y motivada²¹.

1.2.1 Examen preliminar de la OF-CPI en Colombia

En noviembre de 2012, la OF-CPI, presentó su informe intermedio acerca de la situación colombiana en el cual se resume el análisis llevado a cabo durante más de siete años sin tomar una decisión sobre la iniciación de una investigación. Actualmente el examen preliminar sigue en desarrollo.

En el marco del examen preliminar, la OF-CPI recibió informaciones acerca de presuntos crímenes que pueden ser de la competencia de la CPI, incluyendo asesinatos, violaciones sexuales a gran escala, traslado forzoso, graves privaciones de libertad física, toma de rehenes, desapariciones forzadas, tortura y reclutamiento y uso de

18 Véase: sección 3.3 Marco de análisis para la determinación de procesos genuinos a la luz del principio de complementariedad del ER.

19 Véase: "La Fiscalía de la CPI no tiene que demostrar que la investigación cumple con los intereses de justicia, sino que siempre debe proceder a menos que haya razones sustanciales para señalar que la investigación no cumple con los intereses de la justicia." (ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. Capítulo 10). También: OF-CPI. (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*.

20 Sala de Cuestiones Preliminares III, Rapport de l'Accusation à la suite de la décision de la Chambre préliminaire III du 30 novembre 2006 sollicitant des informations sur l'état d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine, par. 8.

21 Ídem, par. 7.



niños soldados²², cometidos por todas las partes del conflicto²³. Tras una evaluación de las comunicaciones recibidas, complementadas por información solicitada por la misma Fiscalía, se pudo comprobar que efectivamente existe fundamento razonable en relación a que en Colombia se han cometido crímenes de competencia de la CPI en el marco del conflicto armado.

Con el objetivo de continuar de manera eficiente su examen preliminar, después de concluir que los crímenes alegados pueden constituir crímenes de lesa humanidad y/o de guerra, la OF-CPI continua su examen preliminar para determinar la admisibilidad a la luz del principio de complementariedad²⁴. En su informe intermedio de 2012, se establece una priorización de temas para el análisis de la admisibilidad que incluye *inter alia*, el desplazamiento forzado, las violaciones sexuales y las ejecuciones arbitrarias llamadas “falsos positivos”²⁵.

En 2012, la OF-CPI se pronunció sobre la competencia de la Corte, así como sobre la necesidad de continuar el examen preliminar para evaluar la admisibilidad de los casos a la luz del principio de complementariedad. En la evaluación de la complementariedad, la OF-CPI debe, como primera etapa, establecer si “existen o han existido investigaciones nacionales pertinentes relacionadas con posibles casos” de competencia de la CPI²⁶. La Fiscalía, de conformidad con su política actual, centra su evaluación sobre la persecución de los máximos responsables de crímenes internacionales²⁷.

De manera general, la OF-CPI reconoce que el gobierno colombiano ha impulsado varias actuaciones judiciales relevantes contra los líderes de grupos guerrilleros, líderes paramilitares, agentes de la fuerza pública y políticos vinculados con grupos armados²⁸.

22 Asesinatos (art. 7.1 [a] & 8.2.c[i] ER), violaciones sexuales a gran escala (art. 7.1 (g) & 8.2.e [vi])), traslado forzoso (art. 7.1 (d)), graves privaciones de libertad física (art. 7.1 (e)), toma de rehenes desapariciones forzadas, tortura (art. 7.1 (f) && 8.2.c[i])), y reclutamiento y uso de niños soldado (art. 8.2.c [vii])).

23 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*, párrs.197-200 y párrs.26-27.

24 OF-CPI, Informe de actividades 2014, pp.28-30.

25 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*, párrs. 197-200.

26 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*, párr. 157.

27 Véase más adelante: apartado 3.3.5 Máximos responsables.

28 OF-CPI (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*, párrs. 197-200, párrs.159 y 198.

Sin embargo, aunque las autoridades demostraron procesos judiciales genuinos contra miembros guerrilleros y paramilitares, la OF-CPI observa que persisten carencias y deficiencias importantes en la investigación, persecución y sanción contra otras categorías de actores como los agentes del Estado que pueden ser máximos responsables de los crímenes alegados, lo que demuestra una actividad insuficiente o incompleta²⁹, y resalta la importancia de mejorar el establecimiento de prioridades³⁰.

En su informe de actividades de 2015, OF-CPI reporta que si bien las autoridades colombianas han avanzado en las investigaciones contra oficiales de mayor rango en casos de falsos positivos, la demora en proporcionar pruebas tangibles y relevantes que demuestren que las mismas estén tomando “medidas concretas y progresivas de investigación” es una fuente de preocupación³¹. Con respecto a la situación actual de violencia sexual y desplazamiento forzado, afirma que ha habido unos avances relativos sobre todo bajo la Ley de Justicia y Paz, pero los mismos no se replican en la justicia ordinaria³².

1.2.2 ASFC y el examen preliminar

En 2012, ASFC afirmó *inter alia* que “el examen preliminar se concentraba en un análisis cuantitativo del número de procesos abiertos y de personas acusadas, sin entrar en el fondo de los asuntos o valorar la calidad jurídica de los mismos; existía una preocupación por no reunir suficiente información para valorar la conducción de estos procesos y utilizar debidamente el principio de complementariedad contenido en el Estatuto de Roma seis años después de haber iniciado el examen preliminar; que en el caso de ejecuciones arbitrarias cometidas por miembros de la fuerza pública, que no estaban siendo realmente judicializados, la competencia de la CPI se encontraba activada; y que el problema principal, frente al principio de complementariedad en el caso colombiano, era la falta de voluntad de un Estado que no quiere investigar los crímenes internacionales en los cuales se ve comprometida su responsabilidad internacional, al tratarse de

29 Ídem, párr. 199.

30 Ídem.

31 OF-CPI. (2015). *Informe sobre exámenes preliminares*, párr. 164.

32 Ibíd., párr. 166.



crímenes de Estado”³³.

En 2015, ASFC solicitó que la OF-CPI siga prestando atención especial al desplazamiento forzado en Colombia, teniendo en cuenta el papel de la Dirección Nacional de Análisis y Contexto (DINAC) en la investigación de los contextos y los esfuerzos por perseguir a los máximos responsables, incluyendo a personas con intereses económicos sobre las tierras, y a la vez expresó preocupación por la desarticulación entre los procesos penales y los de restitución de tierra, y la falta de garantías para el retorno³⁴. Además, con respecto a la violencia sexual, con base en un análisis de una sentencia de un macro proceso de Justicia y Paz³⁵, ASFC solicitó que la OF-CPI continúe haciendo un examen exhaustivo de la persecución penal de estos crímenes en Colombia como parte del examen preliminar³⁶.

En el marco de las negociaciones actuales entre el Estado colombiano y la organización guerrillera de las FARC-EP, destinadas a poner fin al conflicto armado, ASFC se ha pronunciado a favor de que la OF-CPI monitoree las implicaciones y la implementación de los eventuales mecanismos de justicia transicional para asegurar su compatibilidad con las obligaciones derivadas de ER³⁷.

1.2.3 Relación del objetivo del informe con el examen preliminar sobre Colombia

ASFC llevó a cabo una serie de investigaciones y reuniones sobre el contexto jurídico y político de Colombia, los criterios de selección y priorización de casos a nivel nacional e internacional, las preocupaciones de la sociedad civil sobre los obstáculos en los pro-

33 ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: más allá de lo “positivo”*.

34 ASFC. (2014). *Una mirada al desplazamiento forzado: persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano*.

35 Del Tribunal de Bogotá de 20 de noviembre de 2014 contra *inter alia* Salvatore Mancuso y otros líderes paramilitares. Ver también el informe de la OF-CPI de 2015, párrafo 153 para el análisis de esta sentencia.

36 ASFC & Humanas. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de las mujeres*.

37 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. También, intervención de ASFC en el evento paralelo “Complementariedad: La situación de los delitos internacionales y la violencia sexual”, Asamblea XXIV de los Estados partes, La Haya, 24 de noviembre de 2015.

cesos penales y el enfoque actual de la Corte Penal Internacional y en particular de la Oficina de la Fiscalía de esta entidad (OF-CPI). En conjunto con sus socios, ASFC estableció unos criterios de selección para enfocar esta línea de trabajo en los procesos que cumplan con lo establecido en el Estatuto de Roma, la política actual de OF-CPI y los requerimientos del Proyecto actual de ASFC. Como resultado, se seleccionaron, para análisis y seguimiento, 15 casos a fin de identificar buenas prácticas y posibles mecanismos de impunidad que tengan consecuencias sobre la genuinidad o no de los procesos objeto del informe, a la luz del Estatuto de Roma.

Adicionalmente, se pretende enriquecer la práctica de los abogados colombianos litigantes en casos de crímenes internacionales ante tribunales nacionales y encontrar posibles soluciones a los problemas que actualmente enfrentan; busca también promover un espacio de debate entre la sociedad civil colombiana, el Estado, y la comunidad internacional sobre los retos planteados por el compromiso global de prevenir y sancionar los crímenes definidos en el ER, los obstáculos y buenas prácticas que dificultan o facilitan el litigio de crímenes de esta naturaleza en Colombia. Por último, se ofrece un análisis conceptual sobre la tipificación en el código penal colombiano para las ejecuciones arbitrarias y la reforma al FPM que se adelantan en Colombia, las cuales podrían afectar de manera negativa el buen desarrollo de las investigaciones.

2. Metodología

La fuente principal para la metodología de este informe ha sido el trabajo de monitoreo de casos emblemáticos llevados por los y las abogado-a-s asociado-a-s al Proyecto, casos que fueron seleccionados según criterios considerados como relevantes para el examen preliminar de la OF-CPI sobre Colombia. Se complementó este análisis con una serie de entrevistas y con un estudio bibliográfico. Esta metodología se explicará en más detalle a continuación.

2.1 Selección de los casos

Los casos objeto del presente análisis fueron seleccionados conjuntamente entre ASFC y las abogadas y abogados a partir de criterios que permitían establecer si dichos casos podrían ser de competencia eventual de la CPI, en el marco del examen preliminar. Los criterios establecidos pretenden incorporar los componentes más importantes del ER y los elementos de los crímenes, además del principio de complementariedad y las actuales políticas sobre los exámenes preliminares de OF-CPI. También, se tuvieron en cuenta los recientes esfuerzos del Estado colombiano para priorizar la investigación y persecución penal de los delitos que pueden constituir crímenes internacionales incluidos en la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación de Colombia³⁸, y teniendo en cuenta los análisis realizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013, por la cual se declara la exequibilidad del Marco Jurídico para la Paz³⁹ y otros documentos complementarios sobre priorización de casos⁴⁰.

38 Fiscalía General de la Nación Colombia. Directiva 001 del 4 de octubre de 2012. 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 aquellos en la Fiscalía General de la Nación.

39 Acto Legislativo No. 01 del 31 de julio de 2012, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

40 Comisión internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), "Criterios de selección de casos"; International Center for Transitional Justice (ICTJ) "Propuesta de selección y priorización para la Ley Justicia y Paz en Colombia", marzo de 2012; ProFiz. (2012). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*. Véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional, Aportes para Colombia desde el derecho internacional*.

2.1.1 Criterios relativos a la competencia y admisibilidad⁴¹

En primer lugar, correspondiente a la *competencia jurisdiccional*, se intentó seleccionar un número representativo de casos investigados en la justicia ordinaria bajo los parámetros procesales de la Ley 600 del 2000 (sistema procesal mixto) y la Ley 906 de 2004 (mediante la cual se empezó a implementar el sistema acusatorio), así como también casos tramitados ante la jurisdicción penal militar y ante la Cámara de Representantes (mediante el proceso de fuero especial), con el fin de tener una muestra de cada tipo de jurisdicción en las cuales se encuentran los casos de competencia de la CPI⁴².

En segundo lugar, se aplicó un filtro de los posibles casos según la *competencia temporal* de la CPI, es decir, que fueron seleccionados casos que ocurrieron en Colombia desde el 1 de noviembre 2002 por los crímenes de lesa humanidad y desde el 1 de noviembre del 2009 por los crímenes de guerra⁴³. Respecto a los criterios relacionados a la *competencia territorial*, se focalizaron en regiones particularmente afectadas por el conflicto armado y priorizadas como partes del Proyecto de ASFC como son el nororiente (Santander, Norte de Santander y Sur de César), el centro y el suroccidente colombiano (Cauca, Valle del Cauca, Nariño y Putumayo).

En tercer lugar, con respecto a la *competencia material*, a la luz de la información disponible sobre los hechos denunciados, se realizó una evaluación de los presuntos hechos alegados en las denuncias penales con el fin de determinar si los casos seleccionados cuentan con todos los elementos del crimen de lesa humanidad o del crimen de guerra definidos en los artículos 7 y 8 ER tal como lo ha identificado la OF-CPI en el marco de su examen preliminar⁴⁴. Como se verá más adelante en la descripción de los casos, la mayoría responden a ejecuciones arbitrarias, violencia sexual y desplazamiento forzado, cometidos por los actores del conflicto, hechos que están siendo ob-

41 Para un análisis más detallado de los criterios mencionados, véanse los anexos de este informe.

42 Ver anexo 9.1.

43 Colombia hizo una declaración de conformidad al artículo 124 del ER que excluye de la competencia de la CPI los crímenes de guerra perpetrados entre el 1º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009. Véase: ASFC. (2014). *Paz Con Justicia Transicional, Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. pp.36-37.

44 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*. párrs. 3 a 10.

jeto del actual examen preliminar sobre Colombia⁴⁵. Así, en el desarrollo de las dos primeras fases de su examen preliminar, la OF-CPI estableció que había fundamentos razonables para creer que el fenómeno de ejecuciones extrajudiciales cometidas por parte de agentes del Estado colombiano, constituyen crímenes de lesa humanidad en el sentido del art. 7 ER; al concluir que “los falsos positivos” fueron cometidos como parte de un ataque dirigido contra la población civil. También, conforme a lo señalado, *en relación con la competencia personal*, se tuvo en cuenta las características de los presuntos victimarios, incluyendo la identificación de los máximos responsables.

Para el estudio de competencia personal se tuvo en cuenta que la OF-CPI señaló la existencia de una base razonable para creer que todos los actores del conflicto armado colombiano habían cometido crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional⁴⁶. Para la OF-CPI, en el caso de las FARC-EP, ELN y grupos paramilitares, los líderes más importantes de dichos grupos parecen estar siendo procesados genuinamente por las autoridades nacionales. No obstante, con respecto a ciertas categorías de personas y de crímenes, detectó ciertas carencias o deficiencias que indican una actividad insuficiente o incompleta así en los casos de ejecuciones arbitrarias, denominadas como falsos positivos, evidenciando que la mayoría de los procedimientos existentes no se ha centrado en quienes podrían ser los máximos responsables⁴⁷.

Por último, en relación con los criterios de competencia, es relevante advertir sobre la especial transcendencia que se ha dado en el examen preliminar de OF-CPI a las actuaciones nacionales que dan prioridad a las acciones judiciales contra los que parecen ser los máximos responsables por los crímenes más graves y si estas son genuinas. Para efectos del informe, cabe advertir que resultó relevante el estudio del caso conocido como chuzadas DAS⁴⁸, en tanto, que si bien se ha condenado a varios autores y emprendido un número importante de investigaciones, la mayoría de los procedimientos existentes no se han centrado en quiénes podrían ser los máximos

45 Ver sección anterior 1.2 *El examen preliminar*.

46 ASFC también considera que todos los actores en el conflicto armado han cometido crímenes internacionales. Véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional: aportes para Colombia desde el derecho internacional*.

47 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación en Colombia*, párrs. 198, 199 y 220.

48 Ver: 4.11 Caso “Chuzadas de DAS”.

responsables. En particular, estos crímenes parecen haber sido cometidos dentro de un aparato organizado de poder que convirtió al DAS en una estructura criminal destinada a neutralizar a los opositores del gobierno, mediante la comisión de homicidios, montajes, interceptaciones ilegales, entre otras graves conductas.

2.1.2 Criterios relativos a los objetivos específicos y limitaciones del proyecto

Se aplicaron criterios de selección con el fin de asegurar al máximo el alcance del Proyecto y proveer resultados significativos y relevantes; para ello se evaluó la factibilidad de realizar un monitoreo eficiente teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos, el estado del proceso penal y la probabilidad de obtener información de los testigos y víctimas, según su localización y disposición a relatar los hechos. Esa valoración se hizo tomando en cuenta los recursos disponibles de ASFC y de los y las abogado-a-s, la complejidad del caso, los recursos y el tiempo disponible, así como las condiciones de seguridad en las zonas donde ocurrieron los hechos y/o se adelantan los procesos.

También, se consideró el apoyo que la incorporación del caso en el proyecto podría aportar para que se resolviera exitosamente, así como la relevancia o el impacto social que podría tener éste dentro del Proyecto; finalmente, la posibilidad que este análisis permita identificar y fomentar buenas prácticas de investigación, persecución y/o jurisprudencia, que promuevan principios y valores fundamentales de justicia, también influyó en la balanza. Estos criterios fueron aplicados como parte de una evaluación integral a la luz del objetivo general del proyecto.

2.2. Monitoreo de los casos⁴⁹

Una vez seleccionados los casos, se desarrolló una metodología de monitoreo de éstos para documentar cada proceso (jurisdicciones implicadas, trámite, plazos, obstáculos, oportunidades, desafíos, actuación de cada una de las partes y de los funcionarios judiciales,

⁴⁹ Se entiende por “monitoreo de los casos” la recolección de datos, observación de los procesos y sistematización de la información recolectada.

entre otros), con el objetivo de disponer de información completa y organizada para el análisis objeto del presente informe. El monitoreo también permitió apoyar, según la información recolectada, el impulso de las investigaciones, siempre y cuando se presentó la oportunidad y las condiciones, favoreciendo la aplicación de los principios de derecho internacional.

Para asegurar una gestión eficaz de la información sobre los casos, considerando la amplitud de la información disponible en cada proceso, se elaboró una *base de datos* como herramienta metodológica de recolección y clasificación de la información, alimentada de forma continua durante aproximadamente 2 años (entre noviembre 2013 y enero 2016). La base de datos fue dividida en cuatro principales categorías que recogieron la información de todos los casos en orden cronológico: Datos Básicos, Víctimas, Victimarios e Historia Procesal⁵⁰.

Esta base de datos fue alimentada a partir de diferentes fuentes. En primer lugar, los abogados y abogadas representantes de víctimas de cada caso seleccionado, elaboraron un resumen detallado de los hechos alegados por las víctimas y de las pruebas disponibles, los cuales fueron analizados por el equipo de ASFC en la etapa de selección de casos y sirvieron de base a la recolección de datos. Con el fin de mantener la base de datos actualizada, la misma representación de víctimas remitió, durante todo el proceso de observación de los casos, informes mensuales correspondientes a las novedades en el proceso, incluyendo todas las actuaciones de los actores involucrados, es decir, las víctimas, la defensa, los familiares, otras entidades u organizaciones internacionales, Fiscalía, juzgado, etc.; dicha información fue analizada e incorporada a la base de datos.

En segundo lugar, la información recibida por parte de las y los representantes de víctimas, fue completada por una revisión completa y exhaustiva de los expedientes físicos de los casos según la disponibilidad y el acceso permitido a ello. Esta etapa de revisión documental incluyó tanto los documentos propios de la representación de víctimas, como los expedientes procesales de la Fiscalía o del

50 La base de datos constituye una herramienta metodológica solamente para la labor de ASFC, el acceso a dicha base de datos es limitado a los integrantes internacionales de ASFC y la consultora para el presente informe, de acuerdo con los protocolos de confidencialidad y seguridad de ASFC.

juzgado, según la situación procesal de cada caso.

Finalmente, esta información recolectada fue completada por la *asistencia y observación de los procesos penales* como audiencias, reuniones con Fiscalía, discusiones con la defensa, etc., así como por reuniones o encuentros puntuales con las víctimas, los familiares y los fiscales asignados a los casos y otros intervenientes.

2.3. Entrevistas complementarias

Con el fin de completar toda la información recolectada y facilitar la sistematización de los datos, se realizaron, entre junio y agosto de 2015, entrevistas con los y las abogado-a-s representantes de víctimas en los casos⁵¹, con los fiscales de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario⁵², vinculados indirectamente a los casos, y con las víctimas⁵³. También, con la participación de las víctimas, en diálogo con los fiscales a cargo de las investigaciones en Bogotá, se acompañó una reunión donde se les informaba sobre el avance de las mismas⁵⁴.

El objetivo de estas entrevistas fue profundizar y en algunos casos ampliar la información fáctica y jurídica recolectada, en otros casos, discutir con los actores sus observaciones y perspectivas respecto a los desafíos, obstáculos y buenas experiencias durante el trámite de los casos en sede judicial; el contacto con las autoridades, el alcance de las investigaciones, entre otros aspectos.

El ejercicio realizado con familiares representados dentro de los procesos penales, tuvo lugar en Pasto, Cali, Bogotá, Bucaramanga y Curumaní. En este se utilizaron dos herramientas metodológicas para la consulta de las víctimas: entrevistas individuales y grupos focales, según la disponibilidad y los recursos existentes. Es importante mencionar que no todas las víctimas representadas en los casos pu-

51 Se llevaron a cabo entrevistas con las y los representantes de víctimas en las ciudades de Bogotá, Cali, Pasto, Bucaramanga (entre el 2 de junio y el 14 de agosto de 2015).

52 Las entrevistas tuvieron lugar en las ciudades de Bogotá, Bucaramanga y Cali entre el 7 de julio y el 14 de agosto de 2015.

53 Estos encuentros tuvieron lugar en las ciudades de Cali, Pasto, Bucaramanga y el corregimiento de Santa Isabel, municipio de Curumaní, departamento del Cesar, entre el 4 de julio y el 14 de agosto de 2015.

54 Esta reunión se llevó a cabo el 24 de junio de 2015 en las instalaciones de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Bogotá.



dieron ser consultadas y que ASFC encontró varias dificultades para realizar estas consultas. Estas limitaciones se explican, entre otras razones, por la localización de unas personas en regiones muy lejanas y aisladas, la imposibilidad de acercamiento de algunas víctimas por razones de seguridad – ya que éstas viven persecución y amenazas relacionadas a los casos –, el desplazamiento de muchos familiares causado por la violencia alegada en los casos u otras situaciones de violencia en sus regiones⁵⁵.

55 Personas entrevistadas:

4 representantes de víctimas (3 mujeres y 1 hombre) en las ciudades Cali, Pasto, Bogotá y Bucaramanga:

Representantes de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH:

2 fiscales, incluido el Coordinador de dicha unidad (hombres) y un asesor de la coordinación, de Bogotá,

2 fiscales en Bucaramanga (hombres), y 2 fiscales (hombres) y dos asistentes de Fiscal (mujeres) de Cali.

Se realizaron con las víctimas:

En Pasto, grupo focal con 8 familiares (5 mujeres y 4 hombres indígenas de la comunidad Awá);

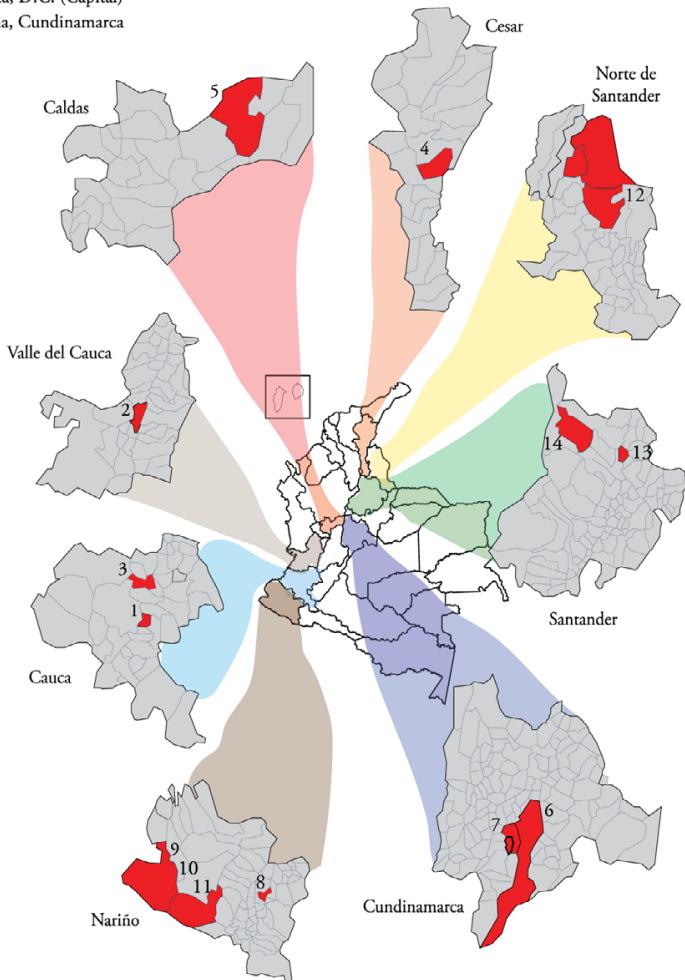
En Cali entrevista con una (1) mujer, familiar de uno de los casos.

En Bucaramanga entrevista con dos (2) mujeres familiares de dos de los casos.

En Curumani grupo focal con tres (3) familiares (3 mujeres) y dos líderes sociales (1 mujer y 1 hombre).

Ubicación geográfica de los casos estudiados

1. Vereda Los Robles, Municipio Timbío, Cauca
2. Vereda El Pedregal de Caloto, Valle del Cauca
3. Vereda La María, municipio Jambaló, Cauca
4. Vereda Lamas Verdes y Bello Horizonte, Corregimiento de Santa Isabel, Municipio Curumaní, Cesar
5. Vereda Quebrada Seca, Municipio de Samaná, Caldas
6. Bogotá, D.C. (Capital)
7. Soacha, Cundinamarca
8. Resguardo Piedra Verde, Nariño
9. Resguardo Gran Rosario (Tumaco), Nariño
10. Municipio de Tumaco, Nariño
11. Sector Gran Sábalo del Municipio de Tumaco, Nariño
12. Catatumbo, Norte de Santander
13. Bucaramanga, Santander
14. Sabana de Torres, Santander



ETAPA PROCESAL	Jurisdicción	Etapa procesal	#
Ordinaria ley 906 de 2004		Investigación	4
		Audiencia preparatoria	4
		Juicio oral	2
Ordinaria Ley 600 del 2000		Investigación	1
		Audiencia Preparatoria	1
Penal Militar		Investigación	2
		Investigación	1
VÍCTIMAS REPESENTADAS	Mujeres		4
	Hombres		4
	Menores de edad		4
	Miembro de comunidad indígena		12
	Total		24
PRESUNTOS RESPONSABLES	Fuerza pública		44
	Paramilitares		10
	Jefe de Estado		1
	Civil		2
	Total		56
DEPARTAMENTO	Cesar		1
	Santander		2
	Norte de Santander		2
	Cauca		2
	Nariño		4
	Cundinamarca		1
	Caldas		1
	Alcance nacional		1

DELITO	Homicidio	Masacre (tortura y desplazamiento forzado)	1
		Falsos positivos	8
		Ejecución extrajudicial	3
		Homicidio y violencia sexual	1
	Violencia sexual		1
	Concierto para delinquir, tortura y persecución		1
	por motivos políticos		

TABLA 1: Casos Seleccionados

3. Aspectos legales para el estudio de los casos acompañados por Abogados Sin Fronteras Canadá

Con el propósito de identificar los aspectos legales para el análisis de los casos objeto del presente informe, conforme al derecho internacional, en primer lugar, se hará referencia preliminar a aspectos conceptuales y normativos relativos a la lucha contra la impunidad y los derechos irrenunciables de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, campos que adquieren especial relevancia para el derecho penal internacional cuando por su sistematicidad o generalidad, constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra a la luz del ER. En segundo lugar, se hace referencia al marco de análisis para la determinación de procesos genuinos, conforme al principio de complementariedad, según lo establecido por el ER y la política de la Oficina de la Fiscalía de la CPI. Cabe resaltar que dicho examen se complementará por los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la especializada experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para efectos de conocer el contenido de las obligaciones internacionales, en relación con la lucha contra la impunidad, se examina la obligación general de garantizar y respetar los derechos humanos, de la cual se deriva i) el deber de prevenir, ii) de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, así como iii) el reconocimiento de los derechos irrenunciables de las víctimas de este tipo de violaciones⁵⁶. Por considerar que el reconocimiento de lo anterior es parte fundamental para consolidar la lucha contra la impunidad, para efectos del informe se entenderá que existe impunidad no solamente cuando existe falta de castigo, sino cuando se desconocen los derechos de las víctimas.

Cabe resaltar que la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales es inaceptable según el derecho internacional⁵⁷, además se recuerda que crímenes de esta

56 Artículo 2 (1) PIDCP y el artículo 1(1) CADH.

57 En el preámbulo del ER se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...)” por lo cual están “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores (...) y a contribuir así a la preventión de nuevos crímenes”.

magnitud son imprescriptibles⁵⁸ y por su comisión se genera el deber de los Estados de penalizar a los responsables, así como asegurar el respeto de los derechos de las víctimas a la justicia, a saber, a una reparación adecuada y a las garantías de no repetición. Además, solamente en casos en que exista inactividad, falta de voluntad o incapacidad por parte del Estado para penalizar a los responsables, la CPI deberá intervenir para asegurar que estos crímenes no queden en la impunidad.

De esta manera, hasta tanto la competencia de la CPI no intervenga, las disposiciones del ER se limitan de manera exclusiva al ejercicio complementario de la CPI y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, sus disposiciones no modifican las leyes nacionales existentes, y los delitos que sean cometidos en el país estarán sujetos a la normativa interna, y las autoridades competentes serán aquellas que integren la administración de justicia colombiana⁵⁹.

No obstante, cabe mencionar la posibilidad de que normas del Estatuto de Roma hagan parte de la Constitución colombiana; así, la Corte Constitucional de este país ha establecido que las disposiciones del ER pueden ser parte del bloque de constitucionalidad, su integración tendrá que ser estudiada caso por caso y dependerá de la relación directa que tenga la disposición con la protección de los derechos humanos y del DIH. Así, en la sentencia C-488 de 2009 la Corte consideró que el art. 6 del ER hace parte del bloque constitucional en tanto confirmó la relación directa con la protección de los derechos humanos y DIH, advirtiendo que la normatividad del ER

58 Artículo 29 ER. Véase también: de ahí que exista una convención especial que declara la imprescriptibilidad de los mismos: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. (Esta convención es anterior al ER, se adoptó en el 1968).

59 Sobre el particular, la Corte Constitucional de Colombia reconoce que si bien el ER resulta compatible con las garantías reconocidas por la Constitución colombiana y la mayoría de los estándares de derecho internacional, el Congreso de este país consideró que algunas de las disposiciones del tratado podrían resultar ajenas a la tradición jurídica por lo que agregó a la Constitución una disposición que advierte que la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma, con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él (Acto Legislativo 02 de 2001). Dicha inclusión, de acuerdo con la Corte, tuvo como fin asegurar que las disposiciones del tratado fueran conformes con la normatividad interna y con el fin de consolidar una base jurídica sólida para que el Estado pudiera reconocer la competencia de la CPI en los términos del Estatuto de Roma. (Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002).

tiene un marco de aplicación particular y concreto en virtud del principio de complementariedad frente a la legislación nacional y que la incorporación no opera en razón a que la disposición hiciera parte de este instrumento, sino porque art. 6 se ajusta a las exigencias de la Constitución para ser considerado como parte de esta⁶⁰.

3.1 La impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales

La impunidad es un fenómeno de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicos y hasta económicas⁶¹. En su versión literal significa ausencia de castigo, y puede ser abordada desde una perspectiva amplia y otra restrictiva; en su primera versión, la impunidad implica la no persecución de delitos que pueden encuadrarse en la criminalidad común, mientras que en la versión restrictiva abarca solamente la no persecución de crímenes internacionales o graves violaciones a los derechos humanos⁶².

En los casos de violaciones a los derechos humanos, hoy en día está ampliamente reconocido que la impunidad no solo incluye la ausencia de castigo, sino que comprende al menos tres dimensiones más, las cuales se encuentran estrechamente vinculadas a la idea de ausencia de justicia⁶³ y a los derechos de las víctimas de este tipo de violaciones. De esa forma, en primer lugar, existe impunidad cuando la sociedad y las víctimas no alcanzan a conocer la extensión y las razones de los abusos sufridos, en segundo lugar, cuando las víctimas no son reparadas y, finalmente, cuando no se toman todas las medi-

60 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. C-488 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio. Resulta relevante mencionar que consideraciones similares se podrían derivar del art 7 y 8 del ER (crímenes de lesa humanidad y de guerra) por su evidente relación con la protección de los derechos humanos y el DIH.

61 Ambos, Kai. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. (2 ed). Buenos Aires: Ad Hoc.

62 Chinchón Álvarez, Javier. (2012). *El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos*.

63 Comisión de Derechos Humanos. (21 de abril de 2005). Impunidad. Resolución 2005/81, E/CN.4/RES/2005/81 & Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad". Principio 1. & ColDH. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 11 de mayo de 2007 & ColDH. Caso de las masacres de Río Negro vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012.

das de prevención para que no se repitan tales violaciones⁶⁴.

Así, la impunidad, se ha definido por distintas instancias internacionales, entre ellas las Naciones Unidas, en el *Conjunto de principios contra la impunidad* de la siguiente forma:

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones⁶⁵.

La impunidad fue por mucho tiempo considerada como un “mal necesario”, pues se creía indispensable para asegurar el restablecimiento de la democracia y/o de la paz, o para la transición hacia ellas⁶⁶. En razón a las amnistías otorgadas a autores de graves violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras en países latinoamericanos, se provocó una fuerte reacción por parte de las víctimas, quienes mostraron su capacidad para auto organizarse e iniciaron fuertes debates en relación a la falta de castigo de autores de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante los regímenes autoritarios⁶⁷. Así, fue emergiendo el argumento según el cual la impunidad por violaciones a los derechos humanos es una violación al derecho internacional, en el sentido en que conlleva al incumplimiento del deber de garantizar los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos.

64 Tayler W. (1997). *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas*.

65 Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Principio 1.

66 Véase: ONU. Asamblea General. (15 de noviembre de 1988). La situación en Centroamérica amenazas a la paz y la seguridad internacional e iniciativas de paz. Resolución 43/24.

67 Informe Final de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

En desarrollo de lo anterior, ASFC junto al Colectivo (haitiano) contra la Impunidad, ha acompañado en su lucha a las víctimas del ex gobernante haitiano Jean-Claude Duvalier por delitos graves como la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada⁶⁸. En Guatemala ASFC, junto con el Bufete Jurídico de Derechos Humanos, participó en el proceso penal contra José Efraín Ríos Montt, ex jefe de Estado y de las fuerzas públicas de ese país por la comisión de crímenes contra la humanidad⁶⁹, y ha acompañado otros procesos penales en ese país por graves delitos como el caso Sepur Zarco, que inició en febrero del 2016 donde dos militares son acusados de esclavitud sexual, entre otros⁷⁰.

La consolidación de dicha concepción fue el resultado principalmente de la acción de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en Latinoamérica, los mecanismos de la llamada Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la actividad de control ejercida por los órganos de tratados de derechos humanos⁷¹. Sumada al interés de los Estados, reflejada en la Carta de Naciones Unidas y la de la OEA, en mantener “la paz y seguridad internacionales”⁷², y la aprobación de instrumentos de sistematización de las obligaciones y las prácticas de los Estados, como el mencionado *Conjunto de principios contra la impunidad o los Principios sobre el derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos*⁷³. Cabe resaltar el papel pionero que desarrolló la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de dere-

68 ASFC y el Colectivo contra la impunidad, intervención escrita en la audiencia de la sesión 150 sobre los obstáculos al acceso de la justicia de las víctimas del régimen Jean Claude Duvalier en Hati, 28 de marzo de 2014 (original en francés). Además, a pesar del fallecimiento de Duvalier, ASFC considera que es importante que las investigaciones sigan- En Línea en: [http://www.asfcanada.ca/documents/file/collectif-comunique-5-octubre-2014-es-pagnol.pdf](http://www.asfcanada.ca/documents/file/collectif-comunique-5-octobre-2014-es-pagnol.pdf)

69 ASFC. (2013). *Reflexiones sobre los casos judiciales relativos a la masacre de Las Dos Erres en Guatemala.*

70 ASFC. (2016). *ASFC saluda la apertura del proceso Sepur Zerco en Guatemala.*

71 Tayler W. (1997). *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas.*

72 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Doc UN A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo 1969, art. 26.

73 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, (Principios y directrices sobre el derecho a la reparación), Doc. NU A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006.

chos humanos, quien desde 1981 instó a los Estados a abstenerse de promulgar amnistías que impiden investigar las desapariciones forzadas⁷⁴, así como el papel importante del TPIY, del TPIR y del Tribunal Especial para Sierra Leona en la deslegitimación el discurso político de la impunidad como “mal necesario”.

La lucha contra la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos se ha convertido en una de las funciones más importantes del Derecho Penal Internacional y del ER⁷⁵. El preámbulo de éste último resalta la obligación de los Estados partes de investigar, sancionar y poner fin a la impunidad en los casos de graves violaciones o crímenes internacionales.

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁷⁶”

3.1.1 Mecanismos de impunidad

Los intentos por identificar los mecanismos de impunidad han dado lugar a una clasificación que diferencia entre la impunidad legal y la impunidad de hecho⁷⁷. En relación al primer tipo, la literatura

74 Resolución 15 (XXXIV) de 1981. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

75 Ambos, Kai. (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Leyer.

76 Preámbulo ER.

77 Véase: Chinchón Álvarez, Javier. (2012). *El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; Tayler W. (1997). *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas*; Ambos, Kai. (1997). *Impunidad derecho penal internacional*; Amnistía Internacional. (1994). *Desapariciones forzadas y homicidios*



identifica que tiene origen en la aplicación de normas jurídicas o instituciones jurídico-penales. Principalmente se cita el ejemplo de las amnistías, pero también se incluye dentro de este tipo las normas que disponen inmunidad por violaciones a los derechos humanos, o la prescripción penal (para el caso de las de las instituciones penales)⁷⁸.

De otra parte, la impunidad de hecho se identifica con aquello que no abarca lo normativo y que impiden el procesamiento y penalización de los responsables de las violaciones⁷⁹. Su causa se atribuye a la debilidad de las instituciones, sumado a actos que obstaculizan o afectan la independencia e imparcialidad de los procesos penales⁸⁰. Algunos ejemplos son las amenazas y ataques contra jueces y funcionarios judiciales, intimidación y hostigamientos a los testigos, la manipulación y falsificación de pruebas, entre otras formas⁸¹. Aquí cabe resaltar que las formas de expresión de este tipo de impunidad son múltiples y para su identificación se necesitará evaluar el caso en concreto.

Además de la diferencia entre impunidad de hecho y de derecho, Kai Ambos identifica dos planos posibles más en los cuales se puede intentar clasificar la impunidad. De esa forma, el autor mencionado, distingue entre la impunidad en relación con los *hechos persegibles* y con el *proceso*, dando lugar a las categorías de diferenciación material y procesal. También, identifica un tercer plano de la impunidad el cual denomina *impunidad como problema estructural*, el cual es un fenómeno que escapa de lo meramente jurídico y “(...)

políticos. *La crisis de los derechos humanos en los 90 & Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. Los jueces de la impunidad.*

78 Principio 22. Carácter de las medidas restrictivas. Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, non bis in ídem, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre «arrepentidos», la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella. Naciones Unidas en el Conjunto de principios contra la impunidad.

79 Ambos, Kai. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Editores: Medellín Fundación Konrad Adenauer Stiftung; Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano; Comisión Andina de Juristas; Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Interna. Colombia.

80 Tayler W. (1997). *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas.*

81 Véase: Amnistía Internacional. (1994). *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los 90.*

es inherente a una problemática socio-política, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad "subdesarrollada"⁸².

Para ASFC, la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos comprende la insatisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y a las garantías de no repetición. La impunidad se puede manifestar durante la investigación y juzgamiento de los responsables y puede verse reflejada en los criterios de evaluación establecidos para determinar si las autoridades nacionales han instituido actuaciones genuinas de acuerdo al principio de complementariedad del ER. Para efectos de este informe los mecanismos de impunidad son principalmente obstáculos que pueden demostrar la inactividad, la falta de voluntad o capacidad del Estado para penalizar a los responsables de crímenes que pueden ser de competencia de la CPI.

3.1.2 Deberes estatales en casos de graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales

El interés por asegurar el castigo por parte de tribunales de justicia a personas implicadas en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos se materializó en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948, la cual calificó el genocidio como un delito de derecho internacional que debería ser castigado. Con un interés semejante se sumó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*, que buscaba asegurar la responsabilidad de los responsables de los crímenes cometidos en la segunda guerra mundial; la *Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes* y, más recientemente, los *Principios para una efectiva prevención e investigación de las ejecuciones arbitrarias y sumarias, en otros instrumentos de protección*.

Dicho interés se consolidó en el preámbulo del ER, el cual se-

82 Ambos, Kai. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Editores: Medellín Fundación Konrad Adenauer Stiftung; Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano; Comisión Andina de Juristas; Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Interna. Colombia.

ñala el deber de los Estados partes de investigar, sancionar y poner fin a la impunidad en los casos de delitos o crímenes internacionales, y hace explícito que los graves crímenes cometidos contra niñas, niños, mujeres y hombres "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" y que es "deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales". Por ello, reafirma la necesidad de que estos crímenes no queden sin castigo y señala que "hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Si bien en el ER no se consagra ninguna disposición que de manera expresa señale la obligación internacional del Estado de tomar medidas eficaces contra la impunidad, se sostiene que de una lectura sistemática del ER se deriva el deber de los Estados de perseguir los crímenes internacionales.

[U]na lectura lógica del Artículo 17, y el Estatuto de Roma en su conjunto, daría a entender que los Estados partes tienen la obligación de perseguir los crímenes que son competencia de la CPI. La naturaleza de la CPI como un mecanismo de protección, para asegurar que los responsables de los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto no evadirán el castigo, indica que de una manera u otra los responsables de estos crímenes deben rendir cuentas⁸³.

La Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (OF-CPI), recientemente y con ocasión del debate que existe en relación con la manera en que Colombia cumplirá con sus obligaciones internacionales en la implementación de mecanismos de justicia transicional, recordó y enfatizó que:

La creación de la CPI respondió a una necesidad. La necesidad era evitar que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra quedasen sin castigo –esto es, poner fin

83 Drazan Dukic. (2007). *Transitional Justice and the International Criminal Court – in "the interests of justice"*. International Review of the Red Cross, Volume 89 No. 867, p.705, (Traducción propia). Ver también: Ambos, Kai. (25-27 June 2007). *The International Framework of Transitional Justice, Study prepared for the International Conference "Building a Future on Peace and Justice"*, Nuremberg, p. 16 "the ICC statute advanced the debate considerably because with its entry into force it can now be safely be said – on the basis of paras. 4 to 6 of its preamble – that a state party to this treaty is, at least, obliged to prosecute crimes covered by the Statute."

a la impunidad (...). El enjuiciamiento efectivo de tales crímenes busca contribuir a su prevención⁸⁴.

También, la obligación de perseguir los crímenes internacionales se deriva de la existencia de crímenes de lesa humanidad. Así, se afirma que desde la creación del Estatuto de Roma estos crímenes son normas de *ius cogens*. A este respecto se ha dicho:

(...) es hoy comúnmente aceptado que, al menos desde la aprobación de ER en 1998, la categoría de los delitos de lesa humanidad se ha convertido en parte fundamental de aquel conjunto de normas de carácter consuetudinario (conocidas como normas de *ius cogens*) que, según la Corte Internacional de Justicia, tiene un valor superior a cualquier otra norma internacional, incluidas las acordadas por las partes en tratados internacionales. Con ello, la tensión entre quienes consideran que la exigencia de responsabilidad penal es un ideal que hace imposible el logro de la paz a corto y medio plazo (ya que las partes en un proceso de negociación pierden todo incentivo para dejar el poder y las armas), y quienes entienden que la llamada *realpolitik* conduce a la impunidad (porque los dirigentes de gobiernos y grupos armados de oposición negocian su exención de responsabilidad, a cambio de acuerdos de paz inmediatos que fracasan en generar una paz duradera), ha resultado en la consolidación en el derecho internacional de un modelo basado en la exigencia de sanción penal y la eliminación de la impunidad en relación con el fenómeno de la lesa humanidad⁸⁵.

Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la obligación de sancionar graves infracciones al DIH encuentra fuente convencional en los Convenios de Ginebra de 1949⁸⁶ y el Proto-

84 Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice fiscal.

