

El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”

Un análisis sobre la necesidad de adoptar otra aproximación frente a un Estado que no quiere judicializar los crímenes que comprometen su responsabilidad internacional y la de sus altos funcionarios

En el marco del proyecto Promoción y Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional, llevado a cabo con

Tabla de contenido

| | |
|--|-----------|
| Prefacio | 3 |
| Resumen ejecutivo | 4 |
| Introducción | 6 |
| 1. Complementariedad e inacción no son compatibles | 8 |
| 1.1 La complementariedad como dispositivo legal y su uso estratégico | 9 |
| 1.2 Más allá de la discrecionalidad: los estándares relativos al examen preliminar y a la decisión para determinar la apertura de una investigación..... | 11 |
| 2. El análisis de la OF-CPI sobre la situación colombiana ¿Un compromiso con los valores de independencia, imparcialidad y objetividad? | 13 |
| 2.1 Procesos en contra de miembros de las guerrillas..... | 14 |
| 2.2 Procesos contra miembros de grupos paramilitares | 15 |
| 2.2.1 La OF-CPI limita su revisión a lo actuado en la ley de Justicia y paz..... | 15 |
| 2.2.2 La OF-CPI limita su valoración a la cantidad de los procesos que están en marcha | 16 |
| 2.2.3 El análisis de la OF-CPI ignora elementos cualitativos del procedimiento especial de Justicia y Paz que ilustran obstáculos para la judicialización de crímenes de competencia de la CP... | 17 |
| 2.3 Procesos contra “políticos” | 19 |
| 2.3.1 Los procesos de la “parapolítica” | 19 |
| 2.3.2 Procesos que involucran al DAS | 20 |
| 2.4 Procesos contra policías y oficiales del Ejército | 21 |
| 2.5 Sobre los procesos por violencia sexual y violación de mujeres | 22 |
| 2.6 A manera de cierre preliminar: la incapacidad y la falta de voluntad son problemas en Colombia | 23 |
| 3. Homicidios para ganar y para tapar: la mentira institucional que no se quiere investigar | 24 |
| 3.1 Análisis global y cuantitativo del estado de los procesos nacionales relevantes adelantados por la FGN: muchos casos, pero pocos avances..... | 26 |
| 3.2 La justicia penal militar investiga los “positivos”: una afrenta a la independencia e imparcialidad de los procesos | 30 |
| 3.3 Las investigaciones blandas concentradas en la mecánica de los homicidios: la prueba que no se busca y la que se desvanece | 36 |
| 3.4 “En investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye” | 40 |
| 4. Un buen momento para reconducir el análisis de la situación colombiana: complementariedad con objetividad, independencia e imparcialidad.... | 42 |

Prefacio

Por décadas, el conflicto armado en Colombia ha sido el escenario de violaciones a los derechos humanos, como por ejemplo masacres, ejecuciones extrajudiciales, secuestros, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, desplazamientos forzados, etc. Los abogados que representan a víctimas de actos criminales cometidos por grupos armados también son víctimas de amenazas, otras formas de intimidación y serias violaciones de sus propios derechos humanos. Estos ataques, que son desafortunadamente demasiado frecuentes, interfieren profundamente con la capacidad de las poblaciones vulnerables para acceder a la justicia y afectan el derecho de las víctimas a ser representadas efectivamente por abogados competentes e independientes. Sin embargo, sin abogados no puede haber justicia y sin justicia no puede haber reconciliación y una paz duradera en Colombia.

Desde el año 2003, Abogados Sin Fronteras Canadá (ASFC) participa activamente en la promoción y protección de los derechos humanos en Colombia, apoyando el trabajo de los abogados defensores de derechos humanos, con el objetivo de lograr el pleno respeto de los derechos de las comunidades indígenas, afrocolombianas, y otras víctimas del conflicto armado, ofreciendo acompañamiento internacional, sesiones de formación y realizando el monitoreo de juicios emblemáticos.

El presente informe forma parte del proyecto de ASFC para promover y fortalecer la Corte Penal Internacional (CPI) en Colombia, creado en asociación con Abogados Sin Fronteras en Bruselas, cuyo objetivo es promover el uso de los mecanismos legales por parte de las víctimas para sancionar a los más responsables por graves violaciones de derechos humanos cometidas en Colombia. Este informe analiza el principio de complementariedad, como el desarrollado en el marco del sistema del Estatuto de Roma, el cual reconoce y promueve el papel primordial de las jurisdicciones nacionales en la investigación y juzgamiento de los responsables por crímenes internacionales, pero permite a la CPI asumir este rol en el caso de presentarse inacción, falta de voluntad o incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Como lo subraya este informe, la complejidad de la realidad colombiana en cuanto al principio de complementariedad debe ser analizado sin que sea considerado un sinónimo de parálisis, y es hora de que el Fiscal de la CPI presente un análisis razonable y detallado de la situación colombiana.

La investigación, juicio y condena de las personas responsables de cometer graves crímenes en Colombia necesitan convertirse en una prioridad, en reconocimiento de los derechos a la justicia, verdad y reparación de las víctimas colombianas, así como el derecho a la paz y el desarrollo de procesos de recuperación de la memoria colectiva. Es también un factor importante para lograr la paz social sin la cual solo puede existir la opresión. Como abogados que trabajamos por la defensa de los derechos humanos alrededor del mundo, no podemos permanecer indiferentes ante la situación de impunidad que se mantiene en Colombia.

Con la publicación de este informe, ASFC espera incrementar la concienciación sobre el sistema de la CPI y su importancia en el ámbito colombiano, con miras a entablar un diálogo efectivo y eficaz entre la sociedad civil colombiana y los funcionarios de la CPI. Las conclusiones del informe son alarmantes pero al mismo tiempo alentadoras como sea que estas destacan la conveniencia de este momento para ejecutar acciones concretas: por parte del Estado Colombiano quien debe investigar a fondo y juzgar a los grandes responsables de crímenes bajo la competencia de la CPI o en su defecto el Fiscal de la CPI quien tiene la potestad de abrir una investigación sobre la situación colombiana. Uno u otro camino llevarán a tener éxito en la lucha contra la impunidad en Colombia y lograr así la justicia y paz tan anheladas por todos los colombianos.



Pascal Paradis

Director Ejecutivo,
Abogados Sin Fronteras Canadá

Resumen ejecutivo

El 13 de diciembre de 2011, la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante “la Fiscalía de la CPI”) publicó un informe sobre las actividades conducidas en el marco de su examen preliminar (*Report on Preliminary Examination Activities*, el “Informe de la Fiscalía de la CPI”). El presente informe contiene un análisis detallado del examen preliminar de la Fiscalía de la CPI con respecto a la presunta comisión de crímenes de competencia de la CPI, como nuestras observaciones y recomendaciones al respecto.

El Informe de la Fiscalía de la CPI expresó que existen bases razonables para considerar que se han cometido crímenes de lesa humanidad en territorio colombiano. Según el informe, la indagación preliminar de la Fiscalía de la CPI sugiere igualmente que varios grupos armados, los cuales han tomado parte en las hostilidades dentro del contexto del conflicto armado interno colombiano, pueden ser responsables por la comisión de crímenes de guerra.

Es la primera vez que, de manera pública y oficial, la Fiscalía de la CPI comparte su valoración jurídica en este sentido. Sin embargo, al cerrar el diagnóstico, la Fiscalía de la CPI expresa que no cuenta con elementos suficientes para concluir que los procesos judiciales en Colombia no se estén realizados de manera genuina, o de buena fe, y por consiguiente continuará recogiendo información relevante al respecto.

En los últimos seis años, la Fiscalía de la CPI ha llevado a cabo un seguimiento y examen preliminar sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en Colombia. Sin embargo, la OF-CPI no ha decidido todavía iniciar una investigación. Tampoco ha hecho una determinación frente a la existencia de fundamento razonable para proceder con esta y da a entender que todavía no cuenta con información suficiente para llevar a cabo una valoración de si existe una ausencia de voluntad o falta de capacidad para conducir los procesos relevantes de manera genuina.

Si bien es cierto, como afirma la Fiscalía de la CPI, que no hay un plazo de tiempo fijo para la toma de decisión en relación con un examen preliminar, esa potestad no puede ser asumida como una licencia para dilatar indeterminadamente la toma de decisión sobre la apertura o no de una investigación. La Fiscalía de la CPI debe ser diligente en la recopilación de información necesaria y en su análisis para estimular adecuadamente la respectiva jurisdicción nacional o, en su defecto, iniciar una investigación sobre los crímenes de lesa humanidad y de guerra que se cree están siendo cometidos en Colombia.