85 Olásolo Alonso, Héctor. (2014). *Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto*, p. 46, el autor cita a M Cherif Bassiouni. En línea en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view-File/31693/33494>

86 Véase Art. 49 Convención I, art. 50 y 129 Convención II; art. 129 Convención IV, ART. 146.

colo adicional no 1 de 1977⁸⁷. En el caso particular de los conflictos armados no internacionales, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), al interpretar el alcance de la disposición que permite a las autoridades, a la cesación de hostilidades, procurar conceder la amnistía más amplia y posible a quienes hayan tomado parte en el conflicto o se encuentren privados de la libertad por motivos relacionados con el mismo⁸⁸, concluyó que las amnistías no pueden cobijar las graves violaciones al derecho internacional humanitario⁸⁹. Para el CICR, bajo el derecho internacional consuetudinario, no es posible incluir amnistías o medidas similares para crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra aplica tanto para conflictos armados internacionales como internos⁹⁰.

Además, se sostiene que la existencia de una obligación que exija la penalización⁹¹ de graves violaciones de los derechos humanos, conforme a las fuentes del derecho penal internacional, se puede derivar de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, prevista en los tratados generales de derechos humanos contenida en el artículo 2 (1) PIDCP y el artículo 1(1) CADH⁹². Así, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, corresponde a los Estados la obligación principal de respetar y garantizar tales derechos y libertades a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción sin discriminación de ninguna naturaleza.

Igualmente, como consecuencia de lo anterior se ha determinado una

87 Véase Art. 85.

88 Protocolo II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

89 Carta del CICR dirigida al Fiscal del TPIY.1995. & CICR reiteró esta interpretación en comunicación del 16 de abril de 1997 citada en: Federico Andreu-Guzman. (6 de diciembre de 2007). *Impunidad y Derecho Internacional: algunas consideraciones histórico-jurídicas sobre la lucha contra la impunidad*. En línea en: http://lipietz.net/spip.php?page=article&id_article=2138

90 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen I: Reglas, Ed. CICR, Buenos Aires. Véase también: ASFC. (2014). *El desplazamiento forzado en el derecho internacional humanitario Una mirada al desplazamiento forzado: persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano*.

91 Para Kai Ambos el “deber de penalización” presupone investigaciones (penales); las acciones y la sentencia; la ejecución de la pena; el pago de una indemnización y el deber de procurar que se aclaren los hechos (Ambos, Kai. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2 ed. Buenos Aires: Ad Hoc).

92 Ver: Comisión Internacional de Juristas. (2008). *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos. Guía para profesionales No 3*, Ginebra, p. 39.

obligación de efectividad en el ejercicio libre y pleno de los derechos y libertades reconocidos a todas las personas, que consiste en que los Estados, conforme a las obligaciones derivadas de los tratados, deberán, si no cuentan con mecanismos que aseguren la realidad de los derechos y libertades, introducir o adoptar según su sistema jurídico interno, “las medidas legislativas o de otro carácter” que sean necesarias para tal fin⁹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a este respecto ha definido el contenido de esta obligación desde una de sus primeras sentencias⁹⁴:

La segunda obligación de los Estados Parte es de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos, reconocidos por la Convención, a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, de derecho conculado y, en su caso, la reparación de daños producidos por las violaciones de los derechos humanos.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado el deber de los Estados de penalizar conductas consideradas como particularmente graves. Así, en la Observación General 20 al art. 7 del Pacto, interpretó la prohibición de tortura (art. 7) junto con las disposiciones de recurso efectivo, contenido en el art. 2. (3) del Pacto. De acuerdo con dicha interpretación no basta con la prohibición de tortura; también será necesaria una respuesta efectiva por parte del Estado, que incluya el derecho a presentar denuncias y una investigación con celeridad e imparcialidad, así como la concesión de una reparación adecuada. Asimismo, el CDH ha llegado a similares conclusiones respecto a las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición

93 Ver, entre otros, artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2. (1) y (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

94 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia Fondo, del 29 de julio de 1988. Párr. 166.

forzada⁹⁵.

Cabe resaltar que según Kai Ambos, el deber de investigar, penalizar e indemnizar las graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con el derecho penal internacional vigente, derivadas de las interpretaciones mencionadas, no tiene carácter vinculante. En su opinión, en materia de tratados internacionales, la existencia de un deber de penalización solo puede inferirse de *la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Cruellos Inhumanos o Degradantes* y de *la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*⁹⁶. Respecto de las graves violaciones a los derechos humanos, entre las que incluyen las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada, afirma la existencia de un principio de derecho que implica el deber de estatal de penalización⁹⁷.

Finalmente, de las fuentes analizadas, se puede concluir que el deber de penalización incluye el deber de los Estados de procurar procesos judiciales o recursos judiciales apropiados, mediante los cuales se ponga fin a la impunidad de graves crímenes como aquellos que son de competencia de la CPI. A este respecto, el ER prevé que el establecimiento de este Tribunal tendrá por objeto ejercer su competencia siempre y cuando los Estados primeramente obligados a la garantía, no cumplan esta obligación, razón por la cual se caracteriza como una instancia “complementaria de las jurisdicciones nacionales”⁹⁸. Al haber sido ratificado el ER por parte de Colombia, se asumió el deber de enfrentar decidida y eficazmente la impunidad de crímenes tan graves como los definidos en este tratado. En palabras del Vice fiscal de la CPI⁹⁹:

95 Para un análisis de la obligación estatal de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Véase: Galvis M.C & Salazar K. (2007). *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos*. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20100407_01.pdf

96 Ambos, Kai. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Editores: Medellín Fundación Konrad Adenauer Stiftung; Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano; Comisión Andina de Juristas; Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Interna: Colombia.

97 Para un análisis de las fuentes generales y particulares que prevén el deber de penalizar graves violaciones a los derechos humanos. Véase: Ambos, Kai. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. (2 ed). Buenos Aires: Ad Hoc.

98 Art. 1 ER.

99 Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada “La justicia transicio-

"Colombia es un Estado Parte del Estatuto de Roma de la CPI.

Los Estados Partes del Estatuto de Roma han asumido la responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los crímenes de competencia de la Corte.

Estos crímenes comprenden los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad del tipo que presuntamente han sido cometidos por todas las partes en el conflicto armado en Colombia".

3.2 Derechos irrenunciables de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH

La lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al DIH, son campos del derecho internacional que derivan de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos; el contenido y desarrollo de estos dos campos es distinto y complementario, y ha dado lugar a la expedición de los *Principios contra la impunidad*, por una parte, y la promulgación de los *Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener de reparaciones* y los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, en relación con los derechos de las víctimas.

El reconocimiento de los derechos irrenunciables de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, y su relación con los procesos, ha sido determinado por el papel activo o pasivo de las víctimas, dando lugar a una visión amplia y otra restrictiva de su participación en los procesos. La versión amplia encuentra fundamentos en los derechos de las víctimas y considera el escenario penal como un espacio relevante para la realización de los mismos, mientras que la visión restringida reduce el papel de la víctimas en los procesos penales, así, el papel de la víctimas se reduce a las necesidades de protección, a recibir información sobre los procedimientos

nal en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice Fiscal.

y, de manera limitada, a exponer sus puntos de vista y preocupaciones ante el sistema de justicia¹⁰⁰. Para ASFC solo una visión amplia es compatible con la obligación general de los Estado de respetar y garantizar los derechos humanos.

En el derecho internacional, el proceso de reconocimiento de quienes sufren las violaciones de derechos humanos y enfrentan sus consecuencias ha reconocido a las víctimas como un actor principal en cuanto sujeto de protección¹⁰¹. Cabe mencionar que los derechos de las víctimas son interrelacionados y tienen que ser abordados de manera integral para que el reconocimiento de estos derechos sea completo y efectivo.

También, los derechos de las víctimas han ido cobrando una mayor importancia en el derecho penal internacional y el mismo ER hace referencia a su papel y sus intereses¹⁰². Por ello, también el reconocimiento del papel de las víctimas¹⁰³ ha ido creciendo en el marco del derecho penal internacional¹⁰⁴. La importancia y prioridad que se

100 CAJAR & CCL. (2011). *Denegación de justicia y proceso penal*.

101 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, párr. 8: Toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

102 Schabas, W. (2011). *An introduction to the International Criminal Court*. Fourth edition, 10. Victims of crimes and their concerns.

103 Regla 85: Definición de víctimas para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitalares y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios. En el caso de Lubanga, se definió “víctimas” haciendo referencia a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Decisión sobre la aplicación para la participación en el proceso de VPRS 1, VPRS2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, y VPRS 6, 17 de enero de 2006, Doc. UN No ICC 01/04, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183441.PDF>, para 66).

104 W Schabas. (2011). *Introduction to the International Criminal Court*. Fourth Edition,

ha dado a este rol se observa en la decisión de establecer una dependencia u oficina de víctimas y testigos dentro de la Secretaría¹⁰⁵, así como el valor del reconocimiento de su derecho a la reparación¹⁰⁶.

La Regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas para los fines del Estatuto tiene la siguiente definición de víctimas:

- a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; Reglas de Procedimiento y Prueba 40 b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

Además, CPI ha divulgado la estrategia de la relación con las víctimas en el desarrollo de sus actividades¹⁰⁷. Básicamente esta estrategia gira alrededor de seis objetivos mediante los cuales se busca garantizar la participación de las víctimas durante el ejercicio de su jurisdicción. La Corte, en su informe, destaca el cambio cualitativo que este tribunal tiene en relación con las víctimas, respecto de experiencias anteriores de tribunales penales internacionales. A este respecto indica, entre otros aspectos:

El Estatuto de Roma establece un marco para el reconocimiento de las víctimas como actores en el sistema de justicia internacional en un grado mayor que en todos los tribunales penales internacionales anteriores. Desde la creación de la Corte se ha desarrollado ese marco para que las aspiraciones se conviertan en una realidad operacional.

La decisión de quienes redactaron el Estatuto de reconocer la importancia de las víctimas tiene su fundamento en una comprensión del efecto devastador que los crímenes pueden tener sobre las víctimas y sus allegados. (...) reconocieron también

capítulo 10.

105 Arts 43(6) y 68(4) ER.

106 Arts 43(6) y 68(4) ER.

107 CPI. (ICC-ASP/8/45). “Informe de la Corte sobre la estrategia en relación con las víctimas”, 10 de noviembre de 2009.



que el contacto positivo con las víctimas puede tener gran efecto sobre la forma en que las víctimas experimentan y perciben la justicia, y de esa manera contribuye al proceso de su recuperación¹⁰⁸.

El informe de la CPI explicita el referente normativo que sustenta la estrategia de relacionamiento mencionado, remarcando lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁹:

La estrategia se basa también en instrumentos internacionales que fueron parte de desarrollo del Estatuto de Roma. Tiene especialmente relación con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en que se pide que se trate a las víctimas con compasión y se respete su dignidad. También, se basa en los *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifestadas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario*, que exige que se trate a las víctimas con sentido humanitario y se respete su dignidad y sus derechos humanos, y que se adopten medidas adecuadas para garantizar su seguridad, bienestar físico, psicológico y vida privada, y también los de sus familiares.

En este sentido, es importante destacar el llamado que la Corte IDH ha hecho sobre la relación entre: trato no discriminatorio y enfoque étnico, en la participación de las víctimas dentro de las investigaciones:

Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellos puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes y otros medios eficaces para tal fin (...)¹¹⁰.

108 Ídem, párrs. 1 y 2.

109 Ídem, párr. 6.

110 Corte IDH, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 100.

En sentido similar, en casos de violencia sexual, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), una ONG especializada en el litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos, llama la atención sobre lo concluido por la Corte¹¹¹:

En el caso específico de las mujeres víctimas de violencia, debe evitarse cualquier influencia de patrones socioculturales discriminatorios que conlleven a la descalificación de las víctimas y contribuyan a la percepción de éstos como delitos no prioritarios.

3.2.1. Derecho a la verdad

El derecho a la verdad que se ha reconocido a las víctimas de violaciones de derechos humanos está vinculado, entre otros, con los mecanismos de esclarecimiento judicial de los hechos, la identificación e individualización de los responsables y la correspondiente sanción. Sin embargo, este es un derecho cuya titularidad tiene un alcance colectivo en la medida en que contribuye a la prevención¹¹². En este sentido, el *Conjunto de Principios contra la Impunidad* define el derecho inalienable a la verdad como aquel que corresponde a “cada pueblo” a fin de¹¹³

(...) conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones.

Este derecho a la verdad hace parte del conjunto de derechos que corresponden a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, que de manera integral contribuyen a la satisfacción de lo

111 CEJIL. (2010). *Devida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*. p. 112.

112 “El Tribunal considera que el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos.” (Corte IDH, caso Anzualdo Castro v. Perú, sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de septiembre de 2009, párr. 119).

113 Conjunto de principios contra la impunidad, Principio 2.

que se ha dado en mencionar como derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. La Corte IDH al destacar la relación que existe entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, ha interpretado que¹¹⁴:

(...) el derecho a conocer la verdad de los familiares de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, la Corte ha fundamentado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de reparar la violación del derecho, a conocer la verdad en el caso concreto.

El derecho a la verdad es también reconocido en la *Convenção Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, en su artículo 24 (2) que establece que "Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto". Además, el artículo 32 del *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, establece el derecho a las familias de conocer lo que ocurrió con sus familiares en el marco de un conflicto armado. Esta norma fue reconocida como parte del derecho consuetudinario y por ello se aplica tanto a los conflictos internacionales como a los no internacionales¹¹⁵. También, en la doctrina, el derecho a la verdad fue analizado como inferido a otros derechos humanos. Por ejemplo, el Comité ha reconocido que el "derecho a saber" es una forma de hacer cesar o prevenir la tortura psicológica (artículo 7 del PIDCP) de los familiares de víctimas de desapariciones forzadas o de ejecuciones clandestinas"¹¹⁶.

114 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro v. Perú, párr. 118 citado en la p. 37, y caso Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, párr. 266, en: CEJIL. (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*. p. 17.

115 Customary International Humanitarian Law. (2005)-. Norma 117., Vol. I, Rules, ICRC, Cambridge University Press, p. 421.

116 Yasmin Naqvi. (Junio de 2006). *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?* International Review of the Red Cross. N° 862 de la versión original. p. 14.

El derecho a la verdad es interdependiente e indivisible del derecho a la justicia¹¹⁷ y se puede ejercer a través diferentes mecanismos. La verdad judicial, que se obtiene a través de los procesos penales y administrativos, contribuye también de manera significativa al derecho a la verdad de las víctimas. La verdad judicial es un resultado secundario de la función primera de la justicia que es de juzgar y sancionar los responsables de crímenes. Sin embargo, en procesos donde se investigan crímenes internacionales, la verdad judicial “ha asumido una nueva dimensión, debido, sin duda alguna, a los especiales objetivos fijados para el derecho penal internacional”¹¹⁸. Estos objetivos son más amplios que el reconocimiento de la culpabilidad, en que abarcan el restablecimiento y mantenimiento de la paz, la reconciliación nacional, luchar contra la impunidad, garantizar los derechos de las víctimas, entre otros¹¹⁹.

3.2.2 Derecho a la reparación

El derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario está reconocido en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas* mencionado anteriormente, estableciendo que las víctimas tienen derecho a una “reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido”¹²⁰. El objetivo de la reparación es “promover la justicia, remediar las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario”¹²¹. La reparación adecuada y efectiva puede ejecutarse de diferentes maneras, con componentes económicos o simbólicos, pero tiene que ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

El derecho a la reparación es también reconocido por el Estatuto de Roma, que establece el procedimiento para que la CPI es-

117 ASFC. (2014). *Paz con Justicia transicional: Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. p.51.

118 Ídem. p. 2.

119 Ídem.

120 Artículo VII y IX de Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

121 Ídem.



tablezca los principios aplicables a la reparación de las víctimas de crímenes de su competencia, incluyendo a este respecto formas tales como la restitución, indemnización y rehabilitación según las circunstancias. Sin embargo, cabe resaltar que la CPI puede determinar reparaciones a favor de las víctimas, respecto a las cuales quien está obligado a satisfacerlas o cumplirlas son las personas condenadas y no los Estados, dada la naturaleza de la competencia del Tribunal, esto es, la determinación de responsabilidades penales individuales.

3.2.3 Garantías de no repetición

Las garantías de no repetición tienen relación con las acciones que deben emprenderse para remover los obstáculos de hecho y de derecho que propiciaron no solo la violación de los derechos humanos, sino también su impunidad; de manera que se brinden las condiciones que permitan hacer efectivos los derechos y libertades de las personas, así como la prevención de nuevas violaciones. El Conjunto de Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, en este sentido precisa que las obligaciones de los Estados consisten en¹²²:

(...) adoptar las medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones de sus derechos. Para este fin, los Estados deben emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales (...).

Además, el Comité de Derechos humanos de Naciones Unidas, señala que el derecho a la reparación explícitamente exigida en el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 del Pacto, incluye la garantía de no repetición como parte de una reparación adecuada¹²³.

La garantía de no repetición puede concretarse en varias medidas de acuerdo al derecho interno y las normas internacionales. Entre ellas, la cesación de las violaciones continuadas, verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad, declaraciones

122 Cfr. Conjunto de principios contra la impunidad, Principio 35.

123 Comité de los Derechos Humanos. (2004). Observación General No. 31, párr 16.

oficiales o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y sus familiares, disculpas, reconocimientos públicos de los hechos, mecanismos de prevención de la violaciones y medidas administrativas y legislativas de no repetición¹²⁴. Las garantías de no repetición hacen parte del derecho a la reparación de las víctimas de manera individual, sin embargo, para asegurar realmente que las atrocidades del pasado no se repitan, estas garantías requieren cambios y reformas sociales e institucionales que remuevan las condiciones y situaciones que facilitaron o permitieron los crímenes¹²⁵.

3.2.4 Derecho a la justicia

Este derecho de las víctimas surge a partir de la obligación general del Estado de garantía y faculta a exigir, ante las autoridades, el establecimiento de los hechos, la individualización de los autores o partícipes de la violación, su investigación, juzgamiento y sanción según corresponda. Asimismo, el restablecimiento de sus derechos, cuando ello sea posible, y el reconocimiento de una reparación justa. Por su parte, el Estado tiene la obligación de procurar recursos judiciales efectivos y adecuados para la oportuna protección de los derechos y libertades.

Se ha visto que las obligaciones exigibles a los Estados, en virtud de su vinculación a los tratados y al derecho internacional, incluye la de procurar a las víctimas mecanismos o recursos judiciales apropiados que les permita conocer lo sucedido, saber quiénes son los autores y partícipes, así como a que se establezca su responsabilidad

124 Comisión colombiana de Juristas. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparación*. Párrs. 25 y 59.

125 Según el International Crisis Group, ofrecer garantías de no repetición en el contexto colombiano significa incentivar la reincisión de miembros de insurgentes vinculados a los diálogos de paz, continuar la lucha contra los nuevos grupos armados ilegales y los grupos insurgentes no vinculados al proceso de paz, y mejorar la gobernanza en las regiones en conflicto. El Movimiento de víctimas y movimientos de derechos humanos en Colombia proponen que el Estado adecue su aparato estatal, su legislación y sus prácticas para garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos humanos y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; se propone al Estado colombiano proceder a una depuración de las instituciones, fortalecer el Estado de derecho, la democracia y la justicia y la protección internacional, así como desmantelar el paramilitarismo. Informe Propuestas mínimas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. (International Crisis Group. (2006). Presentación sobre Garantías de no repetición. En línea: <http://crisisgroup.be/interactives/justicia-transicional/garantias.html>, pp. 39-47).



y se le impongan las sanciones proporcionales a la gravedad de las violaciones cometidas.

Esas obligaciones, como ya se mencionó, adquieren especial relevancia en un contexto de sistemáticas y generalizadas violaciones de derechos humanos que podrían representar crímenes de derecho internacional como los de lesa humanidad o de guerra como están previstos en el ER. Dada la connotación e impacto que tienen estos crímenes para la “conciencia de la humanidad”, la respuesta del Estado para investigar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes internacionales de mayor gravedad, cobra mayor vigencia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), reconoce como derecho las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8.1 y 25). Estas dos normas convencionales han sido interpretadas en la jurisprudencia de la Corte IDH, como las condiciones que deben cumplir las investigaciones emprendidas por los Estados a fin de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas¹²⁶.

Para respetar y garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, el Estado tiene la obligación de desarrollar investigaciones exhaustivas, independientes e imparciales sobre las violaciones de derechos humanos y tomar las medidas adecuadas hacia los responsables de dichos actos.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, se reconoce a

126 La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *jus cogens*. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, sería, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado e individuales – penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado. (Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 28 de enero de 2009, párr. 283)

las víctimas el derecho a la justicia y a la reparación¹²⁷. Además, en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, se reitera este derecho reconociendo el derecho a un acceso igual y efectivo a la justicia a través de procesos judiciales individuales o colectivos¹²⁸.

También, es esencial, para que el recurso sea considerado como eficaz, que las víctimas o sus familiares, en su calidad de parte civil en el proceso, puedan acceder a la información que concierne su caso.

Dada la interdependencia de los derechos, a la cual se hizo referencia, el derecho a la justicia debe analizarse conjuntamente con los derechos a la verdad, reparación y no repetición.

3.3 Marco de análisis para la determinación de procesos genuinos, a la luz del principio de complementariedad del ER

Ante un caso como el colombiano, objeto de un examen preliminar donde ya se ha afirmado que *prima facie* se han cometido crímenes de competencia del Estatuto de Roma¹²⁹, el análisis se centra en cuestiones de admisibilidad, es decir, si existen procesos genuinos y si revisten la gravedad suficiente para efectos de la competencia de la CPI. En este sentido, será fundamental identificar la existencia o no de la genuinidad de los procesos penales nacionales de acuerdo con los criterios de complementariedad de la Corte Penal Internacional, principalmente si existe la capacidad y la voluntad del Estado colombiano. El presente capítulo tiene como objetivo especificar el contenido del principio de complementariedad y los criterios aplicables a los casos estudiados en la presente investigación.

El principio de complementariedad está relacionado con el ca-

127 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Artículo 4.

128 Artículo VII y VIII de Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

129 OF-CPI. (2012). Reporte *Intermedio situación Colombia*.

rácter subsidiario o coadyuvante de la protección internacional acordada por los Estados en los diversos tratados. En este sentido, la OF-CPI ha precisado que¹³⁰:

Como surge del principio de complementariedad, las jurisdicciones nacionales tienen la responsabilidad primordial de poner fin a la impunidad por los crímenes previstos en el Estatuto de Roma, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Sin embargo, cuando no existen procedimientos nacionales auténticos, la Fiscalía procurará asegurarse de que se haga justicia respecto de los crímenes de competencia de la Corte.

El principio de complementariedad se deriva de los artículos 17, 18, 19, 20 y 53 y del párrafo 10 del preámbulo de ER. De acuerdo con la OF-CPI¹³¹:

La complementariedad requiere un examen de la existencia de procedimientos nacionales pertinentes en relación con los casos que pudieran potencialmente surgir de una investigación. Esto se hará teniendo presente la política de la Fiscalía de centrar las actividades de investigación en las personas más responsables de los crímenes más graves de competencia de la Corte. Cuando existan investigaciones o enjuiciamientos nacionales pertinentes, la Fiscalía evaluará su autenticidad.

Para el análisis mencionado, se hará referencia especial a la política actual de la OF-CPI sobre exámenes preliminares y las pautas establecidas en ella. Además, considerando que el artículo 21 del ER permite hacer referencia al derecho internacional y al cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos para complementar el análisis de los elementos constitutivos de la existencia o no de un proceso genuino¹³², se hará referencia a dichas pautas en el análisis.

En consecuencia, un análisis de complementariedad incluye la valoración de al menos los siguientes aspectos: inactividad, voluntad y capacidad para investigar o enjuiciar. Es importante resaltar que

¹³⁰ OF-CPI. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Noviembre de 2013, párr. 1, del Resumen ejecutivo, y párr. 23.

¹³¹ Ídem, párr. 8.

¹³² Ambos Kai. (2010). *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity*, p. 69

al evaluar la falta de voluntad y capacidad, la Fiscalía considerará si alguno de los factores mencionados a continuación, o la combinación de algunos de ellos, inciden en el procedimiento de manera suficiente para viciar su autenticidad (efectividad). La evaluación de la complementariedad se hace sobre la base de los hechos esenciales, tales como existen en el momento de la determinación y está sujeta a revisión en caso de que cambien las circunstancias¹³³. Es importante señalar que en algunos casos los ejemplos de falta de voluntad podrían también considerarse ejemplos de incapacidad, y viceversa.

3.3.1. Inactividad

La OF-CPI ha precisado que la existencia de investigaciones o procesos pertinentes es una pregunta empírica: si hay o ha habido investigaciones o procesos relevantes¹³⁴. La falta o inactividad de investigaciones o procesos nacionales por sí sola es suficiente para que el caso sea admisible, sin tener en cuenta cuestiones sobre la falta de voluntad o capacidad¹³⁵. La política actual de la OF-CPI considera que la inactividad con respecto a un cierto caso podría resultar de la ausencia del marco legislativo adecuado, leyes que sirven para imposibilitar investigaciones nacionales como amnistías o prescripción o un enfoque intencional en la sanción de los responsables de menor rango, a pesar de que hay pruebas en contra de los máximos responsables, entre otros¹³⁶.

También, se ha considerado como factores que indicarían “inactividad” según lo analizado por la Sala I de Cuestiones preliminares de la CPI, que a su vez incidirían en la evaluación de la voluntad,

133 Ídem, Párr. 58.

134 Ídem, Párr. 47.

135 Ambos, Kai. (2010). *El test de la complementariedad de la Corte Penal internacional*, p.19. Véase también: *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*. (2003). párrs. 17, 18. Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, párr.41.

136 Ambos, Kai. (2010). *El test de la complementariedad de la Corte Penal internacional*, párr. 48. Véase también, por ejemplo, en la decisión de la Sala preliminar II sobre la situación de la República de Kenia, la Sala resalta que a pesar de las veleidades de las autoridades nacionales de crear e implementar un tribunal especial encargado de los procesos penales a nivel nacional en relación con la violencia post electoral, la constatación de la OF-CPI afirma que no se adoptó ninguna legislación en este sentido y que por consecuencia no hay persecución penal contra los presumidos autores de graves crímenes; fue suficiente para declarar el caso admisible y abrir una investigación: Sala preliminar II. : ICC 01/09 Situación de la Republica de Kenia. 31 de marzo de 2010. Párr.183-186.Vease también: Sala de Cuestiones PrelimaresII. Prosecutor vs. Kony et al. 2005 Párr. 49 ss. p. 19.

capacidad y autenticidad de las investigaciones en curso: “prueba relacionada, entre otras cosas, con la determinación de si las medidas de investigación son apropiadas, la cantidad y tipo de recursos asignados a la investigación, así como el alcance de las facultades de investigación de las personas que están a cargo de la investigación”¹³⁷.

3.3.2. Falta de voluntad

La autenticidad de las investigaciones desarrolladas por los Estados se evalúa, según lo analizó la OF-CPI, a la luz de criterios de voluntad y capacidad de las autoridades para conducir investigaciones compatibles con los fines del Estatuto, es decir que los procesos existentes satisfacen a criterios de calidad y resultado¹³⁸. Los Criterios de falta de voluntad o de capacidad establecidos en el Estatuto de Roma, resultan ser “complejos e inestables, porque son altamente normativos y muy abiertos a un juicio de valor”¹³⁹. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 17(2), la OF-CPI considerará tres elementos: 1) la intención de sustraer a la persona de su responsabilidad penal¹⁴⁰, 2) si ha habido una demora injustificada en el juicio¹⁴¹, y 3) si el proceso no ha sido o no está siendo realizado de manera independiente o imparcial¹⁴². Para el análisis, la OF-CPI tendrá en cuenta los principios del debido proceso definido en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴³.

La siguiente tabla extrae los factores o “indicadores” presentados por la OF-CPI, de manera no exhaustiva, para evaluar disposición del Estado a investigar y sancionar en las investigaciones o los procedimientos desarrollados o en curso¹⁴⁴:

137 Sala de Cuestiones Preliminares I. El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 210 citado en: OF-CPI. (2013). Documento de política general sobre exámenes preliminares, nota al pie número 39, p. 15.

138 ASFC. (2013). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo.* p.9.

139 Ambos, Kai. (2010). *El test de la complementariedad de la Corte penal Internacional.* p.24

140 Articulo 17(2)(a) ER

141 Articulo 17(2)(b) de ER

142 Articulo 17(2)(c) de ER

143 Véase Artículo 67 en concordancia con el artículo 21 del ER.

144 OF-CPI. (2013). Documento de política general sobre exámenes preliminares, Párrs. 51-54

FACTORES

**INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE
HACER COMPARCER A LAS
PERSONAS ANTE LA JUSTICIA**

INDICADORES

Intención de sustraer a la(s) persona(s) de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la CPI

- Investigaciones o enjuiciamientos desviados de las prácticas o procedimientos establecidos
- Omisión de pruebas o valoración insuficiente de las mismas
- Intimidación de víctimas, testigos o personal judicial
- Incongruencia entre las decisiones y la prueba presentada
- Insuficiencia “manifiesta” en la formulación de los cargos y la forma de imputación de responsabilidad en relación con la gravedad del delito y su participación en el mismo
 - Decisiones judiciales equivocadas por errónea valoración de exámenes forenses equivocados, “pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o extraídas mediante coacción”
 - Decisiones equivocadas que admiten o rechazan pruebas
 - No asignación de recursos para el impulso de la investigación (comparativamente con la destinación global de los mismos)
 - No proporcionar información o colaborar con la CPI



FACTORES

INDICADORES

INCUMPLIMIENTO DE LA
GARANTÍA DEL PROCEDIMIENTO
CONFORME A:

Demoras injustificadas en el procedimiento incompatibles con el deber de hacer comparecer a la(s) persona(s) ante la justicia

- Ritmo de las medidas y procedimientos de la investigación
- Razones que permitan sustentar objetivamente las demoras en el procedimiento
- Prueba de una falta de voluntad de llevar a la(s) persona(s) ante la justicia

Independencia

• Presunto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en los crímenes

• El rol y los poderes constitucionales otorgados a las instituciones del sistema de justicia penal

• “El grado de incidencia en el nombramiento o destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión”

• La aplicación de un régimen de inmunidades y privilegios para presuntos responsables pertenecientes a instituciones gubernamentales

• “La injerencia política en la investigación, acusación o el juicio”

• Acudir a instancias u organismos extra judiciales para la investigación

• Corrupción de investigadores, fiscales y jueces

Imparcialidad

FACTORES

INDICADORES

- “Conexiones entre los presuntos sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes”
- “Declaraciones públicas, premios, sanciones, destituciones, promociones, descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias” respecto al personal encargado o a cargo de los procedimientos o investigaciones

I. Intención de sustraer a la(s) persona(s) de su responsabilidad penal

a. Investigaciones y procesos evidentemente insuficientes

La investigación diligente en casos de ejecuciones extrajudiciales – y de graves violaciones a los derechos humanos en general – constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, el castigo a los reales responsables, la reparación integral a las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que hechos como los sucedidos vuelvan a ocurrir¹⁴⁵. El CDH ha afirmado que “la obligación que incumbe a todos los gobiernos es la de llevar a cabo investigaciones completas e imparciales en todos los casos en que se sospeche que se han realizado ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y de identificar y enjuiciar a los autores”¹⁴⁶.

En desarrollo de los mecanismos o herramientas para orientar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados, en el seno de las Naciones Unidas se han establecido reglas para la adecuada conducción de investigaciones a través del *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extrajudiciales*,

145 CEJIL. (2010). *Devida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos.*

146 Comité de Derechos Humanos, Decisión de 13 de noviembre de 1995, Comunicación No. 563/1993, Caso Nydia Erika Bautista (Colombia).

Arbitrarias o Sumarias (Protocolo de Minnesota)¹⁴⁷, y el Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul)¹⁴⁸. Con referencia al Protocolo de Minnesota, la Corte Interamericana ha resaltado los principios rectores que hay que tener en cuenta para investigaciones que tratan *prima facie* de ejecuciones extrajudiciales¹⁴⁹.

En la valoración de la calidad de los procesos, se debe evaluar el cumplimiento con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional. Siguiendo la metodología propuesta por CEJIL por la evaluación de las investigaciones y procesos, “los presupuestos básicos en toda investigación relacionada con graves violaciones de derechos humanos” expresan los fines o propósitos específicos que un procedimiento o investigación debe seguir¹⁵⁰. En este entendido la insuficiencia de las investigaciones se verían expresadas porque:

La investigación no establece la identidad de la víctima en casos de ejecución extrajudicial.

En algunos tipos específicos de graves violaciones a los derechos humanos, el paso de una investigación es el establecimiento de la identidad de la víctima. Esta identificación no solo contribuye al derecho a la verdad de las víctimas, sino también al esclarecimiento de las circunstancias que caracterizaron la violación, el patrón de ac-

147 Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extra-legales, arbitrarias o sumarias. Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

148 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Serie de Capacitación Profesional N° 8. Nueva York y Ginebra, 2001 (adoptado en 1999).

149 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia del 1 de julio 2006, párr. 298: Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

150 Ídem, pp. 35 – 52.

tución y el perfil de las víctimas en casos de violaciones a gran escala y/o sistemáticas.

La investigación no permite encontrar el paradero de las personas desparecidas.

La obligación de investigar y dar con el paradero de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos determina que el Estado deberá satisfacer el derecho de sus familiares de conocer dónde se encuentran las víctimas o, en su caso, sus restos mortales y, de ser posible, entregarles dichos restos para que puedan honrarlos según sus creencias y costumbres¹⁵¹.

El Estado debe utilizar todas las medidas a su alcance y emplear todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de los restos de la víctima¹⁵². Asimismo, afirma la Corte que “[l]a investigación efectiva de su paradero o de las circunstancias de su desaparición, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer”¹⁵³ para respetar los derechos de las víctimas.

La investigación no está dirigida a todos los hechos violatorios.

La Corte IDH ha considerado “violatorio del derecho de acceso a la justicia que dichos procesos no abarquen la totalidad de los hechos violatorios de derechos humanos [...], cuya gravedad es evidente”¹⁵⁴. Además, son fallas en la investigación, la no realización

151 Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia, Sentencia Excepción preliminar, del 12 de junio 2002, párr. 265.

152 Corte IDH, Caso de las hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de marzo de 2005, párr. 180.

153 Corte IDH, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 95. párrs.103 y 144.

154 Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 25 de Noviembre 2006 párr. 390. Véase también: Corte IDH, Caso Escué Zapata Vs. Colombia, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 4 de julio de 2007, párr. 109. “el Estado limitó sus investigaciones al homicidio [de la víctima], quedando sin aclaración otros hechos relacionados a ese crimen, tales como su detención ilegal, las lesiones corporales que sufrió, el allanamiento ilegal en su domicilio, la colaboración de ex soldados en el encubrimiento de los hechos y la supuesta participación de indígenas y/o terratenientes en el delito”.

de investigaciones acerca de la existencia o no de tortura de víctimas, especialmente cuando hay signos de tortura¹⁵⁵.

En los exámenes preliminares de la OF-CPI, el hecho de no investigar todos los crímenes graves presuntamente cometidos puede también indicar una falta de voluntad por parte del Estado. Por ejemplo, en el marco de la intervención de la OF-CPI en Kenia por la violencia post-electoral de 2007, ésta declaró que los procesos penales se concentraban en delitos menos graves que los presuntamente cometidos en este periodo de acuerdo con la información disponible. Por estas razones, entre otras, la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de una investigación sobre la situación en Kenia, en 2010¹⁵⁶.

El Estado no investiga de oficio las violaciones a derechos humanos.

Existe el estándar fijado por el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto al deber de garantía que “El Estado tiene el deber de iniciar ex oficio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de ante mano a ser infructuosa”¹⁵⁷.

La Corte IDH ha precisado que “[e]l Estado tiene el deber de iniciar ex oficio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de ante mano a ser infructuosa”¹⁵⁸. Más adelante remarcó, en un caso de una ejecución arbitraria, que en este tipo de violaciones “[l]a búsqueda efectiva de la verdad en este caso corresponde al Estado, y no

155 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala, Sentencia Fondo, del 19 de Noviembre 1999, párr. 230 y 250; Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 90.

156 Olásolo A, Héctor. (2012). *El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene un examen preliminar, pero no abre una Investigación, sobre la situación en Colombia?* p.p.13-14; Situation in the Republic of Kenya, Registry, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims” Representations, ICC-01/09-17-Corr-Red, 18 de marzo de 2010.

157 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia del 1 de julio 2006.

158 Ibid.

depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios”¹⁵⁹.

Además, el deber estatal de impulsar de oficio las investigaciones cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos es fundamental, principalmente en los casos donde las víctimas se abstengan de denunciar por miedo¹⁶⁰. Además, la falla a este deber puede constituir un indicador de falta de voluntad de investigar y enjuiciar estas graves violaciones, según la OF-CPI¹⁶¹.

b. Incumplimiento con las prácticas y procedimientos establecidos

Los Estados tienen la obligación, conforme a la exigencia de efectividad antes analizada, de adoptar dentro de su derecho interno, las medidas de todo orden (administrativas, legislativas, entre otras) y las prácticas que aseguren el respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos en los tratados¹⁶². En coherencia con esta responsabilidad, debe revocar todas las normas o modificar las prácticas que impidan la protección y garantía de tales derechos. Bajo esta obligación, los Estados deben procurar recursos judiciales compatibles con el derecho internacional al cual se han vinculado jurídicamente.

c. Omisión de pruebas o falta de reconocerles un valor suficiente

Este factor o criterio de evaluación expuesto por la OF-CPI está relacionado con el deber de exhaustividad y autenticidad que se debe garantizar en la conducción de las investigaciones¹⁶³. Tales

159 Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, de 27 de noviembre de 2008, párr. 157.

160 Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de octubre de 2008. “(...) este Tribunal debe reiterar que aun cuando la aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no haya sido denunciada ante las autoridades competentes, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia [...] [e]s indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos”.

161 ASFC. (2013). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo*, p.10.

162 Ver, entre otros, artículo 2 CADH y 2 del PIDCP.

163 Corte IDH, Caso de las hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia Fondo,



omisiones podría incluir:

- no solicitar o aprovechar información relevante a autoridades o instituciones que pudieran aportar elementos a la investigación¹⁶⁴;
- no ordenar inspecciones por razones cuestionables aun cuando hayan sido solicitadas por el fiscal o de llevarlas a cabo¹⁶⁵;
- no entrevistar a familiares como una precaución, dado que el caso estaba ante una instancia internacional¹⁶⁶.
- no decretar un peritaje cuando otras pruebas lo ameritan¹⁶⁷.
- no realizar reconstrucción de los hechos.
- no practicar allanamientos.
- no dar seguimiento al conjunto de elementos probatorios que apuntan a la vinculación procesal de miembros de la Fuerza Pública, entre ellos altos mandos militares¹⁶⁸.
- no dirigir diligentemente la investigación desde una línea que considere la compleja estructura de ejecución del crimen, por ejemplo los mecanismos de operación de grupos paramilitares y sus vínculos y relaciones con agentes estatales, entre ellos miembros de la Fuerza Pública¹⁶⁹.
- no realizar diligencias suficientes para localizar a uno de los imputados, a pesar de que se trate de un agente estatal¹⁷⁰.

d. Integralidad y/o exhaustividad de la investigación

Reparaciones y Costas, de 1 de marzo de 2005.

164 Ídem, p. 40, párr. 92.

165 Ídem, párr. 96.

166 Ídem, párr. 104.

167 Ídem, párr. 231.

168 Ídem, párr. 164.

169 Ídem, párr. 164.

170 Corte IDH. Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*, Sentencia del 21 de Noviembre 2006, párr. 121.

La Corte IDH ha determinado que, tanto la investigación como el proceso penal deben identificar y sancionar a todos los responsables de los hechos de la demanda: autores materiales, intelectuales, partícipes y encubridores¹⁷¹. Aunque, según la política de la OF-CPI, las investigaciones deben concentrarse en los máximos responsables de los crímenes de la competencia de la Corte, para estar en presencia de investigaciones genuinas y exhaustivas y considerar que el Estado cumple con su obligación, las investigaciones y “actuaciones en torno a la presente comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimiento posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado”¹⁷². (Subrayado fuera del texto).

La Corte IDH también ha precisado que es indispensable que la investigación se dirija hacia el esclarecimiento completo de los hechos y las circunstancias en que tuvieron ocurrencia¹⁷³ y advirtió los elementos adicionales que deberían ser tenidos en cuenta en la orientación de las investigaciones, tratándose de hechos puestos en contextos complejos de participación y patrones de criminalidad, agregando a las condiciones antes mencionadas las siguientes¹⁷⁴:

En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. [...] De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extra-

171 Caso Myrna Mack Vs. Guatemala, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, párr. 217; Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá . Sentencia excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 12 de agosto de 2008. párr. 144. También: Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre 2005, párr. 240.

172 OF-CPI. (2012). *Reporte Intermedio situación En Colombia*. Párr. 205.

173 Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia, sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 26 de mayo de 2010, párrs. 214 y 215.

174 Ídem, párrs. 118 y 119.

judiciales como la del presente caso, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectual y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios).

II. Demora injustificada

De acuerdo con el artículo 17(2) (b) del ER, se debe establecer la existencia de la demora, su falta de fundamento y la manera como la misma puede demostrar la falta de voluntad¹⁷⁵. La demora puede ocurrir tanto en el juzgamiento como en la investigativa¹⁷⁶ y la determinación de la misma se hace con base en otros casos que se encuentran en el mismo estado, de complejidad comparable¹⁷⁷ y no de manera abstracta¹⁷⁸. Para que una demora sea injustificada, se debe reflejar una falta de voluntad por parte del Estado¹⁷⁹ analizando las razones adelantadas para justificar la demora¹⁸⁰. Con respecto al último requisito, la demora debe pretender sustraer la responsabilidad penal de la persona, lo cual quiere decir que demuestra mala fe por parte del Estado¹⁸¹. En general, el criterio de “demora injustificada” se aplica a las actuaciones en desarrollo que sean investigaciones o procesos judiciales, y no los procesos donde hay decisiones firmes. Sin embargo, según el profesor Olásolo, en los casos en los cuales “las autoridades nacionales han concluido su investigación y han decidido no ejercitar la acción penal, [...] es decir] una vez que se toma la decisión de no iniciar la acción penal, las actuaciones nacionales adolecerán necesariamente de una “demora injustificada,” puesto que

175 ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: más allá de lo “positivo”*. p.10.

176 OF-CPI. (2003). *The principle of complementarity in practice*. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>. p. 29.

177 Ídem.

178 Nidal Nidal Jurdí. (2013). *The International Criminal Court and National Courts: A Contentious Relationship*, p. 44.

179 Ídem, p.45

180 OF-CPI. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*. párr 52.

181 Ídem.

dicha decisión provocará el archivo de las actuaciones”¹⁸².

La jurisprudencia interamericana ha establecido, a través de constantes decisiones, que no es suficiente que existan formalmente los recursos, que es necesario que ellos sean también eficaces en su práctica o desarrollo¹⁸³. Incluso, se ha señalado que si se produce un retardo injustificado en la decisión, el recurso se torna ineficaz¹⁸⁴. El derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 de la Convención incluye el criterio de “plazo razonable”¹⁸⁵. Este criterio tiene el propósito de delimitar el tiempo dentro del cual las autoridades deben desarrollar el procedimiento a través del cual se reclama la protección de un derecho. Para definir este criterio la Corte IDH se ha valido de lo determinado por la Corte Europea de DDHH, según la cual para saber si un plazo o término es razonable, debe evaluarse: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁸⁶, y ha agregado recientemente, d) la incidencia del plazo en la situación jurídica de la persona¹⁸⁷. En cuanto a la conducta de las autoridades, se han considerado como elementos tendientes a producir retrasos injustificados en el proceso judicial, por ejemplo, las conductas siguientes: el retardo en hacer efectivas las órdenes de captura ya dictadas¹⁸⁸, paralizar las in-

182 Olásolo H. (2014). *Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región.* p.51. Remitirse a nota al pie número 102.

183 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs Peru , Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de septiembre 1999, párr. 89 y Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs Guatemala, Sentencia Fondo, del 25 de Noviembre 2000, Serie C, No 70, párr. 191.

184 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs Peru , Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de septiembre 1999, Serie C. No 55, párr. 93.

185 Nidal Nidal Jurdi. (2009). *Lessons on complementarity for the International Criminal Court The South African Yearbook of International Law*, Vol. 34, p.45.

186 Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 29 de enero de 1997, párr. 77; Corte IDH, Caso Bayarri Vs. Argentina, Sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de octubre 2008, párr. 107, y Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 12 de agosto 2008, párr. 149. Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de noviembre de 2008, párr. 155.

187 “Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”. (Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de noviembre de 2008 párr. 155).

188 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, sentencia 1 de julio de 2006, párr. 322; Corte IDH, Caso Masacre de Rochela Vs. Colombia, Sentencia, Fondo, Re-

vestigaciones con el pretexto de que el expediente se encuentra bajo la competencia de otra instancia¹⁸⁹, no cumplir con órdenes judiciales pidiendo copias de expedientes¹⁹⁰, etc.

Igualmente, las sentencias de la Corte IDH han precisado que la oportunidad no solo se predica del tiempo¹⁹¹ que se tome para desarrollar el procedimiento, sino que también tiene que ver con el momento en que se emprenden las investigaciones. Por ello, en general el estándar de la Corte IDH hace alusión a que las investigaciones deben emprenderse sin dilaciones y que la demora en hacerlo puede tener efectos relevantes para la eficacia de la protección¹⁹².

III. Falta de independencia e imparcialidad

De acuerdo con el Artículo 17, se requiere que las investigaciones o procedimientos estén adelantados por funcionarios e instituciones imparciales e independientes. Es importante resaltar que los dos criterios de evaluación, que son nociones interrelacionadas pero distintas¹⁹³, son alternativos, es decir que basta con que alguno de ellos esté ausente del trámite de las investigaciones para que se estudie la aplicación del principio de complementariedad¹⁹⁴.

De conformidad con lo previsto en el artículo 8.1 de CADH o el artículo 14 del PIDCP y el artículo 6 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH), hace parte de la garantía a un debido proceso la independencia e imparcialidad de quienes tiene a cargo

paraciones y Costas, del 11 de mayo 2007, párr. 175.

189 Caso Masacre de Rochela Vs. Colombia, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, del 11 de mayo 2007, párr. 176.

190 Ídem.

191 La Corte IDH determinó un plazo de cinco años desde el momento del auto de apertura del proceso sin que hubiera una sentencia, rebasaba los límites de la razonabilidad (Corte IDH, Caso Genie Lacayo v. Nicaragua, párr. 81).

192 Cfr. Corte IDH, Caso Anzualdo Castro v. Perú, párr. 135. (...) el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos en materia de investigación, identificar a los posibles autores o partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales.

193 *The notions of independence and impartiality: links and basic differences*. Capítulo 4.3. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter4en.pdf>

194 Nidal Nidal Jurdi. (2013). *The International Criminal Court and National Courts: A Contentious Relationship*, p. 44.

la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables. La CIDH elaboró, en el marco de su función de promoción y recomendaciones dirigidas a los Estados de la región (art. 41 CADH), un informe que examinó, con base en la información recibida por los propios Estados y organizaciones de la sociedad civil, la independencia de "las y los operadores de justicia"¹⁹⁵.

La independencia e imparcialidad del desarrollo de la función investigativa puede verse seriamente amenazada por la falta de condiciones seguras para el impulso de investigaciones completas, exhaustivas, oportunas, y oficiosas o propositivas.

Según la OF-CPI, la independencia se debe analizar a la luz de los siguientes criterios, entre otros: "el supuesto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en la comisión de los crímenes alegados; el papel y los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de justicia penal; el grado de incidencia en el nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión; el hecho de que presuntos autores pertenecientes a instituciones gubernamentales se beneficien de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales; injerencia política en la investigación, la acusación o el juicio; recurso a instancias extrajudiciales, y corrupción de investigadores, fiscales y jueces"¹⁹⁶.

En los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* se afirma que el poder judicial tiene que ser independiente de las otras ramas del gobierno¹⁹⁷. En este sentido, la independencia tiene que ver tanto con la independencia individual del juez como con la independencia institucional que se refleja en la relación con las ramas legislativas y ejecutivas del Estado¹⁹⁸. Esta interpretación ha

195 OEA/Ser.L/V//II. Doc. 44, 5 de diciembre de 2013, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas", p. 2.

196 OF-CPI. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, párr.53; ASFC. (2013). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo*. p.10.

197 Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Principio 1.

198 CoDH. (1994). *The notions of independence and impartiality: links and basic differences*. Capítulo 4.3, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training-9chapter4en.pdf>; caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.4.

sido aceptada tanto por el CDH¹⁹⁹ como por la Corte IDH, la cual considera que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas²⁰⁰. Por otro lado, la CIDH hace hincapié en que “el desacato a órdenes judiciales y la impunidad de los autores del mismo es una interferencia indebida en la independencia de los tribunales de justicia”²⁰¹.

Con respecto a la imparcialidad, la OF-CPI evalúa con base en indicadores como “conexiones entre los sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes, así como declaraciones públicas, premios, sanciones, promociones o descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias en relación con el personal encargado de la investigación, personal de la Fiscalía o personal judicial”²⁰².

Los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, por su parte afirman que jueces deben actuar basados “en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”²⁰³. El Comité de Derechos Humanos de la ONU señala que “los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes”²⁰⁴. La imparcialidad tiene un elemento subjetivo, si el juez en concreto tiene algo de sesgo, y objetivo, si el tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir una duda razonable sobre su imparcialidad²⁰⁵. Este punto tiene relación directa

199 Comité de Derechos Humanos. (1994). Caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.4.

200 Corte Interamericana, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 75.

201 CIDH, caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana, Informe N° 35/96, Caso 10.832, 19 de febrero de 1998, párr. 95.

202 OF CPI. Políticas de Exámenes preliminares. párr. 54.

203 Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Principio 2.

204 Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2.

205 “Lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente.” CIDH, (1997). Caso Gómez López c. Venezuela, párr. 22; Ver también: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Micallef v. Malta* [GC], §§ 93.

con la atribución de competencia a jueces penales militares cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos que, como se dijo, el estándar indica que es una jurisdicción incompatible con las obligaciones del Estado de procurar un recurso apropiado.

Otro factor relevante sería la corrupción. La Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de los magistrados y abogados también hizo referencia a presuntos casos de corrupción en el poder judicial²⁰⁶. Un caso emblemático de corrupción sería el referente a las actuaciones de Henry Villarraga, magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien renunció por las grabaciones que divulgaron, en las que habla con un coronel investigado por “falsos positivos” sobre cómo ayudarle a que su caso pase a la justicia penal militar²⁰⁷.

IV. Falta de Colaboración institucional

La exigibilidad de ese deber se deriva no solo del compromiso que los Estados han asumido de cumplir con sus obligaciones internacionales en virtud de los tratados a los cuales se han vinculado, como se vio antes (principio de buena fe), sino también de las propias reglas constitucionales que rigen el funcionamiento del Estado en su conjunto²⁰⁸.

La colaboración armónica de los distintos poderes del Estado

206 Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, Misión a Colombia, 16 de abril de 2010, A/HRC/14/26/Add.2, párr. 63.

207 La Silla Vacía, *El hombre que tiene en jaque al Consejo de la Judicatura*, 29 de octubre de 2013.

208 En una interpretación sistemática de los fines y principios de la Carta Política, se puede afirmar que no existen razones válidas para impedir el acceso a información oficial. El artículo 2 de la Constitución señala que los fines esenciales del Estado son, entre otros, la garantía de la “efectividad de los principios, derechos y deberes” reconocidos en la misma. Por ello, el sentido o razón de ser de las autoridades o de sus funciones es “proteger a todas las personas (...) en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”. En consecuencia, la relación entre todo el aparato del Estado, está regida por el principio de separación de poderes con el deber de actuar de manera armónica: “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Por ello, se prevé que corresponde al gobierno en relación con la rama judicial, entre otros, el deber de “prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”.



impone, en relación con el deber de garantía de los derechos y libertades, una actuación coherente hacia la concreción de los fines esenciales relativos a la efectividad de tales derechos y libertades. Esta coherencia se tiene que ver reflejada no solo en el acceso completo, oportuno y adecuado a la información oficial que pueda contribuir a la superación de la impunidad de graves crímenes, sino también a la sintonía del desarrollo de las actuaciones de los distintos poderes hacia la consecución de los fines de efectividad de derechos, independientemente de la división de poderes e independencia de funciones.

Considerando que un Estado está formado de diferentes órganos con fines y objetivos diferentes²⁰⁹, el hecho de que existe diferencia en la manera de actuar frente a las investigaciones entre los órganos estatales, basta para que bajo una evaluación general se demuestre la falta de voluntad de una sola entidad que frustra toda una investigación para que el caso sea admisible, según el principio de complementariedad²¹⁰. En otras palabras, un “Estado no se puede encubrir entre la actividad positiva de un órgano si otros de sus órganos boicotean la investigación”²¹¹.

Prácticas como la continua interposición de conflictos de competencia frente a violaciones graves de derechos humanos por parte de la jurisdicción penal militar, pese a las obligaciones del Estado que establecen la incompatibilidad de esta jurisdicción respecto al deber de garantía de un recurso judicial independiente e imparcial, podría indicar la intención o voluntad de entorpecer el desarrollo de las investigaciones e impedir que los responsables y todos los partícipes sean llevados ante los tribunales. En sentido similar, la dilación de información y apoyo para hacer acudir ante los tribunales ordinarios a funcionarios de la fuerza pública que, pese a encontrarse señalados como presuntos autores de graves violaciones, permanecen ejerciendo sus funciones, genera la posibilidad de obstruir las investigaciones y bajo la dirección de entidades oficiales.

209 Al respecto cabe resaltar que la Constitución Política colombiana establece que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. (art.113).

210 Ambos, Kai. (2010). *El test de complementariedad de la Corte Penal internacional.* p. 27.

211 Ídem, nota al pie 220.

V. Falta de una política institucional idónea

Finalmente, las condiciones de funcionamiento de las instituciones pasan también por la definición, estructuración y ejecución de una política institucional apropiada (según dimensión y gravedad de los delitos o la criminalidad), coherente (internamente que garante una línea de investigación estratégica dirigida a la superación de la impunidad) y sostenible o consistente (equipos de investigación específicos y particularmente destinados a las investigaciones, mecanismos de evaluación de la implementación y desarrollo de la estrategia): “la obligación de investigar en forma diligente graves violaciones de derechos humanos requiere de prácticas, políticas públicas, instituciones y acciones destinadas a proteger la integridad y la vida de los/as ciudadanos/as”²¹².

En 2012, la Fiscalía General de la Nación reconoció que la institución no contaba con una estrategia eficaz para combatir e investigar diversos fenómenos de crimen organizado relacionados con la evolución del conflicto armado interno, la destrucción del medio ambiente, la corrupción administrativa y narcotráfico, por ello, se concluyó que era necesario adoptar un nuevo sistema de investigación penal en contexto²¹³. La Dirección Nacional de Análisis y Contextos-DINAC tiene como función ofrecer un análisis contextual que pretende construir explicaciones sistemáticas sobre la actuación de las organizaciones criminales.

3.3.3 Falta de capacidad

En este caso, la Fiscalía de la CPI evaluará si debido al colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia o la falta de disponibilidad de ésta, el Estado no pueda hacer comparecer al acusado, no disponga de las pruebas y los testimonios necesarios o sea de otra manera incapaz de llevar a cabo el procedimiento²¹⁴. El colapso total se ha interpretado como la situación en la cual “el sis-

212 CEJIL. (2010). *Devida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*.

213 Centro Internacional para Justicia Transicional. (2014). *Manual de análisis contextual para el análisis y contextos (Dinac) de las Fiscalía General de la Nación*. En Línea: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>

214 OF CPI. (2013). Políticas de Exámenes preliminares. Párr. 56.

tema judicial en su conjunto – no sólo temporal o parcialmente – no funcione más”²¹⁵, debido a deficiencias de tipo irremediables²¹⁶. Esta interpretación exige entonces que haya inactividad completa del aparato judicial. Por otro lado, el colapso substancial se ha interpretado como “un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia”²¹⁷.

Factores relevantes para el análisis de la capacidad pueden incluir: la capacidad de las autoridades competentes para ejercer sus facultades judiciales en el territorio de que se trata; la ausencia de condiciones de seguridad para los testigos, investigadores, fiscales y jueces o la falta de sistemas de protección adecuados; la ausencia del marco legislativo necesario para enjuiciar las conductas o formas de responsabilidad; la falta de recursos adecuados para llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos eficaces, así como las violaciones de los derechos fundamentales del acusado²¹⁸.

Por ejemplo, en el caso de SAIF AL-ISLAM GADDAFI sobre la situación en Libia, la Sala de apelación de la CPI confirmó la decisión de la Sala preliminar sobre la admisibilidad del caso por incapacidad de las autoridades de Libia de llevar a cabo el proceso contra el acusado, a pesar de sus esfuerzos para implementar un Estado de derecho. Para esta conclusión, se analizó elementos de hecho como la incapacidad de las autoridades de transferir el acusado desde su centro de detención a manos de los rebeldes hacia una cárcel del Estado, así como la imposibilidad de obtener los testimonios suficientes y la incapacidad de proteger a estos testigos²¹⁹.

I. Condiciones de las instituciones:

215 Ambos, Kai. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de «justicia y paz» en Colombia. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, párr. 390.

216 Christian Wolffhügel Gutiérrez. (2006). *La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad** A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En línea: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v9n17/v9n17a06.pdf>, Citando a Ambos, 2009, y Cárdenas.

217 Ídem.

218 OF CPI. (2013). *Políticas de Exámenes preliminares*. Párr. 57.

219 CPI Sala de Apelaciones. En línea en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1779877.pdf>

Es importante tener presente que la capacidad de un Estado de investigar y enjuiciar los graves crímenes, depende de circunstancias que tienen que ver con las condiciones en que las instituciones deben o desarrollan sus funciones de investigación, dado que estas condiciones impactan el desarrollo apropiado de los juicios y contribuyen a mantener en la impunidad graves violaciones de derechos humanos. Por ello, estas condiciones deberán ser objeto de evaluación respecto a la efectividad o legitimidad de las acciones en procura de la superación de la impunidad.

La Corte IDH señaló:

(...) el Estado garantizará que las autoridades encargadas de las investigaciones cuenten con los recursos logísticos y científicos necesarios para la recaudación y procesamiento de pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y puedan obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas²²⁰.

a) **Apoyos o herramientas técnicas, científicas, y recursos humanos y financieros**

La disponibilidad y acceso a tales apoyos o herramientas no solo facilitan el desarrollo de investigaciones apropiadas para el esclarecimiento de los hechos, sino que también permiten actuar con diligencia, exhaustividad y oportunidad en la recolección de pruebas irremplazables o irrecuperables en un momento posterior. Esta disponibilidad puede ser la diferencia entre la impunidad y el cumplimiento del deber de garantía en los términos desarrollados. En muchas ocasiones la existencia de estas herramientas se encuentra formulada pero no materializada en los casos concretos, lo cual genera una brecha similar a la que se encuentra entre la formulación de un marco jurídico amplio de protección y una práctica contraria al respeto y garantía de los derechos reconocidos. Dentro de esta condición se incluyen políticas sostenibles o consistentes de formación, capacitación y especialización de equipos que cuenten con las herramientas

220 Corte IDH, Caso de las hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 1 de marzo de 2005, párr. 92.



para hacer frente a investigaciones de las dimensiones que implica el esclarecimiento de crímenes atroces.

b) Mecanismos de protección

Por otro lado, en un contexto como el colombiano, en donde a pesar de las iniciativas de desmovilización y reinserción de sectores del conflicto armado, persisten acciones, control y poder de grupos armados legales e ilegales en zonas, regiones o ciudades donde tienen lugar las violaciones de derechos humanos, pero también las investigaciones, la disponibilidad y acceso oportuno y adecuado a mecanismos de protección que garanticen el desarrollo de las investigaciones con plenas garantías es un deber de relevancia indiscutible. Igualmente, la ausencia de mecanismos de protección para los demás intervinientes fundamentales en una investigación, acorde con los estándares o principios mencionados, por ejemplo víctimas y testigos, es indispensable para garantizar el acceso y participación en las investigaciones y por ende la búsqueda de la verdad y la justicia en lo que tiene que ver con las primeras.

El anterior Relator especial de Naciones Unidas para las ejecuciones arbitrarias Philip Alston, en su informe sobre Colombia, resaltó que el temor de los testigos era una de las principales causas de impunidad en los casos de homicidios, y reconoció que en ciertos casos los propios funcionarios estatales son víctimas de amenazas, por lo que resulta difícil llevar adelante los procesos penales²²¹.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que los Estados tienen la obligación de facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de la víctima, de hostigamientos y amenazas²²², que son prácticas que afectan seriamente la efectividad de una investigación²²³.

221 Philip Alston. (31 de marzo de 2010). Informe Relator especial sobre las ejecuciones judiciales, sumarias o arbitrarias Misión a Colombia. párr.87.

222 Caso Myrna Mack Vs. Guatemala, sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, del 8 de julio de 2004, párr. 199, & Caso Masacre de Rochela Vs. Colombia, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, del 11 de mayo 2007, párr. 171. & Corte IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de Noviembre de 2013, párr. 376.

223 Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, del 3 de abril 2009, párr. 106 & Caso Masacre de Rochela Vs. Colombia, Sentencia

De hecho, la Corte IDH estableció en el caso Masacre de Rochela vs. Colombia que: “[...] el patrón de violencia y amenazas contra funcionarios judiciales, familiares de víctimas y testigos que se produjo en el presente caso, tuvo un efecto amedrentador e intimidante para que desistieran de colaborar en la búsqueda de la verdad y, consecuentemente, obstruir el avance del proceso.

c) Ejecución de capturas, detenciones y sanciones

El artículo 25.2 de la CADH, como también el artículo 2.3.b) y c) del PIDCP prevén que dentro del derecho a la protección judicial se encuentra el deber que la decisión que se adopte dentro de un procedimiento en protección de los derechos, debe ser cumplida y que este es un deber que el Estado debe garantizar.

De hecho, la Corte IDH en varias oportunidades, en casos relacionados con violaciones de derechos humanos, atribuibles a la responsabilidad internacional del Estado colombiano, ha encontrado que uno de los factores que llevaron a dicha determinación fue la falta de ejecución de las capturas ordenadas o el cumplimiento de las sentencias proferidas²²⁴.

d) Continuidad y sustentabilidad de las investigaciones

La exhaustividad de las investigaciones demanda que se asuman líneas lógicas de indagación y se desarrollen estrategias comprensivas de todos los aspectos involucrados en crímenes de la gravedad y escala que caracterizan a los crímenes internacionales. Esta labor solo puede tener lugar con un aseguramiento mínimo de coherencia y consistencia en el equipo a cargo de la conducción de las investigaciones. Amenaza este objetivo, la continua movilidad de los funcionarios e investigadores, y más aún el traslado continuo de los expedientes de una ciudad a otra sin razones claras y propósitos fundados en el fortalecimiento de la actividad de esclarecimiento y determinación de responsabilidades. Una de las condiciones para poder avanzar en la superación efectiva de la impunidad es contar con estrategias de investigaciones que incluyan la continuidad o sus-

del 11 de mayo 2007, párr. 165.

224 Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, de 27 de noviembre de 2008, párr. 157, párrs. 165 y 168.

tentabilidad del personal o equipos a cargo de las mismas, o, como lo denomina la OF-CPI, la regularidad en las investigaciones²²⁵.

La posibilidad de profundizar en las líneas de investigación y de asegurar una investigación comprehensiva que abarque no solo las dinámicas o pautas de actuación de los autores y participes de las violaciones, y las estructuras a través de las cuales operan, sino también todos los niveles de participación dentro y fuera de las organizaciones criminales requieren el libre y pleno acceso a información y lugares que pudieran ser relevantes para el desarrollo de las investigaciones, especialmente cuando ellos corresponden a instituciones o documentos del propio Estado²²⁶, el cual debe “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que [las víctimas] sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

3.3.4 Gravedad

De acuerdo con los artículos 5 a 9 del ER, cualquier delito de su competencia es sumamente grave²²⁷. Sin embargo, el Artículo 17(1) (d) supone un doble filtro en términos de gravedad sin definir el criterio de gravedad para la admisibilidad²²⁸. La jurisprudencia de la CPI afirma que no se debe imponer una interpretación excesivamente restrictiva de la gravedad²²⁹. El análisis de gravedad depende de consideraciones cuantitativas y cualitativas²³⁰. De acuerdo con la Regulación 29.2 de OF-CPI, se podría incluir la escala, la naturaleza, el modo de comisión y el impacto del delito en el análisis sobre gravedad²³¹.

225 OF-CPI. (2013). Política sobre Exámenes preliminares. Párr. 53.

226 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia Fondo, del 29 de julio de 1988, párr. 166.

227 Ambos, Kai. (2010). *El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional* (artículo 17 Estatuto de Roma, p.12. Citando la *Política sobre exámenes preliminares* de la OF-CPI.

228 OF-CPI. (2013). *Política sobre exámenes preliminares*, párr.68 & Ambos, Kai. (2010). *El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional* (artículo 17 Estatuto de Roma. p.12 citando la *Política sobre exámenes preliminares* de la OF-CPI) p.10.

229 Corte Penal Internacional. Sala de Apelaciones. Sentencia del 13 de julio de 2016 sobre situación de la República Democrática del Congo. Párrs 69-79.

230 OF CPI. (2013).*Políticas de Exámenes preliminares*. párr. 61.

231 Corte Penal Internacional. (ICC-BD/05-01-09). *Regulations of the Office Precutor*. En línea en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BC-BE1E695/280253/ICCBDO50109ENG.pdf>

La escala o magnitud de los crímenes puede incluir el número de víctimas, el daño físico o psicológico causado a las víctimas, la expansión geográfica y temporal del crimen²³². La naturaleza de los crímenes puede incluir si hay casos de violencia sexual o de género, en contra de niños, persecución o a Imposición de condiciones, con el fin de destruir a un grupo²³³. El modo de comisión puede incluir los medios empleados para la comisión del delito, el grado de participación y la intención del responsable, si el delito forma parte de un plan o política, si su comisión se debe a un abuso de poder oficial o si hay elementos particulares de残酷 (vulnerabilidad de las víctimas, discriminación, violencia sexual)²³⁴. Los fallos de los tribunales *ad hoc*, bien que no son vinculantes para la CPI, pueden ofrecer elementos básicos para la interpretación de un concepto general de gravedad²³⁵. En este sentido, cabe resaltar que los factores más frecuentemente utilizados por el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, en relación con la gravedad y las circunstancias agravantes, son "(1) abuso de una posición superior/posición de autoridad o de confianza (aceptado en 35 casos); (2) Vulnerabilidad especial de la víctima (aceptado en 31 casos); (3) sufrimiento o daño extremo infligido a la víctima (aceptado en 25 casos); (4) gran número de víctimas (aceptado en 15 casos); y (5)残酷 del ataque (aceptado en 14 casos)"²³⁶.

3.3.5 Máximos responsables²³⁷

Existe una tradición de larga data de centrar los esfuerzos por perseguir los delitos internacionales en un número reducido de líde-

232 OF-CPI. (2013). *Documento de Política sobre Exámenes preliminares*. Véase también: Ambos, Kai. (2010). *El test de la complementariedad de la Corte Penal internacional*, p.11.

233 OF-CPI. (2013). *Documento de Política sobre Exámenes preliminares*, párr. 63.

234 OF-CPI. (2013). *Documento de Política sobre Exámenes preliminares*, párr. 63.

235 Ambos, Kai. (2010). *El test de complementariedad de la Corte penal Internacional*, p.14.

236 HOLÁ/SMEULERS/BIJLEVLED. (2009). "Is ICTY sentencing predictable? An empirical analysis of ICTY sentencing practice", LJIL 22 p. 86 & Murphy (2006), p. 296 y ss.; WCRO, "The gravity threshold of the ICC", (2008), p. 39 y ss., Citado en Ambos, Kai. (2010). *El test de complementariedad de la Corte penal Internacional*. p.14. Véase también: Sobre la DOCTRINA DE diferenciación entre gravedad jurídica y gravedad relativa, véase: Ambos, Kai. (2010). *El Test de la complementariedad de la Corte penal internacional*. p.15 y ss.

237 Véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. capítulo 8.

res o superiores²³⁸. Con respecto al ER, es importante resaltar que el término “máximo responsable” no aparece en el mismo Estatuto, más bien forma parte de la política actual de Oficina de la Fiscalía de la CPI²³⁹. Esta política establece que “como regla general, la Oficina de la Fiscalía debería centrar sus esfuerzos de investigación y persecución y sus recursos en los que tienen la mayor responsabilidad por los crímenes”²⁴⁰. Actualmente la OF-CPI opta por una estrategia de persecución hacia arriba, es decir que se investiga y se judicializa a un número reducido de medios y altos mandos para después poder judicializar a los máximos responsables²⁴¹.

Con respecto a quién podría ser un “máximo responsable”, la CPI en la práctica, opta por criterios flexibles y no tan formalistas, advirtiendo que su accionar no debe restringirse a sólo los máximos líderes. Es importante tener en cuenta que estos criterios reflejan el hecho de que la CPI, a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, es una institución permanente que tendrá que enfrentarse a situaciones diferentes e imprevisibles en el futuro²⁴². Asimismo, la Sala de Apelaciones revocó una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares por haber establecido una formulación muy rígida acerca de quién podía considerarse como máximo responsable²⁴³:

Criterios considerados por la Sala de Cuestiones Preliminares

238 Para un desarrollo histórico, véase: Aguirre X. (2009). Prosecuting the most responsible for international crimes: Dilemas and Prosecutorial Discretion. En línea en: https://www.academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsible_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion

239 “El Estatuto no contiene ninguna limitación a las persecuciones penales basada en el nivel de autoridad que el autor tenía. Sin embargo, a la luz del alcance global de la competencia de la CPI, de las disposiciones jurídicas que regulan su funcionamiento, y de las limitaciones prácticas y logísticas que enfrenta, la Fiscalía ha adoptado una política de investigar y enjuiciar a los más responsables por los crímenes más graves.” (Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”. Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice Fiscal.

240 OF-CPI. (2013). Política de 2012-15. p.7.

241 OF-CPI. (2013). Política de 2012-15. p. 14. En Línea en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf, p.14 & OF-CPI. (2013). Política de 2016-18. Disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/070715-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf, p. 16, 21 y 22.

242 CPI. (2006). Sala de apelación. Situación en la República democrática del Congo. Original en Inglés.

243 ídem, párr. 73 – 79.

como la extensión regional o nacional del grupo, el carácter exclusivamente militar del grupo, la capacidad de negociar acuerdos, la ausencia de una posición oficial, la capacidad para cambiar y presentar una política, no están necesariamente relacionados directamente con la gravedad, como se establece en el artículo 17 (1) (d). Ignoran las constituciones y las operaciones altamente variables de las diferentes organizaciones y podrían alentar a los responsables futuros para evitar la responsabilidad penal ante la Corte Penal Internacional, simplemente asegurándose de que no son una parte visible del proceso de toma de decisiones de alto nivel. Además, las personas que no están en lo más alto de una organización pueden tener aún una influencia considerable y comprometerse a generar la comisión sistemática de delitos muy graves. En otras palabras, la predeterminación de inadmisibilidad, por los motivos mencionados, podría fácilmente conducir a la exclusión automática de los autores de los delitos graves en el futuro”²⁴⁴.

En Colombia, la Fiscalía General de la Nación, dentro de su Directiva 0001 de 2012, establece el concepto de “máximo responsable” de la siguiente forma: “el concepto de máximo responsable se aplica respecto de dos categorías diferentes, a saber:

- Aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos, y
- de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios con independencia de la posición que ocupaba en la organización delictiva”²⁴⁵.

El término “máximo responsable” también se encuentra en el Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012) que reformó la Constitución Política para establecer eventuales instrumentos ju-

244 ídem, párr. 78.

245 Ver: Fiscalía General de la Nación Colombia. Directiva 001 del 4 de octubre de 2012. 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 aquellos en la Fiscalía General de la Nación.

rídicos de justicia transicional²⁴⁶. En la sentencia C -579/13 que revisó el Marco Jurídico para la Paz, la Corte Constitucional señaló que:

[Q]ue el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática"²⁴⁷.

Aunque existe una política de la OF-CPI sobre la priorización de las investigaciones de los máximos responsables y que la misma Fiscalía reconoce los esfuerzos del Estado colombiano para priorizar la persecución de los máximos responsables de los crímenes de competencia de la CPI²⁴⁸, es importante mencionar que cualquier medida establecida con el objetivo de obstaculizar la determinación de la responsabilidad penal por crímenes de guerra o de lesa humanidad, aunque sea infractores de rango aparentemente menor, será considerada con preocupación por parte de la OF-CPI²⁴⁹. En esta orden de ideas, la OF-CPI reconoce que toda información disponible sobre la comisión de crímenes de la competencia de la Corte, debe ser conocida para contribuir a establecer las líneas de mando y reconstruir la conducta delictiva de cada grupo²⁵⁰. La Fiscalía de la CPI reconoce que las políticas centradas en la persecución de los máximos responsables "puede[n] dejar una 'brecha de impunidad' a menos que las autoridades nacionales, la comunidad internacional y la Corte colaboren para garantizar la utilización de todos los medios adecuados para llevar a otros criminales ante la justicia"²⁵¹. Por ello, la OF-CPI apoya y promueve las actuaciones nacionales contra los actores de menor

246 En el inciso 3º del artículo transitorio 66 constitucional "Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de **los máximos responsables** de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (...)" . Por un análisis detallado, véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*.

247 Corte Constitucional. sentencia C -579 de 2013. MP Jorge Ignacio Pretelt.

248 OF-CPI. (2012). *Reporte intermedio Situación Colombia*, párr.204.

249 OF-CPI. (2012). *Reporte intermedio Situación Colombia*, párr.205.

250 Ídem.

251 OF-CPI (2003). Documento sobre algunas cuestiones de política que tiene ante sí la Fiscalía, p. 3, citado en: OF-CPI. (2012). *Reporte intermedio Situación Colombia*, párr.204.

rango, así como las medidas para llevar estos actores ante la justicia, cuando es posible²⁵².

3.3.6 Complementariedad positiva

Según la OF-CPI, el principio de complementariedad establecido por el Estatuto de Roma tiene dos dimensiones, la admisibilidad y la complementariedad positiva²⁵³. El concepto de complementariedad positiva es definido por la Fiscalía como una política proactiva de cooperación dirigida a promover los procesos nacionales²⁵⁴. Aunque este concepto no es estipulado expresamente en el Estatuto, según la Fiscalía, constituye un poder implícito con base en el preámbulo y el artículo 93 (10) del Estatuto de Roma que se diferencia de la complementariedad establecida en el artículo 17 del mismo²⁵⁵. De acuerdo con esta función implícita, la OF-CPI mencionó que "buscará estimular cuando sea viable, investigaciones y acusaciones nacionales genuinas por parte de los Estados concernidos, y cooperar y proporcionar asistencia a esos Estados en desarrollo del artículo 93 (10)²⁵⁶.

Según un informe sobre la complementariedad, presentado a la Asamblea de los Estados partes, la complementariedad positiva constituye una cooperación internacional entre los Estados partes, la Corte y otras partes implicadas, mediante programas de desarrollo del Estado de derecho ("rule of law") que apoyan jurisdicciones nacionales a actuar en caso de comisión de crímenes de competencia de la Corte, en el marco de la contribución a la lucha contra la impunidad²⁵⁷. En ese orden de ideas, los puntos focales de la OF-CPI, conjuntamente con el Secretario de la CPI, la Sociedad Civil y organizaciones internacionales, trabajan para fortalecer las jurisdicciones nacionales²⁵⁸. Sin embargo, los Estados partes y la misma Corte reco-

252 Ídem.

253 OF-CPI, Plan estratégico 2009-2012, párr.16.

254 Original en inglés : "The positive complementary concept, i.e. a proactive policy of cooperation aimed at promoting national proceedings" (OF-CPI, Plan estratégico 2009-2012, párr.16).

255 OF-CPI. (2013). Documento de política de exámenes preliminares, párr.93.

256 OF-CPI. (2013). Documento de política de exámenes preliminares, noviembre de 2013, párr.94 citado en ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo "positivo"*, p. 6.

257 Asamblea de Estados Partes. (ICC-ASP/12/31). Informe para Asamblea de Estados partes. 15 octubre 2013, párr.4. Nuestra traducción.

258 Ídem, párr.5.

nocen que esta intervención es limitada, en particular en las investigaciones concretas de competencia de la CPI²⁵⁹.

A la luz del principio de complementariedad positiva, los exámenes preliminares constituyen una herramienta para realizar el mandato preventivo de la CPI, a través de la "potenciación del Estado de Derecho a nivel nacional y la dotación de los elementos necesarios para que las jurisdicciones nacionales puedan llevar a cabo – de manera independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable – la persecución penal de los delitos de la competencia de la CPI"²⁶⁰.

El fortalecimiento que puede ejercer la CPI debe ser a través de una cooperación mutua y voluntaria entre los Estados, y su intervención se divisa en tres categorías: (1) asistencia legislativa, (2) asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades, y (3) apoyo en infraestructura física²⁶¹. En el marco de un examen preliminar, la OF-CPI en conjunto con el Estado concernido y la comunidad internacional toman acción inmediata para que el sistema nacional sea capaz de investigar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI²⁶². La implementación del principio de complementariedad constituye un riesgo para la Corte, por lo que se desarrolla en un ámbito que no es estrictamente judicial sino político²⁶³. Además, no se ha demostrado, a la hora actual, la efectividad de esta práctica.

En la situación colombiana, de acuerdo a su política, la Fiscalía aplica el principio de complementariedad positiva y en varias ocasiones fue citada como ejemplo de la complementariedad en acción²⁶⁴. Sin embargo, a la luz de los pocos resultados en contra de los máximos responsables de la comisión de crímenes de competencia de la CPI, la presentación del caso colombiano como un éxito "acarrea consecuencias negativas para la credibilidad del sistema del Estatuto

259 Ídem. Párr.6.

260 Olásolo Alonso, Héctor. (2014). *Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región.* p.37.

261 CPI-AEP. Anexo IV-Bilan de la Justice pénale internationales : Rapport du Bureau sur le bilan de la situation: Bilan de la situation sur le principe de complémentarité: éliminer les causes d'impunité. Párr. 17. Nuestra traducción.

262 Ídem. párrs. 22-23.

263 Fuentes Torrijo, Ximena. (2011). *El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional.* p.131. Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile.

264 OF-CPI. (2013). *Documento de política de exámenes preliminares,* párr.84.

de Roma y pone en entredicho el principio de complementariedad sobre el cual se basa”²⁶⁵.

Según la Federación Internacional de los Derechos Humanos, aunque se reconoce que “el examen preliminar de la OTP en Colombia ha contribuido a lanzar, a nivel nacional, investigaciones y juicios en los crímenes cometidos por las estructuras paramilitares y responsables conexos”, las actuaciones al nivel nacional se revelan insuficientes, en particular en la investigación y persecución de los máximos responsables²⁶⁶.

265 ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”*, p. 5.

266 FIDH. La Fiscalía de la Corte Penal Internacional 9 años después Diciembre de 2011 - N°579 e “Análisis de la estrategia procesal y de las políticas de la Fiscalía (2003-2011) Recomendaciones a la próxima Fiscal de la CPI”. p. 5.

4. Casos objeto de la investigación

Los siguientes son los casos que fueron seleccionados y monitoreados durante el desarrollo de la investigación. A continuación se presentará la información disponible sobre ellos, aunque algunos tendrán unas limitadas posibilidades de análisis por varias razones: imposibilidad de consolidar información suficiente para tal fin, archivo de la investigación y falta de acceso correspondiente, dificultades de comunicación, etc. Pese a estas limitaciones, ASFC considera que la información que sí se pudo recolectar permite ilustrar ciertas realidades y sacar conclusiones útiles para efectos del examen preliminar, y para reflexionar sobre la estrategia de persecución de los crímenes internacionales en Colombia.

4.1 Caso Joven RAFAEL ANDRÉS PLATA

4.1.1 Hechos

El joven Rafael Andrés Plata, nacido en la ciudad de Bucaramanga (Santander), donde vivía con su madre, la Señora Cielo Patricia Sánchez Puccieti, tenía 18 años de edad cuando fue víctima de desaparición forzada y homicidio en agosto de 2008 junto a dos jóvenes más, Carlos Mauricio Nova Vega y otro no identificado a la fecha. De acuerdo con la información disponible, los tres jóvenes fueron sacados del Parque Centenario de la ciudad de Bucaramanga (Santander) y trasladados a la ciudad de Ocaña (Norte de Santander), desde donde fueron llevados a la vereda Islitas del Municipio de Hacarí, lugar en el que fueron privados del derecho a la vida por miembros del ejército nacional, pertenecientes a la compañía Córdoba, adscrita al Batallón de Infantería No. 15, General Santander. Esta institución presentó pública y oficialmente a las víctimas como guerrilleros del Frente "Carlos Armando Cacua" del Ejército de Liberación Nacional (ELN) muertos en combate, en desarrollo de la misión táctica "Alcatraz", que estuvo a cargo de un oficial, un suboficial y varios soldados profesionales.

De acuerdo a la información recogida durante la investigación, las víctimas fueron sacadas del parque mencionado por un hombre que tendría la tarea de "reclutarlas". Esta persona fue identificada

posteriormente como Alexander Carretero Díaz.

4.1.2 Actuación procesal

La investigación penal inicialmente estuvo a cargo de la justicia penal militar. Posteriormente se asignó el conocimiento de la misma a la Fiscalía Especializada 56 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Unidad de DDHH y DIH) de la Ciudad de Cúcuta, la cual trató el proceso entre los años 2009 y 2013; luego, la investigación fue asignada a la Fiscalía Especializada 67 de la Unidad de DDHH y DIH de la Ciudad de Bucaramanga.

El 2 de abril de 2014, en una audiencia reservada, el Juzgado Octavo de Garantías de Bucaramanga profirió orden de captura contra nueve miembros del Ejército Nacional. Entre mayo y julio de 2014, se realizaron varias audiencias de legalización de captura y medidas de aseguramiento contra las personas vinculadas al proceso.

La persona encargada de “reclutar” a las víctimas, Alexander Carretero Díaz, fue vinculado a la investigación penal el 20 de agosto de 2014, a partir de lo cual reconoció su participación en varios casos denominados “falsos positivos”²⁶⁷, incluyendo el presente caso. Admitió ser la persona que contactó a Rafael Andrés Plata y los otros jóvenes en la ciudad de Bucaramanga, trasladando a las víctimas hacia la ciudad de Ocaña y luego a la vereda Islitas en el Municipio de Hacarí, donde los entregó a miembros del Ejército Nacional. Por estos hechos, el señor Carretero Díaz, reconoció, en diligencia de preacuerdo, su responsabilidad en la muerte de las víctimas. Esta aceptación fue formalizada en audiencia de control de legalidad ante el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña, el 4 de agosto del 2015. En esta audiencia, el señor Carretero Díaz aceptó cargos por el homicidio agravado como cómplice y se comprometió a contribuir a la verdad y la justicia para los familiares de las víctimas. Sin embargo, en el curso de la audiencia, Carretero Díaz expresó que se sentía expuesto a alto riesgo, explicando ser objeto de frecuentes amenazas contra su inte-

267 “homicidios perpetrados de manera sistemática por miembros de la Fuerza Pública, mediante los cuales fabricaron resultados de su accionar bélico que fueron valorados como positivos por el gobierno y presentados así a la opinión pública (conocidos popularmente como “falsos positivos”). Véase: ASFC. (2012). *El principio de complementariedad y el Estatuto de Roma: más allá de los “positivo”*.

gridad física y su vida²⁶⁸. Pese a ello, no se implementaron medidas de protección. Es importante destacar que, aunque esta persona se comprometió a contribuir con la verdad y la justicia, no ha realizado ninguna acción orientada a tal fin.

Además, cabe mencionar, que el acusado aceptó cargos por el mismo delito en casos similares, entre ellos, en los casos de los jóvenes de Soacha, más concretamente el caso del joven Fair Leonardo Porras Bernal, circunstancia que indicaría que era una persona a quien se tendría como “especializada” en realizar el “reclutamiento” en distintos lugares del país.

El 15 de octubre de 2014, se realizó la audiencia de acusación ante Juzgado Tercero Penal Especializado de Bucaramanga contra los nueve militares vinculados al proceso por los delitos de desaparición forzada, homicidio en persona protegida y concierto para delinquir agravado, y se fijó la audiencia preparatoria para el mes de noviembre de 2014, la cual no pudo llevarse a cabo por paro judicial, razón por la cual se aplazó para el 29 de diciembre del mismo año.

Entre el mes de diciembre de 2014 hasta el mes de octubre de 2015, la audiencia preparatoria fue aplazada nueve (9) veces, de las cuales ocho (8) aplazamientos fueron a solicitud de los defensores. Además de las solicitudes de aplazamiento por parte de la defensa por cambios de defensores, imposibilidad del defensor de asistir por estar en otros compromisos, entre otros factores aducidos, en cuatro (4) ocasiones, uno o más procesados no fueron trasladados al Palacio de Justicia por parte del INPEC o del Ejército, según el lugar de reclusión, lo que impidió la realización de la audiencia, teniendo que aplazarse nuevamente. El 19 y 20 de octubre de 2015 finalmente inició la audiencia preparatoria, la cual fue aplazada el segundo día a petición de la defensa y fijada para el 24 de noviembre del año 2015. El 3 de diciembre, se continuó la audiencia preparatoria, la cual se terminó el 27 de enero de 2016. Uno de los defensores apeló la decisión del Juez sobre las pruebas, así como el Ministerio Público, el Fiscal y la representación de víctimas, de forma que se suspenden los términos mientras el Tribunal se pronuncia sobre la apelación.

268 Audiencia del 4 de agosto de 2015 ante el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña. Control de legalidad del preacuerdo. Audiencia observada por ASFC.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: Agosto de 2008

Delitos presuntos: desaparición forzada, homicidio en persona protegida y concierto para delinquir agravado

Estado de la investigación penal: Activo

Etapa en que se encuentra el proceso: audiencia preparatoria

Vinculados: un (1) oficial (teniente) y ocho (8) suboficiales (soldados) del Ejército Nacional (Compañía Córdoba adscrita al Batallón de Infantería No. 15 General Santander) y un (1) civil - reclutador

Condenas: Cómlice de homicidio en persona protegida contra Alexander Carretero Díaz (civil).

4.2 Caso Señor VINICIO MUÑOZ CÁCERES

4.2.1 Hechos

El Señor Vinicio Muñoz Cáceres era un campesino, de familia humilde que trabajaba la tierra en la vereda La Rodaba, donde, según el hermano de la víctima, hacían presencia regularmente miembros del Ejército nacional. El Señor Vinicio Muñoz Cáceres fue privado de su derecho a la vida el 28 de marzo del 2006 en el municipio Sabana de Torres en el departamento de Santander. En un primer momento, la víctima fue reportada por el Batallón de Infantería No 14 Antonio Ricaurte, como civil armado muerto en combate. Según la versión oficial la víctima, junto a otras personas, atacaron al Pelotón Condor 6 de dicho Batallón, cuando sus integrantes se encontraban realizando una operación táctica denominada "Bloqueador" contra insurgentes de las FARC-EP que operaban en la vereda La Robada.

De acuerdo a las declaraciones de los familiares de las víctimas, el Señor Muñoz fue sacado de su finca en el municipio Sabana de Torres el día 28 de marzo de 2006 por personal militar. Posteriormente, se escucharon disparos en la zona y 36 horas después, la familia fue informada que el Batallón Ricaurte reportó la muerte de un supuesto guerrillero en la zona de Sabana de Torres, del que se desconocía su

identidad.

En el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Instituto de Medicina Legal), la familia pudo reconocer a la víctima e identificarla como Vinicio Muñoz Cáceres. El levantamiento del cadáver lo realizó el Juzgado 33 de Instrucción Penal Militar. El cuerpo de la víctima fue remitido a la sede de Bucaramanga del Instituto de Medicina Legal, en donde se le practicó necropsia médica legal; luego de lo cual fue entregado a los familiares.

De acuerdo a la información disponible, la víctima no se encontraba armada ni participó en ningún enfrentamiento contra el ejército, pues dicho enfrentamiento nunca existió.

4.2.2 Actuación procesal

La indagación estuvo a cargo del Juzgado 33 de Instrucción Penal Militar desde el año 2006 hasta 2009, en el marco de cuya actuación se realizó necropsia, indagaciones de militares implicados en la operación militar en el marco de la cual se privó de la vida al Señor Vinicio Muñoz Cáceres, informes de laboratorio y declaraciones de los familiares. El 25 de abril de 2008, se realizó la audiencia sobre medida de aseguramiento a un (1) cabo, de la cual el Juzgado 33 de Instrucción Penal Militar decidió no afectar a ninguna persona con medida de aseguramiento intramural.