En el examen preliminar, la Fiscalía de la CPI se concentra en lo que denomina el análisis de complementariedad y manifiesta que “las autoridades colombianas han realizado y están llevando a cabo un número importante de procesos relevantes para el examen preliminar en contra de distintos actores del conflicto colombiano por crímenes que pueden constituir crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Colombia cuenta con un aparato institucional disponible para investigar y judicializar los crímenes del Estatuto de Roma”.

En primer lugar, destacamos que, en contra de sus propios criterios, la Fiscalía de la CPI, al reportar sobre sus actividades, se concentra 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.

El análisis de complementariedad inicia por los procesos en contra de las guerrillas. Como destaca la Fiscalía de la CPI, en relación con estos grupos armados, el aparato judicial colombiano actúa diligentemente, en relación con todo tipo de crímenes. Sin embargo, no debe sorprender que en estos casos la voluntad y la capacidad para investigar, juzgar y castigar sean más que evidentes. Por el contrario, la preocupación internacional en estos procesos recae más en el respeto a las garantías debidas en la administración de justicia penal que en falta de diligencia, por ejemplo, en relación con la privación arbitraria de libertad o el ejercicio del derecho a la defensa. De cualquier forma, ni la falta de voluntad ni de capacidad son puntos de preocupación en la judicialización de cabecillas de las guerrillas colombianas.

El análisis continúa con los procesos que se siguen en contra de miembros de grupos paramilitares. Consideramos el análisis de estos procesos incompleto, ya que la Fiscalía de la CPI limita su revisión de los procesos nacionales contra grupos paramilitares a lo actuado en la Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005), aunque la ley tiene un marco de competencia personal bastante limitado. Reduce su valoración a la cantidad de los procesos que están en marcha, sin valorar el enfoque de los procesos. Como consecuencia, la Fiscalía de la CPI ignora elementos del mecanismo confesional, previstos en esta Ley, que riñen con el principio de diligencia debida en la investigación penal y el deber del Estado de hacer justicia en casos que involucran la competencia de la CPI.

Bajo el rubro de procesos contra políticos, la Fiscalía de la CPI agrupa las causas penales seguidas contra las personas elegidas popularmente que se coludieron con los grupos paramilitares (procesos judiciales de la “parapolítica”) y en contra de miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (“DAS”) adscrito a la Presidencia de la República por espionaje, persecución y algunos homicidios. Los casos contra políticos que menciona la Fiscalía de la CPI evidencian los profundos vínculos entre las elites y los grupos paramilitares, pero, salvo pocas excepciones notadas en el informe, estos procesos no tocan la perpetración de delitos que podrían ser de la competencia de la CPI o no tocan las responsabilidades de los políticos que ejercieron como autores mediatos, coautores y determinadores de múltiples crímenes violentos cometidos en las regiones colombianas. Además, el avance de los procesos ha sido interrumpido por un ambiente generalizado de temor, y por ataques y conspiraciones en contra de la del Poder Judicial, de las víctimas y de sus representantes legales.

En relación con los procesos que abordan el involucramiento de directores y agentes del DAS, el punto de análisis más importante es que estos casos implican la utilización del aparato estatal con fines criminales. Aunque se han logrado algunas condenas, el reto investigativo y de judicialización perdura para establecer el continuo de poder entre mandos y seguidores, y explicitar las políticas, prácticas y contextos que facilitaron la perpetración de abusos de manera sistemática y generalizada desde la agencia presidencial de inteligencia. Sorprende que seis años después haber iniciado el examen preliminar de la situación colombiana, la Fiscalía de la CPI no haya reunido suficiente información para valorar la conducción de estos procesos y utilizar debidamente el principio de complementariedad contenido en el Estatuto de Roma.

Finalmente, la Fiscalía de la CPI expresa su preocupación por las “ejecuciones extrajudiciales” perpetradas por miembros de las fuerzas armadas, pero manifiesta que no tiene una valoración sobre estos procesos y que sigue recopilando información. Entretanto, el avance de estos procesos en Colombia es limitado: la gran mayoría de los casos está en etapas preliminares; su enfoque se concentra en la reconstrucción de la escena del crimen; no se investiga el rol mediato de prácticas y políticas oficiales en la comisión de los delitos; no se explora la existencia de patrones o de sistematicidad; y, se juzga y se condena a algunos de los ejecutores materiales y, en algunos casos, a oficiales (por lo general confesos), pero sin que se persigan hipótesis de investigación que vinculen a aquellas personas con el mayor nivel de responsabilidad en estos crímenes.

Por la gravedad de estos hechos y porque consideramos que son ejemplos de un patrón de crímenes cometidos en Colombia en el ámbito de la competencia temporal, material y personal de la CPI que no son realmente investigados ni judicializados, se aborda el estado de los procesos de homicidios perpetrados de manera sistemática por miembros de la fuerza pública en una sección del informe destinada exclusivamente a este tema. Un análisis cuantitativo y cualitativo riguroso del avance de la justicia colombiana en relación con estos casos conduce a la conclusión de que la competencia de la CPI se encuentra activada y, por lo tanto, estamos convencidos que la Fiscalía de la CPI debería abrir una investigación.

La Fiscalía de la CPI afirma desde hace años que su acción en Colombia es determinante en la lucha contra la impunidad en ese país. Expone el caso colombiano como muestra de la “complementariedad positiva” en acción, cuando el análisis riguroso de los hechos demuestra que la realidad es otra. La difusión del caso colombiano como exitoso sin que existan resultados en contra de los máximos responsables de la comisión de los crímenes internacionales acarrea consecuencias negativas para la credibilidad del sistema del Estatuto de Roma y pone en entredicho el principio de complementariedad sobre el cual se basa.

No hay duda sobre la cantidad de procesos que están en curso en Colombia y la sofisticación del aparato judicial. La cantidad de causas penales es correspondiente a la incidencia elevada de infracciones gravísimas a la ley penal. La cuestión que debería ocupar a la Fiscalía de la CPI es la efectividad de los procesos para establecer responsabilidades. El aparato de justicia colombiano puede ser comparativamente más capaz que otros de los que debe considerar o examinar la Fiscalía de la CPI. No obstante, los estándares utilizados para su valoración tienen que ser aplicados de manera objetiva. Además de la incapacidad que se registra para adelantar procesos de judicialización en contra de los máximos responsables (por falta de recursos adecuados para adelantar los procesos, ausencia de garantías de seguridad, ataques a la independencia e imparcialidad de los procedimientos), el problema principal frente al principio de complementariedad en el caso colombiano es la falta de voluntad. La Fiscalía de la CPI debe reorientar su actuación para afrontar la realidad de un Estado que es capaz de investigar y sancionar cuando quiere, pero que no quiere investigar los crímenes internacionales en los cuales se ve comprometida su responsabilidad internacional, al tratarse de crímenes de Estado.

El caso colombiano es complejo, pero la complejidad no puede ser sinónimo de parálisis. La Fiscalía de la CPI manifiesta haber tenido la situación colombiana en su mira desde el momento de su instalación. Es hora de actuar de manera concreta: con investigaciones en casos específicos y con metas de cooperación que consideren concienzudamente lo que otras entidades internacionales están haciendo en Colombia. Igualmente, es tiempo de darle más transparencia al examen preliminar y evitar la aplicación de estándares variantes o ambiguos en relación con los criterios que activan la competencia de la CPI. Es el momento oportuno para reconducir la consideración de la situación colombiana y actuar para procurar la vigencia del Estatuto de Roma en relación con un Estado que puede pero no quiere investigar diligente y adecuadamente los crímenes de competencia de la CPI.

Introducción

La Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante “la OF-CPI” o “la Fiscalía de la CPI”) manifiesta que la situación colombiana ha estado en su mira desde el inicio de su operación¹. En 2009, expresó que Colombia había estado bajo “examen preliminar” desde 2006, pero que no había determinado si la situación ameritaba la apertura de una investigación². Recientemente, la OF-CPI expresó que, según su valoración jurídica, existen bases razonables para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad en territorio colombiano³. Igualmente, manifestó que su “indagación preliminar sugiere que varios grupos pueden ser responsables de cometer crímenes de guerra”⁴. Es la primera vez que de manera pública y oficial, la OF-CPI comparte su valoración jurídica en este sentido. Sin embargo, al cerrar el diagnóstico, expresa que no cuenta con los elementos para “concluir que los procesos (penales nacionales) no sean genuinos (o de buena fe)”⁵ y que continuará recogiendo información sobre estos.