El 3 de julio 2009, a iniciativa de la representación de víctimas, se promovió conflicto negativo de competencia para que la justicia ordinaria avocara la investigación, sustentando que el presente caso compartía las características de los llamados “falsos positivos”, los cuales constituyen crímenes de lesa humanidad. Esta solicitud fue aceptada por el Juez militar y el caso fue transferido a la Fiscalía Especializada 65 de la Unidad de DDHH y DIH de Bucaramanga.

La etapa de indagación a cargo de la Fiscalía Especializada 65 de la Unidad de DDHH y DIH, se desarrolló entre los años 2010 y 2013, a lo largo de la cual, el 28 de mayo 2010, se llevó a cabo la exhumación del cuerpo de la víctima, la cual había sido solicitada por la representación de la víctima y autorizada por la Fiscalía Especializada 65, con el fin de realizar un análisis antropología forense. Este estudio

fue practicado por la ONG internacional Equitas. El 19 de marzo de 2014, se celebró audiencia de legalización de captura, imputación y solicitud de medidas de aseguramiento contra seis militares. En esta, se les imputó a un sargento primero y 5 soldados profesionales, a título de coautores, los delitos de homicidio en persona protegida en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos.

Después de la radicación del escrito de acusación contra seis militares vinculados al proceso, el 14 de julio de 2014, se fijó la audiencia de formulación de acusación para el 8 de septiembre del 2014 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga. Entre septiembre del 2014 hasta el mes de abril 2015, la audiencia de formulación de acusación se aplazó 4 veces²⁶⁹ a solicitud de la defensa. En este periodo se adelantaron conversaciones entre la Fiscalía y los procesados al fin de las cuales cuatro de los seis acusados firmaron preacuerdo donde aceptan su responsabilidad en el asesinato del Señor Víctor Muñoz.

El preacuerdo fue aprobado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, ante quien los acusados aceptaron cargos de cómplices del concurso de delitos de homicidio en persona protegida y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos. El 4 de septiembre de 2015 otro procesado firmó preacuerdo con la Fiscalía donde acepta los mismos cargos que lo demás acusados. La audiencia para sentencia se programó para el 30 de noviembre de 2015.

El juez Primero Penal del Circuito Especializado ordenó la ruptura de la unidad procesal continuando la audiencia preparatoria contra un suboficial; entre el mes de mayo a octubre de 2015, la audiencia fue aplazada tres veces a solicitud de la defensa y por cambios de jueces. Finalmente el juicio oral se inició el 15 de diciembre de 2015. El 27 de enero de 2016, fecha programada para la continuación del juicio oral, la audiencia se aplazó de nuevo por cambio de juez del fiscal encargado y se espera la confirmación de una nueva fecha.

²⁶⁹ 9 de septiembre 2014, 14 de octubre 2014, 8 de enero 2014, 12 de marzo 2014 y 23 de abril 2014 (se realizó).

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 28 de marzo de 2006

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Juicio oral// audiencia sentencia para los cinco suboficiales que aceptaron cargos

Vinculados: Seis (6) suboficiales, un (1) sargento y cinco (5) soldados del Ejército Nacional (Batallón de Infantería No 14 Antonio Ricaurte).

Condenas: Ninguna

4.3 Caso LAMAS VERDE

4.3.1 Hechos

El 4, 5, y 6 de diciembre de 2005, de acuerdo a la información disponible, aproximadamente trescientos miembros de las AUC del Bloque Norte, fuertemente armados, incursionaron en las veredas Lamas Verdes y Nuevo Horizonte, del Corregimiento de Santa Isabel, del municipio de Curumaní (Cesar). En el marco de la incursión impidieron la libre circulación de los habitantes, privaron de la libertad a un número aproximado de cuarenta y cinco personas, quienes fueron sometidos a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, se apoderaron de ganado vacuno, porcino, aves de corral, mulas, productos agrícolas, ropa, víveres, e incendiaron y destruyeron viviendas. Privaron del derecho a la vida a nueve (9) habitantes del corregimiento. Héctor Julio Manzano Guerrero, Elides Ramírez Pineda, Deiber Parada Becerra, Carlos Julio Hernández Triada, Numael Ramírez Pineda, Rubén Ángel Pacheco Contreras, José Del Carmen Carvajalino, Nubia Esther León Quintero, Alfredo Acosta.

Los signos de tortura y las condiciones en que familiares y testigos encontraron en algunos cadáveres, revelaron la atrocidad y barbarie con que actuaron los agresores. Según las declaraciones de los familiares, la tortura y las ejecuciones de algunas de las víctimas se produjeron ante la mirada de sus seres queridos. Posteriormente, la población de las veredas de Lamas Verdes y Nuevo Horizonte, fueron

objeto de constantes amenazas de muerte que provocaron el desplazamiento forzado de la población, viéndose obligados a abandonar sus bienes muebles y sus fincas. Los testimonios de las personas sobrevivientes indican que durante la incursión, el grupo paramilitar retuvo a un menor de edad, siendo trasladado a las poblaciones de Pailitas y Cimaña, donde fue reclutado durante varios meses hasta que se evadió de su lugar de sumisión.

4.3.2 Actuación procesal²⁷⁰

La investigación de los hechos ha sido regida por la ley procesal penal vigente para el momento de ocurrencia de la masacre (Ley 600 de 2000), en el marco de la cual la etapa de indagación e investigación se extendió durante ocho (8) años, al cabo de los cuales, la Fiscalía Especializada 44, de la Unidad de DDHH y DIH de Bucaramanga, el 17 de octubre de 2013, profirió resolución de acusación contra procesados por los delitos de homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, desplazamiento forzado, actos terroristas, secuestro extorsivo, destrucción de bienes protegidos y concierto para delinquir. Luego de esta decisión, el 29 de noviembre del 2013, el paramilitar Luis Alberto Ospino Hoyos, aceptó cargos por concierto para delinquir.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar, despacho judicial que el 26 de mayo de 2014 convocó la audiencia preparatoria, la cual fue aplazada a solicitud de la Fiscalía 44 de la Unidad de Derechos Humanos y DIH de Bucaramanga, con el fin de vincular al Comandante del Batallón Especial Energético y Vial No. 3, y demás integrantes del Ejército Nacional, que según los avances de la investigación, presuntamente habrían participado en la masacre. Debido a la aceptación de cargos de otro procesado, el 9 de junio 2014, el Juez ordenó la nueva ruptura de la unidad procesal y se fijó la audiencia de juicio para el 13 de agosto del 2014, la cual fue suspendida por la ausencia de un defensor y la ausencia del acusado, quien a la época, está preso en la cárcel Modelo de Bucaramanga no siendo trasladado por las autoridades

270 La representación de víctimas no tiene muchos detalles de la información sobre el desarrollo judicial porque el expediente se encuentra en la ciudad de Valledupar y ellos en Bucaramanga. Adicionalmente, las autoridades judiciales no han asegurado la participación de las víctimas mediante una comunicación permanente.

carcelarias.

El 4 de septiembre del 2014, se realiza la indagatoria de un suboficial, primer militar vinculado al proceso. Después, en la continuación de la investigación de la Fiscalía 44 Especializada, el 20 de enero de 2015, mediante la resolución de pruebas, ordena la declaración de los mayores generales que fungían como Comandante de la Décima Brigada con sede en Valledupar y Jefe del estado mayor de la Décima Brigada, ordenando al mismo Batallón suministrar información sobre los hechos alegados.

El 2 de marzo del 2015, a través una resolución de definición de situación jurídica, se impuso medida de aseguramiento contra dos oficiales del ejército, uno de ellos quien fungía como Comandante del BEEB 3, y contra un sub oficial de inteligencia por los delitos de homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado, tortura en persona protegida, terrorismo, destrucción de bienes protegidos y concierto para delinquir agravado; se profirió orden de captura contra los tres militares.

Finalmente, el 30 de marzo del 2015, se ordenó mediante resolución de pruebas, la declaración jurada de un Mayor General, la cual se fijó para el 17 de abril del 2015 en Bogotá. Esta diligencia no se pudo realizar porque el Señor no se presentó.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 600 de 2000

Momento de los hechos: 4 al 6 de diciembre de 2005

Delitos presuntos:

Homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado, tortura en persona protegida, terrorismo, destrucción de bienes protegidos y concierto para delinquir agravado (medida de aseguramiento de miembros del ejército nacional)

Homicidio en persona protegida, desplazamiento forzado, actos terroristas, secuestro extorsivo, destrucción de bienes protegidos y concierto para delinquir (acusación de paramilitares).

Estado de la investigación penal: activa

Etapa: Audiencia preparatoria para la investigación de los paramilitares y etapa de instrucción para miembros del ejército

Vinculados: Paramilitares y Ejército Nacional Batallón Especial Energético y Vial No. 3, dos (2) oficiales, un (1) suboficial y tres (3) militares más.

Condenas: Ninguna

4.4 Caso Joven YURLEY CAROLINA MALDONADO

4.4.1 Hechos

Según información de la familia, Yurley Carolina Maldonado, quien hacía parte de un grupo insurgente, fue capturada el 30 de diciembre de 2013 en desarrollo de un combate sostenido en la región del Catatumbo, en el departamento de Norte de Santander por miembros del Ejército Nacional con el grupo insurgente. Según la información disponible por parte de los familiares, la víctima se encontraba en estado de indefensión, la habrían sometido a tortura y violencia sexual antes de privarla del derecho a la vida. La representación tuvo contacto con los padres de la víctima en el mes de febrero de 2014, quienes expresaron su interés para que los hechos se esclarezcan y no permanezca en la impunidad. Sin embargo, los contactos con la familia son muy limitados, debido a que se encuentran en una región muy aislada, sin medios de comunicación y con alto riesgo para su seguridad, dadas las especificidades del caso.

4.4.2 Actuación procesal

El proceso o investigación que se habría iniciado en la jurisdicción penal militar, se encontraría archivado, habiéndose negado el acceso a la información a la representación de la víctima. De acuerdo a la información que se tiene, esto es, el archivo de la investigación, desde 2014, no se habría realizado ningún avance en el esclarecimiento de los hechos²⁷¹.

271 Los abogados desconocen exactamente dónde se encuentra el proceso y aunque se han dirigido a través de derecho de petición a la Secretaría General de Justicia Penal Militar en Bogotá para poder acceder a la información requerida, no han recibido respuesta.

Aunque la representación de víctimas elevó un derecho de petición ante el Centro Administrativo, Dirección Ejecutiva de la justicia penal militar del Ministerio de Defensa, ubicada en Bogotá, hoy la Unidad administrativa especial de la Justicia penal militar y policial, dirigida a ubicar el expediente, nunca dio respuesta, a pesar de las reiteraciones hechas.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: penal militar

Hechos: 30 de diciembre de 2013

Delitos presuntos: No se conoce por qué delitos se habría iniciado la investigación

Estado de la investigación penal: archivada

Etapa: Indagación

Vinculados: Ninguno

Condenas: Ninguna

4.5 Caso COMUNIDAD INDÍGENA AWÁ PIEDRA VERDE

4.5.1 Hechos

Los hechos ocurrieron entre el 23 y el 25 de diciembre de 2011, en el resguardo de Piedra Verde, donde el Señor BOLIVAR GUANGA ARIAS fue asesinado, y donde siete personas más, miembros de la comunidad indígena Awá, fueron secuestradas y torturadas presuntamente por un grupo paramilitar.

El 23 de diciembre de 2011, a las 9 a.m., el grupo paramilitar, que se identificó como “los Rastrojos” retuvo a siete (7) integrantes de la comunidad indígena Awá del resguardo Piedra Verde, en el departamento de Nariño. El colectivo, objeto de la agresión, se conformaba por tres menores de edad, dos mujeres, y dos hombres. Igualmente, fueron retenidos los miembros de otra familia cerca al lugar. Uno de los indígenas, después de ser brutalmente golpeado, logró escapar, después de caminar por un día llegó hasta la carretera nacional que conduce de la ciudad de Pasto al municipio de Tumaco, lugar desde donde fue conducido por miembros de la

fuerza pública (militares con presencia en la zona) al puesto de salud del corregimiento de Altaquer, municipio de Barbacoas.

El 23 de diciembre de 2011, a las 9:00 pm, miembros del grupo paramilitar denominado “los Rastrojos”, ingresaron a la casa de paso del indígena BOLIVAR GUANGA ARIAS, en donde, de acuerdo a lo informado por la UNIPA²⁷², el indígena antes de ser asesinado fue golpeado brutalmente y torturado. De acuerdo a esta información, el 24 de diciembre de 2011, una comisión de búsqueda conformada por las autoridades indígenas, encontró el cuerpo del comunero Bolívar Guanga Arias, enterrado y descuartizado, cerca de la quebrada El Zorro.

Según la información disponible, se habría conformado una Comisión Indígena para acudir en auxilio de la comunidad, bajo el control del grupo paramilitar, para lo cual los miembros de esta comisión habrían solicitado el apoyo de la Policía Nacional ubicada en el municipio de Altaquer, pero esta institución no habría brindado este apoyo; razón por la cual se dirigieron al Ejército presente en la zona, quienes sí prestaron el auxilio solicitado. Es así que el 25 de diciembre de 2011, ingresaron a la zona y encontraron en la vivienda a las personas secuestradas, y sus captores, por lo cual se produjo la captura en flagrancia de algunos de los agresores.

Esta comunidad indígena contaba con medidas cautelares²⁷³ o de protección, otorgadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) desde el 16 de marzo de 2011. De conformidad con la solicitud de protección internacional, las autoridades colombianas deberían haber desarrollado acciones y medidas para brindar la protección necesaria a esta comunidad a fin de evitar riesgos para su vida e integridad personal.

4.5.2 Actuación procesal

El 27 de diciembre de 2011, la Fiscalía Local 11 de Tumaco inició la indagación por los hechos ocurridos en la Vereda de Piedra

272 Unidad Indígena del Pueblo Awá (UNIPA).

273 Reglamento de la CIDH, artículo 25.1 “En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que el Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente”.

Verde, contra cinco (5) integrantes de “Los Rastrojos” capturados en flagrancia por miembros del Ejército Nacional, a los cuales el mismo día se les imputaron los cargos de homicidio agravado, secuestro simple, acceso carnal violento, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, y se les impuso medidas de aseguramiento de detención preventiva. Posteriormente a la audiencia de imputación de cargos, se amplificó la acusación agregando los delitos de tortura, concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado en concurso con el delito de desplazamiento forzado. El 24 de febrero del 2012, a la solicitud de la representante de la víctima, se asignó el caso a la Unidad de DDHH y DIH de la Fiscalía 4 Especializada de Tumaco²⁷⁴.

La representación de las víctimas, basada en argumentos de seguridad para los sobrevivientes, víctimas y los testigos, y para facilitar o asegurar que pudieran comparecer al proceso cuando fueran requeridas, presentó una solicitud a fin de que se asignara un Juzgado de Pasto como competente para la realización de las audiencias dentro del proceso. Esta petición fue rechazada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto argumentando que no encontraba pruebas que las “víctimas testigos estén suportando, en estos momentos, amenazas directas para que se abstengan de participar en desarrollo del juicio oral”²⁷⁵.

El escrito de acusación fue presentado por la Fiscalía 4 Especializada de Tumaco el 24 de abril del 2012 y la audiencia de acusación se programó ante el Juzgado Único especializado de Tumaco para el 3 de mayo del mismo año. Entre el mes de mayo 2012 hasta el mes de enero de 2013, cuando se realizó finalmente la audiencia de acusación, esta diligencia fue aplazada diez (10) veces: cuatro (4) veces a solicitud de la defensa, cuatro (4) veces a solicitud de la Fiscalía, incluyendo el cambio de asignación del caso de la Fiscalía 4 Especializada de Tumaco a la Fiscalía 87 Especializada de Pasto el 31 de junio del 2012. Dentro de estos aplazamientos, la representación de las víctimas fue obligada a solicitar una vez el aplazamiento porque no fue notificada oportunamente de la fecha de la audiencia, lo

274 Esta Fiscalía, de acuerdo a la información obtenida en la entrevista del coordinador regional de la Unidad de DDHH y DIH, estaba destacada para investigar casos contra sindicalistas por lo que se ha dado en llamarlas Fiscalía OIT.

275 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Sala de decisión penal. Sentencia del 7 de diciembre de 2012. Proceso No. 528356107497201100210-01., p. 6.

cual le imposibilitó desplazarse de la ciudad de Pasto a la ciudad de Tumaco. A pesar de la solicitud, la razón principal por la cual no se desarrolló la audiencia fue por inasistencia de la defensa²⁷⁶. También, la audiencia fue aplazada en una ocasión en razón del paro judicial al final del año 2012.

Finalmente, la audiencia de acusación se realizó el 16 de enero del 2013, es decir, pasaron más de ocho (8) meses desde la radicación del escrito de acusación.

La audiencia preparatoria fue programada por el Juzgado Único Especializado de Tumaco para el 12 de junio de 2013 sin que pudiera realizarse por aplazamiento. Entre el mes de junio de 2013 y julio de 2015, esta audiencia fue aplazada seis (6) veces: dos (2) veces a solicitud o por ausencia de la defensa, una (1) vez a la solicitud de la Fiscalía, y tres (3) veces porque no se contó con los medios técnicos apropiados y oportunos que permitieran establecer la conexión virtual entre el Juzgado y la cárcel San Isidro en la ciudad de Popayán, donde está recluido uno de los procesados. El 6 de julio de 2015, se aplazó una vez más y por la misma razón, por parte del Juzgado. El mismo Juzgado Único Especializado de Tumaco, dirigió una solicitud de autorización ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Pasto, a efectos de poder realizar estas audiencias en un lugar donde se cuente con el sistema de comunicación adecuado, es decir la ciudad de Pasto o la ciudad de Cali.

Hasta la fecha de este informe el Consejo Seccional de la Judicatura no ha dado respuesta. Sin embargo, el Juzgado decidió programar la audiencia para el 26 de noviembre de 2015. El 10 de diciembre del 2015, la audiencia fue aplazada nuevamente debido a la imposibilidad de establecer conexión con el Complejo penitenciario y carcelario de Popayán. La audiencia se programó para el 4 de febrero del 2016.

276 En este tipo de situaciones, se observa una interpretación restrictiva de la participación de las víctimas y sus representantes, y dado que no se les reconoce como sujetos procesales, sino como intervinientes, se considera que la inasistencia de la representación de la víctima no impide el desarrollo de las audiencias (artículo 37 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004 –CPP). Hechos de esta naturaleza implican una falta de acceso a la justicia en condiciones apropiadas o de conformidad con los estándares internacionales. Véase: ASFC. (2013). *Guerre juridique ou paix sans justice?; Guerra jurídica o Paz sin Justicia.* En Línea: http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_asf-rapport-colombie-2013-v5-lq-corr-pdf-45.pdf

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: Entre 23 y 25 de diciembre de 2011

Delitos presuntos: homicidio agravado, tortura, secuestro simple, acceso carnal violento, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, concierto para delinquir con fines de desplazamiento forzado en concurso con el delito de desplazamiento forzado.

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: pendiente de audiencia preparatoria

Vinculados: Cinco (5) personas a quienes se imputa su pertenencia al grupo paramilitar "Los Ratojos"

Condenas: Ninguna

4.6 Caso Señor GONZALO RODRÍGUEZ GUANGA

4.6.1 Hechos

El 23 de mayo de 2009, el Señor Gonzalo Rodríguez Guanga, miembro del pueblo indígena Awá, se desplazaba, junto con su esposa Tulia García²⁷⁷, por un sendero del sector Calví- Rosario en el municipio de Tumaco (departamento de Nariño), cuando fueron interceptados por miembros del Ejército Nacional. Según la declaración de la señora Tulia García, su esposo fue detenido por militares y acusado por los mismos de ser guerrillero. Luego de ello, la Señora Tulia García menciona que la separaron de su esposo para hacerle unas preguntas y minutos después escuchó disparos. Posteriormente, tras haber permanecido retenida por el Ejército, observó que su esposo ya estaba muerto. La señora Tulia relata que los militares establecieron un retén en la zona del sendero y no dejaban pasar a nadie y que momentos subsiguientes hicieron presencia en el lugar funcionarios de investigación de la Fiscalía (CTI) y se llevaron el cuerpo de su esposo para la ciudad de Tumaco.

²⁷⁷ Esta persona, junto con dos hijos, fue víctima de masacre (12 personas) ocurrida el 26 de agosto de 2009, por lo cual se condenaron miembros del grupo denominado "los cucarachos". Asimismo, una hermana de la víctima, Rosario Rodríguez García que también presenció los hechos, fue asesinada en abril de 2010, hecho atribuido también al mismo grupo.

Por su parte, los miembros del Batallón contraguerrilla N°93 de la III División Gualtal reportaron que el día 23 de mayo de 2009, se desarrolló la operación "Mosquetero" dentro de la orden de operaciones "Epicentro" y que en desarrollo de dicha operación militar, reportaron como muerto en combate al comunero indígena GONZALO RODRIGUEZ GUANGA.

4.6.2 Actuación procesal

La denuncia penal fue presentada por miembros del Ejército Nacional al mando de la operación "Mosquetero", el mismo día de los hechos, el 23 de mayo de 2009. En esa misma fecha, se dio inicio a la indagación por parte de la Fiscalía 31 Seccional de Tumaco. Tres días después, el día 26 de mayo, el Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar avocó conocimiento de la indagación e inició una investigación preliminar. La instrucción formal en la jurisdicción penal militar empezó el 2 de julio de 2009 contra un teniente y tres soldados.

El 9 de julio del 2010, se asignó la indagación a la Fiscalía 5 Seccional de la Unidad de Vida de Pasto. Esta Fiscalía realizó varias actividades en el marco de esta investigación preliminar, tales como entrevistas a familiares y testigos para practicar una reconstrucción de los hechos, levantamiento topográfico, investigación de todo lo relacionado con el operativo militar dentro de la operación "Mosquetero", así como ordenar el levantamiento del cadáver y la necropsia. Una hipótesis de investigación indicaría que la muerte de la víctima podría corresponder a una ejecución extrajudicial; La Fiscalía 5 Seccional Unidad de Vida de Pasto, al verificar en el Sistema que se adelantaban dos indagaciones por los mismos hechos en dos Fiscalías (Fiscalía 38 Especializada de Cali, y 5 Seccional de Pasto), remitió la actuación a la Fiscalía 38 Especializada de Cali.

En septiembre de 2010, se ordenó oficiosamente el cambio de Fiscalía a cargo de la investigación, asignación que recayó en la Fiscalía 38 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH de Cali. A pesar de las diferentes solicitudes presentadas, la representación de víctimas solamente tuvo acceso al expediente de la Fiscalía Especializada 38 en noviembre del 2012. En el segundo trimestre del 2013, el Procurador asignado al caso presentó una petición a la Fiscalía Especializada 38 de Cali, solicitando fijar fecha para la imputación de cargos, solici-

tud que no obtuvo ningún tipo de respuesta. En el mismo sentido, en el curso del año 2014, la representación de víctimas presentó solicitud a la Fiscalía de hacer imputación de cargos, oportunidad en que tampoco se obtuvo respuesta.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 23 de mayo de 2009

Delitos presuntos: No se han precisado, aunque se tiene como base de investigación el homicidio que no se ha especificado por la falta de imputación

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: indagación

Vinculados: Ninguno

Condenas: Ninguna

4.7 Caso Señor HERMINSUL PASCAL PAÍ

4.7.1 Hechos

El 9 de mayo de 2006 en el sector Gran Sábalito del Municipio de Tumaco, según los familiares, fue desaparecido el comunero indígena Herminisul Pascal Paí. Ese día, en el sector se presentaron operaciones militares por parte de la Compañía Boa del Batallón Contra el Narcotráfico N°02 Coyaima, en la cual se reportó que habrían combatido con guerrilleros de las FARC-EP y según la versión oficial militar, se reportaron tres supuestos guerrilleros no identificados como muertos en combate.

Según las declaraciones de la comunidad indígena, al escuchar el estruendo de los helicópteros y la acción militar, Herminisul Pascal Paí salió hasta el camino que conduce a su vivienda, cortando árboles para taponar la entrada de su casa y resguardar a su familia, a partir de este momento no se supo nada más de él.

En el mes de julio de 2011 la representación de víctimas solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación para ubicar el expediente o el radicado abierto a raíz de estos hechos, petición que fue remitida al Procurador Provincial de Tuma-

co, funcionario frente al cual la representación de víctimas pidió que solicitará la activación del Mecanismo de Búsqueda Urgente (MBU)²⁷⁸. Ante la insistencia de la representación de víctimas, por la falta de respuestas, el Fiscal 40 Local de Tumaco activó el MBU, y en agosto de 2013, se pudo establecer, mediante cotejo decodificar que una de las tres personas no identificadas y reportadas como muertas en combate correspondía al Señor Herminson Pascal Paí; sin embargo, era necesario que Medicina legal de Pasto confirmara fehacientemente ésta situación.

4.7.2 Actuación procesal

La denuncia penal se presentó el 9 de mayo del 2006 por miembros de la Compañía Boa del Batallón Coyaima contra el Narcotráfico. Este mismo día la Fiscalía 30 Seccional de Tumaco, inició indagación preliminar. Simultáneamente, el Juzgado 85 Instrucción Penal Militar de Larandia (Caquetá), solicitó la remisión de la investigación argumentando que era de su competencia²⁷⁹. El 31 de agosto del mismo año, la Fiscalía Seccional accedió a la solicitud del Juzgado de Instrucción Penal Militar y le envió el expediente. En la jurisdicción penal militar se archivó la indagación el 20 de julio de 2007 sin haber imputado cargos a nadie.

A comienzos del año 2009, la representante de la víctima presentó un derecho de petición al Instituto Nacional de Medicina Legal de Tumaco para que se hiciera la identificación de los restos del Señor Herminson Pascal Paí. En el curso del año 2011, ante la falta de respuesta, de nuevo se presentaron derechos de petición al Ins-

278 El MBU es un mecanismo específico de protección para las personas que se encuentran en situación de desaparición forzada, establecido en la ley 589 de 2000 y reglamentado por ley estatutaria 971 de 2005. En esta norma se establece en su artículo 1 que: "El mecanismo de búsqueda urgente es un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, *en forma inmediata*, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada". (Cursiva agregada).

279 La representación de víctimas no pudo sacar copias del expediente, pero según el documento No.120.239 se reportó "que los militares actuarán amparados en causales de ausencia de responsabilidad".

tituto Nacional de Medicina legal de Tumaco. Adicionalmente, el 30 de octubre del 2011, la representante de la víctima solicitó a la Fiscalía General de la Nación y a la Unidad de DDHH y DIH, reclamar la competencia de la indagación que se encontraba en el Juzgado 85 de Instrucción Penal Militar, mediante la interposición de un conflicto positivo de competencia.

El 8 de mayo de 2012, seis meses después de la solicitud, la Fiscalía General de la Nación comunicó que estudiaría la petición. El 24 de noviembre designó al Fiscal de DDHH de Neiva para que revisara el expediente de la jurisdicción penal militar y emitiera concepto sobre la solicitud de competencia. El 7 de diciembre de 2012 el Fiscal de Neiva emitió concepto desfavorable a la solicitud por considerar que aún no se había “descartado” que una de las víctimas correspondiera a Herminsul, por la falta de identificación.

Desde el 1 de junio de 2011 se solicitó la intervención de la Procuraduría Provincial para que se activara el MBU para ubicar el paradero de la víctima. El 12 de junio del 2013, la representación de víctimas, insistió al Fiscal 4 Local de Tumaco activar dicho mecanismo, a lo cual se accedió en julio del mismo año. Un mes después, se informó verbalmente a la representante de la víctima que el cuerpo de Herminsul Pascal Paí había sido identificado dentro de las tres personas reportadas en 2006, como muertas en combate, no identificadas por el ejército nacional en el marco de la operación antes descrita. Al final de mayo del 2014, se entregó finalmente a la representante de víctimas la copia del informe de plena identificación de la Unidad Básica del Instituto Nacional de Medicina Legal de Tumaco, en respuesta al derecho de petición presentado por la misma.

Con esta nueva información, la representación de las víctimas solicitó a la Oficina de Asignaciones Especiales Despacho Fiscal General de la Nación, el 27 de febrero del 2015, que se provocara conflicto positivo de competencia con la jurisdicción penal militar. De igual manera, gracias a la identificación del cuerpo de la víctima, se solicitó al Juzgado 85 de Instrucción penal militar en febrero y de nuevo en el mes de abril del 2015, el desarchivo de la indagación preliminar y la revocatoria del auto inhibitorio, solicitud que no recibió respuesta hasta la fecha.

Resumen situación general de las investigaciones

Régimen procesal: penal militar

Hechos: 9 de mayo de 2006

Delitos presuntos: no se ha determinado

Estado de la investigación penal: Archivada

Etapa: Indagación preliminar

Vinculados: Ninguno

Condenas: Ninguna

4.8 Caso Menor INDÍGENA DEL PUEBLO AWÁ

4.8.1 Hechos

El 30 de julio del 2006, un comunero indígena del pueblo Awá del resguardo Gran Rosario, menor de edad, salió de su residencia ubicada en la zona rural del municipio de Tumaco, al parecer para cobrar el jornal e ir a visitar a una novia cerca del km 80 de la carretera. Según los testigos, en horas de la noche, se encontraba en una cantina cuando militares lo detuvieron y lo llevaron hasta el Km 82 donde habría sido privado de su derecho a la vida y presentado como guerrillero muerto en combate. Según la versión oficial militar, encontraron al joven con un revólver Smith Weston calibre 38 corto, 4 cartuchos calibre 38 sin disparar, una granada, 10 metros de cordón detonante, un radio GP-300 marca Motorola sin antena y batería para el radio.

Según la declaración de su madre, la señora Esperanza Nastacuas, una vez que su hijo no regresó a su casa esa noche, ella informó a las autoridades indígenas, quienes emprendieron la búsqueda del menor. En la Fiscalía les informaron que no estaba detenido, pero que el Ejército había llevado un muerto en combate esa misma noche. La madre, acompañada del gobernador del resguardo de Gran Rosario, identificaron a la persona reportada como muerta en combate, como el hijo desaparecido de la Señora Esperanza Nastacuas.

4.8.2 Actuación procesal

La denuncia penal fue presentada el 31 de julio del 2006 por el Sargento Primero Willintong Mafla Franco y el Mayor Jorge Eliecer Duran Rey, Comandante de la Fuerza de Tarea Conjunta Palmares. El mismo día se asignó la indagación a la Fiscalía 31, Seccional de Tumaco. El 2 de agosto del 2006, se realizó el acta de levantamiento del cadáver por parte del CTI. El 1 de diciembre del 2006, el Juzgado 91 de Instrucción Penal Militar de Ipiales avocó simultáneamente conocimiento de los hechos y empezó la indagación en relación con tres militares. Dos años después, el 7 de julio del 2008, el Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar de Tumaco avocó conocimiento de los hechos e inició una investigación preliminar. El 4 de febrero del 2009, se realizó la definición de la situación jurídica de una persona vinculada, determinando que no impondría medida de aseguramiento. En marzo del mismo año se ordenó la vinculación de otra persona a la investigación y el 1 de diciembre de 2009, el Juez 89 de Instrucción Penal Militar, remitió la investigación a la Unidad Seccional de Fiscalías de Tumaco, reconociendo que de acuerdo con los elementos probatorios disponibles, entre otros, la declaración de la madre de la víctima, existen dudas en torno a la circunstancia de si los delitos fueron cometidos en relación con el servicio, y por ello se reconoce la competencia de la justicia ordinaria para continuar.

El 1 de diciembre del 2010, la Fiscalía 27 Seccional de Tumaco avocó conocimiento del proceso por el delito de homicidio en contra de dos miembros del ejército y el mismo día remitió el caso a la Fiscalía 31 Seccional de Tumaco.

Otro punto que se debe tener en cuenta es que en el municipio de Tumaco, para el año 2011, tan solo existía una Fiscalía Especializada competente para la investigación de éste tipo de delitos (Fiscalía 4 Especializada), y que el Juzgado Único Penal Especializado de Tumaco, hasta diciembre de 2015, era un Juzgado de Descongestión, cuyo funcionamiento dependía de circunstancias administrativas y presupuestales de la Rama Judicial.

El 17 de noviembre del 2011, ante la falta de impulso de la investigación por la Fiscalía, la representante de la víctima presentó

una solicitud al Fiscal 31 para que remitiera la investigación a la Unidad de DDHH y DIH. El 23 del mismo mes se reiteró dicha solicitud ante la Unidad de DDHH y DIH y a la Fiscalía General de la Nación. Considerando los pocos avances en la investigación, en mayo del 2012, se presentó de nuevo la solicitud conjuntamente por parte de la representante de la víctima y el CCAJAR²⁸⁰, la cual obtuvo respuesta positiva.

En octubre del 2012, se remitió el proceso a la Fiscalía 70 Especializada, Unidad Nacional de DDHH y DIH de Cali, por competencia territorial. Uno de los defensores presentó el 20 de mayo de 2013 una solicitud de devolución de las diligencias a la jurisdicción penal militar. Dicha solicitud fue rechazada por la Fiscalía 70 Especializada Unidad Nacional de DDHH y DIH de Cali, mediante una resolución interlocutoria y remitió las diligencias al Consejo Superior de la Judicatura, el cual confirmó la competencia de la justicia ordinaria para investigar el presente caso. A la fecha de publicar el presente informe, el caso sigue bajo la indagación de la Fiscalía 70 Especializada de Cali, es decir que se encuentra pendiente la vinculación mediante indagatorias de todos los militares implicados, especialmente de quien se encontraba al mando de la Compañía.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 600 de 2000

Zomento de los hechos: 30 de julio de 2006

Delitos presuntos: Homicidio en persona protegida en concurso con el secuestro simple agravado.

Estado de la investigación penal: activa

Etapa: Instrucción

Vinculados: dos suboficiales (soldados)

Condenas: Ninguna



4.9 Caso Joven JULIÁN OVIEDO MONROY

4.9.1 Hechos

JULIÁN OVIEDO MONROY, era un joven de 19 años de edad proveniente de una familia sin recursos económicos del municipio de Soacha (Cundinamarca). No estudiaba, y a la fecha de su muerte se encontraba sin trabajo, ocupándose laboralmente donde le ofrecieran, es decir, actividades múltiples dentro de la legalidad. No tenía antecedentes penales, era un muchacho sin ningún tipo de adicción a las drogas, que vivía con su madre, padre y hermanos.

Según las declaraciones de la familia, el 2 de marzo de 2008 en horas de la noche y después de recibir una llamada telefónica, JULIÁN OVIEDO MONROY salió de su casa porque le habían ofrecido un trabajo. Dijo que le guardaran su comida porque regresaría pronto y desde ahí su familia no lo volvió a ver con vida. Al día siguiente, 3 de marzo, según la versión oficial militar, en el municipio de Villa Caro, vereda Aguas Blancas, departamento Norte Santander se presentó un supuesto enfrentamiento entre el Ejército nacional y dos presuntos integrantes del ELN, dentro del cual resultó muerto JULIÁN OVIEDO MONROY.

4.9.2 Actuación procesal

El 2 de junio del 2009, ante el Juez de Garantías, se realizaron diligencias de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, a petición de la Fiscalía Especializada 19 Delegada ante la Unidad de DDHH y DIH, contra 19 militares relacionados con el homicidio del joven JULIÁN OVIEDO MONROY. Mediante esta audiencia se les imputó a todos los militares los delitos de desaparición forzada, concierto para delinquir, homicidio agravado, y falsedad ideológica en documento público, al cabo de la cual, salvo uno de los soldados, se les impuso medida de aseguramiento.

La Fiscalía Especializada radicó el escrito de acusación el 1 de julio de 2009, y el Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca convocó la audiencia de acusación para el 29 de julio de 2009, la cual fue aplazada a solicitud de un defensor. El 4 de agosto

de 2009 se pretendió continuar con formulación de acusación, día en que se presentó solicitud de nulidad por la defensa, la cual se resolvió negativamente en la sesión de continuación de la audiencia el día 6 de agosto de 2009. El 17 de septiembre de 2009, se decidió la apelación de nulidad presentada por la defensa y el expediente regresó al juzgado de conocimiento el 22 de septiembre de 2009. La audiencia de acusación se terminó finalmente el 26 de octubre de 2009, y se convocó la audiencia preparatoria para el 27 de noviembre del mismo año.

La audiencia preparatoria se aplazó a solicitud de la defensa y se reprogramó para el 23 de febrero de 2010, la cual de nuevo se impidió por la renuncia al poder de uno de los defensores. En febrero y abril del 2010, se aplazó de nuevo la audiencia a solicitud de un defensor y se convocó para el mes de junio del mismo año. La diligencia nuevamente se frustró por inasistencia de la nueva apoderada de uno de los procesados. Por este hecho, se compulsaron copias para investigación disciplinaria contra la defensora. Se fijó nueva fecha para la audiencia los días 8, 9 y 10 de junio, que no se pudo llevar a cabo por inasistencia de una defensora, hecho por el cual se compulsaron copias para investigación disciplinaria a la abogada.

Ante esta situación, la Juez 2 Penal del Circuito Especializada de Cundinamarca, solicitó al Consejo Seccional de la Judicatura (entidad competente para investigar disciplinariamente la conducta de las y los abogados) que tramitara bajo una sola cuerda procesal la actuación disciplinaria originada por las diferentes compulsas de copias dentro del mismo proceso, habida cuenta que todas ellas habían causado traumatismo a la actuación por cuanto habían impedido el buen curso del proceso.

El 28 de junio del 2010, se aplazó nuevamente la audiencia preparatoria, resultado de la renuncia al poder de una defensora. Finalmente, se logró iniciar la audiencia de acusación los días 28 y 29 de junio y se continuó el 28 y 29 de julio de 2010, hasta que se solicitó, por parte de la defensa nuevamente aplazamiento, por lo que se convocó su continuación entre el 27 de septiembre y el 1 de octubre de 2010. El 28 de septiembre la defensa presentó solicitud de nulidad, argumentando que se presentó un cambio del orden previsto para la realización de la audiencia preparatoria, lo cual habría vulnerado el

derecho al debido proceso. La juez de conocimiento no accedió a la solicitud por lo que se interpuso recurso de apelación por la defensa, razón por la cual se suspendió la actuación. El Tribunal Superior, juez de segunda instancia, confirmó la decisión de primera instancia.

El día 8 de noviembre de 2010, se reanudó la audiencia preparatoria, en la cual un defensor elevó solicitud de conexidad entre este proceso y aquel en el que se estaban juzgando los homicidios de ELKIN GUSTAVO VERANO y otro joven de Soacha. Dicha solicitud es decidida en sentido favorable por la juez de conocimiento, con oposición de la Fiscalía, Ministerio público y la representación de la víctima. El Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la decisión de la juez de conocimiento.

El 7 de febrero de 2011 se reinició la audiencia, presentándose de nuevo la petición de conexidad, a la cual hubo oposición de la representación de las víctimas, el representante del Ministerio Público y la Fiscalía. Esta vez la petición se resolvió desfavorablemente por la juez de conocimiento por incumplimiento de la carga argumentativa del apoderado solicitante. La decisión fue apelada por la defensa y de nuevo se suspendió la actuación. El Tribunal Superior revocó la decisión y en su lugar decretó la conexidad solicitada.

En el curso de los meses de marzo, abril y mayo de 2011 se continuó la audiencia preparatoria de los procesos acumulados por conexidad, la cual se interrumpió los días 27 y 30 de mayo por solicitud de aplazamiento de la defensa. El 31 de mayo de 2011, una de las defensoras planteó recusación contra la juez de conocimiento, diligencia que provocó una nueva suspensión de la actuación, a pesar de que la Fiscalía, el Ministerio Público y la representación de las víctimas se opusieron a la misma.

El 7 de septiembre del 2012, mediante un auto del Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, se programó el juicio oral, el cual debería iniciarse el día 18 de diciembre de 2012, y “desarrollar[se] desde esa fecha y hasta el 30 de mayo de 2013, de manera interrumpida de lunes a jueves, en días hábiles, y a partir de las 8:00 a.m., con la única excepción de la semana santa, por ser vacancia judicial”²⁸¹. El 18 de diciembre de 2012, se inició el juicio oral,

²⁸¹ Auto de 7 de septiembre de 2012, Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, Radicado 2008-00032 conexo con 2008-00033.

el cual se suspendió hasta agosto 2013. El juicio oral, se continuó en los meses de marzo, mayo, julio, agosto y noviembre de 2014 e igualmente en el 2015 se realizaron varias sesiones de audiencia, culminándose las pruebas de la Fiscalía y la representación de víctimas en octubre. En el mes de noviembre el juicio de nuevo es suspendido, dado que los testigos de la defensa no acudieron a rendir su declaración. A la fecha de publicación del presente informe, el juicio oral se continúa.

Resumen situación general de las investigaciones

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Hechos: 2 de marzo de 2008

Delitos presuntos: Desaparición forzada, Concierto para delinquir, Homicidio agravado, y Falsedad ideológica en documento público

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Juicio

Vinculados: 2 (dos) oficiales y 16 (dieciséis) suboficiales

Condenas: Ninguna

4.10 Caso Señor DUVÁN DUQUE DUQUE

4.10.1 Hechos

El 24 de octubre de 2007, en la vereda llamada Quebrada Seca de Samaná (Caldas), hacia las 11:00 de la mañana, DUVÁN DUQUE DUQUE se dirigía a solucionar dificultades con el agua de su residencia, para lo cual tenía que desplazarse aproximadamente siete cuadras para conectar unas mangueras que transportarían el líquido. Según las declaraciones de los familiares de la víctima, en el camino se encontró con personal uniformado que se identificaba ante la comunidad como tropas del Ejército, quienes le dispararon sin mediar palabra.

El cuerpo sin vida de la víctima fue trasladado hacia otro sitio y enterrado como sin identificar (NN), luego de reportarse su muerte como una baja en combate.

De acuerdo con el testimonio de sus familiares, la víctima era comandante de milicias de las FARC-EP, quien visitaba con frecuencia

a su esposa. Según el testimonio de personas que tuvieron conocimiento directo de lo ocurrido, el corte de agua fue provocado por miembros del Ejército para llevar a Duván Duque hacia el lugar donde se encontraba la tropa que acabó con su vida.

Las indagaciones de la Fiscalía indicarían también que el Ejército, desde días antes, venía haciendo seguimiento y vigilancia a la víctima y a su familia con acompañamiento de desertores de las FARC-EP.

De acuerdo con el protocolo de necropsia practicado a la víctima, se tiene que la misma presentaba una lesión con tatuaje en el rostro, lo que indica que recibió un impacto de proyectil de arma de fuego a corta distancia. Este tipo de lesiones no se esperan encontrar como producto de un combate.

4.10.2 Actuación procesal

El 23 de septiembre del 2010, se presentó la denuncia penal por desaparición forzada y se solicitó información a diferentes autoridades para ubicar el expediente. En octubre del mismo año, se informó a la representación de víctimas que existía un caso de un hombre sin identificar reportado muerto en combate para la fecha mencionada, el cual podría corresponder a la víctima reportada como desaparecida. La investigación de los hechos fue conocida por la Fiscalía 4 Seccional del municipio de La Dorada, departamento de Caldas e inmediatamente después fue remitida a la jurisdicción penal militar por competencia, según la información transmitida a la representación de la víctima el 7 de octubre de 2010²⁸².

En noviembre de 2010 la representación de víctimas solicitó información a la Fiscalía 4 Seccional de la Dorada, así como al Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, del Batallón de Infantería Ayacucho de Manizales, a donde se remitió la investigación por la Fiscalía, con el fin de identificar si el cadáver mencionado correspondía al Señor Duque Duque. En primer lugar se obtuvo respuesta del Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, según la cual no se había logrado identificación del cadáver. Sin embargo, varios meses más tarde el mismo Juzgado informó que la víctima fue identificada como Duván Duque

282 Oficio DNF 18709.

Duque.

El 23 de Octubre de 2012, el Fiscal 5 Especializado de la Unidad de DDHHH y DIH solicitó al Juez 57 de Instrucción Penal Militar, que remitiera el proceso a la Justicia Ordinaria, solicitud que no fue aceptada por el Juez Penal de Instrucción Militar, provocándose conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura, quien mediante decisión del 16 de enero de 2013, asignó la competencia a la jurisdicción penal militar. En mayo de 2013, se presentó una acción de tutela por vía de hecho, contra la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, acción que fue negada por parte del Consejo Seccional de la Judicatura. El 5 de agosto del 2013, se presentó sustentación del recurso de apelación contra negativa de la tutela por vía de hecho. Finalmente, el 5 de julio del 2014 el Consejo Superior de la Judicatura comunicó la decisión que decidió revocar y ordenar la radicación de la competencia en la jurisdicción ordinaria.

Durante los años 2014 y 2015 la Fiscalía ha dado órdenes a policía judicial, a través de las cuales se ha logrado el recaudo de evidencia probatoria importante para el caso.

A la fecha, no se ha efectuado imputación de cargos contra ningún militar o civil, pese a que se han ido esclareciendo responsabilidades en los hechos.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 24 de octubre de 2007

Delitos presuntos: No se ha determinado

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Indagación

Vinculados: Ninguna persona

Condenas: Ninguna

4.11 Caso “CHUZADAS DEL DAS”

4.11.1 Hechos

En noviembre de 2010, distintas organizaciones de DDHH y personas víctimas elaboraron y presentaron una denuncia penal en contra del ex mandatario Álvaro Uribe Vélez, por la “masiva y sistemática campaña de persecución por motivos políticos que incluyó la comisión de delitos y la realización de actividades de inteligencia y contrainteligencia ilegales y que estuvo dirigida a “neutralizar” a una amplia variedad de ciudadanos y ciudadanas que desde diferentes ámbitos del alto gobierno eran considerados “enemigos de la seguridad democrática””. La denuncia se presentó por los delitos de Concierto para cometer crímenes de lesa humanidad, Tortura y Persecución por motivos políticos²⁸³.

283 Por estos hechos la CSJ condenó a la exdirectora del DAS, María de Pilar Hurtado, a catorce (14) años de prisión y al ex director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, Bernardo Moreno, a la pena de ocho (8) años. En los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las víctimas se sostiene que el expresidente Álvaro Uribe Vélez habría conformado un aparato organizado de poder para obtener información de manera ilegal con el fin de neutralizar a sus opositores. Frente a la petición elevada por uno de los representantes de víctimas para que se inicie investigación contra otros altos funcionarios de la Presidencia de la República, incluido el entonces mandatario (y teniendo en cuenta que varios de los testigos hicieron referencia directa a la participación de estos en el delitos) la Corte tramitó dicha solicitud ante las autoridades competentes. En el caso del expresidente, conforme al fuenro, la solicitud fue traslada a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, para su respectiva investigación. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 28 de abril de 2005. MP. Fernando Alberto Castro Caballero & Eugenio Fernández Carlier. Rad. 36784.) También, en relación con las actividades ilegales, la CSJ condenó al ex Director del DAS, Jorge Noguera, a la pena de veinticinco (25) años de prisión por considerar que este alto funcionario puso al DAS al servicio del paramilitarismo, para convertirlo en una estructura criminal que les suministraba y facilitaba elementos técnicos, insumos económicos y blancos. En particular, en el caso del homicidio del profesor Alfredo Correa de Andreis, la Corte confirmó la existencia de dos aparatos organizados de poder, uno estatal -DAS -, en cuya cúpula se encontraba el condenado y otro ilegal -Bloque Norte de las AUC- comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, mientras el primero a través de sus funciones de inteligencia y de policía judicial, fabricó un montaje para hacerlo ver como subversivo, el segundo ejecutó a un falso guerrillero. También, durante el proceso penal, el apoderado de las víctimas solicitó expedir copia para investigar al expresidente de la República, por cuanto en su criterio estos crímenes y todos los demás que se presentaron contra periodistas, políticos de oposición, sindicalistas e incluso jueces, tienen como origen su política de seguridad a nivel estatal y nacional; en este caso, la Corte no encontró motivos para aceptar la petición. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de septiembre de 2011, MP. Alfredo Gómez Quintero. Acta núm. 331).

En su informe titulado “Guerra jurídica o paz sin justicia”, publicado en 2013, ASFC reportó que el escándalo denunciado y conocido como las “chuzadas del DAS” por los medios de comunicación colombianos, demostró una operación de espionaje a gran escala del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), dirigida contra jueces, defensores de derechos humanos, miembros de partidos de oposición, periodistas, sindicalistas y representantes de ONG internacionales. Las investigaciones realizadas demostraron que los abogados representantes de víctimas de graves violaciones de derechos humanos o defensores de procesados por delitos relacionados al conflicto armado, recibieron una atención particular de parte de los agentes del DAS. Se reportó que las acciones de esta operación no se limitaron a interceptar sus conversaciones telefónicas y electrónicas, sino que también los agentes de inteligencia se introdujeron en sus residencias y siguieron a miembros de sus familias²⁸⁴.

4.11.2 Actuación procesal

La indagación preliminar se inició el 21 de octubre de 2010 por la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes²⁸⁵. En varias ocasiones se solicitó el reconocimiento como parte civil en este proceso por la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos y la Comisión Colombiana de Juristas. En abril de 2015 se admitieron demandas de constitución de la parte civil y se ordenaron pruebas.

284 ASFC. (2013). *Guerre juridique ou paix sans justice?; Guerra jurídica o Paz sin Justicia*, Original en francés, p. 19.

285 La Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes está compuesta por 15 miembros. Es la encargada de preparar proyectos de acusación cuando hubiera causas constitucionales al Presidente, a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Igualmente, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación. Congreso Visible. En Línea en: <http://www.congresovisible.org/comisiones/26/>

286 ASFC. (2013). *Guerre juridique ou paix sans justice?; Guerra jurídica o Paz sin Justicia*, Original en francés, p. 21.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: Aproximadamente entre 2002 y 2008²⁸⁶

Delitos presuntos: No se han establecido

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Indagación

Vinculados: Ninguna persona

Condenas: Ninguna

4.12 Caso Señores DANIEL ALEXANDER MARTÍNEZ Y DIEGO ARMANDO GIRALDO

4.12.1 Hechos

El 6 de febrero de 2008, fueron trasladados desde el municipio de Soacha (Cundinamarca), hacia el departamento de Norte de Santander, Diego Armando Marín Giraldo, Daniel Alexander Martínez y JSB (menor de edad), con promesas de trabajo. Los tres fueron asesinados dos días después, presentándolos como presuntas muertes en combate.

El traslado fue efectuado por un civil al servicio de militares acantonados en Ocaña, Alexander Carretero Díaz, bajo un mismo modus operandi respecto de múltiples hechos cometidos contra otras víctimas de Soacha y otras partes del país.

Los jóvenes víctimas se encontraban desempleados y pertenecían a familias humildes de la referida municipalidad.

4.12.2 Actuación judicial

A través de varias órdenes a policía judicial, la Fiscalía ha recaudado diversos elementos probatorios.

Para el día 10 de noviembre de 2015 se citó a audiencia de imputación, sin embargo la misma no se llevó a cabo por cuanto no cumplieron la citación la totalidad de los militares presuntamente implicados en los hechos.

Al igual que otros casos de Soacha, éste fue inicialmente conocido por la justicia castrense, sin embargo, una vez se conoció, a través de los medios de comunicación, el escándalo de las ejecuciones extrajudiciales contra jóvenes de Soacha, la Fiscalía inició labores de indagación.

Hasta el momento, no se ha presentado colisión o conflicto de competencia, lo cual puede ocurrir una vez se efectúe la imputación, como ocurrió en otro de los llamados casos de Soacha.

La investigación se encuentra actualmente en cabeza del Fiscal 97 de la Dirección nacional de derechos humanos con sede en Bogotá, por los delitos de homicidio agravado, desaparición forzada y falsedad en documento público.

La imputación de cargos se efectuará sobre 11 militares, entre ellos 1 coronel, entonces comandante del Batallón de infantería Francisco de Paula Santander.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 6 de febrero del 2008

Delitos presuntos: Homicidio agravado, desaparición forzada y falsedad en documento público

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Investigación (pendiente audiencia de imputación de cargos)

Vinculados: 10 militares, 1 coronel

Condenas: Ninguna

4.13 Caso MUJER INDÍGENA

4.13.1 Hechos

El 10 de junio de 2009, a las 20:00 horas, militares adscritos a la Tercera Brigada del Ejército Nacional, retuvieron a una mujer indígena de 22 años de edad cuando se dirigía a su casa, ubicada en la vereda La María, del municipio Jambaló (Cauca). Según las declaraciones de la víctima y los elementos probatorios disponibles, uno de los militares que estaba bajo los efectos de marihuana la tomó por la fuerza, le rasgó el pantalón y la accedió carnalmente. Según las manifestaciones de la víctima, los superiores jerárquicos de los agresores sexuales intentaron convencer a la mujer de no denunciar ofreciéndole cien mil pesos (\$100.000) antes de subirla en el transporte (chiva) que la conduciría a su casa, pero ésta se negó a aceptar la oferta.

Luego de denunciar lo sucedido ante la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de la Fiscalía General de la Nación, de Santander de Quilichao, la mujer y su familia fueron objeto de numerosas amenazas contra sus vidas e integridad. Esta situación obligó a la mujer a abandonar su hogar para huir de las amenazas. El desplazamiento forzado causado por estas amenazas inició el 3 de mayo del 2010. Ante tal situación, la CIDH, el 11 de mayo del 2010, decretó medidas cautelares a favor de la mujer indígena y sus hijos, solicitando al Estado colombiano, entre otros, adoptar medidas urgentes para la protección de los derechos a la vida y la integridad, y adelantar acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos²⁸⁶.

En el marco de las diligencias de investigación, los militares implicados reconocieron haber tenido relaciones sexuales con la víctima, pero alegaron que fueron de manera consentida.

4.13.2 Actuación judicial

Entre la fecha de los hechos en 2009 y el año 2013, la Fiscalía 38 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH de Cali realizó la investigación preliminar, al cabo de la cual no se hizo ninguna acusación.

287 CIDH, MC 141-10 – X y sus dos hijos, Colombia.

En julio 2013, el Magistrado Víctor Manuel Chaparro Borda de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en salvamiento de voto a fallo de acción de tutela presentado por parte de la representación de víctima²⁸⁷, expresó que ante la inacción de más de 3 años, la Fiscalía ha vulnerado el derecho de petición de la mujer indígena y su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Además, se demostró que la Fiscalía ha impuesto a la víctima la carga de prueba sin adelantar ninguna gestión para garantizar su derecho a la justicia, y que se ha revictimizado a la víctima imponiendo la carga de probar que las relaciones fueron sin consentimiento.

Después de diversas acciones procesales por parte de la representación de la víctima, los días 28 y 29 de mayo del 2014, se realizó la audiencia de imputación de cargos contra dos militares por el delito de acceso carnal violento en persona protegida; sin embargo, la Fiscalía no solicitó la imposición de medidas de aseguramiento. Pese a ello, el 29 de mayo, el Juzgado 20 Penal Municipal con funciones de control de garantías decidió imponer medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria en contra de uno de los militares, mientras el Juzgado 26 Penal Municipal con funciones de garantías decidió no imponer medidas de aseguramiento contra el otro procesado.

El 25 de agosto de 2014, la Fiscalía 38 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH radicó el escrito de acusación contra un militar por el delito de acceso carnal violento en persona protegida. Sin embargo, el otro militar implicado, quien confesó el hecho en el proceso disciplinario, argumentando que la víctima consintió las relaciones sexuales, y contra quien se elevó pliego de cargos en su contra por parte de la Procuraduría Provincial de Popayán, no fue imputado por los hechos. Según las declaraciones hechas dentro del proceso disciplinario, se reconoció que solo el militar, que todavía no es imputado dentro del proceso, cometió el hecho, mientras el militar actualmente imputado reconoció haber realizado actos de encubrimiento solamente. En noviembre del mismo año, se asignó la investigación a un nuevo Fiscal Especializado y se solicitó verbalmente por parte de este Fiscal a la representación de víctima de proceder a una evaluación psicológica de la víctima, solicitud a la cual se opuso la representación de la víctima.



En el primer trimestre de 2015, se realizaron tres reuniones entre la Fiscalía y la representación de víctima para la preparación de la audiencia preparatoria. El 17 de abril de 2015, se citó por escrito a la víctima para realizar pruebas psicológicas, citación a la cual se opuso nuevamente la representación de la víctima, para preservar los derechos de la mujer de no ser revictimizada y también por cuestiones de seguridad. A la fecha de la publicación no se ha realizado la audiencia preparatoria, y el proceso sigue en la etapa de investigación de la Fiscalía.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 10 de junio de 2009

Delitos presuntos: acceso carnal violento en persona protegida

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Acusación

Vinculados: Ejército Nacional, Tercera Brigada, dos suboficiales – soldados

Condenas: Ninguna

4.14 Caso Menor N.M.B²⁸⁸

4.14.1 Hechos

El 28 de septiembre del 2012, en la vereda El Pedregal del municipio de Caloto (Valle del Cauca), un joven de 15 años de edad fue desaparecido en el marco de intensos enfrentamientos que se libraron entre el Ejército Nacional y las FARC-EP, en zona rural. Este día, los familiares del menor lo esperaban en su casa después que terminara sus labores de agricultura, sin que tuvieran noticias de su paradero. El sábado 29 de septiembre de 2012, al ver que no regresaba, la familia inició la búsqueda del joven N.M.B. ante la Fiscalía, la Alcaldía y la Policía municipal de Caloto, sin obtener resultados. Luego de tres días de búsqueda, el 2 de octubre fue entregado el cadáver del menor a sus familiares en el Instituto de Medicina Legal de Cali. Según las declaraciones de los familiares y los elementos pro-

²⁸⁹ El nombre de la víctima en este caso no se menciona considerando que era menor a la fecha de los hechos.

batorios disponibles, el cadáver de la víctima, vestido con uniforme de camuflaje, presentaba signos de tratos crueles: heridas, ausencia de la lengua y coceduras en todas las extremidades.

El menor fue presentado por los medios de comunicación y autoridades militares²⁸⁹ como integrante de la guerrilla, conocido con el alias de "Yair", muerto en combate. Según la versión oficial militar, y reportada a los medios de comunicación, la víctima pertenecía a la guerrilla desde hacía 10 años y era parte de la seguridad de un Jefe insurgente. Dada la edad de la víctima, la información divulgada significaba que se hubiera integrado a la insurgencia desde los 5 años de edad.

La víctima era residente de la vereda El Pedregal de Caloto y parte del grupo de personas cobijadas con medidas cautelares, decretadas por la CIDH el 13 de agosto del 2010²⁹⁰.

Los registros militares dan cuenta que los hechos se presentaron en el marco de una "operación militar"²⁹¹ que se dio "cumpliendo una orden legítima del servicio y que guarda relación directa con el mismo (...) consistente en desarrollar y sostener operaciones de acción ofensiva (desarticulación) con dos compañías, estableciendo el esfuerzo principal (en las veredas de El Vergel, el Pedregal, el Placer, Venadillo, Pajarito, el Credo, los Chorros, la Buitrera, la Chivera, los colegios del municipio de Caloto-Cauca, sobre la estructura narcoterrorista denominada Sexto frente de la ONT FARC-EP". (Destacado agregado).

Resulta sorprendente que según lo consignado en el informe, cuya parte se resaltó, los miembros de la fuerza pública consideren una operación legítima, la que se realiza sobre bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, como lo son las escuelas o colegios²⁹². Expresamente, en el Oficio No. 1123 del 28 de noviembre

290 Ver: En combates en Caloto, Cauca, murió guerrillero de las FARC. (30 de septiembre de 2012) En *El tiempo*. En línea en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12268273>

291 CIDH. MC 97-10 - 179 Familias de las Veredas El Vergel y El Pedregal, departamento del Cauca, Colombia.

292 La Orden Fragmentaria No. 001 "SATURNO" a la Orden de Operaciones No. 0017 "SOCRATES" al Plan Operacional "ARTEMISA" de la Brigada Móvil No. 14 de la Tercera División del Ejército, adscrita al Comando Conjunto No. 2 "PACIFICO".

293 Colombia Ley 599 de 2000), artículo 156.



de 2012, el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar hace referencia a estas particulares circunstancias del operativo.

4.14.2 Actuación procesal

La indagación de estos hechos está a cargo de la Fiscalía 41 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH de Cali desde 2014. Desde entonces, la Fiscalía realizó varias diligencias en el marco de la investigación como declaraciones de testigos, aunque no ha imputado cargos contra ninguna persona.

En marzo del 2015, ante la inacción de las autoridades, el padre de la víctima solicitó un cambio de fiscal argumentando que el fiscal actual no ofrece las garantías suficientes para el restablecimiento de los derechos de la víctima. La representante de la víctima no pudo hacer esta solicitud porque la Fiscalía la denunció por violación de la reserva sumarial.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 28 de septiembre de 2012

Delitos presuntos: No se ha establecido

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Indagación

Vinculados: Ninguna persona

Condenas: Ninguna

4.15 Caso Señor ULPIANO ORTIZ FAJARDO

4.15.1 Hechos

El día jueves 9 de agosto de 2007 a las 4:00 de la mañana, Ulpiano Ortiz Fajardo salió de su casa de habitación ubicada en el casco urbano del municipio de Piendamó (Cauca), para realizar sus labores de compra de mercancía en la Galería “La 13”, ubicada en el barrio Alfonso López de la ciudad de Popayán, para luego ir a la Clínica La Estancia a visitar a su hijo Brayan David Ortiz Fajardo, quien se encontraba gravemente herido debido a un accidente de tránsito.

El mismo día, ULPIANO ORTIZ FAJARDO junto a Jairo Alexis Castro Concha, fueron privados de su derecho a la vida por militares adscritos al Batallón de Alta Montaña No. 4 GR Benjamín Herrera Cortes de la Vigésima Novena Brigada, en desarrollo de la Operación "Eclipse" Misión Táctica No. 70 "Antorcha II", Unidad Coral 4, aproximadamente a las 6:30 horas. Posteriormente, la fuerza pública presentó a la víctima como miembro del Ejército de Liberación Nacional (ELN) muerto en combate.

4.15.1 Actuación procesal

La investigación preliminar inició con el informe ejecutivo de la Policía Judicial de la Unidad Local de Timbío, presentado en agosto de 2007 a la Fiscalía Seccional de Popayán. En el mes de agosto, se realizaron varias diligencias por parte del Fiscal Local 2 de Timbío, entre ellas, la remisión de las actuaciones a la Fiscalía de Popayán. Finalmente, el 16 de agosto del mismo año, la Fiscalía 01-005 Delegada ante los jueces Penales del Circuito, Grupo Vida, remitió la investigación al Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de Popayán.

El 17 de febrero del 2014, la representación de la víctima presentó solicitud de colisión de competencia, con el fin de que la investigación fuera remitida a la jurisdicción ordinaria. El 30 de abril de 2014, la representación de la víctima interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con el fin de agilizar la remisión del proceso a la jurisdicción ordinaria, con fundamento en el derecho al debido proceso y los derechos de las víctimas. La decisión acogió la solicitud y amparó los derechos de las víctimas. En ésta se dispuso que en el término de 48 horas el Juzgado 54 Penal de Instrucción Penal Militar enviara el expediente a la Fiscalía 51 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH o al Consejo Superior de la Judicatura para la colisión de competencias. Ante la negativa del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de remitir la investigación a la Fiscalía especializada, el Consejo Superior de la Judicatura se pronunció el 12 de noviembre de 2014, sobre la colisión de competencia, y ordenó la remisión de la investigación a la jurisdicción ordinaria.

En 2015, la Fiscalía 51 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH continuó la investigación, sin embargo no se ha hecho ninguna imputación de cargos. Lo anterior a pesar de que se han recaudado

elementos materiales probatorios y evidencia física que esclarecen la forma como fueron reclutadas las víctimas; que las víctimas fueron puestas en situación de indefensión (boca abajo), la falsedad de los documentos militares y la calidad de civiles de la víctima. En septiembre del 2015, la representación de las víctimas solicitó copias del expediente, solicitud que fue en primer lugar rechazada por el Fiscal. Luego, el 26 de enero del 2016, se autorizó finalmente el acceso a las copias a la representación de las víctimas.

Resumen situación general del proceso judicial

Régimen procesal: Ley 906 de 2004

Momento de los hechos: 9 de agosto de 2007

Delitos presuntos: No se han establecido

Estado de la investigación penal: Activa

Etapa: Indagación

Vinculados: Ninguna persona

Condenas: Ninguna



Vinicio Muñoz Cáceres

Campesino de Sabana Torres

Departamento de Santander



Rafael Andrés Plata
Joven de Bucaramanga
Departamento de Santander



Foto: Cédula de Ciudadanía

**Herminsul Pascal Paí
Comunero indígena Awá¹
Gran Sábalo
Municipio de Tumaco
Departamento de Nariño**

**Comunidad indígena Awá de Panelero
Resguardo Gran Sábalo Tumaco
Departamento de Nariño**



Foto Sr. Gabriel Ibiscus, Ex Gobernador de la Comunidad Awá.

5. Análisis de investigaciones penales sobre delitos (que podrían ser) de competencia de la CPI²⁹⁴: buenas prácticas, obstáculos, retos y oportunidades

Los casos seleccionados en el marco del Proyecto, cuyos hechos y circunstancias fácticas y judiciales se encuentran sintetizadas en el capítulo de “Casos objeto de la investigación”, guiarán el análisis de las investigaciones desarrolladas por el sistema judicial colombiano de cara a los criterios de la admisibilidad ante la CPI. Como se mencionó allí, el propósito de este análisis es caracterizar las investigaciones seguidas en los casos, identificar cuáles son las buenas prácticas o mecanismos de impunidad y los retos que enfrenta el enjuiciamiento y sanción de los responsables de graves crímenes contra la humanidad; en otras palabras, la superación de la impunidad en este tipo de delitos.

5.1 Las características de los hechos y delitos cometidos en los casos objeto de la investigación

Los hechos ocurridos en los casos analizados tuvieron ocurrencia entre 2005 y 2012 en el territorio bajo la jurisdicción de las autoridades colombianas, de acuerdo a las zonas escogidas en desarrollo de la investigación, en los departamentos de Nariño, Cauca, Cesar, Norte de Santander y Santander. Las características de los hechos y de las presuntas responsabilidades penales correspondientes, permiten agruparlos de la siguiente manera:

- a) Personas que fueron engañadas por un particular y trasladadas a otras ciudades, entregadas a integrantes del ejército nacional, privadas del derecho a la vida y presentadas a través de informes oficiales como muertas en combate: casos de los jóvenes Julián Oviedo Monroy y Andrés Plata.
- b) Personas privadas del derecho a la vida por miembros del ejército nacional que fueron presentadas oficialmente como muertas en combate, previamente haber sido detenidas o sacadas

294 Análisis sustentado en las fuentes de información descritas en el acápite de la metodología (informes, base de datos, entrevista).

de su residencia: casos del campesino Vinicio Muñoz Cáceres, del menor indígena Awá, del comerciante Ulpiano Ortíz Fajardo y del indígena Awá Gonzalo Rodríguez Guanga.

- c) Personas bajo el mismo método pero que se reportan como personas sin identificar muertos en combate, por lo cual permanecieron para sus familias como desaparecidos por días o años: casos del indígena Awá Herminzul Pascal Paí y del menor N.M.B.
- d) Miembros de grupos insurgentes que no se encontraban en combate, que fueron privados del derecho a la vida y presentados muertos en el enfrentamiento: casos de Duván Duque Duque y de Yurley Carolina Maldonado
- e) Comunidades atacadas y violentadas a través de distintos actos (secuestro, tortura, violencia sexual, asesinato), por grupos armados (los "Rastrojos" y el Bloque Norte de las AUC) provocando desplazamiento forzado y abandono de bienes: casos de la masacre contra la comunidad campesina de Lamas Verde y de la incursión violenta contra la comunidad indígena Awá Piedra Verde.
- f) Persecución de líderes y lideresas sindicales, sociales y defensoras y defensores de derechos humanos a través de interferencia ilegal de comunicación: caso "chuzadas del DAS". Actos atribuidos según las denuncias al ex Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, y al organismo de seguridad bajo su dirección²⁹⁵.

295 El DAS (Departamento Administrativo de Seguridad) era un organismo de inteligencia que dependía directamente de la Presidencia de la República. El Departamento Administrativo de Seguridad tenía como objeto primordial la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo. // En desarrollo de su objeto el Departamento Administrativo de Seguridad producirá la inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado, de conformidad con lo preceptuado en la Ley y la Constitución Política de Colombia". Visto en: Estructura del Estado colombiano. En línea en: http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrieve_publicaciones?no=1283. Además: Tras quedar al descubierto el abuso con que se desarrollaron estas actividades para perseguir distintos sectores de la sociedad, en especial defensoras y defensores de derechos humanos, líderes y lideresas sociales, sindicalistas, líderes de opinión, periodistas, entre otros; el gobierno, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas, mediante Decreto 4057 de 2011, dispuso la supresión de este organismo de seguridad.

- 
- g) Violencia sexual contra mujer indígena por miembros del ejército nacional: caso “mujer indígena”.

Los casos de privación de la libertad, seguida de privación del derecho a la vida, cuyas víctimas luego son presentadas por miembros de la fuerza pública como muertos en combate, se corresponden con las dinámicas, patrones o pautas de casos objeto de examen y seguimiento por la OF-CPI, que enmarcó como “ataques dirigidos contra la población civil” y como parte de una política estatal, en el contexto de presuntos crímenes contra la humanidad²⁹⁶:

Casos de falsos positivos - ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas públicas para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes, ocurridas en combate - aparentemente se remontan a los años ochenta. Sin embargo, comenzaron a ocurrir por todo el país con alarmante frecuencia a partir de 2004. Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles, como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos.

La información disponible indica que estos ataques fueron dirigidos contra civiles que residían en zonas alejadas y eran considerados miembros de sectores marginados de la población (personas desempleadas, considerados indigentes y drogadictos). En algunos casos, parece que los civiles también fueron seleccionados debido a sus actividades políticas, sociales y comunitarias. Entre las víctimas se encuentran líderes comunitarios y sociales, personas indígenas, personas acusadas de ser colaboradores o miembros de guerrillas, menores, campesinos y personas con discapacidad. Para localizar a sus víctimas, los autores recurrián con frecuencia a informantes que solían ser civiles, paramilitares o miembros de la policía o del ejército. Se alega que personas, haciéndose pasar por reclutadores, se aproximaban a las víctimas con falsas promesas de trabajo y de transporte a ciudades

296 OF-CPI. (2012). Reporte Intermedio Situación Colombia, párrs. 93 a 95.

alejadas, donde posteriormente eran ejecutadas y reportadas como miembros de grupos armados abatidos en combate, adjuntando informes de inteligencia preparados para dar prueba de ello.

(...) Existe fundamento razonable para creer que los actos descritos en lo que antecede fueron cometidos de conformidad con una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas, que constituye una política del Estado o de una organización para cometer dichos crímenes. Las Salas de la Corte han señalado que lo que una política de Estado "no tiene por qué haber sido concebida en las esferas más altas del aparato estatal, sino que puede haber sido adoptado por instancias estatales regionales o locales. (Énfasis añadido)

A su vez, la violencia sexual se comprendió por la OF-CPI como un crimen sobre el cual ha recibido información confiable que indicaría que podría tratarse de conductas a través de las cuales se han perpetrado crímenes de lesa humanidad y de guerra²⁹⁷. De igual manera se encuentra en especial seguimiento por el desplazamiento forzado²⁹⁸.

La situación del pueblo indígena Awá tiene particular relevancia dado que ha sido objeto, no solo de seguimiento y solicitud de protección por el Alto Tribunal Constitucional colombiano, sino también por la CIDH a través del requerimiento de medidas cautelares o de protección²⁹⁹. Pese al amparo constitucional y la solicitud de protección internacional, miembros de esta comunidad fueron víctimas de las violaciones descritas en la presentación del "caso Comunidad indígena Piedra Verde". En similar sentido, el menor N.M.B., quien hacía parte de la comunidad campesina "El Pedregal", que fue asesinado a pesar de que la comunidad campesina a la que pertenecía estaba cobijada con medidas cautelares de la CIDH según lo requirió al gobierno el 13 de agosto de 2010³⁰⁰.

297 Ídem, ver entre otros, párrs. 10, 19, 26, 31, 39, 123, 148 y 215.

298 Ídem, párr. 224.

299 Corte Constitucional de Colombia, Auto 004 del 26 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda y Auto 174 del 9 de agosto de 2011 & Luis Ernesto Vargas Silva. CIDH, MC 61/11 - Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo, Colombia. En línea en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

300 CIDH, MC 97-10 - 179 Familias de las Veredas El Vergel y El Pedregal, departamento del Cauca, Colombia. En línea en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>



Como lo denotan los hechos descritos en los casos objeto de la investigación, cada uno de ellos se encuentra inserto en la dinámica de acciones de miembros de la fuerza pública, presentes en el territorio nacional, cometidos en el contexto del patrón ejecuciones arbitrarias denominadas “falsos positivos”³⁰¹ o en coordinación con grupos armados ilegales como la masacre de Lamas Verde, según lo ha ido mostrando la actuación judicial, según se describió en el resumen correspondiente. Asimismo, la incursión paramilitar de Piedra Verde, comprometió la participación de estructuras ilegales con presencia y control de zonas concretas dentro del territorio, según lo han mostrado los avances de la investigación. De acuerdo a la información consultada, el grupo que perpetró esta incursión permaneció en la zona varios días patrullando en la vía sin que hubieran sido detenidos o impedidos de hacerlo.

Por otro lado, las víctimas en general hacen parte de grupos sociales en situación de vulnerabilidad, y por ende las autoridades tendrían un deber reforzado de protección con ellos, como lo son los jóvenes, menores de edad, indígenas, campesinos, y mujeres.

5.2 Características de las investigaciones o actuaciones judiciales: Obstáculos

Antes de emprender el análisis de cada una de las dinámicas de los recursos o mecanismos de investigación ofrecidos por el Estado colombiano a las víctimas en estos casos, es importante destacar el marco constitucional dentro del cual deben regirse las autoridades en relación con el derecho a la justicia. Este marco, como ya se ha mencionado, debe entenderse armonizado con el corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos, incorporado por vía del bloque de constitucionalidad³⁰².

En la Constitución Política colombiana se reconoce el derecho que tienen “todas las personas para acceder a la administración de

301 Además del Reporte Intermedio 2012 de la OF-CPI puede consultarse, entre otros: Human Right Watch. (2015). El rol de los altos mandos en falsos positivos: Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles. En Línea en : <https://www.hrw.org/es/news/2015/06/23/colombia-altos-mandos-militares-vinculados-con-ejecuciones-extrajudiciales>

302 Constitución Nacional, Artículos 93 y 94.

justicia”³⁰³, al tiempo que se expresa el compromiso de garantizar dicho acceso, garantía que debe comprenderse en armonía con el fin esencial del Estado y todas sus autoridades de, también, garantizar un orden justo³⁰⁴. Con el fin de ofrecer un soporte de efectividad a este derecho y deber de garantía, la misma Carta prevé que “la administración de justicia es función pública” y que “sus decisiones son independientes”, sus actuaciones públicas y permanentes, y que en ellas prevalecerá el derecho sustancial, desarrollando sus trámites con diligente observancia de los términos procesales. Se establece también que el funcionamiento de la administración de justicia es “desconcentrado y autónomo”³⁰⁵. En esta norma superior se concentran varias de las características que prevé el derecho internacional como estándar de un recurso judicial adecuado, entre otros, el carácter de instancias independientes y actuaciones oportunas, sustentadas en la garantía de los derechos.

Partiendo del reconocimiento que los hechos que constituyen cada uno de los casos objeto de la investigación representan, según el derecho internacional de los derechos humanos, graves violaciones de derechos humanos, no solo por las características del modus operandi con que actuaron sus autores y las condiciones de vulnerabilidad, discriminación, marginación e indefensión en que se encontraron las víctimas; sino también porque involucraron ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, tortura, violencia sexual, desplazamientos, las cuales se consideran delitos graves y respecto de los cuales puede decirse que el deber de superación de la impunidad es una obligación que hace parte del ius cogens³⁰⁶. En este entendido, el análisis se hará tomando en cuenta los criterios, estándares y condiciones exigidos a los Estados en relación con la respuesta judicial frente a dichas violaciones en los términos del derecho internacional, incluidos los que orientan la interpretación del principio de complementariedad en desarrollo de la competencia de la CPI.

Las circunstancias o condiciones en que se han desarrollado las investigaciones judiciales que se desarrollan analíticamente a conti-

303 Artículo 229.

304 Artículo 2.

305 Artículo 228.

306 Ângelo Cançado Trindade, “La ampliación del contenido material del ius cogens”. En Línea en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf

nuación, denotan, a la luz del principio de complementariedad, serios obstáculos para garantizar investigaciones genuinas, la superación de la impunidad; en suma, el acceso a la justicia para las víctimas. Las distintas circunstancias que concurren en el desarrollo de las investigaciones parecieran revelar una combinación de elementos que caracterizan, según la OF-CPI, una falta de voluntad en impulsar las investigaciones oportuna y seriamente, conforme a los procedimientos establecidos³⁰⁷, y en algunas ocasiones falta de capacidad para asegurar investigaciones profundas, completas y apropiadas al tipo de crímenes investigados.

5.2.1. Indagaciones en la jurisdicción penal militar³⁰⁸

Conforme a los estándares internacionales aplicables en la materia, la Constitución Política de 1991 reconoce que la competencia de los tribunales o cortes militares debe estar restringida a "los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio"³⁰⁹. La Corte Constitucional ha interpretado de forma constante la ruptura que existe entre la función constitucional encargada a la fuerza pública y las graves violaciones de derechos humanos, descartando que pueda aludirse en tales casos a actos relacionados con el servicio³¹⁰. La Corte Constitucional ha precisado en la decisión antes citada que en caso de duda se debe optar por la jurisdicción ordinaria para atribuir la competencia. Adicionalmente, los órganos internacionales de supervisión, de manera reiterada, han establecido la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la justicia, por haber sometido las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos a instancias penales militares³¹¹. En el caso de Duván Duque Duque, hechos ocurridos el 4 de octubre de 2007, la investigación fue emprendida inicialmente por la jurisdicción ordinaria, a través de la Fiscalía 4 Sec-

307 OF-CPI.(2012). Política sobre Examen preliminar, Párr.50 ss.

308 Sobre Justicia penal militar en Colombia véase: ASFC. (2013). El principio de complementariedad en el Estatuto Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo; y los Amicus Curiae de ASFC en apoyo en las demandas de inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 02 de 2012 y 01 de 2015 sobre la ampliación del fuero penal militar.

309 Constitución Política de Colombia, artículo 221.

310 Ver entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Ci-fuentes Muñoz.

311 Ver entre otras, Corte IDH, Caso Las Palmeras, 19 Comerciantes, Masacre La Rodela.

cional de la Dorada (Caldas), autoridad que remitió la actuación a la jurisdicción penal militar. El trámite fue desarrollado por el Juez 57 de Instrucción Penal Militar, cuyo juez de conocimiento es el Comandante del Batallón de Infantería, Ayacucho de Manizales. La familia de la víctima nunca tuvo conocimiento que el trámite hubiera estado en manos de dichas autoridades pues nunca fue informada del paradero de Duván Duque. Por ello, el 23 de septiembre de 2010, presentaron denuncia penal ante la jurisdicción penal ordinaria, por desaparición forzada para que se aclarara lo sucedido y se determinara la suerte de su ser querido.

La representación de la víctima emprendió solicitudes de información a distintas autoridades para tratar de determinar cuál era el paradero de la víctima, recibiendo la primera noticia, el 7 de octubre de 2010, que el trámite se encontraba en manos del Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar. A partir de allí empezó a requerir información de las autoridades, especialmente la identificación de la víctima, dado que se indicaba en las respuestas que dentro del proceso abierto se había reportado una persona no identificada. En primer momento, la autoridad penal militar informó que no se había identificado a la persona y meses más tarde informó que sí se había hecho. Es decir, uno de los presupuestos de la investigación referidos en la parte anterior de este documento, relativo a que la investigación debería estar orientada a la identificación de la víctima, no se había cumplido a pesar de haber transcurrido para entonces, más de tres años de la ocurrencia de los hechos.

El 23 de octubre de 2012, la Fiscal 5 de la Unidad Nacional de DDHH de la Fiscalía reclamó la actuación a la jurisdicción penal militar y propuso, en caso de no aceptar, colisión positiva de competencia. El juez de Instrucción Penal Militar no aceptó el pedido de la jurisdicción ordinaria.

El juez penal militar explicó que al existir dudas sobre el procedimiento realizado por la fuerza pública el día de los hechos, no podía entregar la investigación. A este respecto expresó: "(...) la lesión de la cara en el protocolo de necropsia donde se indica por el médico que existe lesión de tejidos bandos de seis centímetros longitudinal, en región frontal izquierda, bordes nítidos, regulares con tatuaje en su mitad distal, sin compromiso óseo, genera duda del procedimiento

militar; sin embargo, es menester indicar por parte de este despacho (...) resulta evidente que se analice con detenimiento tal circunstancia pues es claro que esta herida no se encuentra descrita por el galeno en el acápite de análisis y discusión donde se relaciona como causa de muerte (...) y de la descripción de lesiones cabe cuestionamiento de la razón por la que si existió la descripción de un disparo a corta distancia con presencia de tatuaje a nivel de la cara de la víctima, no fue relacionado como herida por arma de fuego y porque no hubo compromiso del cráneo a nivel óseo; claramente siento esto motivo de investigación”.

El contenido de esta respuesta da cuenta de la duda sobre las circunstancias de la muerte. La existencia de esta duda, obliga, de acuerdo al procedimiento establecido según el marco legal y constitucional aplicable, que la investigación esté a cargo de la justicia ordinaria.

Al no aceptar la entrega de la investigación, el conflicto de competencia se resolvió por el Consejo Superior de la Judicatura el 16 de enero de 2013, señalando que correspondía a la jurisdicción penal militar. La decisión dispuso: “ASIGNAR el conocimiento de la presente investigación a la Jurisdicción Penal Militar en cabeza del Juzgado Cincuenta y Siete de Instrucción Penal Militar con sede en Manizales (Caldas)”. Este Tribunal encontró que los hechos guardaban relación con el servicio militar por la existencia de: “ORDEN DE OPERACIONES N° 005 “OCELOTE” y el informe presentado por el Subteniente DURAN SANGUINO MANUEL, Comandante de la Compañía Cobra, que habla de un encuentro de disparos en el que resultó muerto Duván Duque Duque”.

Por último, puntualiza el Consejo Superior de la Judicatura que “aún en caso de demostrarse la presencia de algún EXCESO ó EXTRALIMITACIÓN con ocasión de la función encomendada por parte de los vinculados al trámite penal, no por ello la jurisdicción Penal Militar perdería la competencia”. Esta instancia también, en desconocimiento del marco constitucional establecido toma una decisión que priva a las víctimas del acceso a un recurso ante un juez independiente e imparcial, al tiempo que contribuye a demorar o dilatar la determinación de sus derechos, especialmente el conocimiento del paradero de la víctima y el esclarecimiento de los hechos y la identifi-

cación, investigación y juzgamiento de los responsables.

La representación de la víctima, decidió acudir a la acción de tutela o de amparo, para controvertir la decisión citada porque no admite ningún recurso alegando la vulneración del debido proceso por lo irrazonable de sus fundamentos. A través de esta acción, el Consejo Superior de la Judicatura decidió revocar la decisión y remitir la investigación a la Fiscal 5 Especializada de la Unidad Nacional de DDHH. Esta remisión tuvo lugar en 2014. A partir de la remisión de la investigación a la jurisdicción ordinaria, la representación de la víctima pudo tener acceso a la información incorporada en dicha actuación, lo cual ocurrió en septiembre de 2014.

La investigación permaneció durante siete años en poder de la jurisdicción penal militar (2007 – 2014), sin presentar avances significativos hacia la identificación de la víctima, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades. Asimismo, es importante destacar que durante ese período no hubo contacto o acceso de los familiares de la víctima a dicha actuación.

El caso de Ulpiano Ortíz Fajardo, hechos ocurridos el 9 de agosto de 2007, muestra que la investigación fue remitida tempranamente por la Fiscalía al Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de Popayán el 16 de agosto de 2007. Es decir, sin realizar indagaciones serias, exhaustivas que le llevaran a descartar, como es su deber, que no se trataba de una ejecución arbitraria.

El 17 de febrero de 2014, la representación de víctimas solicitó ante el Juez de Instrucción Penal Militar remitir la investigación a la jurisdicción ordinaria o iniciar el incidente de colisión de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura. Esta solicitud no fue atendida oportunamente por lo cual interpuso acción de tutela para la protección del debido proceso ante el Tribunal Superior de Popayán. Este Tribunal amparó los derechos invocados y ordenó al juez militar resolver en un término de 48 horas la solicitud o remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que decidiera sobre la jurisdicción competente. El juez penal militar injustificadamente se negó a acatar la decisión, por lo cual la definición de la competencia fue establecida por el Consejo Superior de la Judicatura el 12 de noviembre de 2014, señalando que correspondía a la jurisdicción

ordinaria. En el trámite de cumplimiento de esta decisión se presentaron demoras adicionales por la resistencia del juez penal militar de acatar la decisión³¹², lo cual llevó a que la representación de la víctima hiciera comunicados públicos denunciando la obstrucción. Como se puede observar, el proceso judicial se sometió a una demora injustificada, prácticamente un año discutiendo la competencia que hubiera podido resolverse desde el principio en acatamiento al marco legal y constitucional vigente.

Al igual que el caso anterior, el proceso permaneció en manos de la jurisdicción penal militar durante siete años (2007- 2014), durante los cuales no se presentaron avances significativos hacia el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades.

En el caso del menor indígena Awá, ocurrido el 30 de julio de 2006, aunque la investigación se inició por la jurisdicción ordinaria, Fiscalía 31 Seccional de Tumaco, recién ocurridos los hechos, la jurisdicción penal militar, Juzgado 91 de Instrucción Penal Militar de Ipiales, inició investigaciones por los mismos hechos, asumiendo el control total de la investigación esta última jurisdicción. Este Juzgado militar, el 7 de julio de 2008, remitió dentro de su misma jurisdicción, la investigación al Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar. Al cabo de tres años (2006 -2009) de permanecer la indagación en manos de estas autoridades, decidieron, el 1 de diciembre de 2009, remitirla a la jurisdicción ordinaria por considerar que los elementos recaudados planteaban dudas sobre la relación de los hechos con el servicio militar. Durante estos tres años el trámite no condujo a avances significativos hacia la satisfacción de los derechos de las víctimas y los objetivos de la justicia.

El tiempo transcurrido entre la fecha de ocurrencia de los hechos y en la que se decide reconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria, tiene impactos importantes en cuanto al principio del juez natural y la oportunidad en el desarrollo de las investigaciones, como también en las posibilidades de esclarecimiento. Ahora, sí debe observarse que al contrario de los casos anteriores, en este caso, ante la

312 Para obtener una decisión del Juez militar sobre competencia que no fue atendida por el Juez en tiempo oportuno, fue necesario presentar una acción de tutela para obligar el Juez de contestar a la solicitud o de transmitir al CSJ, aunque que era su obligación. Ante la negación del Juez de respetar la ordena del TSP, esta cuestión fue definida por el CSJ en noviembre, es decir, por lo cual tuvo que transcurrir casi 10 meses después de la solicitud.

duda sobre las circunstancias de los hechos y la relación de los mismos con la función militar, el juez militar decide desprenderse del conocimiento de la investigación, como lo indican los pronunciamientos judiciales y los estándares del debido proceso en cuanto a la garantía del juez natural.

En el caso del indígena Awá Herminsu Pascal Paí, hechos ocurridos el 9 de mayo de 2006, aunque los miembros del ejército presentaron el informe sobre las operaciones militares y la muerte de la víctima ante la Fiscalía de Túmaco, iniciaron simultáneamente investigaciones por los mismos hechos y requirieron, el 31 de agosto de 2006, la entrega de la investigación a la Fiscalía Seccional 30 de Tumaco que emprendió las diligencias iniciales. Esta petición fue aceptada sin objeción por la Fiscalía que no dejó ningún tipo de copia de archivo de la investigación. Un año más tarde, el 20 de julio de 2007, el Juzgado 85 de Instrucción Penal Militar de Laranquía decidió archivar las indagaciones por considerar que quienes participaron en los hechos no tenían ninguna responsabilidad. Este trámite no fue conocido, ni comunicado a los familiares de la víctima, como tampoco la decisión. Esta falta de garantías para el acceso y participación de las víctimas en la indagación tuvo impactos muy importantes sobre el derecho a la verdad de la familia por cuanto nunca se les dio a conocer cuál era el paradero de su ser querido, ni lo ocurrido.