La OF-CPI clama desde hace años que su acción en Colombia es determinante en la lucha contra la impunidad en ese país. El Fiscal Luis Moreno Ocampo expone el caso colombiano como muestra de la “complementariedad positiva”⁶ en acción, en eventos políticos y académicos⁷.

¹ La Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (OF-CPI) expresó en octubre de 2010: “Al asumir el cargo, el Fiscal realizó una revisión de la información compilada en el marco del artículo 15. La Oficina (de la Fiscalía) identificó las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y Colombia como aquellas que contenían la más grave ocurrencia de los crímenes bajo su jurisdicción convencional.” International Criminal Court, Office of the Prosecutor (ICC-OTP), Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, 4 October 2010, par. 57 (“ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations”, texto original en inglés). Colombia firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (“Estatuto de Roma” o “Estatuto”) el 10 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 5 de agosto de 2002. De acuerdo con el depósito del instrumento de ratificación del Estatuto y la declaración que el Estado colombiano formuló en relación con el artículo 124, la CPI tiene jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio perpetrados en Colombia o por colombianos a partir del 1 de noviembre de 2002. Igualmente, concluido el periodo objeto de la declaración, la jurisdicción se activó en relación con crímenes de guerra perpetrados en Colombia o por colombianos a partir del 1 de noviembre de 2009.

² UN General Assembly, Report of the International Criminal Court, A/64/356, 17 September 2009, par. 45 and 47.

³ See ICC, Office of the Prosecutor (ICC-OTP), Report on Preliminary Examination Activities, 13 December 2011, en inglés, par. 72 (“ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities”).

⁴ *Id.*, par. 73.

⁵ *Id.*, par. 87.

⁶ En octubre de 2010, el Fiscal manifestó en un documento borrador que circuló que la “complementariedad positiva” se basa en el preámbulo y el artículo 93 (10) del Estatuto de Roma, destacando que se trata de una noción que debe diferenciarse del principio de complementariedad contenido en el artículo 17 del Estatuto. ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 93. Manifestó que “en todas las fases del examen preliminar, y de manera consistente con su política de complementariedad positiva, la Oficina 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) del Estatuto.” *Id.*, par. 94. Expresó que su Oficina seguía este enfoque con Colombia. *Id.*, par. 97.

⁷ Por ejemplo, el Fiscal Moreno destacó el caso colombiano como ejemplo de la complementariedad en acción, en el marco de la Mesa redonda entre Organizaciones no gubernamentales (ONG) y su Oficina, realizada el 10 de octubre de 2010 en La Haya. Igualmente, uno de sus representantes destacó el caso colombiano en una conferencia académica sostenida en Londres en mayo de 2011. Ambos eventos fueron oficialmente destacados por la OF-CPI como parte de sus actividades tendientes a “promover la complementariedad en Colombia”. ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 84.

Más allá de la retórica, la actuación de la Fiscalía de la CPI en relación con la situación colombiana no ha sido “clara ni predecible”, tampoco efectiva en conseguir su declarado propósito de que Colombia investigue y juzgue los crímenes de acuerdo a las exigencias del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante “el Estatuto de Roma” o “el Estatuto”)⁸. La difusión del caso colombiano como exitoso sin que existan resultados en contra de los máximos responsables de la comisión de los crímenes internacionales acarrea consecuencias negativas para la credibilidad del sistema del Estatuto de Roma y pone en entredicho el principio de complementariedad sobre el cual se basa.

La Fiscalía de la CPI lleva más de seis años conduciendo el examen preliminar de la situación colombiana y no ha iniciado una investigación; tampoco ha determinado que no exista fundamento razonable para proceder con una investigación y no ha sometido su decisión al control judicial respectivo, si es que sus determinaciones se basan en el “interés de la justicia”⁹. El examen que ejerció la OF-CPI, bajo el liderazgo de Luis Moreno Ocampo, de la situación colombiana está lejos de ser transparente y de responder técnicamente a los criterios establecidos por el artículo 53 (1) (a)-(c) del Estatuto de Roma. Y esto debería llamar a una reflexión en los ámbitos políticos y académicos acerca de las razones que explican esta conclusión.

El transcurso del tiempo aleja, cada vez más, la posibilidad de justicia para muchas de las víctimas de crímenes internacionales en Colombia. El cambio del titular de la OF-CPI brinda una oportunidad para revisar la estrategia que se sigue en relación con la situación colombiana y para profundizar el análisis sobre la procedencia de una investigación. En este informe procuramos sentar el fundamento para motivar la apertura de una investigación en relación con crímenes perpetrados en Colombia y motivamos a la OF-CPI a vigorizar su actuación y recuperar la vigencia de los principios de independencia, imparcialidad y objetividad en la aplicación del Estatuto.

En la primera sección, hacemos una breve reseña del principio de complementariedad y exponemos los estándares aplicables a la determinación de si se debe abrir una investigación como consecuencia del examen preliminar de una situación. En segundo lugar, exponemos las líneas generales del reciente análisis de la OF-CPI sobre el examen preliminar de la situación colombiana y complementamos las apreciaciones presentadas por la Oficina de la Fiscalía. En tercer lugar y a manera de ejemplo de un patrón de crímenes cometidos en Colombia en el ámbito de la competencia temporal, material y personal de la CPI que no son genuinamente investigados ni judicializados en Colombia, analizamos el estado de los procesos de 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”). En esta sección brindamos un análisis cuantitativo y cualitativo del avance de la justicia colombiana en relación con estos casos. Finalmente, ofrecemos una serie de conclusiones y recomendaciones orientadas a promover la vigencia de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de justicia.

⁸ De acuerdo a los criterios presentados por la OF-CPI en Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, par. 20.

⁹ Estatuto, artículo 53.

1.

Complementariedad e inacción no son compatibles

Los logros de la Fiscalía de la CPI en materia de complementariedad tienen que responder a la puesta en marcha de un sistema de valoración técnica que tome en consideración las distintas variables relativas a la calidad de los procesos relevantes para determinar si la acción nacional cumple con el requisito de que los procesos sean considerados genuinos o de buena fe.

La mera existencia de procesos penales relevantes no es suficiente para satisfacer el umbral que establece el Estatuto; la manera cómo se conducen (estratégica y operativamente) estos casos y los resultados que consiguen tienen que ser objeto de un análisis riguroso. Para evitar la instrumentalización de la complementariedad en el sistema de Roma y el debilitamiento del derecho internacional, el ejercicio de las jurisdicciones nacionales tiene que ser calificado o valorado técnica y objetivamente, de acuerdo con los estándares internacionales.

El rol catalítico de la OF-CPI en función de las jurisdicciones nacionales debe concentrarse en la calidad de los procesos penales y asegurar que estos cumplan con el debido proceso y la diligencia debida en la investigación, tanto para evitar demoras injustificadas como para garantizar enfoques técnicos que persigan hipótesis plausibles en los distintos niveles de intervención criminal en los delitos de competencia de la Corte (especialmente en relación con aquellos con el más elevado nivel de responsabilidad). Frente a situaciones en las cuales se confirma la existencia de estos crímenes internacionales, la respuesta de la OF-CPI no puede ser pasiva. De lo contrario, se corre el riesgo de perpetuar el statu quo en las jurisdicciones nacionales y que la OF-CPI, en vez de promover la complementariedad, avale procesos que no cumplen con el estándar internacional.

Por su relevancia para la consideración de la situación colombiana, reseñamos los estándares que rigen para el examen preliminar de situaciones y los criterios dispuestos en el Estatuto para la apertura de investigaciones. A continuación examinamos los estándares legales derivados del Estatuto y que han sido aplicados en las pocas decisiones que versan sobre la admisibilidad de casos y la doctrina institucional producida por la OF-CPI.

1.1 La complementariedad como dispositivo legal y su uso estratégico

El principio de complementariedad es referido como la piedra angular de la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales para la implementación de las obligaciones de los Estados relativas a la investigación y la judicialización de los responsables de crímenes internacionales. Esta relación se estructura en torno a cargas y responsabilidades complementarias o sustitutivas en el ejercicio del poder de jurisdicción sobre estos crímenes. Dicho principio se deriva del párrafo 10 del preámbulo del Estatuto y de los artículos 17, 18, 19, 20 y 53 del mismo. De aquí que la CPI se constituye como una jurisdicción de ultima ratio que tiene competencia solamente en consecuencia inacción total o ineficacia 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 Roma¹⁰.