La representación de las víctimas, en 2009, se vio obligada a recurrir a un tortuoso camino de búsqueda de información en diarios, derechos de petición ante distintas autoridades, tratando de aclarar qué podía haber pasado con Herminsu, puesto que como se mencionó, la Fiscalía no dejó ningún registro de lo actuado. Como resultado de esta búsqueda de información, se logró establecer que la indagación se encontraba bajo el control de la jurisdicción penal militar. El trámite siguiente fue tratar de conseguir que esta autoridad le permitiera el acceso a información sobre la identificación de la víctima, quien aparecía reportada como persona no identificada, lo cual resultaba difícil porque la investigación estaba archivada desde 2007. Sobre este aspecto se hará referencia más adelante.

La representante de la víctima se dirigió, el 30 de octubre 2011, a la Unidad Nacional de DDHH y DIH solicitando que reclamaran la competencia de la investigación a cargo de la jurisdicción

penal militar, para lo cual argumentó que de no aceptarse la entrega de la investigación se iniciara un conflicto positivo de competencia. El 8 de mayo de 2012, la Fiscalía informó a la representación de la víctima que estudiaría su solicitud y seis meses más tarde, el 24 de noviembre, designó al Fiscal de DDHH y DIH de Neiva para que revisara el proceso de la jurisdicción penal militar y emitiera concepto sobre la solicitud de competencia. El 7 de diciembre de 2012, el Fiscal de Neiva conceptuó que no consideraba que debía solicitarse la competencia porque no se había establecido que una de las víctimas correspondiera a Herminsul. Esta investigación ha permanecido en poder de la jurisdicción penal militar por espacio de casi diez años (2006 – 2016), sin que hubiera existido interés en investigar los hechos, a menos de un año de haber recibido la actuación se archivó sin que las víctimas hubieran tenido conocimiento de las actuaciones, como tampoco de las decisiones, por ende habiéndoseles impedido el acceso oportuno y adecuado a los procedimientos a fin de hacer valer sus derechos, entre otro, la determinación del paradero y suerte de su ser querido.

Además de la evidente dilación y obstrucción que denotan las respuestas y actuaciones de las autoridades, lo sucedido en este caso muestra de nuevo, como en el caso de Duván Duque Duque, la ausencia de actuaciones por parte de la jurisdicción penal militar para identificar a las víctimas como corresponde a una investigación, conforme a los estándares de debido proceso y debida diligencia. Asimismo, este caso pone de presente la falta de cumplimiento, por parte de la jurisdicción ordinaria, de los criterios de actuación conforme a la debida diligencia cuando se tiene información que pudiera indicar que se trata de graves violaciones a los derechos humanos, como lo constituyen la desaparición forzada y la ejecución arbitraria. Es una modalidad distinta del mismo incumplimiento, a la que nos muestran los casos anteriores. En los casos anteriores la jurisdicción ordinaria o declinó la competencia de manera oficiosa o accedió a desprenderse de ella sin asegurarse, como le corresponde, que se trata de verdaderos hechos relacionados con la función castrense.

El caso de Yurley Carolina Maldonado, persona que según informan sus familiares era combatiente pero que fue detenida, torturada y violentada sexualmente por miembros del ejército, también da cuenta de encontrarse la indagación en la jurisdicción penal militar,

pero de ello no puede hacerse valoración por falta de acceso a la información.

Finalmente, el caso de Vinicio Muñoz Cáceres, hechos ocurridos el 28 de marzo de 2006, fue asumido de manera directa por la jurisdicción penal militar desde el momento del levantamiento de cadáver. El Juzgado 33 de Instrucción Penal Militar estuvo a cargo de la investigación durante tres años (2006 – 2009). En ese trámite, aunque se escucharon versiones sobre los hechos a militares, ninguno de ellos fue investigado de manera exhaustiva para determinar lo ocurrido y las presuntas responsabilidades. Lo objetivo es que este trámite no conllevo a avances significativos en el esclarecimiento de los hechos ni de los responsables.

El 3 de julio de 2009 la representación de víctimas solicitó que se trasladara la investigación a la jurisdicción penal ordinaria en razón a que los hechos compartían las características de lo denominado como “falsos positivos”. Esta solicitud fue aceptada y la investigación se asumió por la Fiscalía Especializada 65 de la Unidad de DDHH y DIH de Bucaramanga. Los impactos sobre el derecho al acceso a la justicia, a través de jueces independientes e imparciales y conforme a los principios de un debido proceso, así como las críticas planteadas en relación con las investigaciones anteriores, son cuestiones que se observan en este procedimiento dado que todas tienen lugar en el mismo contexto de atribución de competencia por una jurisdicción que no la tiene.

Los seis casos analizados hasta ahora demuestran objetivamente, como se ha ido señalando, la evidente falta de independencia e imparcialidad que implica esta jurisdicción en relación con la investigación de graves violaciones de derechos humanos que pueden constituir crímenes de competencia de la CPI, que se muestra en la ausencia de impulso serio y coherente de la indagación o una conducción diligente de la investigación en los términos expuestos en el capítulo anterior, además de demostrar la falta de garantías en relación el derecho a acceder a un recurso judicial a cargo del juez natural. De acuerdo con los criterios mencionados por la OF-CPI en torno al principio de complementariedad, las características de estos procedimientos ante una jurisdicción incompetente, denotan la intención de sustraer a las personas involucradas de su responsabilidad

penal, por su insuficiencia, por el incumplimiento de las “prácticas y procedimientos establecidos”, al aplicar un criterio de competencia contrario al principio o regla general que indican el marco jurídico y normativo vigente, lo que de acuerdo al principio de complementariedad puede indicar una falta de voluntad por parte del Estado de investigar y enjuiciar estos crímenes. Ninguno de los procedimientos ante esta jurisdicción mostró interés en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades. La reclamación o aceptación de la competencia, así como los casos de incumplimiento de decisiones que le obligaban trasladar las investigaciones o las solicitudes no aceptadas de la jurisdicción ordinaria, tuvieron el efecto evidente de retrasar la investigación, obstruir el acceso a la justicia de las víctimas y finalmente permitir que los responsables acudieran ante las autoridades competentes. En el mismo plano del principio de complementariedad, la atribución de competencia a cargo de autoridades relacionadas funcional y jerárquicamente o institucionalmente con quienes tienen que ser investigados y juzgados, hace parte de los factores que afectan la imparcialidad.

Con todo, no puede perderse de vista que los años iniciales en que las investigaciones no estuvieron dirigidas por autoridades independientes, no solo tiene el efecto de disuadir a quienes pudieran haber contribuido al esclarecimiento, sino también que pudieron haberse perdido irremediablemente evidencias fundamentales para la investigación.

Esta práctica de asumir, solicitar, entregar o resistir el traslado de las investigaciones por graves violaciones de derechos humanos, a la jurisdicción ordinaria que es el juez natural, las y los abogadas/ os asociados al Proyecto coinciden en identificarla como un mecanismo de impunidad, porque impiden u obstruyen investigaciones oportunas, adecuadas y exhaustivas, lo que puede concluirse como una falta de voluntad de parte del Estado. Los Fiscales entrevistados en Bucaramanga expresaron que la jurisdicción penal militar “normalmente no acepta entregar la competencia”, y que parecieran tener la “orden de no entregar la investigación”, por lo cual siempre se ven precisados a interponer conflictos de competencia para reclamar las investigaciones. Esta práctica, que se contrapone a las reglas establecidas e invierten el principio general de que la competencia la tiene la jurisdicción ordinaria, salvo que se supere cualquier duda sobre

la relación entre el hecho y la función o servicio constitucional de la fuerza pública, denota también un aspecto destacado en el capítulo anterior, en cuanto al deber de los distintos poderes de colaborar armoníicamente para el cumplimiento de los fines del Estado.

5.2.2 Falta de regularidad, continuidad o consistencia de las investigaciones: cambios de funcionarios o traslados de despacho de los expedientes

En las investigaciones tramitadas por la jurisdicción ordinaria, en la Unidad Nacional de DDHH y DIH de la Fiscalía, algunos de los casos analizados mostraron que fueron sometidos a cambios frecuentes de funcionarios judiciales responsables del impulso de las indagaciones.

En las entrevistas realizadas a las y los abogados representantes de víctimas, se expresó que en algunas ocasiones las dificultades de acceso a la investigación o a información sobre el avance de las mismas, radicaron en la falta de continuidad de los funcionarios. Esta situación se presentó en los casos del menor indígena Awa, el caso de la mujer indígena y el caso del indígena Gonzalo Rodríguez Guanga. En efecto, el despacho judicial al que se asignaron las investigaciones, esto es, la Fiscalía 38 Especializada de la Unidad de DDHH y DIH de Cali, ha estado a cargo de funcionarios judiciales designados en provisionalidad desde 2012, lo cual significa que pueden ser cambiadas en cualquier momento, como efectivamente ha ocurrido. Sobre esta situación de inestabilidad del funcionario a cargo de la investigación también se refirieron el coordinador de la Unidad y la funcionaria judicial durante la entrevista realizada en Cali.

La representante de la víctima, en el caso del indígena Gonzalo Rodríguez Guanga, percibe que esa situación ha afectado el impulso de la investigación hacia la vinculación de los presuntos responsables. En este caso, a pesar de contarse desde 2013, según la información suministrada, con toda la evidencia necesaria para proceder a hacer la imputación, la Fiscalía no ha procedido a hacerlo pese a que incluso el representante de la Procuraduría General de la Nación o Representante del Ministerio Público, también lo ha requerido. Debe llamarse la atención que estas situaciones retardan las respuestas y el



desarrollo de procedimientos a través de los cuales se busca conocer la verdad, la individualización y sanción de los partícipes. En este caso, han transcurrido seis años desde que ocurrieron los hechos. El impacto específico en este caso tiene que analizarse en el conjunto de obstáculos que ha enfrentado esta investigación. Como se vio, la indagación muy tempranamente fue aprehendida por la jurisdicción penal militar, luego fue remitida, en 2010, a la jurisdicción ordinaria, Fiscalía Seccional 5 de Vida de Tumaco y aunque llevó a cabo varias indagaciones, oficiosamente decidió remitir el expediente a la Fiscalía de DDHH y DIH de Cali en septiembre de 2010. A partir de allí, y solo hasta noviembre de 2012, la representante de la víctima pudo tener acceso al proceso.

En relación con el mismo despacho Fiscal, en el caso de la mujer indígena, se presentó demora injustificada, de acuerdo a la información disponible; dado que se conocían los partícipes, y se contaba con la información necesaria, aun así transcurrieron tres años sin que se diera impulso a la investigación. Esta situación se modificó y el Fiscal presentó imputación y acusación contra los dos miembros del ejército involucrados; sin embargo, posterior a ello se asignó la investigación a otro Fiscal.

En las entrevistas realizadas a los y las fiscales de la Unidad de DDHH y DIH en Bucaramanga y Cali, también se hizo notar la dificultad e impacto que representa la determinación administrativa de trasladar investigadoras/es que han alcanzado conocimiento, práctica y experticia en el apoyo a este tipo de investigaciones. Esta situación, expresaron, impacta de manera significativa en el ritmo de los procesos, por la carga de trabajo que tienen bajo su responsabilidad.

Como lo estableció la OF-CPI, el hecho de no investigar todos los hechos que pueden constituir crímenes de competencia de CPI, puede demostrar una falta de voluntad o de capacidad del Estado, siendo admisible los casos ante la CPI. Enfrentar el esclarecimiento de crímenes de la dimensión y/o magnitud que representan conductas cometidas a gran escala (cantidad de víctimas directas e indirectas, importancia del daño causado por los crímenes, su difusión geográfica o temporal), así como de la naturaleza y manera como se han cometido (plan o política de estado o de grupo) y del poder de los presuntos responsables, demandan la planificación, desarrollo y se-

guimiento de líneas lógicas de investigación comprehensiva, como lo ha advertido la Corte IDH. Según se vio, para poder hacerlo es necesario contar no solo con equipo y recursos suficientes (humanos, científicos, técnicos y económicos), sino también la seguridad de que decisiones administrativas no afectarán la dinámica y desarrollo de estrategias de investigación acordes al tipo de crímenes y criminalidad. Es pertinente recordar a este propósito que la OF-CPI ha hecho referencia en el seguimiento a la situación en Colombia, que ha tenido conocimiento de ejecuciones arbitrarias en el contexto de crímenes de lesa humanidad o de guerra.

5.2.3. Falta de interés de funcionarias/os a cargo de las investigaciones

En algunos de los casos analizados, tanto la representación de las víctimas como ellas mismas, percibieron poco interés o voluntad de los funcionarios judiciales en la conducción de los procedimientos. Es decir, que dichos funcionarios cuando tuvieron a su cargo la conducción de la indagación no la “asumieron como un deber jurídico propio”, sino que trasladaron la carga de la búsqueda de la información en las víctimas o sus representantes. Esa actitud pasiva es contraria al deber de garantía antes analizado, particularmente al principio de oficiosidad que debe caracterizar la respuesta de las autoridades, según se vio en torno a los estándares del Derecho Internacional con los consiguientes impactos respecto a la oportunidad y exhaustividad en el esclarecimiento y determinación de responsabilidades.

En el caso de Herminia Pascal Paí, las autoridades no desarrollaron todas las posibilidades de los recursos establecidos para la búsqueda e identificación de la víctima. La representante de la víctima, tal como se analizó antes, luego de haber localizado la autoridad que había estado a cargo de la indagación en la jurisdicción penal militar, trató de manera infructuosa durante varios meses, conseguir que la jurisdicción ordinaria pusiera en marcha el Mecanismo de Búsqueda Urgente (MBU) de personas desaparecidas con el fin de dar con el paradero y determinar la suerte de la víctima, desconocida para la familia.

En primer lugar, la abogada se dirigió al Instituto de Medicina

Legal, el 14 de enero de 2009, solicitando la realización de los procedimientos requeridos para la identificación de las víctimas reportadas en 2006 por el ejército como muertas en combate. Solo recibió respuesta el 21 de enero de 2011, sin que se resolviera de fondo la solicitud. El 1 de junio de 2011 la representante requirió la intervención de la Procuraduría para la activación del MBU, sin obtener una respuesta oportuna ni acorde con los procedimientos establecidos. El 12 de junio de 2013, la representante solicitó a la Fiscalía 4 Local de Tumaco que pusiera en marcha el MBU a fin de obtener la identificación de los restos de Herminsul. Un mes después la representante recibió de la Fiscalía respuesta verbal sobre la identificación de la víctima. Solo en 2014, a finales del mes de mayo, la abogada recibió el informe oficial del Instituto Nacional de Medicina Legal sobre la plena identificación de la víctima.

Con base en esta información la representante ha requerido al Juzgado 85 de Instrucción Penal Militar el desarchivo de la investigación y ha solicitado de nuevo a la Fiscalía que solicite la competencia para conocer del proceso. Estas solicitudes, hasta el momento de elaboración de este informe, no han recibido respuestas.

Los tiempos que han tomado las respuestas incompletas de las autoridades constituyeron demoras injustificadas en los trámites y un incumplimiento de los procedimientos establecidos. Circunstancias todas ellas que favorecen la impunidad, sustrayendo a las personas de su comparecencia ante la justicia.

En el caso de Rafael Andrés Plata, en la entrevista realizada a la madre de la víctima, ella se mostró inconforme con la actitud de la Fiscal a cargo inicialmente de la investigación en la ciudad de Cúcuta. Además de que la investigación no mostró ningún avance significativo durante el tiempo (2008 - 2012) que allí permaneció el proceso. Cada vez que la madre se desplazaba de Bucaramanga a Cúcuta para tratar de conocer qué estaba sucediendo con el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables (durante la mayor parte del tiempo en esa época no contaba con representación legal), la Fiscal, según lo refiere, le pedía que le llevara pruebas. Tal conducta oficial no pareciera ajustarse al sentido y fin de sus funciones según la constitución (garantizar la efectividad de los derechos), y que a la vez torna el procedimiento contrario a los estándares de debida

diligencia antes descritos. De hecho, el relato de esta madre da cuenta que fue por su gestión particular que logró tomar contacto con las autoridades centrales de la Fiscalía y conseguir que el procedimiento fuera enviado a la ciudad de Bucaramanga donde otro fiscal ha dado impulso a la investigación con el apoyo de su representación legal, como lo refirió la entrevista al abogado de este caso.

La familia del indígena menor de edad del pueblo Awá, al relatar su contacto con las autoridades judiciales que inicialmente conocieron de la investigación, señalan que no sintieron confianza por la actitud de los funcionarios, que asumían que la víctima era guerrillera sin investigar al respecto y porque no mostraron la disposición a profundizar en las entrevistas con ellos. En las entrevistas realizadas a los familiares la expresión utilizada por ellos fue: "tenían afán". Adicionalmente, percibieron que el interés de la Fiscalía fue defender al Estado. Lo recordado por los familiares cuestiona fuertemente la independencia de los funcionarios judiciales que tomaron contacto inicialmente con ellos. Situación similar muestra el caso del menor N.M.B., en donde el padre de la víctima solicitó cambio de fiscal a cargo de la investigación porque pasaron tres años sin que se realice un impulso significativo de la misma, a pesar de contar con elementos, no se percibió que la funcionaria estuviera actuando con interés en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables.

La falta de impulso de las investigaciones en situaciones donde las condiciones o circunstancias del caso indicarían que una decidida e independiente voluntad de esclarecimiento podría ofrecer respuestas oportunas en relación con la expectativa de justicia y a la vez la protección de víctimas en riesgo, es lo que da lugar a la desconfianza de las víctimas y su familia. El caso de la mujer indígena que fue violentada sexualmente por miembros del ejército nacional es un ejemplo de lo dicho. Durante el periodo comprendido entre 2009 y 2013, el fiscal a cargo de la investigación, Fiscal 38 Especializado de la Unidad de DDHH y DIH de Cali, no realizó ningún avance dirigido a imputar, acusar y enjuiciar a quienes estaban identificados como partícipes de los hechos. En pronunciamiento del Tribunal Superior del Valle, instancia que resolvió una acción de tutela o amparo para la protección del debido proceso, incluyó opinión disidente de uno de los magistrados en el sentido de reconocer la injustificada inacción

del funcionario judicial por más de tres años, vulnerando el derecho de petición de la víctima, así como su derecho fundamental de acceso a la justicia. Solo hasta mayo de 2014, la Fiscalía finalmente elevó imputación contra los agresores atribuyéndoles el delito de acceso carnal violento en persona protegida; aunque se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento, la jueza de garantías decidió imponer la medida de aseguramiento.

La representación de la víctima en el caso de la mujer indígena considera que el nuevo Fiscal encargado de la investigación, en desconocimiento de los principios de prueba en este tipo de delitos, ha procurado someter a la víctima a un dictamen psiquiátrico con lo cual se le impondrían procedimientos que le revictimizarían, por lo cual se ha opuesto. Adicionalmente, la representante de la víctima considera que este procedimiento expone a la víctima a un riesgo mayor al que tiene, con ocasión de haber denunciado los hechos y por los cuales cuenta con medidas de protección solicitadas por la CIDH. Mediante la ley 1719 de 2014, se introdujeron reformas al Código Penal (ley 599 de 2000) y al Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), referidas a la garantía del acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Dentro de las medidas adoptadas se incluyó el derecho que tienen las mujeres víctimas de “no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad”. Adicionalmente, la Corte IDH ha interpretado la obligación de debida diligencia en casos de esta naturaleza, puntualizando³¹³:

En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; (...).

313 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, sentencia Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de agosto de 2010, párrs. 194 y 196.

Por otra parte, el Tribunal observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar reiteradamente a la señora Fernández Ortega y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido.

5.2.4 Falta de garantías de acceso y participación en la investigación por parte de las víctimas

El Conjunto de principios contra la impunidad, así como la amplia jurisprudencia de la Corte IDH y la misma práctica de la OFCPI que ha divulgado una estrategia de relación con las víctimas, dan cuenta de la relevancia de la efectividad de la garantía al acceso a la justicia, para que se aseguren mecanismos de participación de las víctimas en las investigaciones. Las condiciones de acceso efectivo a los procesos tienen que ver no solo con la oportunidad en que se toma contacto con las víctimas, sino también con las herramientas que se disponen para asegurar una verdadera comunicación con ellas.

Los casos correspondientes al pueblo indígena Awá, así como el caso de la mujer indígena requieren, del sistema judicial, mecanismos que faciliten y animen la participación y acceso a las investigaciones por parte de las víctimas, a través de estrategias de comunicación que incorporen su comprensión del mundo y que tengan la capacidad de conectar esa comprensión con lo que está sucediendo dentro de las investigaciones. En otras palabras, estrategias que faciliten no solo la participación de las víctimas como sujetos pasivos de la información, sino también que permitan a las y los funcionarios comprender las expectativas de justicia específicas de las víctimas, en relación con su función. Algunos denominarán estas estrategias como métodos de incorporación del enfoque diferencial³¹⁴.

- En las entrevistas realizadas a las familias, como a las y los funcionarios judiciales, la perspectiva expuesta está ausente. La manera en que las víctimas, por lo general, tienen conocimiento de lo que sucede en las investigaciones es a través de

314

Ver entre otras, Ley 1448 de 2011, artículos 13, 28.6.



su representante. Esta situación afecta principalmente a quienes, como las comunidades indígenas o las campesinas del departamento del Cesar, se encuentran apartados de los centros urbanos y de las ciudades donde se encuentran sus representantes y las investigaciones. En el encuentro que hizo ASFC con algunas de las víctimas de la masacre de Lamas Verde, expresamente señalaron que llevaban varios años sin conocer el desarrollo del proceso, así como que se hubieran vinculado personas como presuntos responsables.

Las víctimas en general se encuentran en contextos de alto riesgo por la presencia de actores armados que les impide poder movilizarse hacia los lugares donde se encuentran sus abogados o los despachos judiciales que realizan las investigaciones. Estas circunstancias dificultan el acceso a la justicia y, de alguna manera, conllevan su indefensión frente a las violaciones que han sufrido directamente o sus seres queridos. La familia de Herminsul solo pudo tomar contacto con una representación legal en 2009, y solo fue a partir de allí que pudo tomar acciones para localizar a su ser querido. El caso de Piedra Verde evidencia la falta de garantías a la que se enfrentaron las víctimas para poder acceder y participar en todas las etapas de las audiencias programadas. La investigación fue asignada a un fiscal ubicado en el municipio de Tumaco. El traslado hacia ese municipio de personas que se encuentran a su vez desplazadas por las amenazas y riesgos enfrentados con ocasión de los hechos, incrementa ese riesgo, dado que en Tumaco existe un fuerte control territorial por parte del grupo armado ilegal "Rastrojos"³¹⁵, lo cual había perpetrado varios ataques contra del pueblo Awá, incluso en la carretera que

315 De acuerdo a la información de diferentes entidades como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de Nación, y la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas; Véase: Defensoría del Pueblo, Informe Violencia sexual contra las mujeres en Nariño y la situación de derechos de las mujeres víctimas en Pasto pp.41- 42. En Línea en: <http://sisat.defensoria.org.co:8097/subsitio/doc/informeTematico/IEViolenciaSexualDepartamentoNarino.pdf>; Fiscalía General de la Nación. Fiscalía 59 Especializada de Pasto: "En los municipios de Pasto, Tumaco, Magui Payan, Olaya Herrera, Satinga, Francisco Pizarro y el Charco, desde el año 2009, opera una estructura criminal conformada por alrededor de 40 hombres, la cual estaría siendo liderada por L.E.R.C, a quien se conoce en la estructura con el alias de Rodrigo, Masa ó 07, y como segundo al mando estaría alias "Boca" ó "Dylan" de nombre J.E.B. quienes fueron capturados; estructura que en el municipio se denominó como los Rastrojos, la que a partir de enero de 2014, decidió incorporarse al Clan Usuga"; OACNUDH. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011, p. 18. Párr. 99.

conecta de Pasto al puerto nariñense, así como una presencia significativa de elementos de las FARC-EP³¹⁶.

Además, si bien las víctimas se acogieron al Programa para la Protección de Testigos de la Fiscalía General de la Nación, las medidas adoptadas no incluían acciones que garantizaran su comparecencia como testigos a las audiencias a llevarse a cabo en el Municipio de Tumaco, ni tampoco el otorgamiento de esquemas de protección de ningún tipo³¹⁷.

Pese a que la representante trató de que se designara a un fiscal en la ciudad de Pasto, esta determinación tuvo lugar mucho después. Sin embargo, actualmente el trámite del proceso se encuentra a cargo de un juez ubicado en el municipio de Tumaco.

La representante acudió ante el Tribunal Superior para solicitar que se cambiara la radicación del proceso, de manera que se tramitara en la ciudad de Pasto, garantizando de este modo la seguridad de las víctimas y su participación en el proceso. El Tribunal evaluó que no disponía de pruebas que sustentaran que las “víctimas testigos, estén soportando en estos momentos, amenazas directas para que se abstengan de participar en desarrollo del juicio oral”.

Las respuestas de las autoridades judiciales en el caso de Piedra Verde no han estado dirigidas a brindar las garantías de acceso y participación de las víctimas en el desarrollo de la investigación, lo cual deviene injustificado. En efecto, no solo las características de las violaciones cometidas en contra de estas víctimas demuestran la vulnerabilidad en que se encuentran, sino que además la situación de riesgo de este pueblo ha provocado pronunciamientos requiriendo

316 Defensoría del Pueblo. “(...) situación acreditada en informes de riesgo de la Defensoría del pueblo, sólo a partir del mes de julio de 2015 con el cese unilateral de acciones por parte de las FARC-EP, descendieron las acciones militares de éste grupo armado en ésta carretera”. Además, se observa que una parte de la carretera es controlada por las FARC-EP, mientras que entre los municipios de Barbacoas y Tumaco existe una presencia más fuerte de Los Rastrojos.

317 Otro punto que se debe tener en cuenta es que en el municipio de Tumaco, para el año 2011, tan solo existía una Fiscalía Especializada competente para la investigación de este tipo de delitos (Fiscalía 4 Especializada), y que el Juzgado Único Penal Especializado de Tumaco hasta diciembre de 2015, era un Juzgado de Descongestión, cuyo funcionamiento dependía de circunstancias administrativas y presupuestales de la Rama Judicial.



protección, tanto de la Corte Constitucional como de la CIDH, según se vio antes.

5.2.5. Abuso del derecho y obstrucción del desarrollo de los procedimientos que causan demora injustificada en los procesos

Una de las circunstancias a las que, con mayor frecuencia, se refirieron tanto las víctimas como sus representantes y los Fiscales, fue las sistemáticas solicitudes de aplazamientos por parte de la defensa- cambios de defensores e inasistencia de los defensores y prácticas dilatorias, junto a la falta de intervención adecuada por parte de los funcionarios judiciales - las cuales han impactado negativamente la continuidad de las audiencias y del desarrollo de la investigación en un tiempo razonable.

Sobre la conducta de sucesivas solicitudes de aplazamiento de audiencias, dan cuenta los casos de Rafael Andrés Plata, Vinicio Muñoz Cáceres, Lamas Verde, Piedra Verde y Julián Oviedo Monroy. En general, son procesos donde se han vinculado los presuntos responsables y se encuentran detenidos. En varias ocasiones, las solicitudes de aplazamiento son resultado de la ausencia de uno de los procesados detenidos, que no son trasladados desde su lugar de detención hasta el palacio de justicia sin que hayan renunciado a su derecho de estar presentes. Este traslado, que es a cargo del INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) o del Ejercito Nacional, cuando se encuentran en guarnición militar, que sucede muchas veces sin justificación adecuadas, causan una demora injustificada en los procesos penales. Por ejemplo, en el caso de Rafael Andrés Plata, en el curso de la audiencia preparatoria, en cuatro ocasiones uno de los procesados no fue traslado y esta situación se observó también en el caso de Lamas Verde y de Vinicio Muñoz. Estas prácticas, unidas a las múltiples solicitudes de aplazamiento que provienen de los representantes de la defensa, generan demoras que obstaculizan el proceso e impiden una adecuada y oportuna administración de la justicia.

Si bien es cierto que la defensa debe contar con las condiciones y garantías que aseguren a quien es investigado un debido proceso, la conducta de la defensa en estos casos, más que el ejercicio legítimo de la defensa, ha representado una estrategia de dilación y

obstrucción al desarrollo apropiado, oportuno y concentrado de las etapas procesales con el correspondiente retardo en la decisión de los casos en contra de los derechos de las víctimas. Por ello, en el caso de Julián Oviedo, el juez decidió compulsar copias a una de las abogadas por dicha conducta, como se refirió en la presentación de la actuación judicial del caso.

Si bien existe esta obligación por parte del Juez de asegurar el debido proceso y el respeto de los derechos de todas las partes involucradas, estas medidas son poco utilizadas en los casos estudiados. En el caso del Joven Rafael Andrés Plata, entre diciembre 2014 y diciembre 2015, la audiencia preparatoria fue aplazada un total de 21 veces, de las cuales 17 fueron atribuibles a la banca de la defensa por aplazamiento o ausencia de uno de los defensores. En octubre, el juez propuso declarar la ruptura de conexidad ante las maniobras dilatorias de unos de los defensores. Sin embargo, ante la fuerte oposición de la banca de defensa, no se ejecutó. El pasado 21 de enero de 2016, en una decisión del juez de garantías de Bucaramanga sobre la solicitud de libertad por vencimiento de términos de cuatro procesados, se confirmó que de los 501 días que han pasado desde la formulación de la acusación el 29 de agosto de 2014, solamente 171 días fueron atribuibles al Estado, es decir 330 días fueron por solicitudes dilatorias de la banca de defensa. Según el artículo 317 numeral 5 de la Ley 906 de 2004, el término es de 240 días para solicitar la libertad de procesados detenidos.

En el caso de Vinicio Cáceres Muñoz, entre julio 2014 y abril 2015, la audiencia de formulación de acusación fue aplazada 4 veces siempre a solicitud de la defensa o por ausencia de uno de los defensores. El mismo escenario se observó en el caso del joven Julián Oviedo Monroy, entre el mes de noviembre 2009 y julio del 2010, la audiencia preparatoria se aplazó 7 veces a solicitud de defensores, por inasistencia o renuncia de uno de ellos. Ante esta situación, el Juez 2 Penal del Circuito de Cundinamarca solicitó al Consejo Superior de la Judicatura de estudiar, bajo una sola cuerda procesal, las actuaciones disciplinarias contra los defensores, resaltando que estas actuaciones causaron traumatismo a la actuación, impedido el buen curso del proceso.

Estas prácticas dilatorias por parte de la defensa, se han ob-



servado en los diferentes casos de ejecuciones extrajudiciales, y fueron identificadas por partes de los representantes de víctimas y los familiares, como los principales obstáculos al avance del proceso. En torno a las prácticas dilatorias abusivas por los sujetos procesales o partes dentro de una investigación, el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) prevé medidas con las cuales el juez las controla o limita. En efecto, el artículo 139.1:

Deberes específicos de los jueces. (...) constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes: (...)

1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos (...).

5.2.6 Estrategias de conducción de la indagación que afectan la exhaustividad y la investigación de los máximos responsables

La OF-CPI ha precisado que en la evaluación de las investigaciones locales o nacionales evaluará si ellas han estado dirigidas a la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables, sin perjuicio de que los Estados deban, en virtud de su obligación de garantía, investigar a todos los partícipes en graves crímenes. Además, el marco jurídico internacional, como se dejó descrito, indica que la conducción de las investigaciones debe estar orientada al esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables.

En las entrevistas realizadas a los fiscales, tanto en Bogotá como en Bucaramanga, expresaron de entrada que no dirigían sus investigaciones hacia los máximos responsables porque preferían hacerlo con los mandos bajos y medios, de manera que pudieran irse consolidando las pruebas que facilitaran de manera segura, en un plazo más adelante, la vinculación de los máximos responsables.

Por su parte, los y las representantes de las víctimas notan que las autoridades encargadas de la investigación no han mostrado un decidido interés en buscar la vinculación de los máximos responsables en las graves violaciones que representan los casos de esta investigación.

Las investigaciones, tal como lo reflejan las descripciones de las actuaciones judiciales, han comprometido, en su mayoría, a soldados, tenientes y subtenientes. Esta situación se presenta en los casos del menor indígena Awá, la mujer indígena, Rafael Andrés Plata y Vinicio Muñoz. Solo dos casos de los estudiados comprometieron, además, la vinculación de Tenientes Coroneles. Estos, son los casos de Julián Oviedo Monroy y probablemente la Masacre de Lamas Verde.

La posibilidad de descubrir o investigar con exhaustividad las graves violaciones de derechos humanos, tal como lo ha señalado la OF-CPI en su documento de "Política General sobre exámenes preliminares", y han referido las diversas sentencias de la Corte IDH, el deber de garantía y la obligación de superación de la impunidad en situaciones de graves violaciones de derechos humanos implica la indagación de las estructuras que se encuentran detrás de las criminalidad que representan este tipo de delitos. Para poder develar esas estructuras es necesario que los planes de investigación o estrategias de investigación se dirijan hacia esas estructuras, especialmente de quienes las administran porque tal procedimiento es el que contribuye verdaderamente hacia la prevención de la repetición de estos graves crímenes, y también la efectiva protección de las víctimas.

5.2.7. Falta de colaboración armónica que favorezca la recolección de información relevante para el esclarecimiento: archivos y comparecencia

Una de las condiciones que requieren las instituciones y autoridades encargadas de las investigaciones es que efectivamente puedan tener acceso a la información relevante para el impulso de los procesos.

En los casos aquí analizados, donde se encuentran involucrados agentes del Estado, que reportaron haber realizado operaciones militares, en el marco de las cuales las víctimas habrían muerto en combate, existe una variedad más o menos amplia de trámites institucionales formales para justificar lo ocurrido, de ahí que, el acceso completo y oportuno a dicha información tiene incidencia directa en la garantía de investigaciones exhaustivas o completas.

Las entrevistas realizadas a algunos fiscales indicaron que el acceso a esa información ha sido en algunos casos difícil, y la experiencia de investigadores les ha favorecido el acceso; pero en otros no ha sido posible dicho acceso porque se ha alegado por parte de miembros de la institución militar, particularmente comandantes de las unidades requeridas, razones de seguridad o la ley de inteligencia para impedir dicho acceso.

Los obstáculos en el acceso a la información, basados en las razones expuestas, expresan una interpretación restringida de este derecho. Mientras que también parecieran entender que la reserva es un fin en sí mismo, cuando ello no es así. Las reservas deben tener propósitos compatibles con los fines esenciales del Estado y la razón de ser de las autoridades, así como la prevalencia del derecho sustancial que no es otro que el de brindar la efectiva protección de los derechos y libertades de las personas. Para esta finalidad los límites convencionales a esta reserva, en el sentido desarrollado por la Corte IDH en el caso Gomes Lund³¹⁸, es esencial. La reserva de la información en manos del propio Estado no puede ser un argumento legítimo para impedir la investigación de graves violaciones de derechos humanos, máxime cuando existe un deber constitucional de colaboración armónica entre poderes.

5.2.8. Falta de política institucional para la superación de la impunidad de graves crímenes

Los casos, cuyas investigaciones se analizan, en su gran mayoría se encuentran bajo la dirección de fiscales de la Unidad de DDHH y DIH, tanto a nivel nacional como regional. En las entrevistas sostenidas con el coordinador de entonces de esta unidad a nivel nacional, así como con los fiscales de las regionales de la misma unidad, se encontró que, aunque existe conciencia de que institucionalmente es esa unidad la que tiene a cargo las investigaciones de las ejecuciones arbitrarias a las que aluden los casos en estudio, tienen claridad que no todas las investigaciones por este tipo de hechos están en las Unidades de DDHH y DIH. Además, afirman que no existe una directriz institucional que les apoye estratégicamente en la conducción de estas investigaciones ni en la calificación jurídica de las conductas,

³¹⁸ Corte IDH. Caso Gomez Lund y otros (Guerrilha Do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia excepciones preliminares, merito, reparaciones y Costas, del 24 de noviembre del 2010.

tampoco reconocen que exista una estrategia dirigida a brindarles formación o capacitación que les brinde herramientas para enfrentar este tipo de criminalidad y de actores. Los Fiscales son conscientes que no se aprovecha la experiencia de los distintos funcionarios de manera que pueda apoyar el trabajo en la conducción de las investigaciones de este tipo, y que ello tiene incidencia en la ausencia de canales de comunicación interna que les posibilite plantearse estrategias investigativas que les permitan ser más eficaces. Por ello, tanto en la entrevista con el coordinador nacional de ese momento, como con los fiscales de Bucaramanga, refirieron como una buena experiencia la de los fiscales de Medellín que se habrían organizado para que se distribuyeran las investigaciones por unidades militares. El coordinador de Cali expresó que estarían pensando en establecer un método de trabajo que contribuyera a un fin similar.

Sin embargo, una situación objetiva que impide a los fiscales, según lo expresaron en las entrevistas, poder concentrarse y potenciar sus experiencias para el desarrollo de estrategias comprehensivas como lo exigen este tipo de investigaciones, es el alto volumen de expedientes a cargo por distintos delitos y el poco número de Fiscales en estas unidades.

Los fiscales de Bucaramanga reconocieron que algunas investigaciones llegan a la Unidad de DDHH y DIH por la gestión que hacen las familias cuando les informan dónde están las investigaciones y les piden que soliciten el envío de los expedientes allí.

Finalmente, cuando se indagó sobre los criterios que orientaban la calificación jurídica de las ejecuciones arbitrarias en el contexto que sustentan los casos estudiados, cada fiscal ofreció sus criterios personales basados en su experiencia y ciertos elementos de estrategia.

Lo expresado por los y las fiscales se ve reflejado en la manera en que se han conducido e impulsado las investigaciones en los casos estudiados. A pesar de representar casos bajo patrones similares de ejecuciones arbitrarias, y encontrarse bajo la competencia de la Unidad de DDHH y DIH, no denotan elementos comunes que muestren el desarrollo de una política o estrategia institucional para la superación de la impunidad.

5.2.9 Falta de garantías o protección para funcionarios judiciales

Siguiendo con las entrevistas a los y las fiscales, algunos que se encuentran a cargo de investigaciones avanzadas en el esclarecimiento de los hechos y la individualización de algunos presuntos responsables de alto rango, han enfrentado problemas de seguridad por amenazas o actitudes hostiles de los investigados. Sin embargo, la institución no les ha brindado el respaldo adecuado, oportuno y necesario para poder seguir desarrollando sus funciones. Esta situación, según lo expresaron, en algunos casos ha desmotivado el avance de las investigaciones.

Organismos internacionales han documentado casos de intimidaciones, agresiones y amenazas contra investigadores, fiscales y jueces en Colombia, así como la estigmatización a funcionarios judiciales que investigan casos de delitos graves presuntamente cometidos por miembros de la fuerza pública³¹⁹. Además, ASFC ha señalado que jueces y otros funcionarios de alto nivel del sistema judicial colombiano tuvieron que solicitar medidas cautelares de protección ante la CIDH frente a las amenazas de las cuales fueron víctimas³²⁰.

5.2.10 Mecanismos de investigación y modelo de proceso no se ajusta al tipo de criminalidad y dimensión de los hechos

Se expuso en el capítulo 3 que las graves violaciones de derechos humanos requieren de investigaciones que tomen en cuenta e incluyan dentro de sus indagaciones elementos de contexto que ayuden a entender las dinámicas de las violaciones, pero también de las estructuras de poder, involucradas en ellas.

Al consultar a las y los representantes de las víctimas sobre la inclusión, dentro de las evidencia y pruebas, de documentos o información de contexto que relacionen las investigaciones de los casos con la práctica sistemática y generalizada que han demostrado este tipo de casos, han expresado que existe mucha dificultad para obte-

319 Véase: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Adición Situación de derecho humano en Colombia, 2013.

320 ASFC. (2013). Guerra jurídica o paz sin justicia (original en francés). pp.14-17.

ner el decreto de dichas pruebas por parte de los jueces. A su turno, los fiscales, en algunas ocasiones admitieron que no existe experiencia en el manejo de dichas pruebas, mientras que en otros, coincidieron con lo comentado por las y los representantes de las víctimas. De hecho, uno de los fiscales refirió esta dificultad en la estructura de la ley procesal penal que no lo permite, dado que se trataría de una prueba de referencia, lo cual no soporta una sentencia.

Lo expresado por las personas entrevistadas se ve reflejado en las investigaciones, las cuales no incluyen estrategias de conexidad o relacionamiento de investigaciones que permitan hacer indagaciones exhaustivas o completas sobre esta política de estado, como lo calificó preliminarmente la OF-CPI en su informe intermedio³²¹. Por ende, las posibilidades de superar la impunidad y garantizar la no repetición de estas graves violaciones de derechos humanos son muy reducidas, porque la metodología que opera no solo lleva a investigaciones aisladas que no dan cuenta de las dimensiones de las violaciones en el contexto de un crimen de lesa humanidad, sino que impiden comprender, en términos de esclarecimiento, cuáles son las escalas de poder involucradas y, por ende, cuál es el origen de estas prácticas institucionales, lo que permitiría escalar hasta los máximos responsables.

En 2012, tras el reconocimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación, que no contaba con una estrategia eficaz para combatir e investigar diversos fenómenos de crimen organizado relacionados con la evolución del conflicto armado interno, la destrucción del medio ambiente, la corrupción administrativa y narcotráfico, entre otros, se concluyó que era necesario adoptar un nuevo sistema de investigación penal en contexto³²², para ello se creó la Dirección Nacional de Análisis y Contextos-DINAC. Este órgano tiene como función ofrecer un análisis contextual que pretende construir explicaciones sistemáticas sobre la actuación de las organizaciones criminales³²³ y constituye un "instrumento de política criminal enfocada a enfrentar principalmente fenómenos de delincuencia organizada mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se en-

321 OF-CPI. (2012). Reporte Intermedio situación Colombia, párr. 220.

322 Ver: Centro Internacional para Justicia Transicional. (2014). Manual de análisis contextual para el análisis y contextos (Dinac) de las Fiscalía General de la Nación, pp.3-4.

323 Ídem, p.30.

cuenta en las diversas unidades de la entidad”³²⁴.

De acuerdo con la entrevista realizada con la Dirección de la Unidad de DDHH y DIH, la DINAC, en teoría se encargaría de las investigaciones de crímenes de grandes escalas, lo que podría permitir fortalecer el trabajo de los fiscales que investigan crímenes que pueden ser parte de una política sistemática o generalizada³²⁵. No obstante, según funcionarios entrevistados, se observa que la labor de la DINAC no está articulada con el trabajo desarrollado por los fiscales de la Unidad de DDHH y DIH, y es poco eficaz en los casos similares a los objetos del presente análisis. Esta carencia de coordinación y colaboración, según las entrevistas, se explica, entre otros, por la falta de experiencia de las personas que integran los equipos de trabajo de la DINAC.

La OF-CPI ha identificado que el reparto de actuaciones entre varios órganos jurisdiccionales puede dificultar la contextualización y la construcción de una visión global de fenómenos complejos. Por lo anterior, la OF-CPI, señaló que para ayudar a los funcionarios competentes a llevar investigaciones completas y coherentes, las autoridades podrían pensar en formas para “compartir y analizar eficazmente la información y la coordinación de las investigaciones”³²⁶. La OF-CPI, en el marco de su examen preliminar, hace un seguimiento del trabajo desarrollado por esta Unidad y reconoce la creación de diferentes Grupos de trabajo, lo que podría ser un desarrollo positivo³²⁷.

Sin embargo, de acuerdo al principio de complementariedad del ER, las dificultades expuestas en los casos analizados no son compatibles con el desarrollo de procesos genuinos, teniendo en cuenta la complejidad de la situación colombiana y pueden reflejar una falta de voluntad o de capacidad por parte del Estado colombiano ante los casos de macro criminalidad, entre otros.

324 Colombia. Fiscalía General de la Nación. Resolución 01810 de 2012.

325 Entrevista al Director de la Unidad DDHH y DIH.

326 OF-CPI. (2012).Reporte intermedio situación en Colombia, párr. 210.

327 OF-CPI- (2014). Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014, (Situaciones en Honduras y Colombia), párrs.60-63-68.

5.2.11. Medios técnicos para las audiencias

En el caso de la incursión paramilitar en la comunidad indígena de Piedra Verde, las audiencias se han visto sometidas a constantes interrupciones, no solo por la conducta de la defensa antes descrita en relación también con otros casos, sino también por la no disponibilidad en Tumaco, donde se encuentra el juzgado de conocimiento, de medios técnicos que faciliten la comunicación con las personas que se encuentran privadas de la libertad en cárceles en otra ciudad. Aunque el juez ha requerido el apoyo del Consejo Seccional de la Judicatura para que le autorice la realización de la audiencia en un lugar distinto al de su sede para superar los obstáculos en el desarrollo de la audiencia, no ha recibido una respuesta.

Estas dificultades, unidas a los problemas de seguridad y condiciones de las víctimas para poder participar en las audiencias que no fueron acogidas por el Tribunal Superior, a fin de fijar la competencia del caso en un juez de la ciudad de Pasto, se convierten en serios e injustificados obstáculos para las víctimas en el acceso a la justicia, con un claro incumplimiento de las autoridades de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos.

La descripción de las investigaciones en la perspectiva de los obstáculos a los que se encuentra avocado su desarrollo, en su conjunto, permite tener elementos razonables para sostener que el sistema judicial colombiano enfrenta serias limitaciones derivadas de prácticas institucionales que imponen dinámicas contrarias al deber de garantía, relacionado con las investigaciones acordes con los estándares internacionales. Además, se encuentra la misma dificultad con un marco normativo que, dadas las prácticas institucionales imperantes (restrictivas), termina impidiendo el diseño de estrategias e incorporación de perspectivas probatorias que garanticen un abordaje investigativo serio, completo y exhaustivo de las estructuras de poder detrás de los autores, pero también de los modus operandi con que actúan. Esta situación puede evaluarse, siguiendo los criterios del principio de complementariedad, como un conjunto de factores que tienen el efecto de sustraer a las personas comprometidas en las violaciones de su responsabilidad, demoras injustificadas en el desarrollo y conclusión de los procedimientos, así como graves y frecuen-





tes prácticas que cuestionan la actuación de algunos funcionarios o funcionarias bajo principios de independencia e imparcialidad. Todo ello podría representar una combinación de falta de voluntad en unos casos, y falta de capacidad en otros casos.

5.3 Buenas prácticas surgidas de los casos analizados

El análisis de las investigaciones, así como el estado general en que ellas se encuentran, en términos de que no dan cuenta de ninguna sentencia en contra de presuntos responsables, no permiten dar cuenta de buenas prácticas desde la institucionalidad que consistan en mecanismos efectivos y oportunos para la superación de la impunidad de los crímenes de los casos.

Las personas entrevistadas (representantes de víctimas y autoridades judiciales de la Fiscalía) reconocieron un potencial de condiciones para poder avanzar en las investigaciones, el diálogo franco y la apertura a reconocer apoyos mutuos para enfrentar los obstáculos que representan las conductas de los sujetos procesales en cuanto a las estrategias de dilación y obstrucción antes descritas.

Algunos fiscales expresaron que la presencia de la representación de víctimas en contextos de audiencias particularmente difíciles por las obstrucciones y dilaciones de la defensa, les ha brindado las condiciones para asumir posiciones que procuren la continuidad de los procedimientos y audiencias programadas, aunque esto no se logra con frecuencia.

Por su parte, los representantes de las víctimas han expresado que las buenas prácticas han estado asociadas al tipo de funcionaria o funcionario que esté a cargo de la investigación, porque en ello no hay una posición que les identifique institucionalmente. Así, en experiencias con funcionarias/os judiciales (Fiscalía) abiertos, interesados y dispuestos a impulsar las investigaciones, las posibilidades de reclamación de competencia, desarrollo de estrategias acordes con el tipo de delito y los presuntos responsables, han sido mayores y los avances en la investigación son notables, como por ejemplo en el caso de Rafael Andrés Plata. Mientras este proceso permaneció en la ciudad de Cúcuta en manos de una funcionaria, que la madre de la víctima refiere como una persona sin interés en la investigación, no

mostró ningún avance; mientras que cuando fue traslado a un fiscal interesado, se mostraron avances significativos en el esclarecimiento y en la vinculación de presuntos responsables.

Las víctimas destacan como una buena práctica la articulación con organizaciones que les respalden, incluso haciéndose parte civil en las investigaciones (como actor popular), como lo hizo en principio la esposa de Herminson, que ante sus dificultades primero la UNIPA fue la que hizo parte civil y luego ella. Por su parte, la madre de Rafael Andrés no duda en reconocer que dentro de las estrategias que le han permitido conseguir que la investigación avance es el haber obtenido la representación de un abogado como el que tiene.

Una buena práctica también reconocida, pese a que el proceso tardó tres años en regresar a la jurisdicción ordinaria, fue la determinación tomada por el Juez 89 de Instrucción Penal Militar de Ipiales dentro del caso del menor indígena del pueblo Awá, de regresar la investigación a la jurisdicción ordinaria en aplicación de los criterios fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, como también, el Consejo Superior de la Judicatura en algunas de sus decisiones, donde fijó la competencia en los jueces ordinarios. Lo destacable de esta decisión, con las limitaciones de oportunidad señalada, es haber entendido que estos referentes jurisprudenciales, especialmente el de la Corte Constitucional, fijaban la³²⁸

"[E]xistencia de una especie de principio "in dubio Pro jurisdicción ordinaria" según el cual cuando no haya certeza sobre la forma como ocurrieron los hechos y por lo mismo no haya claridad acerca de la relación de estos con el servicio, en todo caso la investigación deber ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria".

5.4. Retos

El gran reto que plantea la situación general que prevalece hoy en día en el ámbito de la justicia penal en Colombia, es que el Estado – y cada una de sus instancias – asuma una estrategia integrada de superación de la impunidad conformada por mecanismos, recursos (técnicos, científicos, económicos y humanos) suficientes y

328 Decisión del 1 de diciembre de 2009, Proceso No. 109.



permanentes, que haga efectiva, a través de canales de comunicación eficientes, una cooperación armónica de Estado, de forma tal que garantice la contribución de cada una de sus autoridades.

Igualmente, constituye un reto muy importante que la metodología de investigación asuma una perspectiva comprehensiva de los hechos investigados, de manera que se incluyan, a través de las distintas maneras de producir la prueba dentro del proceso, los elementos necesarios para comprenderlos en el contexto dentro del cual se encuentran ubicados, facilitando su interpretación bajo los criterios de crímenes internacionales derivados, entre otros, del ER. Esta normativa tiene efectos en el sistema jurídico interno y el Estado tiene el deber de ajustar su sistema y prácticas judiciales, de modo que se brinden efectivas garantías a los derechos de las víctimas.

Elementos tales como informes de organismos internacionales de protección y supervisión que hayan analizado los hechos, informes de organizaciones de la sociedad civil, o incluso sentencias de tutela de la propia Corte Constitucional, o incluso de la propia OF-CPI, tienen que ser elementos de análisis en una investigación, para poder evitar que hechos que constituyen patrones sistemáticos y generalizados de violación de derechos humanos, se tomen como hechos aislados, que es una manera de mantenerlos en la impunidad. Como se mencionó anteriormente, este trabajo corresponde a la DINAC, sin embargo no se evidencia su impacto en los casos objeto de este estudio.

**"TAPEN, TAPEN" LA ESTRATEGIA DE ENCUBRIMIENTO DE
RESPONSABLES DE "FALSOS POSITIVOS"** 19 Ago 2015



**MADRES DE SOACHA ENFRENTAN NUEVO GOLPE TRAS 8 AÑOS DE
IMPUNIDAD** 9 Feb 2016
**DENUNCIAN 2 NUEVOS 'FALSOS POSITIVOS JUDICIALES' EN
CORDOBA** 19 Oct 2015



2015/08/17

**58 años de prisión a coronel
involucrado en 'falsos positivos'**



2015/06/24

**"Los falsos positivos fueron proc
atrocios y generalizados": José M
Vivanco**



2015/04/23

Semana
**LOS FALSOS
DOSITI
SON CRIMEN** positivos: una herida que
sigue abierta



2015/04/23

Falsos positivos fueron operación sistemática

EL TIEMPO Fiscalía de una Brigada: 11 de noviembre de 2014
Del Río, acusado de 32 falsos positivos, quería ir a Tribunal de Paz

30 de septiembre de 2015



6. Prácticas judiciales que ponen en riesgo la existencia de investigaciones genuinas conforme al principio de complementariedad del Estatuto de Roma.

6.1 La aplicación del Fuero Penal Militar: Falta de voluntad para investigar graves violaciones que pueden constituir crímenes internacionales

Someter al fuero penal a miembros del ejército y la policía por graves violaciones a los derechos humanos es considerada como una de las fuentes más grandes de impunidad en el mundo y, conforme al derecho internacional, niega el derecho a un recurso efectivo y a la verdad de las víctimas. En razón a lo mencionado, ASFC se ha referido a la investigación de los falsos positivos por la JPM como una afrenta a la independencia e imparcialidad, advirtiendo que según "los criterios presentados por la OF-CPI, la intervención de la JPM en estos casos debe ser valorada como un obstáculo que priva de legitimidad y de buena fe el proceso de investigación y judicialización de los homicidios que son disfrazados como positivos en el marco de operaciones de la Fuerza Pública"³²⁹.

Es importante señalar que la OF-CPI aún no se ha pronunciado al respecto más allá de tomar nota de las preocupaciones de la sociedad civil, las ONG y el sistema de Naciones Unidas, sobre el posible impacto de las reformas al FPM tendría en la realización de investigaciones imparciales e independientes para casos de relevancia para el examen preliminar. Sobre lo mencionado cabe advertir que la evaluación de la complementariedad, conforme a la política general de la OF-CPI, requiere de una evaluación de una situación real y estará dirigida a determinar la falta de voluntad o capacidad para adelantar procesos penales contra las personas con mayor responsabilidad de los crímenes más graves. Por dicha razón, el estudio de la autenticidad se deriva de posibles casos y no del análisis en abstracto de las recientes reformas a la FPM, de ahí que con el objeto de evaluar si hay o no disposición del Estado para investigar y juzgar casos que

³²⁹ ASFC. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación en colombiana: más allá de lo “positivo”*. Véase también: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. Capítulo 3.

estén siendo adelantados por la justicia militar, será necesario determinar si los procedimientos se están adelantado conforme al art. 17 del ER.

El FPM ha sido uno de los obstáculos más importantes para el acceso a la justicia y, por ende, para la garantía efectiva de los derechos de las víctimas. Han sido frecuentes no solo las decisiones de organismos internacionales de protección que así lo han concluido, al declarar la responsabilidad internacional del estado por violación del derecho a la justicia³³⁰; sino también las recomendaciones de organismos internacionales de supervisión, en las que han hecho un llamado al Estado para garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, restringiendo la aplicación del FPM a las conductas estrictamente relacionadas con la disciplina militar³³¹.

En una de las últimas sentencias proferidas por la Corte IDH, en relación con la responsabilidad internacional del Estado colombiano, a este respecto reafirmó³³²:

Sobre la intervención de la jurisdicción militar para conocer hechos que constituyen violaciones a derechos humanos, este Tribunal recuerda su abundante y constante jurisprudencia al respecto, y a efectos del presente caso considera suficiente reiterar que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. [...]

[L]a Corte ha indicado que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al

330 Ver entre otras, Corte IDH, casos Las Palmeras, 19 Comerciantes, La Rochela, Mapiipán.

331 Ver entre otros, CIDH, Informes Anuales 2009, párrs. 29 y 2010, párr. 69.

332 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 14 de noviembre de 2014, párrs. 442, 443 y 445.



propio derecho de acceso a la justicia.

Pese a lo anterior, se identifica una tendencia del Estado hacia la ampliación del fuero militar y el otorgamiento de competencia a la JPM para conocer delitos que comprenden graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales. Así, con el argumento de responder de manera integral al problema de “ausencia de garantías y reglas claras para los miembros de la fuerza pública” y con el objeto de otorgar un marco legal que “(...) permita actuar de manera efectiva y sin vacilaciones frente a las amenazas que atentan contra el orden constitucional y contra los ciudadanos”³³³, se han presentado diferentes iniciativas que buscan trasladar las graves infracciones al DIH a la JPM e introducir una interpretación flexible del mismo³³⁴.

6.1.1. Las recientes reformas legislativas

A la luz de nuevas reformas (Acto Legislativo 01 de 2015 y Ley 1765 de 2015), que pretenden reforzar y posiblemente ampliar la competencia de la JPM en Colombia, se considera importante examinar el contenido y alcance de las mismas para entender qué impacto podrían tener en el buen desarrollo de los procesos objeto del presente informe y de otros procesos similares, esto con fin de demostrar que el conocimiento y juzgamiento de graves violaciones a los derechos por parte de la justicia militar y policial desconoce las garantías de independencia e imparcialidad, y que una flexibilización de las normas del DIH puede demostrar la intención de sustraer la responsabilidad penal de miembros de la fuerza pública acusados de cometer crímenes de guerra³³⁵.

333 Congreso de Colombia. (16 de marzo del año 2013). Exposición de motivos. En *Gaceta Judicial*. 70. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3.

334 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional: Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. Capítulo 3.

335 En el informe sobre las actividades preliminares del año 2013, en relación con la ley que había sido aprobada por el Congreso de Colombia, en la que se incluían definiciones legales y reglas para la interpretación de la calificación de la conducta, la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes atribuidos a miembros de las fuerzas armadas, mostró que esta norma incluía definiciones que ampliarían la interpretación dada por el CICR en su Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades bajo el DIH, y por lo tanto podría constituir una exoneración de la responsabilidad penal de miembros del ejército colombiano acusados de cometer crímenes de guerra (OF-CPI 2013. Política actual sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013).

Cabe resaltar que la flexibilización del DIH para aplicar el FPM y policial es un fenómeno que se puede presentar en todos los casos en que el presunto responsable sea un miembro de la fuerza pública, y su aparición dependerá de la interpretación judicial de la autoridad competente. Además, es posible concluir que el hecho de que graves violaciones a los derechos humanos sean investigados o estén siendo investigados por la justicia militar, como los presuntos homicidios de Herminia Pai y Yurley Carolina Maldonado, correspondería con lo denominado por la OF-CPI en el ámbito de los criterios orientadores de la aplicación del principio de complementariedad, como falta de voluntad en razón a que los procedimientos no se han llevado o no se están llevando a cabo con la independencia³³⁶ o la imparcialidad³³⁷ requeridas por el ER.

I. La flexibilización del DIH para la aplicación del fuero penal militar

A través del Acto **Legislativo 01 de 2015** se modificó el artículo 221 de la Carta Política que contempla la jurisdicción penal militar, ampliando su posibilidad de aplicación. Es importante observar el contenido y alcance de esta reforma constitucional.

336 “el supuesto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo a personal del departamento encargado del orden público, en la comisión de los crímenes alegados; el papel y los poderes constitucionales de que están investidas las distintas instituciones del sistema de justicia penal; el grado de incidencia en el nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces sobre la regularidad del proceso en cuestión; el hecho de que presuntos autores pertenecientes a instituciones gubernamentales se beneficien de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales; injerencia política en la investigación, la acusación o el juicio; recurso a instancias extrajudiciales, y corrupción de investigadores, fiscales y jueces” . (OF-CPI. (2013). *Política actual sobre exámenes preliminares*, párr. 53).

337 “conexiones entre los sospechosos y las autoridades competentes a cargo de la investigación, el enjuiciamiento o la sentencia respecto de los crímenes, así como declaraciones públicas, premios, sanciones, promociones o descensos de categoría, asignación de destinos, destituciones o represalias en relación con el personal encargado de la investigación, personal de la Fiscalía o personal judicial” (OF-CPI. (2013). *Política actual sobre exámenes preliminares*, párr. 54).

Artículo 221 anterior	Artículo 221 Acto Legislativo 01 de 2015
<p>De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.</p>	<p>De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.</p> <p>En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.</p>

TABLA 2: Reformas al FPM

La reforma constitucional, tal como ha quedado plasmada, parece innecesaria dentro de un sistema jurídico del cual hacen parte las normas de DIH³³⁸, y de acuerdo al cual esas normas son fuentes de derecho, conforme lo establece la propia Constitución³³⁹. ¿Por qué sería necesario introducir una reforma constitucional al FPM con este contenido, si se quiere, reiterativo de lo que debe ser parte del ejercicio de la actividad jurisdiccional?

Puede concluirse razonablemente que la reforma constitucional aprobada está dirigida a hacer valer la ampliación del FPM, garantizando por este medio, que casos de graves violaciones de derechos humanos, incluyendo crímenes internacionales, queden cobijados en su competencia. El propósito o la intencionalidad de ello, a juzgar por la conducta observada por la jurisdicción penal militar de no investigar seriamente ni juzgar ni sancionar a sus miembros, como lo ha constatado la jurisprudencia internacional antes referida; sería sustraer a las personas de su responsabilidad penal. Abogados sin Fronteras Canadá, junto con otras organizaciones y víctimas (en el curso de la demanda de inconstitucionalidad contra la reforma mencionada), apuntaron a señalar la intención de flexibilizar las normas de DIH³⁴⁰. Para ASFC la flexibilización mencionada se fundamenta en que una aplicación exclusiva del DIH desconoce la convergencia entre las obligaciones derivadas del DIH, el DIDH y el Estatuto de Roma, las cuales no deben ser conflictivas, sino que deben ser armónicas, con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde a las circunstancias.

Puede tener sentido y ser razonable lo concluido sobre los propósitos perseguidos con la reforma, por la tendencia que ha mantenido el Estado colombiano hacia el desconocimiento de sus compromisos internacionales en materia de restricción al FPM y exclusión de esta jurisdicción, en casos de crímenes internacionales y violaciones

338 Mediante la Ley 5a. de 1960, los cuatro convenios de Ginebra de 1949 fueron formalmente incorporados al derecho nacional. Del mismo modo, el Protocolo Adicional (Protocolo II) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977) resultó integrado al orden jurídico colombiano por medio de la Ley 171 de 1994. Adicionalmente, en el Código Penal vigente se encuentra incluido un capítulo relacionado con las infracciones al DIH, que necesariamente remiten al marco jurídico internacional de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 de la Carta Política.

339 Constitución Política de Colombia, Artículo 230.

340 Comisión Colombiana de Juristas. Amicus Curie. En Línea:http://www.coljuristas.org/documentos/documento.php?id_doc=494&idioma=es&grupo=4



de derechos humanos, que se traduce en prácticas institucionales como las analizadas en los casos objeto de la investigación realizada en el marco del Proyecto (solicitud de competencia de casos de ejecuciones arbitrarias por fuera del confrontaciones, apertura de investigaciones de casos en las mismas circunstancias, resistencia a cumplir lo ordenado por la autoridad que dirime el conflicto de competencia).

El contenido de la reforma constitucional lleva a preguntarse cuál es el criterio para determinar que una conducta podría interpretarse a la luz del DIH. A este respecto el CICR ha precisado, en relación con la aplicación o pertinencia de invocación de esta *lex specialis*³⁴¹:

El criterio definitivo que determina las normas que rigen el uso de la fuerza contra un individuo en particular, en el marco del DIH, es si esa persona es un objetivo lícito según las normas de la conducción de hostilidades. Ello podría ser así debido al estatuto de la persona (es miembro de las fuerzas armadas del Estado conforme a la definición general contenida en el derecho nacional), a su función (es miembro de fuerzas irregulares del Estado o de un grupo armado no estatal en virtud de la función de combate permanente que cumple), o su comportamiento (es un civil que participa directamente en las hostilidades).

En casos de ejecuciones arbitrarias, como los analizados en este documento, no aparece pertinente la invocación del DIH para la evaluación de la conducta de los miembros de la fuerza pública, ejército. No resulta pertinente porque la conducta no estuvo enmarcada en relación con el servicio ni con ocasión del mismo, como tampoco dentro del conflicto armado interno. La práctica de violaciones a los derechos humanos de la gravedad que revelan las ejecuciones arbitrarias, la tortura, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, todos constituyentes de crímenes de competencia de la CPI, representan una ruptura fundamental con la función constitucional y legal otorgada a la fuerza pública³⁴². Por otra parte, varios de los casos fue-

341 CICR, ES 32IC/15/11, Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, octubre de 2015, pp. 45 y 46.

342 Informe anual del ACNUDH 2009, párr. 14, referido por la OF-CPI en su informe intermedio de 2012, párr. 100: "(...) El ACNUDH consideró que "la práctica de estas conductas, su negación por ciertas autoridades, la ausencia de sanciones a sus autores plantean la eventual responsabilidad de los superiores jerárquicos". En algunos casos, se dice que

ron mostrando cada vez más, a pesar de las estrategias de impunidad puestas en marcha a través del FPM, que aunque los informes oficiales aludían a personas muertas en combate, en realidad nunca se presentaron los alegados combates y que las víctimas no constituyan un objetivo lícito, en los términos mencionados por el CICR. En este sentido, la invocación del conflicto armado para requerir que las conductas sean valoradas bajo las reglas del DIH resulta evidentemente infundado e inaceptable.

La aplicación del DIH no puede convertirse en el recurso para legitimar o entender que bajo esta reglamentación se establecen licencias a las partes en conflicto para que puedan cometer delitos que no tengan consecuencias o que sus autores queden por fuera del control de la ley. Algunos analistas observan que esta perspectiva ha adquirido características que marcan una tendencia. Dicha tendencia, advierte sobre la propensión de los Estados al uso del asesinato selectivo de personas previamente seleccionados por la fuerzas de Seguridad para cumplir con los objetivos militares³⁴³. Esto, último, a su vez, ha sido interpretado por organizaciones de la sociedad civil colombiana como:

[la imposición de] una interpretación laxa y deshumanizada del derecho internacional humanitario que prioriza la ventaja militar sobre la protección del derecho a la vida de los civiles y los propios contendientes fuera de combate, y con esta versión del DIH a la colombiana, se terminan descriminalizando la mayor parte de las infracciones al derecho humanitario para que muertes y lesiones a la vida y los bienes de civiles (comprendidos los "falsos positivos") puedan ser exonerados como "blancos legítimos", muertes válidas "en situación de hostilidades", "objetivos militares", "errores militares" o muertes ocurridas bajo la "convicción de que el sujeto pasivo era un blanco legítimo".

las autoridades restaron importancia a dichas acusaciones. También se ha afirmado que en ocasiones miembros de las fuerzas armadas involucradas abrieron investigaciones preliminares inmediatamente después del anuncio de una muerte en combate con el fin de prevenir posibles investigaciones penales, en lugar de establecer la verdad sobre las circunstancias de dicha muerte. La falta de responsabilidad penal para los autores, así como la ausencia de control efectivo por parte de los comandantes del ejército o de reglas claras para prevenir y castigar estos crímenes, podría haber contribuido a la persistencia de estas prácticas".

343 T. Ruys. (2005). *License to Kill? State-sponsored assassination under international law*. En Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra. 44. (1-2). p. 15 y ss.



mo”³⁴⁴.

Una interpretación de tal reforma podría abrir la puerta a una especie de inmunidad a través de la aplicación de una ley especial para un grupo especial que son los militares o los policías en servicio activo. Inmunidad que operaría a través de la asignación de las investigaciones a instancias que no son independientes del poder del cual hacen parte las personas investigadas (ejecutivo), y con ello se aplicaría un “régimen de inmunidades y privilegios” para los presuntos responsables que pertenecen a instituciones gubernamentales. Este conjunto de circunstancias puede ser calificado, en el análisis del principio de complementariedad, como que podría revelar un cuadro de falta de voluntad por no constituir las investigaciones mecanismos genuinos de esclarecimiento de los hechos y determinación de responsabilidades por falta de independencia e imparcialidad. El caso de Herminson Pascal Paí, es una demostración objetiva de la situación descrita. La investigación fue solicitada por la jurisdicción penal militar y al año de encontrarse en sus manos y sin mayores indagaciones, incluida la omisión de la identificación de la víctima, se concluyó que los “militares actuaron amparados en causales de ausencia de responsabilidad”³⁴⁵.

El recién nombrado juez de la Corte IDH, en una publicación aludía, respecto a las jurisdicciones especializadas, que “Hablar de un derecho penal especial significa referirse a un ‘*jus singulare*’ en el sentido del derecho romano, pues para el derecho romano el *jus singulare* era el que se reservaba para una cierta clase de personas para beneficiarlas (*beneficium*) o para perjudicarlas (...) el derecho penal militar no sustrae a los militares del derecho penal común, por ser militares, sino por violar deberes militares”³⁴⁶.

ii. Re-estructura de la justicia penal militar y el estableci-

344 Coordinación Europa Estados Unidos. (2015). *La ampliación del fuero penal militar frente al proceso de paz: Siete iniciativas para una misma impunidad*. En Línea en: <http://www.colectivodeabogados.org/informes/informes-nacionales/article/la-ampliacion-del-fuero-penal>

345 Ver capítulo 4 “Casos objeto de la investigación”.

346 Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero. (1980). *Derecho Penal Militar*. Editorial Jurídica Ariel, Buenos Aires, p. 67, en: Comisión Colombiana de Juristas. (2011). *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*, p. 48.

miento de la justicia penal policial

El Código Penal Militar, que se adoptó mediante la expedición de la Ley 1407 de 2010, introduce el sistema penal acusatorio en la justicia penal militar con el aparente fin de armonizar esta justicia con la evolución nacional e internacional del derecho penal³⁴⁷. Para la implementación de dicho sistema, se argumentó que su aplicación requería la restructuración de la justicia penal militar y la creación de la justicia policial. Para ello, el Congreso de Colombia adoptó la Ley 1765 de 2015 con el objeto de hacer efectiva la transición al nuevo modelo penal. Cabe resaltar que la inclusión de este sistema implicó la adopción de figuras como los preacuerdos, las negociaciones ante la Fiscalía Penal Militar y Policial, y la aplicación del principio de oportunidad.

La mencionada Ley 1765 fue presentada por el Ministro de Defensa quién, en la exposición de motivos, argumentó que dicha transición debería respetar las garantías de autonomía e imparcialidad de la administración de justicia. Para ello, el sistema “desvincula” la jurisdicción penal militar del ejercicio de mando al prohibir que los funcionarios y empleados de la justicia mencionada puedan recibir o buscar instrucciones de la fuerza pública. Sin embargo, la desvinculación funciona de manera formal, en razón a que la misma Ley creó una unidad encargada de la organización, funcionamiento y administración bajo el poder de supervisión y orientación del Ministerio de Defensa³⁴⁸.

Dicha instancia – denominada “Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal militar y Policial” – podrá realizar el control y gestión del rendimiento y control disciplinario de los funcionarios de la justicia militar, y podrá implementar políticas, programas y planes.

Con el argumento de alcanzar una mayor profesionalización y especialización de justicia penal militar y policial, la Ley 1765 establece dos tipos de jueces de conocimiento a los cuales se fue asignada la competencia bajo los criterios objetivo-territorial de la siguiente forma:

347 Pinzón, Juan Carlos. Ministro de Defensa de la República de Colombia. Exposición de motivos Ley 1754 de 2014.

348 Ley 1765 de 2015, art 44 en concordancia con la Ley 489 de 1998, art 61.

JUZGADOS DE CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO	JUZGADOS DE CONOCIMIENTO
Homicidio	Delitos contra la disciplina.
Delitos contra la protección de la información y de los datos.	Delitos contra el servicio.
Delitos contra la fe pública.	Delitos contra los intereses de la Fuerza Pública.
Delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.	Delitos contra el honor.
Delitos contra la seguridad pública.	Lesiones personales.
Delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública.	Delitos contra el patrimonio económico.
Delitos contra la población civil.	De los siguientes delitos contra la administración pública: delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.
Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado	Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea igual o inferior a tres (3) años de prisión
Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión	

Tabla 3: Competencia objetiva, art. 8 y 9 de la Ley 1754 de 2015.

Dicha asignación de competencia ha sido denunciada por su posible incompatibilidad con el marco internacional de los derechos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Según *Human Rights Watch*, la inclusión del homicidio generaría que los casos de falsos positivos sean de competencia de la justicia militar. En uno de los casos analizados, en una situación excepcional respecto de los demás, asumidos por la jurisdicción penal, el juez de instrucción penal militar decidió, por decisión propia, remitir la investigación correspondiente al homicidio del menor basado en que existía duda sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos y particularmente que la conducta de los miembros de la fuerza pública estuvieran relacionadas con la función constitucional otorgada³⁴⁹.

En relación con la reestructuración introducida con la ley 1765 de 2015, tendría que agregarse que aunque formalmente se advierte la garantía de una independencia de quienes tienen a cargo la función de “administrar justicia”, respecto del mando militar, se introducen varias normas que dejan en duda qué tan real es ese propósito formal.

Por ejemplo, en el artículo 5 se alude al Tribunal Superior Militar y Policial, y se indica que “[l]as Salas de Decisión contarán con representación de cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los términos que establezca el reglamento interno de la Corporación”. Un órgano independiente e imparcial no tiene por qué tener representación de las fuerzas sobre las cuales ejercerá su jurisdicción. Ejercer el cargo en representación de una fuerza cuyo miembro está siendo objeto de investigación y sanción impide objetivamente la posibilidad de actuar con independencia.

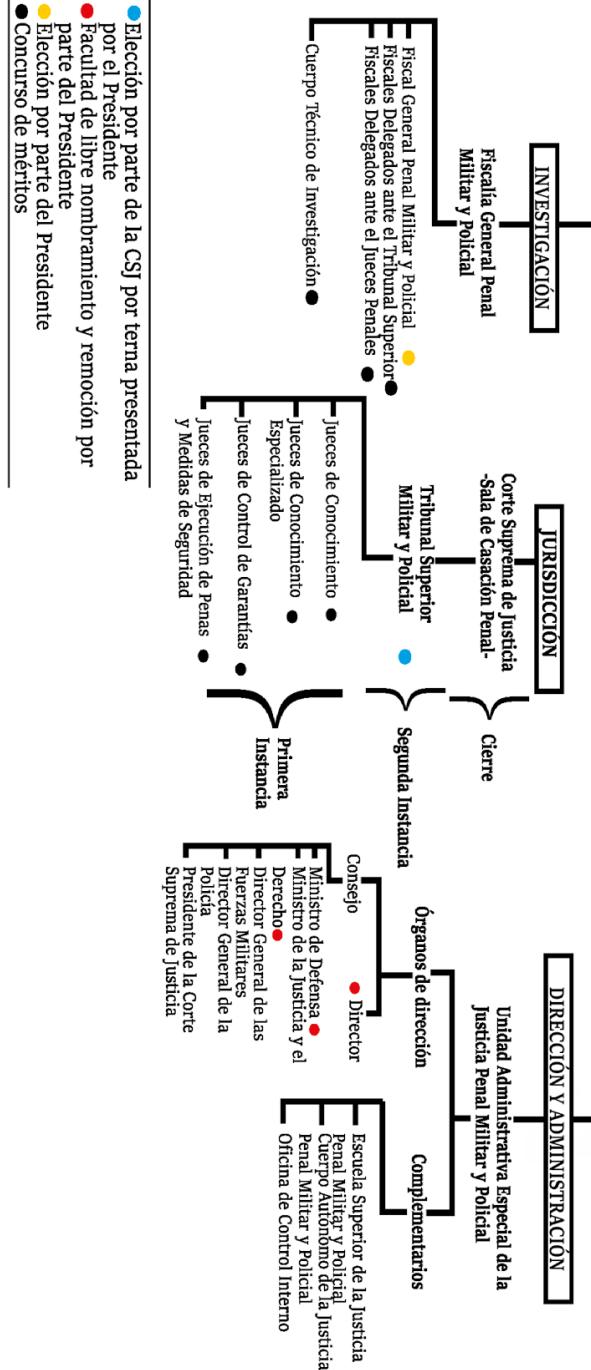
La otra circunstancia que pone de manifiesto que el desarrollo de la jurisdicción militar, pese a su restructuración, sigue respondiendo a criterios de jerarquía y mando, pese a que formalmente se advierta que habrá independencia de él, es la que impone que el criterio para ocupar los cargos de magistrados, jueces de conocimiento o especializados, tratándose de miembros activos de la fuerza pública o retirados, deben ostentar cierto tipo de grados³⁵⁰.

349 Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar de Ipiales, decisión del 1 de diciembre de 2009, proceso penal 109.

350 Colombia, Ley 1754 de 2015Artículos 14, 16, 17 y 18.

ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR O POLICIAL

Rama ejecutiva del poder público



- Elección por parte de la CSJ por terna presentada por el Presidente
- Facultad de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente
- Elección por parte del Director General de la Policía
- Concurso de méritos

En cuanto a la independencia, también llama la atención qué tanto podrían llegar a actuar de manera independiente quienes hacen parte de la jurisdicción penal militar, pese a la reestructuración, cuando los recursos, el nombramiento y la calificación de sus miembros depende del ejecutivo, es decir, el Presidente o el Ministro de Defensa³⁵¹.

6.2 La indebida o ambivalente tipificación del delito de homicidio

Los casos objeto de la investigación relacionados con ejecuciones arbitrarias muestran, como ya se mencionó, una misma pauta de ejecución: las víctimas fueron presentadas por miembros del ejército como personas muertas en combate. Las familias y sus representantes, salvo los casos de Duván Duque Duque y Yurley Carolina Maldonado, han ofrecido pruebas que demuestran que las víctimas no hacían parte de grupos armados como lo han querido hacer valer las mismas autoridades militares. Sin embargo, en los casos donde las familias admiten que las víctimas tenían relación con los grupos insurgentes, aseguran que la violación de sus derechos se dio por fuera de combate.

Como se observa en el capítulo donde se describen los hechos, las víctimas no relacionadas con los grupos armados eran campesinos (Herminisul Pascal Paí, Vinicio Muñoz Cáceres), menores pertenecientes a la comunidad indígena Awá y a la comunidad campesina de Pedregal (Caso menor indígena Awá y menor N.M.B), jóvenes en condiciones de vulnerabilidad (caso Julián Oviedo Monroy y Rafael Andrés Plata), comuneros del pueblo indígena Awá (Caso Gonzalo Rodríguez Guanga) y un comerciante (Caso Ulpiano Ortiz Fajardo).

Las familias y/o sus representantes han ofrecido a las autoridades judiciales información que conocieron sobre los hechos ocurridos, de acuerdo a lo cual las víctimas no fueron privadas de su derecho a la vida en el marco de combates o confrontaciones.

Los hechos relativos a las ejecuciones arbitrarias han sido objeto de distintas calificaciones jurídicas en las instancias judiciales, en los eventos en que ha habido algún tipo de avance. Algunos despa-

351 Ver entre otros, ibídem, artículos 43, 59.

chos judiciales han calificado la privación de la vida de las víctimas como homicidio agravado y otros como homicidio en persona protegida agravado.

El delito de *homicidio*, dentro del Código Penal colombiano³⁵², se encuentra ubicado dentro de los delitos que buscan la protección del derecho a la vida y la integridad personal³⁵³. El delito de *homicidio agravado* (artículos 103 y 104) consiste en la privación del derecho a la vida por razones distintas que conllevan la agravación de la pena. En casos distintos a los aquí analizados se ha concluido que en el marco de los homicidios denominados “falsos positivos” el delito se califica como homicidio agravado en razón de que se habría cometido por “precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil”³⁵⁴. Debe indicarse que en este caso concurrió una segunda causal de agravación relacionada con la situación de indefensión de la víctima.

El *homicidio en persona protegida*, según el cual tiene lugar cuando se priva del derecho a la vida a una persona con ocasión o en desarrollo del conflicto armado, hace parte del título II del CP denominado “delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH”³⁵⁵. Esta perspectiva, que es la que avaló la Corte Suprema de Justicia en el caso de los campesinos José Navarro Ávila y a su hijo menor de edad Luis Carlos Navarro Ávila, que salían de la vegetación con destino a su casa luego de revisar un trampero cuando fueron ejecutados por miembros del ejército. Básicamente la Corte partió de la base de la existencia y reconocimiento del conflicto armado para comprender el marco jurídico de calificación de la conducta³⁵⁶.

De los casos objeto de investigación, solo seis tienen algún grado de avance en los procesos judiciales, dentro de los cuales

352 Colombia Ley 599 de 2000.

353 Libro Segundo, Parte Especial, De los delitos en particular, Título I.

354 Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencia de segunda instancia, Radicado 54498-60-01-135-2008-80006-05, contra Mayor Marco Wilson Quijano Mariño y otros, miembros del ejército nacional, víctima Fair Leonardo Porras Bernal, sentencia del 30 de julio de 2013.

355 Artículo 135.

356 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, casación No. 35.099, contra Jota Eder Támara Torrez y Jaime Cruz Velandia, 23 de marzo de 2011.

tres han sido calificados como homicidio en persona protegida y tres por homicidio agravado. Podría decirse que no existe un criterio institucional de la Fiscalía para calificar los hechos compatibles con la pauta conocida como "falsos positivos". De hecho, así lo refirieron los fiscales entrevistados en las tres ciudades mencionadas. No existe ninguna orientación al respecto. Esto es muy preocupante porque si estos hechos han sido enmarcados, como se ha dicho antes, dentro de una política de crímenes que se han desarrollado bajo una pauta o *modus operandi* similar, lo que correspondería a una investigación seria, exhaustiva y acorde con un proceso genuino y el principio de debida diligencia, sería que quienes tienen que impulsar las investigaciones adopten un criterio que favorezca el esclarecimiento de los hechos, dentro de ellos, la responsabilidad de los partícipes y dentro de ellos, las estructuras de poder detrás de las violaciones; en fin el deber de investigar, juzgar y en su caso sancionar a los máximos responsables de las violaciones más graves que constituyen crímenes internacionales. Sin embargo, los fiscales entrevistados coincidieron en afirmar que no existen espacios colectivos o institucionales donde se promueva el compartir, las experiencias y la reflexión sobre la manera como están enfrentando este tipo de criminalidad.

Las distintas formas de calificar el mismo tipo de crimen parecía responder a criterios personales y no a institucionales, lo cual no es muy apropiado en una estructura judicial cimentada en un ente que recoge la política de investigación y acusación de los delitos. Mientras en las investigaciones tramitadas por algunos fiscales en Bogotá, esos hechos se califican como homicidio agravado (caso de Julián Ovidio Monroy); en Bucaramanga, los mismos hechos son calificados como homicidio agravado respecto a las personas que tenían el papel de reclutar a las víctimas en Bucaramanga (Caso Rafael Andrés Plata), mientras que respecto a los miembros de la fuerza pública se imputa homicidio en persona protegida (Caso Rafael Andrés Plata y Vinicio Muñoz). En esta misma región del Noreste, los hechos correspondientes a la masacre de Lamas Verde, imputables a grupos paramilitares, se califican como homicidios en persona protegida. Mientras que en Cali, la incursión de Los Rastrojos en la comunidad indígena Awá de Piedra Verde, donde se dio muerte a un indígena, se califica como homicidio agravado.

El delito de homicidio en persona protegida es de relativa re-

ciente inclusión en el sistema jurídico penal colombiano (2000). La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la compatibilidad de este delito con la Carta Política, tuvo la oportunidad de demarcar cuáles eran las circunstancias bajo las cuales podría hablarse de “con ocasión” o “en desarrollo del conflicto armado”³⁵⁷. Para ello, el Tribunal se apoyó en el marco jurídico y jurisprudencial internacional.

La Corte Constitucional interpretó las expresiones “con ocasión” o “en desarrollo del conflicto armado” inspirándose de los criterios fijados por la jurisprudencia del TPIY. La jurisprudencia internacional ha definido que la existencia de un conflicto armado se establece por la concurrencia de condiciones temporales, espaciales o geográficas y materiales. En relación con la condición material, cuando quiera que los hechos o situación no han tenido lugar en el marco de una confrontación o combate, la jurisprudencia internacional ha indicado que debe evaluarse la “relación cercana y suficiente” con el desarrollo del conflicto armado: “(...) sólo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho [DIH] (...) es necesario concluir que el acto que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto”³⁵⁸.

En tal situación, la misma jurisprudencia indica que los criterios a seguir para determinar la existencia de “nexo cercano entre el hecho o situación y el conflicto armado” serían sintéticamente:

- (i) El crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido, v. gr. el conflicto armado.
- (ii) Calidad de combatiente del perpetrador
- (iii) Calidad de no combatiente de la víctima
- (iv) Hecho que la víctima sea miembro del bando contrario
- (v) El acto puede ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar

357 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-291 de 2007, MP Manuel José Cepeda.

358 Ídem.

- (vi) El hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador o en el contexto de dichos deberes

La Corte Constitucional destaca también, en el pronunciamiento citado, que en la jurisprudencia internacional, en relación con crímenes de guerra, es suficiente determinar que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado” y que “el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”³⁵⁹.

Cabría preguntarse entonces, si esta práctica de privación de la vida de personas por fuera de combate, bajo las condiciones de modo descritas, ¿beneficiarían efectivamente a las fuerzas militares en propósitos o campañas militares? O, ¿será real que el conflicto armado les ha procurado el amparo para poder perpetrar los crímenes? Alrededor de estos interrogantes quizás han estado las calificaciones jurídicas de los crímenes por los funcionarios judiciales, y por ello se presentan distintas formas de apreciar el tipo de crimen respecto al cual se busca superar la impunidad. Además, como ha sido reconocido por la OF-CPI, las insuficiencias manifiestas en la formulación de cargos, y los modos de responsabilidad en relación con la gravedad de la conducta alegada y el rol atribuido al acusado, pueden demostrar una intención de sustraer la responsabilidad penal³⁶⁰.

Lo que muestran los hechos bajo el patrón denominado “falsos positivos” es que agentes del Estado, en un craso abandono de sus deberes constitucionales y legales, es decir, por fuera del marco de la legalidad y legitimidad del servicio encomendado, constituyeron una empresa criminal o concierto para delinquir, como se les ha imputado en los distintos procesos judiciales, en el marco del cual desarrollaron distintos delitos como la desaparición forzada, el homi-

359 Ídem.

360 Para la OF-CPI en casos en que la misma conducta puede constituir, tanto un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad, un enfoque limitado podría inhibir una investigación efectiva del contexto y las circunstancias en que se cometieron estos crímenes, enlaces a otros posibles casos, y cualquier posible participación de los oficiales de alto rango (OF-CPI (2013). *Informe sobre actividades preliminares*).

cidio, la falsedad sobre la documentación oficial. Estas características de la forma en que han tenido lugar los hechos, dada la dimensión (número de víctimas y extensión territorial, permanencia temporal) que han alcanzado y la planificación que han demostrado, así como las víctimas hacia donde se ha dirigido el conjunto de acciones delictivas, que individualizan una población civil de ciertas condiciones, denotan los elementos de un crimen de lesa humanidad como lo ha reconocido un tribunal al resolver la impugnación de una sentencia en un caso similar a los estudiados en este informe.

El Tribunal Superior de Cundinamarca concluyó, atendiendo la solicitud de la representación de las víctimas, que los hechos estaban enmarcados en un crimen de lesa humanidad. A este respecto, señaló³⁶¹:

El elemento de la **generalidad** puede predicarse a partir de la multiplicidad de víctimas trasladadas desde el municipio de Soacha hasta el sector de Ocaña en el departamento de Norte de Santander. Lo anterior pese a que en el presente expediente solamente se investiga y juzga la desaparición y muerte de un solo individuo que resultó ser el joven Fair Leonardo Porras Bernal, lo cierto es que de las pruebas allegadas al juicio se logró demostrar que por lo menos 11 jóvenes de sectores humildes del citado municipio cundinamarqués, fueron desaparecidos en una época cercana a la fecha en que se reportó la desaparición de Fair [...]

De igual forma, el elemento de la **sistematicidad** implica precisamente que los hechos fueron ejecutados como respuesta a todo un plan diseñado previamente, que en este caso consistía en la ubicación, traslado y recepción de jóvenes de sectores humildes para ser ultimados y reportados como muertos en combate y así presentar la unidad militar de Ocaña (Batallón Francisco de Paula Santander) éxitos operacionales, hechos que sucedían como una cadena sistemática de acciones, para llevar a cabo el fin de la empresa criminal.

El ataque se produjo de manera exclusiva contra la **población**

361 Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencia de segunda instancia, Radicado 54498-60-01-135-2008-80006-05, sentencia del 30 de julio de 2013.

civil, al acreditarse que en este caso, tanto Fair Leonardo Porras Bernal como los demás jóvenes eran civiles residentes del municipio de Soacha-Cundinamarca, y Ciudad Bolívar (sector correspondiente a la capital de la República), y en este evento, el joven Porras Bernal, no hacía parte de ninguna banda delictiva.

[...]

En virtud de ello, se colige sin dubitación que convergen los presupuestos señalados en las normas internacionales y en la jurisprudencia nacional para que sea dable declarar los delitos investigados en el caso de la referencia como de lesa humanidad (...).

Por ende, al cumplirse a cabalidad todos los requisitos para que los hechos objeto de juzgamiento puedan ser declarados como delitos de lesa humanidad, (...).