El principio de complementariedad contenido en el Estatuto responde a una lógica mixta: por un lado, da prelación a los aparatos de justicia nacionales para que hagan frente a la impunidad y asuman la responsabilidad de juzgar (o extraditar) a los responsables de crímenes internacionales; y por otro lado, garantiza que, cuando los Estados no quieran o no puedan juzgar este tipo de delitos, opere una instancia jurisdiccional internacional, permanente con legitimidad y eficacia. Para que el sistema funcione, los órganos de la CPI y, particularmente la Fiscalía, deben desempeñar su mandato con independencia, imparcialidad y objetividad.

Más allá de los casos límite, en los cuales hay inactividad total con respecto a los crímenes de competencia de la CPI¹¹, el sistema de justicia internacional que se erige en torno a la complementariedad depende del seguimiento técnico y objetivo que realicen los órganos de la CPI, con especial énfasis en la Fiscalía, de los procesos nacionales en las distintas jurisdicciones. En situaciones en las cuales existe alguna actividad judicial, la OF-CPI debe estar en posición de valorar la falta de voluntad o capacidad de las autoridades nacionales, según lo establecido en el Estatuto de Roma.

¹⁰ Estatuto, artículo 17. Por ejemplo, la falta de capacidad de una jurisdicción puede conducir a inacción o el desarrollo de procesos amañados ("sham trials"), aunque implica actuación del aparato nacional, es totalmente ineficaz en el establecimiento de responsabilidades. Véase Robert Cryer, Hakan Friman, Daryyl Robinson and Elizabeth Wilmhurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, New York, Cambridge University Press (2007). Como veremos a continuación, existen diferentes indicadores que permiten verificar la existencia de capacidad y de voluntad de los aparatos de justicia nacionales para hacer justicia en los casos relevantes.

¹¹ En los casos en los cuales la inactividad es total, no hay necesidad de analizar la falta de voluntad o de capacidad. Véase CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC-01/09, March 31, 2010, par. 53 y 70 (en adelante, *Decision on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*). En otro caso, la Sala de Apelación dictaminó: "[I]n considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability. To do otherwise would be to put the cart before the horse. It follows that in case of inaction, the question of unwillingness or inability does not arise; inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute". Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1286, 25 September 2009, par. 78.

En estos casos no es suficiente que existan procesos relevantes, estos tienen que satisfacer estándares de calidad y de resultado. De acuerdo con el Estatuto, la valoración debe cubrir, al menos, los siguientes elementos en relación con los procesos relevantes:

- evaluación del cumplimiento con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional¹²;
- análisis tendiente a establecer que las decisiones no tengan como propósito o efecto sustraer a las personas de la responsabilidad penal que acarrea la comisión de crímenes, materia de competencia de la Corte¹³;
- revisión de la diligencia debida en la investigación penal y documentación de demoras injustificadas en el avance de las causas penales¹⁴; y
- examen de la independencia e imparcialidad para adelantar las causas, con particular énfasis en que se haya explorado la intervención criminal de aquellas personas con mayor grado de responsabilidad en los hechos criminales¹⁵.

El enfoque y los estándares de valoración de los criterios varían de acuerdo con la fase del examen de la situación o del caso por parte de la OF-CPI. El análisis de complementariedad y la valoración de otros requisitos de admisibilidad responden a un proceso que no se agota en el examen preliminar de una situación. El Estatuto prevé explícitamente que la Fiscalía de la CPI debe comprobar los requisitos de admisibilidad de un caso durante toda la fase investigativa¹⁶. De hecho, la admisibilidad es objeto de debate continuo hasta la confirmación de los cargos antes del juicio y es sometida a consideración judicial¹⁷.

Este es un ejercicio dinámico que debe permitirle a la Fiscalía de la CPI evaluar si los procesos nacionales están teñidos por incapacidad o por falta de voluntad. A manera de ejemplo, la Fiscalía de la CPI planteó que el estudio sobre la incapacidad puede examinar, entre otros: "la ausencia de condiciones de seguridad para testigos, investigadores, fiscales o jueces, y la falta de sistemas adecuados de protección; la existencia de leyes o mecanismos que establezcan obstáculos para el desarrollo de procesos nacionales en los casos bajo estudio, tales como amnistías, inmunidades o prescripciones; o la falta de recursos adecuados para la conducción de investigaciones y judicializaciones efectivas"¹⁸. Si bien la OF-CPI ha adoptado un enfoque restrictivo al considerar las cuestiones de la capacidad de los sistemas judiciales, limitando su consideración a situaciones de "colapso total o sustancial" de los sistemas nacionales de administración de justicia, los elementos aquí reseñados apuntan más a documentar una falta de disponibilidad de los sistemas nacionales, particularmente cuando "el Estado es incapaz de recolectar pruebas o testimonios necesarios, o por otros motivos es incapaz de adelantar los procesos"¹⁹.

¹² Estatuto, artículo 17(2).

¹³ *Id.*, artículo 17 (2)(a).

¹⁴ *Id.*, artículo 17(2)(b).

¹⁵ *Id.*, artículo 17(2)(c).

¹⁶ *Id.*, artículo 53(1)(b) y (2)(b).

¹⁷ La decisión final es tomada por la Sala de Cuestiones Preliminares (según el artículo 61 del Estatuto) y, de ser recurrida esta, por la Sala de Apelaciones, de acuerdo con el artículo 82 del Estatuto.

¹⁸ ICC-OTP Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, par. 59.

¹⁹ *Id.*, par. 58.

En relación con la valoración sobre la falta de voluntad, la OF-CPI expresó que podía evaluar, entre otros: “el alcance de la investigación y, en particular, si el enfoque está sobre las personas con mayor responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves o si se encuentra sobre ejecutores fungibles o delitos menores; insuficiencia manifiesta de impulso de la investigación o de la acusación; distanciamiento de la práctica o de procedimientos establecidos; desconocimiento o valoración inadecuada de la prueba; acoso o persecución de víctimas, testigos o personal judicial; hallazgos de hecho que no son compatibles con los medios de convicción; destinación inadecuada de recursos a los procesos relevantes en comparación con la capacidad global (del sistema de justicia); y negativa a proporcionar información o a cooperar con la CPI”²⁰.

Agregó, además, que “(l)a falta de voluntad también puede ser demostrada por demoras injustificadas en los procesos, o falta de independencia o imparcialidad”²¹. Estas demoras deben valorarse, según la OF-CPI, en función de los plazos de tiempo que transcurren en las causas y las razones objetivas que existen para explicar las demoras²². Igualmente, se pueden valorar las pruebas que indican falta de intención de judicializar a ciertas personas²³.

En relación con la falta de independencia, la Fiscalía de la CPI planteó que el análisis debería incluir los siguientes criterios, entre otros: “el presunto involucramiento del aparato del Estado, incluyendo la participación del personal del cuerpo de seguridad y de la rama de justicia (*law and order*) en la comisión de los crímenes; la afectación del debido proceso como resultado de nombramientos y remociones de investigadores, fiscales y jueces; la aplicación de un régimen de inmunidades o de fueros jurisdiccionales a los presuntos perpetradores; obstaculización política de las investigaciones, acusaciones y juicios; y corrupción de los investigadores, fiscales y jueces”²⁴.

Finalmente, la OF-CPI planteó tentativamente que la imparcialidad de los procesos podía valorarse en función de criterios, tales como, los vínculos entre los posibles victimarios y las autoridades a cargo de la investigación o judicialización de los delitos; declaraciones públicas a favor o en contra de personal judicial; o la existencia de sanciones, despidos o premios en relación con personal judicial involucrado en el procesamiento de los casos relevantes²⁵.

Si bien la enunciación de estos criterios es un ejercicio inacabado, la lista es ilustrativa de los elementos que se deben tener en cuenta en la valoración de los procesos relevantes en las jurisdicciones nacionales para que el principio de complementariedad adquiera vigencia. Los criterios y los estándares probatorios deberán ir ajustándose según el avance de los casos en el orden nacional y la evolución del análisis por parte de los órganos de la CPI. El contenido y la dinámica de esta valoración constituyen los elementos que le otorgan vitalidad al principio de complementariedad, y aseguran la coherencia y consistencia del sistema que propugna por la actuación preferente de los organismos nacionales, pero en su defecto garantiza que la CPI actuará de manera independiente, imparcial y objetiva ante la comisión de crímenes bajo su competencia.

La exposición de los distintos criterios e indicadores para medir la capacidad y la voluntad estatal en los procesos relevantes para la determinación de la admisibilidad de casos en la CPI ilustran la complejidad y la profundidad que debe calificar el análisis. Esto es aún más cierto en situaciones en las cuales se ha determinado que se perpetraron crímenes bajo la competencia de la Corte (*ratione temporis, materiae y personae*) y que los mismos – por su naturaleza, escala, forma de comisión e impacto social – satisfacen el requisito de gravedad para ameritar la actuación del tribunal internacional, como se ha manifestado del caso colombiano.

²⁰ *Id.*, par. 61.

²¹ *Id.*, par. 62.

²² *Id.*, par. 63.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*, par. 64.

²⁵ *Id.*, par. 65.

1.2 Más allá de la discrecionalidad : los estándares relativos al examen preliminar y a la decisión para determinar la apertura de una investigación

Según el artículo 15 del Estatuto de Roma, el propósito del examen preliminar de una situación es permitirle a la OF-CPI recoger y analizar información para determinar si en un contexto particular se han cometido o se están cometiendo crímenes de competencia de la CPI y recabar la información que requiere para proceder con una investigación. Esta fase analítica le permite a la Fiscalía de la Corte : (a) analizar la veracidad de la información recibida en virtud del artículo 15(1) del Estatuto; (b) explorar los parámetros de la competencia temporal, material y personal de la Corte en el marco de la situación y de los crímenes denunciados; y (c) iniciar la verificación de los requerimientos de admisibilidad frente a la eventual formulación de un caso.

El Estatuto delimita el propósito del examen preliminar de una situación, reduciendo así el margen de discreción en la administración de justicia. El tratado presenta dos opciones. Realizado el examen preliminar, la Fiscalía debe: iniciar una investigación cuando exista fundamento razonable para hacerlo, o demostrar (y comunicar) que no existe ese fundamento razonable para proceder²⁶. De aquí que el examen preliminar de una situación no puede ser *ad aeternum* y la Fiscalía de la CPI debe determinar si se han cometido crímenes de competencia de la Corte y si “existe fundamento razonable para proceder” con una investigación. La comunicación de las decisiones de la OF-CPI en este sentido estaría en concordancia con los principios de diligencia debida y transparencia que deben calificar el sistema del Estatuto. Es claro que la Fiscalía puede reconsiderar la decisión de iniciar o no una investigación de acuerdo a nuevos hechos²⁷, pero lo que no puede hacer es dilatar la toma de decisiones sobre la procedibilidad de una investigación. De lo contrario, se estarían incorporando al funcionamiento de la OF-CPI los mismos vicios de demoras y dilaciones que se experimentan en los sistemas nacionales de justicia.

En este sentido, establece el Estatuto que “después de evaluar la información de que disponga, (el Fiscal) iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto”²⁸. El lenguaje del tratado es perentorio; la Fiscalía iniciará una investigación si existe fundamento razonable para proceder.

La apertura de una investigación es una decisión que demuestra la gravedad y seriedad de la situación estudiada. No implica una decisión irreversible, puesto que durante toda la fase investigativa se deberá continuar propugnando por la complementariedad y profundizando el análisis de la admisibilidad del caso (especialmente, en relación con la actuación de la jurisdicción nacional). Además, activada la investigación, la OF-CPI está en mejor posición para determinar la veracidad de los hechos,

plantear hipótesis de investigación, estructurar una metodología de investigación y determinar el cumplimiento de todos los requisitos de procedibilidad de la acción penal (incluyendo la admisibilidad del asunto)²⁹.

Los estándares probatorios aplicados para evaluar la admisibilidad ante la CPI son más estrictos en la medida en que avanza la consideración del mismo, de acuerdo al procedimiento establecido en el Estatuto. En la fase inicial, es decir en el examen preliminar de una situación, el estándar ha sido interpretado como el más flexible o laxo (“*lowest evidentiary standard*”) previsto en el Estatuto de Roma³⁰.

La fase del examen preliminar le permite a la Fiscalía recabar el “fundamento suficiente para abrir una investigación”³¹ y explorar un caso o varios en el marco de la situación. Así, el tránsito del examen preliminar a una investigación no implica que la OF-CPI haya identificado una sola hipótesis de investigación³² o que la información sea concluyente o completa en relación con el crimen o los crímenes perpetrados, ni mucho menos en relación con la atribución de responsabilidad³³.

Al analizar el tipo de información que constituye “fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte” – expresión contenida en el artículo 53 (1) (a) –, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI (“SCP-CPI”) consideró que: “... este es el estándar probatorio menos exigente que está previsto en el Estatuto. Esto es lógico, dado que la naturaleza de esta fase inicial del proceso está circunscrita al examen preliminar. De aquí que la información de la que dispone la Fiscalía no puede ser considerada como ‘integral’ o ‘concluyente’, al compararse con la prueba que se recauda durante una investigación. Esta conclusión también se sustenta en que, en esta fase temprana, la Fiscalía tiene poderes limitados, que no pueden ser comparados con aquellos que establece el artículo 54 del Estatuto en el marco de la fase de investigación”³⁴.

²⁹ *Id.*, artículos 17 y 54.

³⁰ *Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC-01/09-19: “Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya”, ICC Pre-Trial Chamber II (la “Decisión Kenya”), par.27.

³¹ Este estándar es aún más bajo que el de “fundamento razonable para creer” que se ha perpetrado un crimen. En relación con el estándar enunciado, la Sala de Apelaciones determinó que no es necesario que exista una única y razonable conclusión que se infiera de los hallazgos de hecho. Véase CPI, Sala de Apelación, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 3 de febrero 2010, par. 33., véase también CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*, par. 33.

³² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*, par. 34; y en *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire* No. ICC-02/11, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, ICC-OTP, 23 de junio de 2011, p. 10, nota de pie 14, el Fiscal subraya: “The Prosecution stresses that for the purpose of the investigation and the development of the proceedings, it is neither bound by its submissions with regard to the different acts alleged in its article 15 application, nor by the incidents and persons identified therein, and accordingly may, upon investigation, take further procedural steps in respect of these or other acts, incidents or persons, subject to the parameters of the authorised situation”.

³³ “CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*, par. 27; Igualmente, véase M. Bergsmo, P. Kruger, “Article 53: Initiation of an investigation”, in Otto Triffterer (editor): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, second edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, 2008, pp. 1065-1076..

³⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Authorization of an Investigation into the Situation of Kenya*, par. 37.; Texto original en inglés. Y añadió que con el fin de satisfacer el estándar requerido para transitar del examen preliminar a una investigación, “la Sala debe estar convencida de que existe una justificación sensata o razonable para creer que un crimen de competencia de la Corte ha sido o se está siendo cometido”, par. 35.

²⁶ *Id.*, artículo 53. En algunos supuestos, la decisión de la OF-CPI debe tener control jurisdiccional, particularmente, cuando argumenta que el enjuiciamiento sería contrario al interés de la justicia.

²⁷ *Id.*, artículo 53 (4).

²⁸ *Id.*, artículo 53 (1).

Cabe enfatizar que la laxitud del estándar se predica del nivel de convencimiento que se debe tener para considerar que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y, por lo tanto, proceder a una investigación. La laxitud o la flexibilidad no son predicables del comportamiento de la Fiscalía. Para que el objetivo declarado en el Estatuto de Roma de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” adquiera vigencia, la actuación de la Fiscalía de la CPI no puede estar calificada por discrecionalidad absoluta ni responder a criterios ajenos al régimen del Estatuto. Los principios de independencia, imparcialidad y objetividad exigen que la OF-CPI aborde las situaciones en las cuales se han cometido o se están cometiendo crímenes de competencia de la Corte sin distinciones y de acuerdo al procedimiento establecido. La discrecionalidad en la administración de justicia no es absoluta, ni siquiera en regímenes nacionales calificados por mayores pesos y contrapesos políticos en las decisiones de persecución penal, como en el caso estadounidense. En el plano internacional y, particularmente, en el régimen del Estatuto, la discrecionalidad que pueda llegar a tener la OF-CPI no es una potestad absoluta sino que está sometida al control de legalidad que puedan llegar a ejercer las distintas cámaras de la CPI, de acuerdo a la etapa procesal.

Por lo tanto, si la Fiscalía está convencida de la perpetración de crímenes bajo su competencia, el examen preliminar no es el mecanismo ideal para recabar medios de convicción sobre la forma de perpetración de los delitos ni sobre la intervención criminal de distintas personas. Es un mecanismo idóneo para averiguaciones previas pero no para profundizar el estudio de casos que implican factores de complejidad y de posible obstaculización de la justicia. Como bien lo subrayó la OF-CPI, cuando el crimen es perpetrado por funcionarios del Estado (e inclusive mediante la utilización del aparato estatal)³⁵ o existen pruebas de amenazas serias en contra de la independencia y la imparcialidad del aparato de justicia nacional³⁶, se puede ver comprometida la voluntad de las autoridades nacionales para esclarecer los crímenes.

Superado el umbral de convencimiento para creer que se han cometido o se están cometiendo crímenes de competencia de la Corte, la Fiscalía de la CPI debe, rigurosa y activamente, recopilar y analizar información que le permita evaluar la calidad de los procesos relevantes que se siguen en la respectiva jurisdicción nacional. Como se ilustró anteriormente, este es un ejercicio complejo que requiere un estudio profundo de los casos y que no se satisface con la constatación de la existencia de procesos en trámite. El análisis de la OF-CPI y su consecuente acción tienen que profundizar sobre la calidad de los procesos, asegurando que estos respondan a los criterios de debido proceso y diligencia debida en la investigación penal.

³⁵ ICC-OTP, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 64.

³⁶ *Id.*, par. 64 y 65.

2.

El análisis de la OF-CPI sobre la situación colombiana ¿Un compromiso con los valores de independencia, imparcialidad y objetividad?

En el informe sobre las situaciones bajo examen preliminar, la OF-CPI presenta la situación de Colombia, junto con la de Georgia y Guinea, bajo el encabezado “Admisibilidad: complementariedad”³⁷. En el mismo documento plantea que “(l)a complementariedad involucra un examen de la existencia de procesos nacionales relevantes en relación con los casos potenciales que estudia la Oficina para ser investigados, considerando la política de la Oficina de concentrarse en aquellas personas que presuntamente tienen la mayor responsabilidad por los crímenes más serios. En aquellas situaciones en las cuales existen investigaciones o acusaciones relevantes, la Fiscalía evaluará su naturaleza genuina”³⁸.

Sin embargo, el estudio que presenta en relación con la situación colombiana es deficiente y, en el mejor de los casos, rinde cuenta del número de procesos en curso en la jurisdicción nacional, sin valorar su calidad o “su naturaleza genuina”.

La OF-CPI ignora los mismos criterios que propuso para evaluar las situaciones en las cuales encuentra procesos nacionales en curso. En octubre de 2010 había propuesto: “Si hay o ha habido investigaciones o acusaciones nacionales, la pregunta que surge es relativa a la ausencia de voluntad o falta de capacidad; la Oficina (de la Fiscalía) evaluará si los procesos están viciados por ausencia de voluntad o falta de capacidad para conducir los procesos genuinamente (o de buena fe)”³⁹. Sin embargo, después de transcurridos seis años de examen preliminar de la situación colombiana, la OF-CPI da a entender que todavía no cuenta con información suficiente para llevar a cabo una evaluación en estos términos, utilizando los criterios reseñados en la anterior sección sobre las dilaciones, imparcialidad e independencia.

Si bien es cierto, como afirma la OF-CPI, que no hay un plazo de tiempo fijo para la toma de decisión en relación con un examen preliminar⁴⁰, esa potestad no puede ser asumida como una licencia para o dilatar las decisiones indefinidamente. La Fiscalía de la CPI debe ser diligente en la recopilación de información necesaria y en su análisis para estimular adecuadamente la respectiva jurisdicción nacional o, en su defecto, iniciar una investigación.

En esta sección destacamos las principales aseveraciones formuladas por la OF-CPI en relación con el examen preliminar de la situación colombiana y, de manera complementaria, aportamos algunas consideraciones sobre las valoraciones que formula la Fiscalía de la CPI.

A manera de introducción, la OF-CPI explicita que el examen preliminar de la situación de Colombia fue hecho público en 2006 y que ha recibido y analizado 69 comunicaciones que consideró en el marco de su competencia. Luego de una somera revisión de los crímenes denunciados, la OF-CPI afirma, en el marco de una sección que denomina “valoración legal”, que existe “un fundamento razonable para creer que los crímenes de lesa humanidad de asesinato, desaparición forzada, violación y violencia sexual, traslado forzoso (de población), privación de libertad (física), tortura y malos tratos fueron cometidos por las distintas partes del conflicto”⁴¹. De igual forma, afirma que “su exploración preliminar sugiere que varios grupos pueden ser responsables de cometer los crímenes de guerra de homicidios y ataques contra la población civil, reclutamiento, alistamiento o de utilización de niños para participar activamente en las hostilidades, transferencia forzosa y deportación de civiles (sic.), y violación y violencia sexual”⁴².

³⁷ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities, par. 61-116.

³⁸ *Id.*, par. 6.

³⁹ ICC-OTP, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 56. (Texto original en inglés)

⁴⁰ *Id.*, par.12.

⁴¹ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities, par. 72. (Texto original en inglés)

⁴² *Id.*, par. 73. (Texto original en inglés)

Posteriormente, la OF-CPI se concentra en lo que denomina el análisis de complementariedad. Manifiesta que “las autoridades colombianas han realizado y están llevando a cabo un número importante de procesos relevantes para el examen preliminar en contra de distintos actores del conflicto colombiano por crímenes que pueden constituir crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Colombia cuenta con un aparato institucional disponible para investigar y judicializar los crímenes del Estatuto de Roma”⁴³. La Fiscalía enumera una serie de casos de acuerdo a grupos de personas que se ven comprometidas en las investigaciones y desarrolla sus consideraciones en torno a cada tipo.

Antes de comentar cada una de las categorías de personas o delitos presentadas por la OF-CPI en su análisis de complementariedad en el caso colombiano, destacamos que, en contra de sus propios criterios, la Fiscalía, al reportar sobre sus actividades, se concentra 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 de los mismos. De esta manera, la OF-CPI parece avalar que lo que importa es el número de los casos abiertos, sin importar su enfoque o los resultados.

Hechas estas apreciaciones generales, en seguida, destacamos los elementos relevantes en relación con los distintos tipos de procesos (agrupados en torno a grupos de personas por la OF-CPI).

2.1 Procesos en contra de miembros de las guerrillas⁴⁴

El análisis de complementariedad en la situación colombiana realizado por la Fiscalía de la CPI inicia por los procesos en contra de los líderes de los grupos armados al margen de la ley, limitados por la Fiscalía a las guerrillas. Como destaca la OF-CPI, en relación con estas personas, el aparato judicial actúa diligentemente, en relación con todo tipo de crímenes, incluyendo homicidios (agravados y en persona protegida), secuestros, desplazamientos y terrorismo, de acuerdo a las normas nacionales.

El aparato estatal no ahorra esfuerzos en la persecución de estos líderes, inclusive llegando a condenas in absentia⁴⁵. Igualmente, hay varios miembros de las distintas guerrillas cumpliendo penas severas en los establecimientos de reclusión del país. Dada la afectación de bienes jurídicos protegidos por el Estatuto de Roma es comprensible que la OF-CPI haga seguimiento a estos procesos. Sin embargo, no debe sorprender que en estos casos, en contra de los enemigos declarados del Estado, la voluntad y la capacidad para investigar, juzgar y castigar sean más que evidentes.

Por el contrario, la preocupación internacional en estos procesos recae más, que en falta de diligencia, en el respeto a las garantías debidas en la administración de justicia penal, por ejemplo, en relación con la privación arbitraria de libertad o el ejercicio del derecho a la defensa. Adicionalmente y dadas las tendencias más recientes de la confrontación armada, la muerte de los líderes de las guerrillas se está favoreciendo por encima de su aprehensión y sometimiento a la justicia. Esta decisión trae consecuencias negativas para la administración de justicia de cualquier país, pero su análisis desborda el enfoque de este informe.

De cualquier forma, ni la falta de voluntad ni de capacidad son puntos de preocupación en la judicialización de cabecillas de las guerrillas colombianas.

⁴³ *Id.*, par. 74. (Texto original en inglés)

⁴⁴ *Id.*, par. 75.

⁴⁵ A manera de ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de marzo de 2007, Proceso no. 23825, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz (caso Machuca); y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 8 de agosto de 2007, Proceso no. 25974, Magistrado Ponente: María del Rosario González de Lemos. (Caso Yamid Amat).

2.2 Procesos contra miembros de grupos paramilitares⁴⁶

El análisis de la OF-CPI continúa con los procesos que se siguen en contra de miembros de grupos paramilitares. Consideramos el análisis de estos procesos incompleto, ya que la OF-CPI limita su revisión de los procesos nacionales contra grupos paramilitares a lo actuado en la ley de Justicia y paz (ley 975 de 2005), aunque la ley tiene un marco de competencia personal bastante limitado. Además, reduce su valoración a la cantidad de los procesos que están en marcha y, como consecuencia, el análisis presentado por la OF-CPI ignora elementos del mecanismo confesional, previstos en esa Ley, que riñen con el principio de diligencia debida en la investigación penal y el deber del Estado de hacer justicia en casos que involucren la competencia de la CPI. Estas tres aserciones son desarrolladas a continuación.

2.2.1 La OF-CPI limita su revisión a lo actuado en la ley de Justicia y paz

El análisis de los procesos contra paramilitares está circunscrito a lo actuado en el marco del procedimiento especial establecido por la ley de Justicia y paz. Esta decisión ignora que la ley de Justicia y paz es un mecanismo confesional restringido a aquellos que voluntariamente quieren someterse a la ley penal y que además fueron seleccionados o aceptados por el poder Ejecutivo⁴⁷. La competencia personal del procedimiento especial es limitada y el gobierno ejerce un filtro en la postulación. Este diseño priva a la autoridad judicial de la facultad de realizar una selección técnica de las personas que deben estar sometidas al procedimiento – por ejemplo, para concentrarse efectivamente en la judicialización de los máximos responsables. Asimismo, el diseño del mecanismo de postulación puede ser fuente de parcialidad al introducir criterios propios del poder Ejecutivo en la selección o exclusión de los miembros de los grupos paramilitares.

La competencia en el marco de la ley de Justicia y paz está absolutamente condicionada por la voluntad de los paramilitares desmovilizados. Es un mecanismo propio del derecho premial (colaboración por beneficios), delimitando su idoneidad como mecanismo para ir por los máximos responsables. Varios de los paramilitares sometidos al proceso optaron por romper con el marco confesional, desafiando la capacidad del aparato de justicia y apostando a que no podrán ser sancionados a través de una investigación ordinaria. Más de 1,200 paramilitares se retiraron del proceso sin confesar un solo hecho⁴⁸.

Por otro lado, hay muchos paramilitares que no están cobijados por la ley de Justicia y paz y, por lo tanto, el análisis de la OF-CPI los ignora. Muchos, inclusive personas con mando, se resguardaron en el anonimato que brindan los aparatos militares clandestinos para burlar la acción de la justicia. Al no correr riesgo de ser individualizados por su responsabilidad en delitos graves (como consecuencia de la ineficacia del aparato investigativo), no acudieron a la ley de Justicia y paz, y solicitaron beneficios socio-económicos y beneficios jurídicos (amnistías impropias e indultos) establecidos en la ley 782 de 2002 para ciertos delitos, tales como, concierto para delinquir, porte ilegal de armas y utilización ilegal de uniformes e insignias⁴⁹. Otros que no fueron cobijados por ese mecanismo, intentan su suerte en el marco de un mecanismo mixto (administrativo y judicial), establecido por la ley 1424 de 2010, que tentativamente resolverá su situación jurídica y que prevé explícitamente que la información dada por el paramilitar “no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto (...) o en contra de terceros”⁵⁰. El mecanismo se encuentra en fase exploratoria con graves problemas de operatividad. En todo caso, representa una afrenta al derecho a la justicia que tienen las víctimas de delitos graves. De igual forma, el no aprovechamiento judicial de la información que poseen los paramilitares afecta las posibilidades de la Fiscalía General de la Nación (FGN) de perseguir exitosamente a los máximos responsables. El uso de los desmovilizados dispuestos a rendir testimonio en contra de terceros (*insiders*) podría haber sido muy útil para construir casos sólidos en contra de las personas en los eslabones más elevados del complejo criminal.

Otra limitación que presenta el enfoque de la OF-CPI al limitar su estudio de los procesos contra miembros de grupos paramilitares a los procesos de Justicia y paz es que excluye a todos los paramilitares que no se desmovilizaron⁵¹ y a otros que no fueron incluidos en la lista de postulados por parte del Ejecutivo⁵². Al depender del gobierno la postulación, la selección del universo de personas sometidas a Justicia y paz no respondió a criterios técnicos o estratégicos que permitieran avanzar en la judicialización de los delitos más graves o de los máximos responsables. Inclusive hay versiones que indican

⁴⁹ Ninguno de estos 10.749 paramilitares confesos contribuyó a la verdad como condición para recibir el beneficio. Recibieron amnistías impropias (terminación de procesos en distintas etapas previas a la condena) e indultos; los efectos de esas decisiones continúan en firme. Aunque las autoridades judiciales están bajo la obligación de investigar la posible intervención criminal de los beneficiados con las medidas de amnistía o indulto en delitos graves, las autoridades no cumplen con la debida diligencia, sea conscientemente o por el desbordamiento de trabajo (incapacidad).

⁵⁰ Ley 1424 de 2010, artículo 4.

⁵¹ El desorden intencional de las desmovilizaciones fue utilizado para esconder personas y estructuras enteras. Las expresiones del paramilitarismo que finalmente quedaron cobijadas por la figura de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) durante el proceso de desmovilización son sólo unas de las más notorias; pero no comprenden todo el paramilitarismo del país. Adicional a las reservas estratégicas que quedaron por fuera de la desmovilización de las AUC, hay variadas expresiones del paramilitarismo que nunca se unieron al proceso de desmovilización, por ejemplo, las Autodefensas Campesinas de Casanare.

⁵² Las irregularidades en la desmovilización y en el proceso de reorganización han sido ampliamente documentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos (MAPP-OEA). A manera de ejemplo, en su revisión del proceso de desmovilización del Bloque Norte, la CIDH determinó que “no existían mecanismos para determinar cuáles eran las personas que verdaderamente pertenecían al bloque a desmovilizarse y que por lo tanto tenían derecho a recibir beneficios socioeconómicos, ni para establecer consecuencias en caso de fraude”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, OEA/Ser.L/V/II Doc.3, 2 de octubre de 2007, par. 14.

⁴⁶ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities, par. 76.

⁴⁷ Ley 975 de 2005, artículos 2 y 10.

⁴⁸ La cifra de los paramilitares que no ratificaron su voluntad para participar en el proceso dejó de publicarse en 2009. En el último reporte, 1212 paramilitares que habían sido postulados al procedimiento especial de Justicia y Paz se retiraron sin confesar un solo hecho. FGN, Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, Informe de Gestión, septiembre de 2009. Es probable que, en la actualidad, el número sea mucho mayor.

que las listas de postulación fueron creadas por los mismos paramilitares, con el aval del gobierno central⁵³. De ser ciertas estas afirmaciones, el propósito manifiesto de la ley de Justicia y paz estaría completamente comprometido y la justicia sometida a la voluntad de los perpetradores. Hay miembros de estos grupos con elevados niveles de responsabilidad en la perpetración sistemática de crímenes graves que no están en el proceso de Justicia y paz, como por ejemplo varios miembros de expresiones paramilitares de Meta, Casanare, Boyacá y Cundinamarca.

De igual forma, la concentración exclusiva sobre Justicia y paz impide un análisis de los efectos procesales de las confesiones de los paramilitares que vinculan con sus actividades o sus estructuras a personas que no se desmovilizaron y aquellas que hacen parte del poder público o de élites económicas locales. Si bien la OF-CPI reconoce que algunas autoridades han sido identificadas como posibles cómplices mediante las confesiones de Justicia y paz, en su informe, no hace ninguna valoración de estos procesos y manifiesta, seis años después el inicio del examen preliminar, que no tiene suficiente información para realizarla⁵⁴.

La falta de utilización estratégica de las confesiones de los paramilitares en Justicia y paz para lograr avances en la judicialización de criminales no confesos es evidencia de la ausencia de voluntad para investigar a fondo los vínculos de los paramilitares con las élites políticas, militares y económicas del país, y el involucramiento de estas en la perpetración de crímenes graves.

Cualquier referencia a terceros por un paramilitar confeso, en el marco de Justicia y paz, es transmitida a la autoridad competente en la jurisdicción ordinaria, sin que se realice un seguimiento del efecto procesal de esa confesión en la causa ordinaria. La presunta intervención de personas ajenas al proceso de Justicia y paz en hechos criminales confesados por los paramilitares ha adquirido proporciones inusitadas que deberían ser objeto de análisis. A enero 2012, los paramilitares han involucrado, mediante sus confesiones, a 9.425 personas en hechos criminales⁵⁵. Estas incluyen: 589 políticos, 588 miembros de la Fuerza Pública y 214 servidores públicos⁵⁶. De hecho, hay más personas externas involucradas en los hechos criminales que paramilitares confesando; sin embargo, no hay seguimiento a lo que pasa con los procesos ordinarios en contra de las personas ajenas a Justicia y paz.

La competencia limitada del procedimiento especial de Justicia y Paz, sin que existan mecanismos de coordinación entre distintas unidades especializadas de la FGN, lleva a que no se tenga una mirada global sobre el fenómeno paramilitar que involucró como determinadores y como dueños de la acción criminal de los grupos armados a funcionarios públicos y a miembros de

las élites políticas y económicas. Teniendo como referencia el deber de juzgar a los máximos responsables, la iniciativa especial de persecución penal debería estructurarse para facilitar la indagación sobre su responsabilidad. No obstante, debido a la manera como está estructurado el procedimiento, sólo contamos con el registro de la remisión de la información pertinente a una autoridad competente. Esta omisión es una muestra de la falta de diligencia debida y ausencia de visión estratégica del mecanismo confesional.

Dada la declarada preocupación de la OF-CPI por los máximos responsables, la intervención criminal de los funcionarios públicos debería ser objeto de particular atención en su análisis sobre la consistencia de los procesos nacionales con los fines del Estatuto de Roma. Reiteramos que la OF-CPI manifestó que uno de los criterios que observaría para valorar la imparcialidad de los procesos es si existen vínculos entre los victimarios y las autoridades a cargo de la investigación o judicialización de los delitos o si el aparato estatal fue utilizado para la perpetración de los mismos⁵⁷. Estos dos supuestos están comprobados en los procesos contra los paramilitares⁵⁸; no obstante, no se ha generado un mecanismo especial de investigación y seguimiento al accionar de sus cómplices y dueños ni a los procesos que se siguen contra otros terceros identificados.

Por todas las razones anteriores, si la intención de la OF-CPI es realizar una valoración del estado de los procesos penales que se adelantan por actividades paramilitares en Colombia, es un error por definición circunscribir su análisis a la ley de Justicia y paz, excluyendo todo lo actuado u omitido por la jurisdicción ordinaria. Especialmente porque nada garantiza que los máximos responsables estén sometidos al procedimiento especial de Justicia y Paz.

2.2.2 *La OF-CPI limita su valoración a la cantidad de los procesos que están en marcha*

La lectura presentada por la OF-CPI del proceso de Justicia y paz hace eco de las estadísticas que produce regularmente la FGN colombiana. Su análisis es cuantitativo y deja de lado valoraciones cualitativas que, según sus propias pautas, son esenciales en el análisis de complementariedad.

⁵³ ICC-OTP Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, par. 64.

⁵⁴ Por ejemplo, las confesiones de alias "El Iguano" ponen de manifiesto la participación activa de los cuerpos de seguridad, inteligencia y justicia en los crímenes de los paramilitares en Norte de Santander. Véase Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López, Rad. No. 110016000253200680281, caso contra Jorge Iván Laverde Zapata, por delitos de homicidio y otros, Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2009. Más allá del contenido de la confesión, el efecto procesal de las mismas es indeterminado. De igual forma, las confesiones de alias "Juancho Dique" en el marco de la dinámica de violencia de la región de Montes de María, cercana a la Costa Atlántica colombiana, ponen al descubierto los vínculos de los paramilitares con una de las unidades militares que operaba en la zona en el momento de la masacre y el desplazamiento de Mampuján. Véase Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López, Rad. No. 110016000253200680077, Caso contra Uber Enrique Banquez Martínez y Edwar Cobos T., por delitos de homicidio y otros, Bogotá D.C., 25 de enero de 2010. Inclusive, en un aparte del auto se describe cómo los paramilitares "establecieron contacto con la base de la infantería de Marina de la zona para que les prestaran armamento los días lunes, el que era devuelto los jueves (fusiles, morteros, etc.)". Nuevamente, más allá del contenido de la confesión, los efectos penales sobre los terceros implicados es incierta.

⁵⁵ A manera de ejemplo, véase el testimonio de alias "Diego Rivera", paramilitar confeso que narra los pactos y acuerdos que se hicieron entre el gobierno y los paramilitares en el proceso de Justicia y paz, contenido en: Alfredo Serrano Zabala, Paracos, Random House Mondadori, Bogotá (2009), p. 202-271.

⁵⁶ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 78.

⁵⁷ Fiscalía General de la Nación ("FGN"), Informe de gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz al 31 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/index.htm>

⁵⁸ *Id.*

Por ejemplo, la OF-CPI resalta los números ciertamente impresionantes de los hechos victimizantes que habrían sido denunciados por diversos paramilitares (57,131 hechos), pero no profundiza sobre los resultados procesales de esa denuncia y tampoco analiza los casos que estarían dentro de su competencia temporal. No hay duda de que la victimización en Colombia fue masiva y de que los paramilitares fueron responsables de una gran cantidad de esos hechos. No obstante, la estructura del proceso penal especial no conduce al esclarecimiento de los hechos, las modalidades de perpetración, las motivaciones de la violencia ni las distintas formas de intervención criminal, particularmente de quienes dominaron, controlaron o determinaron su realización.

El proceso de Justicia y paz avanza como un embudo con resultados ínfimos. Según registros de la FGN hay más de 140.000 víctimas que han denunciado hechos criminales o solicitado asistencia o reparación⁵⁹. De los aproximadamente 4.500 postulados, sólo hay avances procesales de algún tipo con no más de 700 paramilitares, muchos de ellos ejecutores materiales de los hechos⁶⁰. El proceso está estancado en las investigaciones parciales que se siguen contra cada uno de los postulados.

La iniciativa no priorizó los procesos contra comandantes o personas con responsabilidad por hechos particularmente graves. Los fiscales procesan los casos de acuerdo a un reparto geográfico básico y algunos criterios de conveniencia de acuerdo con las estructuras desmovilizadas. Los avances procesales no responden a una lógica de gravedad o de patrón; hay paramilitares imputados por homicidios aislados, sin ninguna conexión a un contexto de violencia o de ataque contra la población civil. El efecto embudo es aún más notable en relación con las condenas. Si bien la celeridad del proceso era de esperarse como consecuencia de la naturaleza premial del mecanismo confesional (expresada en la reducción sustancial de las condenas), el proceso de Justicia y paz no produce resultados. Sólo 11 personas han sido condenadas por sentencias parciales relativas a hechos considerados de manera fragmentaria⁶¹.

Las cifras de la FGN además de demostrar la masividad de los crímenes perpetrados, casi siete años después de entrada en vigencia la ley 975 de 2005, evidencian la mala gestión de esta iniciativa de persecución penal y la impunidad que continúa reinando sobre miles de hechos. De hecho, las cifras se tornan en ilustración de la mala gestión de esta iniciativa especial y la pérdida de una oportunidad para encarar la criminalidad sistémica vinculada con algunas de las estructuras militares que se desmovilizaron.

2.2.3 *El análisis de la OF-CPI ignora elementos cualitativos del procedimiento especial de Justicia y Paz que ilustran obstáculos para la judicialización de crímenes de competencia de la CPI*

El análisis de la OF-CPI ignora elementos estructurales y dinámicos del proceso de Justicia y paz que evidencian desidia por parte de la administración de justicia colombiana y que presentan serios obstáculos para la judicialización de crímenes de competencia de la CPI. Por ejemplo, la actividad investigativa en Justicia y paz es limitada. La verdad procesal está dada por la confesión incentivada del perpetrador. Por diseño, la verdad que se reconstruye en estos procesos es dependiente de lo dicho por el perpetrador confeso. La persecución penal de la delincuencia sistémica no es fácil, pero no es razonable ni aceptable que el proceso esté determinado por confesiones de delincuentes. Este tipo de ingeniería de la verdad, junto con la deficiente investigación, genera un indicio fuerte en contra de Justicia y paz como un proceso nacional capaz de perseguir a los máximos