Sin embargo, el análisis de los procedimientos realizados en los casos objeto de este informe indicaron que, por ahora, no existen las condiciones para que las investigaciones y los juicios se dispongan a permitir la práctica de pruebas que permitan contextualizar los hechos específicos en un universo mayor que comparte las mismas metodologías, autores, intencionalidades, y modus operandi. Como ya se había mencionado, tanto los fiscales entrevistados como las y los abogados representantes de víctimas, advirtieron las dificultades en aportar elementos de prueba tales como informes de organismos internacionales de supervisión de derechos humanos, informes de organizaciones de la sociedad civil internas o internacionales, como tampoco, se incorporan las decisiones de la Corte Constitucional a fin de contar con elementos que apoyen la debida y completa interpretación de los hechos y las dinámicas de vulneración que involucran.

En el caso citado, en el cual el Tribunal decidió calificar el hecho dentro del marco de un crimen de lesa humanidad, este reconocimiento aunque muy importante, solo tuvo lugar en la sentencia de segunda instancia y al finalizar el procedimiento. Es decir, solo, como lo advirtió el Tribunal, para tener efectos sobre la prescripción de la pena. Es una perspectiva instrumental de una herramienta que tiene el propósito de contribuir a la verdad y a la superación de la impuni-

dad de este tipo de crímenes³⁶².

Esta limitada forma de conducir las investigaciones impide u obstruye la exhaustividad de las indagaciones, al tiempo que favorece la impunidad de las estructuras de poder detrás de este tipo de crímenes, cuya sanción demanda toda la humanidad, tal como se prevé en el preámbulo del Estatuto de Roma.

6.3 Proceso de paz y los eventuales mecanismos de justicia transicional

El 15 de diciembre de 2015 el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP presentaron públicamente el acuerdo sobre víctimas³⁶³, acordado en el marco de las negociaciones de paz iniciadas el 26 de agosto de 2012. De acuerdo con el borrador parcial se propone crear un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, el cual articula la pactada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición³⁶⁴, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado³⁶⁵ y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)³⁶⁶, con posibles medidas de reparación integral para la construcción de la paz y garantías de no repetición³⁶⁷.

El acuerdo afirma que el "(...) Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario ocurridas a lo largo del conflicto"³⁶⁸. Para ASFC, lo convenido representa un avance significativo en

362 ASFC ha argumentado a favor de un nuevo título en la parte especial del código penal que tipifique delitos como crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con lo establecido en el ER. Véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. También con enfoque especial en desplazamiento forzado: ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

363 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de diciembre de 2015). Borrador Conjunto.

364 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (4 de junio de 2015). Informe conjunto.

365 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (18 de octubre de 2015).

366 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (23 de septiembre de 2015). Comunicado Conjunto.

367 Estas serían el resultado de la implementación de todos los mecanismos y, particularmente, de las medidas que se acuerden posteriormente en el marco del Punto 3 –Fin del conflicto-. Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de diciembre de 2015). Borrador Conjunto.

368 Idem.

el reconocimiento de la responsabilidad de todos los actores involucrados en la comisión de graves crímenes y es un paso histórico para la efectividad de los derechos de millones de víctimas en Colombia.

El componente de justicia del sistema integral crearía un Tribunal Especial para la Paz con competencia para investigar, juzgar y sancionar, *en especial*, a todos quienes participaron en la guerra directa o indirectamente y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al DIH³⁶⁹. Para los casos objeto del presente informe, no es posible afirmar *a priori* que serán trasladados a la justicia especial, para definir su competencia habría que revisar caso por caso e identificar la relación con el conflicto armado. Además el acuerdo contempla una gran cantidad de medidas judiciales y extrajudiciales que requerirán de un análisis riguroso para determinar su compatibilidad con el derecho internacional, como con las obligaciones de Colombia en virtud del ER, en relación con la determinación de las autoridades nacionales de adelantar procesos genuinos para los responsables de los crímenes más graves, como las ejecuciones arbitrarias, violencia sexual y desplazamiento forzado (crímenes objeto del informe), además será importante identificar los desafíos en su implementación³⁷⁰.

369 Ídem.

370 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional*. Este informe recoge algunas recomendaciones que habría que tener en cuenta para el análisis de este acuerdo, incluyendo: excluir el fuero penal militar para juzgar crímenes internacionales, asegurar que la interpretación de crímenes internacionales sea compatible con el Estatuto de Roma, implementar una metodología de priorización y selección de casos con carácter excepcional, excluir amnistías para crímenes internacionales y finalmente incorporar un modelo de penas alternativas condicionadas a prerrequisitos claros que garanticen los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, la no repetición de los hechos y una paz duradera.

7. Conclusiones y recomendaciones

El examen preliminar llevado a cabo por la CPI debe ir más allá de un análisis cuantitativo y centrarse en un análisis cualitativo de los procesos ante los tribunales colombianos, que podrían ser de eventual competencia de la CPI. Este informe pretende aportar a este fin y revela que este análisis sigue siendo especialmente necesario en regiones, como las seleccionadas, lugares donde existen fuertes reclamos para la justicia, y a la vez mayores obstáculos para alcanzarla, y donde las víctimas se encuentran en estado de vulnerabilidad.

En este sentido, este informe pretende suministrar información relevante para el examen preliminar de la CPI en Colombia, mediante un análisis cualitativo de 15 procesos seleccionados de acuerdo con el principio de complementariedad y la política actual de la OF-CPI. Cabe recordar que la mayoría de los casos analizados son de falsos positivos o de otras formas de ejecuciones arbitrarias, un tema actualmente priorizado por la misma OF-CPI con respecto a Colombia, como consecuencia de la falta de avances en la persecución penal.

Como parte de este análisis, ASFC ha identificado una serie de elementos que coinciden con los establecidos en la política actual de la OF-CPI sobre exámenes preliminares, y podrían interpretarse como una falta de voluntad y/o incapacidad por parte del Estado colombiano de llevar a cabo procesos genuinos contra los presuntos responsables de crímenes internacionales. Si bien es cierto que los 15 casos representan un estudio modesto ante el universo de investigaciones abiertas en Colombia, ASFC considera preocupante que varios de los “mecanismos de impunidad” identificados se repitan en diferentes casos.

En este sentido, se observa *inter alia* varias prácticas similares de obstrucción, dilación, entorpecimiento o desviación de las investigaciones, como la detención en bases militares, mantenimiento de las personas señaladas dentro del ejercicio de sus funciones, ocultamiento de la información o dilación en el acceso y obtención de la información sobre las operaciones, interposición de conflictos de competencia entre jurisdicciones, apertura simultánea de investigaciones sobre los mismos hechos violatorios, dilación por parte de la

jurisdicción penal militar en la entrega de las investigaciones a la jurisdicción ordinaria, no solo cuando existe evidencia de la falta de competencia, sino incluso en omisión de cumplimiento de las tutelas que ordenan su entrega.

Particularmente en los casos en que se hizo uso del fuero penal, se confirmó objetivamente una evidente falta de independencia e imparcialidad de los tribunales o de los procesos. Así, los casos analizados adolecen de investigaciones serias y exhaustivas, siendo caracterizadas por una falta de impulso, incumplimiento con los protocolos establecidos y poca disposición de informar a las familias de las víctimas del estado de las mismas. Además, se evidenció que la práctica de asumir, solicitar, entregar o resistir el traslado de las investigaciones de la justicia penal militar a la justicia ordinaria impide u obstruye investigaciones oportunas, adecuadas y exhaustivas. Sumado a lo anterior, pese a que las recientes reformas adviertan formalmente que es independiente, la justicia penal militar sigue respondiendo a criterios de jerarquía y mando.

Para ASFC, las actuaciones mencionadas van en contra de una conducta estatal que demuestre una genuina voluntad de restablecer los derechos de las víctimas y retomar los fundamentos políticos, jurídicos y éticos que le dan legitimidad al Estado y podrían poner en duda el compromiso del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de lucha contra la impunidad.

Además se considera que, en gran parte, la mayoría de los casos objeto de estudio han avanzado gracias a los esfuerzos de las mismas víctimas, sus representantes, y en algunas instancias, debido a unos funcionarios muy comprometidos. ASFC reconoce y celebra su compromiso con la justicia, pero expresa su preocupación porque este hecho pone de manifiesto la falta de prácticas institucionalizadas y estrategias eficaces en la persecución de crímenes internacionales en Colombia.

Conforme a lo mencionado, ASFC concluye que en los casos analizados los esfuerzos del Estado colombiano no son suficientes, y anima a la OF-CPI a tomar nota de las preocupaciones mencionadas en este informe y seguir atenta a la respuesta estatal, como parte de su examen preliminar. Asimismo, ASFC concluye que las autoridades



nacionales deberían considerar las siguientes recomendaciones para que el principio de complementariedad sea traducido concretamente en la realidad de las víctimas y como garante de una paz duradera.

También, es relevante advertir que con la posible firma de los acuerdos de paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP, en Colombia se está proponiendo un nuevo modelo de justicia transicional para superar el conflicto armado y respetar los derechos de las víctimas, de acuerdo con el derecho internacional y el Estatuto de Roma. ASFC apoya firmemente este propósito y cree que los obstáculos identificados en este informe deben ser analizados y solucionados con rigor para que no se repitan ni en la Justicia Ordinaria o en lo que podría ser la Jurisdicción Especial para la Paz, dado que en los meses y años venideros las dos tendrán que ocuparse de crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos, similares a los analizados en este informe.

Particularmente ASFC resalta que deben ser especialmente considerados por parte de las autoridades nacionales los siguientes temas.

Recomendaciones a las autoridades judiciales y administrativas colombianas y el Ministerio público

Respecto al FPM

Asegurar que los delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio sean los únicos conocidos por el fuero penal militar, y que las alegaciones de graves violaciones a los derechos humanos, las cuales pueden constituir crímenes internacionales, sean remitidas a la justicia ordinaria.

Asegurar una aplicación del DIH que reconozca la convergencia entre las obligaciones derivadas del DIH, del DIDH y del Estatuto de Roma, las cuales no deben ser conflictivas, sino que deben ser armónicas, con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde a las circunstancias.

Respecto al acceso y participación de las víctimas y las observaciones a los procesos penales

Adoptar estrategias que faciliten la participación activa de las víctimas y que permitan a las y los funcionarios comprender las expectativas de justicia específicas de las víctimas en relación con su función, abarcando el enfoque diferencial.

Intervenir activamente para acabar con las sistemáticas solicitudes de aplazamientos por parte de la defensa y cambios e inasistencia de defensores y otras prácticas dilatorias.

Recomendaciones a la Fiscalía General de la Nación con respecto a las investigaciones y políticas institucionales para la superación de la impunidad de graves crímenes

Asegurar que las investigaciones por este tipo de hechos sean asumidas en las Unidades especializadas como la de DDHH y DIH.

Brindar formación, capacitación y herramientas a fiscales e investigadores para enfrentar este tipo de criminalidad con un enfoque en Derecho Penal Internacional y los principios del Estatuto de Roma.

Fomentar espacios colectivos o institucionales donde se promueva el compartir de las experiencias y la reflexión sobre la manera como están enfrentando este tipo de criminalidad.

Crear y aplicar un criterio institucional y orientación al respecto para investigar y calificar jurídicamente los hechos compatibles con la pauta conocida como falsos positivos o de otras formas de ejecuciones arbitrarias que favorezca el esclarecimiento de los mismos, enfatizando en las estructuras de poder y la responsabilidad de los máximos responsables.

Evitar los cambios de funcionarios o traslados de despacho de los expedientes para asegurar el buen desarrollo de las estrategias de investigación.



Recomendaciones a todas las autoridades nacionales con respecto a los funcionarios judiciales, los defensores de derechos humanos y las víctimas

Brindar a los funcionarios judiciales recursos, apoyo institucional y medidas de seguridad de acuerdo con las particularidades del caso y el nivel de riesgo asociado, para garantizar el libre y adecuado ejercicio de sus funciones.

Brindar las garantías adecuadas para los abogados defensores de derechos humanos, representantes de víctimas y funcionarios judiciales de acuerdo con las particularidades del caso y el nivel de riesgo asociado para garantizar su protección y el libre ejercicio de sus funciones.

Finalmente, ASFC seguirá con su labor de monitoreo en Colombia y espera poder aportar de manera constructiva a los esfuerzos del Estado de garantizar los derechos de las víctimas a la justicia. Asimismo, hace un llamado a la comunidad internacional para que siga acompañando a las víctimas de crímenes internacionales en la exigencia de sus derechos.

8. Bibliografía

8.1 Informes

- Abogados sin Fronteras Canadá. (2012). *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma: más allá de lo “positivo”.*
- Abogados sin Fronteras Canadá. (2014). *Una mirada al desplazamiento forzado: persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano.*
- Abogados sin Fronteras Canadá & Corporación Humanas. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de las mujeres.*
- Abogados sin Fronteras Canadá. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el derecho internacional.*
- Abogados sin Fronteras Canadá. (2015). *Intervención de ASFC en el evento paralelo “Complementariedad: La situación de los delitos internacionales y la violencia sexual”*, Asamblea XXIV de los Estados partes, La Haya, 24 de noviembre de 2015,
- Abogados sin Fronteras Canadá. (2013). *Guerre juridique ou paix sans justice? Guerra jurídica o Paz sin Justicia.* Original en francés.
- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (7 de enero de 2013). *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.* A/HRC/22/17/Add.3. Original en inglés.
- Amnistía Internacional. (1994). *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los 90.* CICIG. (2012). *“Los jueces de la impunidad” de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala.*
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (Octubre 2015). Docu-





mento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.
El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. ES 32IC/15/11.

- Defensoría del Pueblo. (Octubre 2011). *Informe "Violencia sexual contra las mujeres en Nariño y la situación de derechos de las mujeres víctimas en Pasto"* Disponible en línea: <http://sisat.defensoria.org.co:8097/subsitio/doc/informeTematico/IEViolenciaSexualDepartamentoNarino.pdf>.
- Federación internacional de los derechos humanos. (2011). La Fiscalía de la Corte Penal Internacional 9 años después Diciembre de 2011 - N°579 e "Análisis de la estrategia procesal y de las políticas de la Fiscalía (2003-2011) Recomendaciones a la próxima Fiscal de la CPI".
- INDEPAZ. (2015). *X Informe de seguimiento a la presencia de los grupos narcoparamilitares.*
- Informe Final de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.
- International Crisis Group. (Marzo 2006). *Presentación sobre Garantías de no repetición.* Disponible en línea: <http://crisis-group.be/interactives/justicia-transicional/garantias.html>.
- OACNUDH. (2011). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011.
- Philip Alston. (2010). Informe Relator especial sobre las ejecuciones judiciales, sumarias o arbitrarias, Misión a Colombia, 31 de marzo de 2010, Doc. UN A/HRC/14/24/Add.2.

8.2 Artículos de investigación y libros

- Agirre Aranburu, Xabier. (2009). *Prosecuting the most responsible for international crimes dilemmas of definition and prosecutorial discretion*, en J. Gonzalez, ed. Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ambos, Kai. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. (2 ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ambos, Kai. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de «justicia y paz» en Colombia.
- Ambos, Kai. (2010). *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity. An Inductive, Situation-based Approach*. Springer. London New York.
- Ambos, Kai. (2007). *The International Framework of Transitional Justice, Study prepared for the International Conference "Building a Future on Peace and Justice"*. Nuremberg.
- Ambos, Kai. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional: Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Editores: Medellín Fundación Konrad Adenauer Stiftung; Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano; Comisión Andina de Juristas; Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Interna. Colombia.
- Ambos, Kai. (2010). *El test de la complementariedad de la Corte Penal internacional (Artículo 17 del Estatuto de Roma)*. En InDret Revista para el análisis del derecho. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225383/306694>.
- Andreu-Guzmán, Federico. (6 de diciembre de 2007). *Impunidad y Derecho Internacional: algunas consideraciones históricas*.





rico-jurídicas sobre la lucha contra la impunidad. Disponible en: http://lipietz.net/spip.php?page=article&id_article=2138.

- CAJAR & CCJ. (2011). *Denegación de justicia y proceso penal.*
- Cançado Trindade, Ântonio. (2007). *La ampliación del contenido material del ius cogens*, en línea: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf.
- CEJIL. (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos.* Disponible en línea: <https://www.cejil.org/es/debida-diligencia-investigacion-graves-violaciones-derechos-humanos>.
- Centro internacional para la Justicia transicional. (Julio 2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis de Contexto (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación.*
- Chinchón Álvarez, Javier. (2012). *El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistemática desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos.* En Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Número 24. Diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/concepto-impunidad-luz-derecho-internacional-una-aproximacion-sistemica-desde-derecho-internacional-penal-derecho-internacional-derechos-humanos>.
- Cleary, Katherine A. and SáCouto, Susana. (2008). *The Gravity Threshold of the International Criminal Court.* American University Washington College of Law.
- Comisión Internacional de Juristas. (2008). *Derecho internacional y lucha contra la impunidad. Guía para profesionales.*
- Comisión colombiana de Juristas. (2007) *Principios internacionales sobre impunidad y reparación.*

- Coordinación Europa Estados Unidos. (2015). *La ampliación del fuero penal militar frente al proceso de paz: Siete iniciativas para una misma impunidad*. Disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/informes/informes-nacionales/article/la-ampliacion-del-fuero-penal>.
- De justicia. (2014). *Justicia para la Paz: Crímenes atroces, Derecho a la Justicia y Paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Dukic, Drazan. (2007). *Transitional Justice and the International Criminal Court – in “the interests of justice”*, International Review of the Red Cross, Volume 89 No. 867.
- Fuentes Torrijo, Ximena. (2011). El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional. Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile.
- Galvis M.C & Salazar k. (2007). *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos*. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras-portales/op_20100407_01.pdf.
- Gutiérrez, Christian Wolffhügel. (2009). *La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad*. A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Disponible en línea: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v9n17/v9n17a06.pdf>.
- Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I: Reglas, Ed. CICR, Buenos Aires.
- Human Right Watch. (2015). *El rol de los altos mandos en falsos positivos: Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles*. Disponible en línea: <https://www.hrw.org/es/news/2015/06/23/colombia-altos-mandos-militares-vinculados-con-ejecuciones-extrajudiciales>.
- Jurdi, Nidal Nidal. (2013). *The International Criminal Court*





and National Courts: A Contentious Relationship.

- La Silla Vacia. (29 de octubre de 2013). *El hombre que tiene en jaque al Consejo de la Judicatura*. Disponible en línea: <http://lasillavacia.com/historia/el-hombre-que-tiene-jaque-al-consejo-de-la-judicatura-45984>.
- Naqvi, Yasmin. (Junio 2006). *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?* International Review of the Red Cross. No.862 de la versión original.
- OACNUDH. (2003). *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*. Chapter 4: Independence and Impartiality of Judges, Prosecutors and Lawyers. En línea: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter4en.pdf>. Oláslolo, Hector. (2014). *Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región* en Anuario de Derechos Humanos. No. 10.
- Ruys, T. (2005). "License to Kill? State-sponsored assassination under international law. En Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra.
- Schabas, W. (2010). *An introduction to the International Criminal Court*, fourth edition, 10. Victims of crimes and their concerns.
- Tayler W. (1997). *La problemática de la impunidad y sus tratamientos en las naciones unidas*. En revista IDH. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tabcas/R06843-7.pdf>.
- Zaffaroni, Raúl y Ricardo Cavallero, Juan. (2011). *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, en: Comisión Colombiana de Juristas, "Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos.

8.3 Justicia Nacional

- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 522 de 2000.

- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 599 de 2000.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 600 de 2000.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 906 de 2004.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1765 de 2015.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1754 de 2015.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 489 de 1998.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1448 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. MP. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. Auto de seguimiento 119 de 2013.
- Corte Constitucional. Sentencia C579 de 2013. Mo Jorge Ignacio Pretelt
- Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda
- Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997.M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Auto 004 del 26 de enero de 2009.M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional. Auto 174 del 9 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P. Augusto Ibañez Guzmán, casación No. 35.099, contra Jota Eder Támarra Torrez y Jaime Cruz Velandia, 23 de marzo de 2011.
- Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar de Ipiales, decisión del 1 de diciembre de 2009, proceso penal 109.



- Fiscalía General de la Nación. Directiva 0001. 4 de octubre de 2012. En línea: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.
- Tribunal Superior de Cundinamarca, Sentencia de segunda instancia del 30 de julio de 2013. Radicado 54498-60-01-135-2008-80006-05.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (Sentencia de 20 de noviembre de 2014) contra Salvatore Mancuso y otros. M.P. Lester M Gonzales
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. 2013. Sala Penal. Radicado 2013-100.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. (7 de diciembre de 2012). Sala de decisión penal. Proceso No. 528356107497201100210-01.

8. 4 Instrumentos de derecho internacional

- Asamblea General de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 2005). *Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener de reparaciones*. Resolución 60/147 de la Asamblea General.
- Asamblea General. La situación en Centroamérica amenaza a la paz y la seguridad internacional e iniciativas de paz. Resolución 43/24 del 15 de noviembre de 1988.
- Asamblea de Estados Parte Estatuto de Roma. (10 de noviembre de 2009). *Informe de la Corte sobre la estrategia en relación con las víctimas*. ICC-ASP/8/45.
- Comité de Derechos Humanos. (13 de noviembre de 2995). Caso Nydia Erika Bautista (Colombia). Comunicación No. 563/1993.
- Comité de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 1989). Caso Karttunen c. Finlandia. 46º período de sesiones. Comunicación No. 387/1989.

- Comité de Derechos Humanos. (1993). *Caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*. Comunicación No. 468/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991.
- Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Doc UN A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo 1969, art. 26.
- Norma 117. Customary International Humanitarian Law, Vol. Press, 2005I, Rules, ICRC, Cambridge University.
- Naciones Unidas. (1985). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*.
- Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. (1991). *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extra-legales, arbitrarias o sumarias*.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2001). *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (adoptado en 1999)*. Serie de Capacitación Profesional Nº 8. Nueva York y Ginebra.
- Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, (Principios y directrices sobre el derecho a la reparación), Doc. NU A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006.



- 
- Resolución 15 (XXXIV) de 1981. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

8.5 Sistema Interamericano de derechos humanos

- CIDH. Caso Gómez López c. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No 233.
- CIDH. Caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana, Informe N° 35/96, Caso 10.832, 19 de febrero de 1998.
- CIDH, MC 141-10 – X y sus dos hijos, Colombia.
- CIDH. MC 97-10 - 179 Familias de las Veredas El Vergel y El Pedregal, departamento del Cauca, Colombia.
- CIDH.MC 97-10 - 179 Familias de las Veredas El Vergel y El Pedregal, departamento del Cauca, Colombia.
- CIDH.MC 61/11 - Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo, Colombia.
- CIDH. Reglamento de la CIDH. (Diciembre de 2009). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr.
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, No 192.
- Corte IDH. Caso Anzualdo Castro v. Perú. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello v. Colombia. Sentencia Fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006.
- Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de enero de 2009.
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Sentencia del 25 de Noviembre 2006, Serie C, No 160, párr. 390.

- Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, No 165.
- Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia. Sentencia excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). 14 de noviembre de 2014.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Sentencia excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia Fondo, 29 de julio de 1988.
- Corte IDH. Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2008.
- Corte IDH. Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No 163.
- Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, Sentencia del 3 de abril 2009, Serie C, No 196.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 Serie C No 101.
- Corte IDH. Caso de las hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de marzo de 2005.
- Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Sentencia del 20 de Noviembre de 2013, Serie C No 270.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Fondo), Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No 71.
- Corte IDH. Caso Anzualdo Castro v. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No 202.

- 
- Corte IDH. Caso Genie Lacayo v. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
 - Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. No.178.
 - Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.
 - Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia del 30 de octubre 2008, Serie C, No 187.
 - Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia del 12 de agosto 2008, Serie C, No 186.
 - Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de mayo de 2010.
 - Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Sentencia del 21 de Noviembre 2006, Serie C, No 152.
 - Corte IDH. Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 12 de junio 2002, párr. 265. Excepción preliminar.
 - Organización de Estados Americanos. (5 de diciembre de 2013). Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas. OEA/Ser.L/V//II. Doc. 44.

8.6 Corte Penal Internacional

- CPI-AEP. Anexo IV-Bilan de la Justice pénale internationales : Rapport du Bureau sur le bilan de la situation: Bilan de la situation sur le principe de complémentarité: éliminer les causes d'impunité.
- CPI. (17 de enero de 2006). Fiscalía vs. Lubanga. Decisión sobre la aplicación para la participación en el proceso de VPRS 1. VPRS2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, y VPRS 6Doc. UN No ICC 01/04 <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183441.PDF>.

- CPI. (21 de mayo de 2014). Sala de Apelación. Situación de Libia.
- CPI. (15 de diciembre de 2006). Sala de Cuestiones Preliminares III. Rapport de l'Accusation à la suite de la décision de la Chambre préliminaire III du 30 novembre 2006 sollicitant des informations sur l'état d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine.
- CPI. (13 de julio 2006). Sala de apelación. Situación en la República democrática del Congo. Original en Inglés. En línea en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf>
- CPI. (10 de septiembre de 2002). Reglas de Procedimiento y Prueba. Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.
- OF-CPI. (Septiembre de 2007). *Política sobre interés de Justicia*. Original en inglés. Disponible en línea: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf
- OF-CPI. (2003). *The principle of complementarity in practice*. Disponible en línea : <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>
- OF-CPI. (2014). *Informe de actividades 2014*.
- OF-CPI. (Noviembre 2012). *Informe Intermedio OF-CPI, Situación de Colombia*.
- OF-CPI. (Noviembre 2015). *Informe sobre actividades de exámenes preliminares*.
- OF-CPI. (Noviembre 2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*.
- OF-CPI. (Septiembre de 2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. Disponible en línea: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf



- OF-CPI. (15 octubre 2013). *Jurisdicción, Complementariedad y División sobre cooperación*. Informe para Asamblea de Estados partes. Nuestra traducción.
- OF-CPI. (11 de octubre de 2013). *Plan estratégico 2012-2015*. Disponible en línea: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf
- OF-CPI. (6 de julio de 2015). *Plan estratégico 2016-2018*. Disponible en línea: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/070715-OTP Strategic Plan 2016-2018.pdf>.
- OF-CPI. Reglamento de la OF-CPI. ICC-BD/05-01-09. Entrado en vigor 23 de abril de 2009.
- Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”. Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice fiscal. Disponible en <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf>

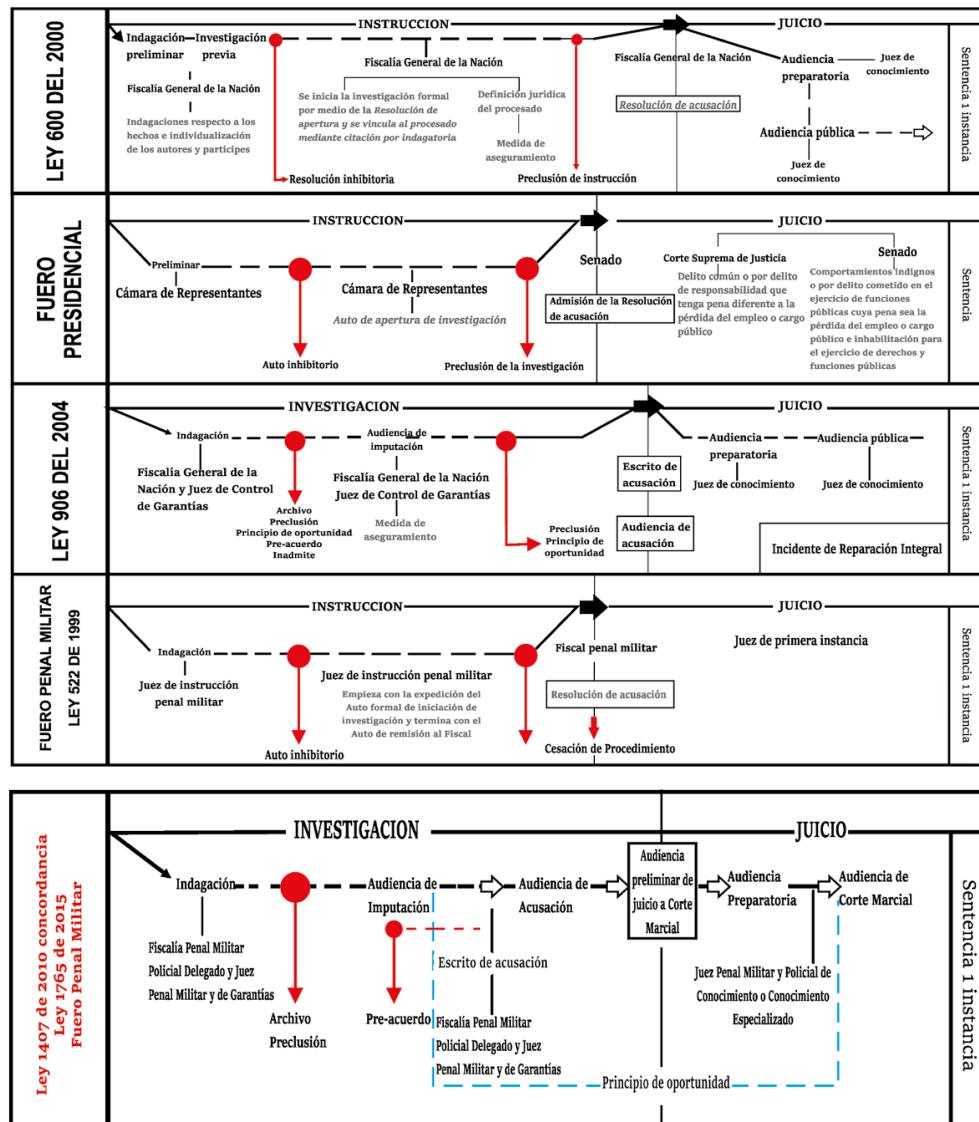
8.7 Otros

- International Center for Transitional Justice. (Marzo de 2012). Propuesta de selección y priorización para la Ley Justicia y Paz en Colombia.,
- ProFiz. (2011). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacional*.
- Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto (Comunicado conjunto 64). “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. En línea: <http://www.unidadvictimas.gov.co/acuerdo-sobre-las-v%C3%ADctimas-del-conflicto-comunicado-conjunto-64/12779>.

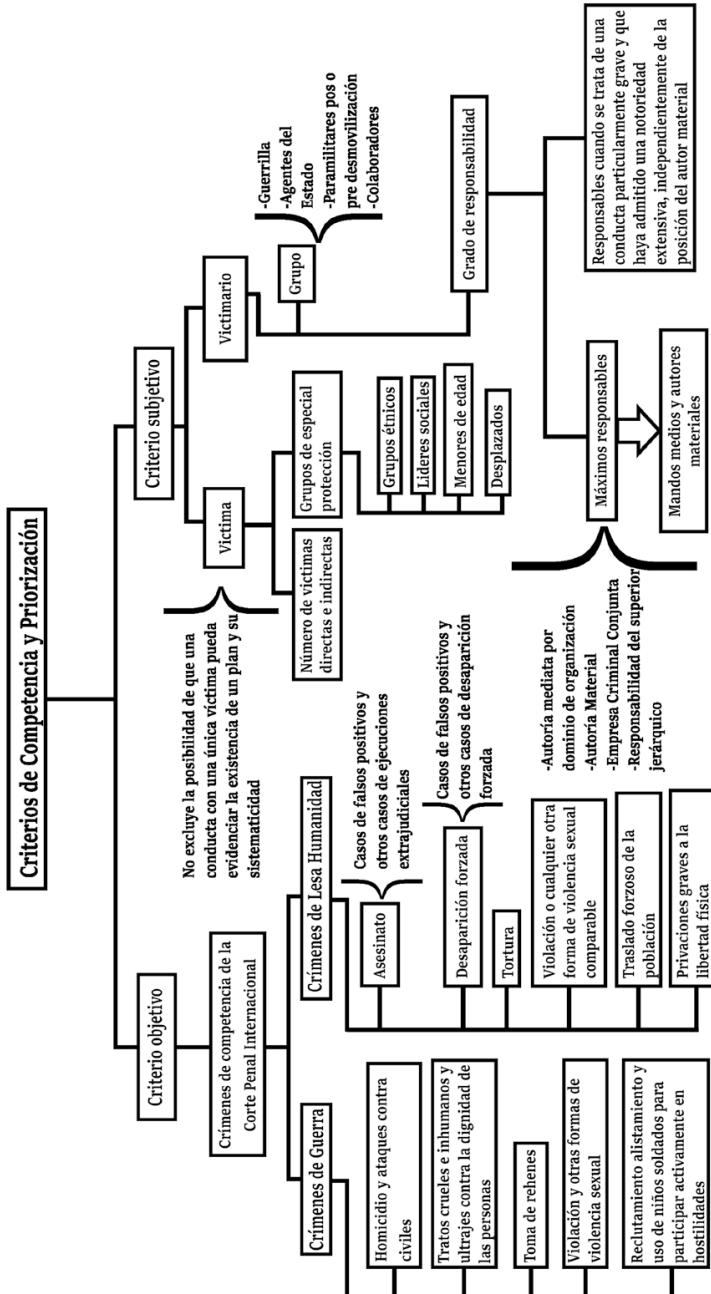
- <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12268273>
- Pinzón, Juan Carlos. Ministro de Defensa de la República de Colombia. Exposición de motivos Ley 1754 de 2014.
- Abogados sin Fronteras Canada. (Agosto 2015). Amicus Curiae de ASFC en apoyo en las demandas de inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 02 de 2012 y 01 de 2015 sobre la ampliación del fuero penal militar.
- Congreso de Colombia. (16 de marzo del año 2013). Exposición de motivos. En Gaceta Judicial. 70. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3.

9. Anexos

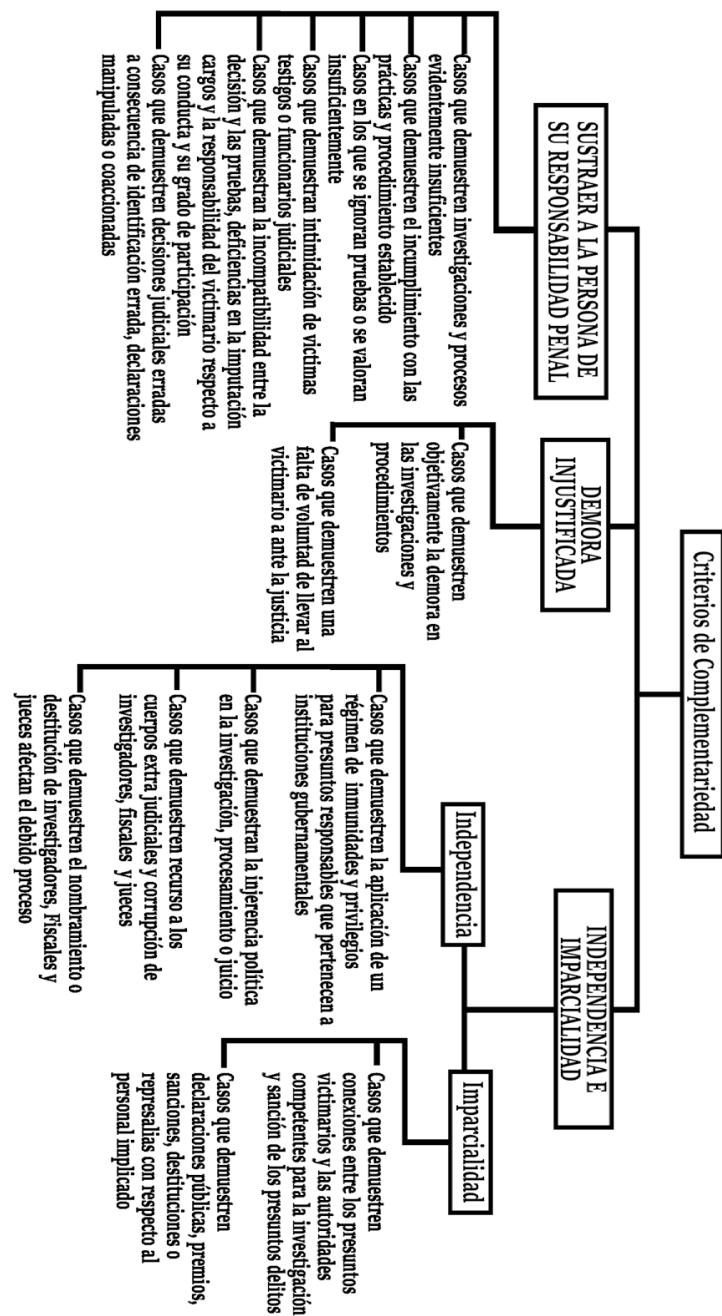
9.1 Estructuras de procesos para investigaciones de casos estudiados



9. 2 Criterio de competencia y priorización



9.3 Criterios de complementariedad



10. Glosario

- **Acusación:** Marca el final de la etapa de instrucción (o investigación) y es el presupuesto para el inicio del juicio. Véase también: *Resolución de acusación* (Ley 600 de 2000, art. 397).
- **Audiencia:** Acto jurídico procesal llevado a cabo con motivo de la actuación judicial que tiene por objeto iniciar, avanzar o terminar un proceso. Véase también: *Audiencia reservada*: Es la excepción y se realiza de manera no pública.
- **Audiencia de formulación de la imputación:** Es el acto en el cual la Fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. (Ley 906 de 2004, art. 286).
- **Audiencia de formulación de acusación:** Es la oportunidad procesal prevista para que la Fiscalía exponga los elementos de juicio, las evidencias y el material fáctico que pretende aducir como pruebas en el juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. (Ley 906 de 2004, art. 338 a 343. Corte Constitucional. Sentencia. C- 1194 de 2005).
- **Audiencia preparatoria:** En esta audiencia las partes enuncian la totalidad de las pruebas que pretenden hacer valer en juicio y hacen las estipulaciones probatorias de ser estas convenidas. Con base en esto, el juez decreta las pruebas y fija la fecha para la audiencia de juicio oral (Ley 906 de 2004, art. 355 a 362).
- **Audiencia de juicio oral:** Fase del proceso penal en la que públicamente y con contradicción se juzgan las conductas presuntamente delictivas y se decide sobre la absolución o condena de las personas sometidas a juicio.(Gonzales L. (2012) El proceso penal acusatorio por medio de audiencias & Ley 906 de 2004, art. 366 a 370)
- **Autor:** Es quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento (Ley 599 del 2000, art. 29).
- **Archivo:** Procede cuando el ente acusador constate que no





existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización del hecho indagado como delito, o bien cuando no se puede constatar la existencia del hecho. (Ley 906 de 2004, art. 79 & Ley 1407 de 2010, art. 255)

- **Cómplice:** El que ayuda al autor en la realización del delito. (Cooperación dolosa con otro en la realización de un hecho antijurídico, dolosamente cometido [Velásquez, 2009, Ley 599 del 2000, art. 30]).
- **Concurso de delitos:** Existe cuando una conducta penalmente relevante es susceptible de ubicarse en dos más tipos penales, o cuando un mismo supuesto de hecho puede ubicarse un numero plural de conductas (Ley 599 del 2000, art. 31).
- **Conexidad:** Es el vínculo entre varias infracciones cometidas en unidad de tiempo y de lugar, o unidad de designio o en relación de causa a efecto, o también entre el encubrimiento de cosas y la apropiación delictuosa inicial de esas cosas, o finalmente cualquier otro vínculo análogo que determine unión facultativa de los procedimientos.
- **Conflictos jurisdiccionales:** Pueden ser *positivo* cuando dos autoridades jurisdiccionales distintas quieren conocer de un mismo asunto y, *negativa*, cuando ninguna de las autoridades quiere conocer el asunto. Ej: jurisdicción ordinaria y jurisdicción penal militar. (También *conflicto de competencias y solicitudes de colisión de competencias*).
- **Consejo Superior de la Judicatura:** Este organismo está encargado de dos funciones fundamentales para la buena marcha de la rama judicial, en primer lugar cumple la función de administrar a la rama judicial y, en segundo lugar, cumple una función disciplinaria que ejerce cuando conoce de las faltas cometidas por los abogados en el ejercicio de su profesión. También es la entidad encargada de resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y la ordinaria. (CP, art. 254 a 257).
- **Corregimiento:** Es un término utilizado en Colombia para definir un tipo de subdivisión territorial en un área rural (Wikipe-

dia). Con similar definición vereda.

- **Cuerpo Técnico de Investigación (CTI):** Es una división de La Fiscalía General de la Nación que colaboran en la investigación de los delitos y captura de los delincuentes.
- **Escrito de Acusación:** Inicia la etapa de acusación y tiene como fin la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. (Ley 906 de 2004, art. 336 y 337 & Corte Constitucional. Sentencia 1194 de 2005).
- **Fiscalía:** Es el ente acusador a quien, de oficio o mediante denuncia o querella, le corresponde investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (CP, art. 250).
- **Indagación:** Es la primera fase del proceso penal y tiene como objeto determinar la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito (Ley 906 de 2004, art 200). Véase también *investigación previa* (Ley 600 del 2000, art. 322)
- **Indagatoria:** Un mecanismo de vinculación a la investigación penal de manera directa y personal, es la primera declaración que se toma el proceso para determinar la responsabilidad del presunto responsable (Ley 600 de 2000, art. 333).
- **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC):** Creado en 1992 es un Establecimiento Público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho responsable de la ejecución de la pena y las medidas de seguridad interpuestas por las autoridades judiciales y la atención básica de la totalidad de la población reclusa y el tratamiento orientado a la resocialización de la población condenada.
- **Instituto de Medicina Legal:** Es un establecimiento público colombiano de referencia técnico científica que presta servicios forenses a la comunidad y a la administración de justicia.

- **Justicia ordinaria:** Es la regla general y tiene atribuido el conocimiento de los delitos cometidos en Código Penal (Ley 599 del 2000, Ley 600 del 2000 y ley 906 de 2004).
- **Justicia penal militar:** Es la excepción y tiene el conocimiento de los delitos atribuibles a los miembros de las Fuerza Pública cometidos en servicio activo en relación con el mismo. (Ley 522 de 1999, Ley 1407 de 2011, Acto Legislativo 01 de 2015 y Ley 1765 de 2015)
- **Juzgado:** Es la célula básica de la organización judicial, cualquiera que sea su categoría y especialidad. Está integrado por el juez titular, el secretario, los asistentes que la especialidad demande y por el personal auxiliar calificado que determine el Consejo Superior de la Judicatura.
- **Legalización de captura:** Se adelanta audiencia ante el juez de control de garantías y tiene como fin verificar la legalidad de la aprehensión.
- **Mecanismos de búsqueda urgente:** Es una herramienta Legal y Constitucional consagrada en la Ley 589 de 06 de julio de 2000, en dicha ley claramente se consagra "Sin perjuicio" de la acción penal o terminación proceso por cualquier causa, en el delito de desaparición forzada de personas, el Estado tiene la obligación permanente de realizar las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones su desaparición e informar sobre ello a sus familiares".
- **Medidas de aseguramiento:** Es una medida razonable y legítima encaminada a garantizar la comparecencia del imputado al proceso, así como asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria que se llegare a proferir. Pueden ser medidas no privativas de la libertad y no privativas de la libertad.
- **Ministerio Público:** El Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las Personerías Distritales y Municipales, y tiene a su cargo, promover, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos.

nos de la infancia en las instituciones públicas y privadas, entre otras. (CP, art. 118).

- **Persona protegida:** Se denominan personas protegidas a aquellas que, en tiempo de guerra, se benefician de la protección establecida en los tratados o en el derecho internacional humanitario consuetudinario. En particular, son personas protegidas los heridos, los enfermos, los prisioneros, los náufragos y los civiles que no participan directamente en las hostilidades. Asimismo, son personas protegidas el personal médico y religioso, los voluntarios de sociedades de socorro y los miembros de organismos de protección civil.
- **Policía judicial:** Es el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. (Corte Constitucional. Sentencia 024 de 1994, Ley 600 de 2000 art. 314 y Ley 906 de 2004 art. 200).
- **Preacuerdo:** Acto jurídico por el cual la Fiscalía y el procesado concretan la negociación sobre los términos de la imputación (Ley 906 de 2004, art. 350).
- **Unidad procesal:** Por cada conducta punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales (*ruptura procesal* art. 88 y 92 Ley 600 del 2000).
- **Resolución de acusación:** El ente acusador deberá dictar esta resolución cuando estuviera demostrada la ocurrencia del hecho y existe un medio probatorio que compromete la responsabilidad del imputado.
- **Resolución inhibitoria:** Es un acto procesal por el cual se interrumpe de forma condicionada la investigación (Espitia F. El proceso penal de formas y reformas). Puede ser revocada por la Fiscalía o a solicitud del demandante, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron para proferirla (Ley 600 del 2000 art. 328).



ASF
Canada

Con el apoyo de:

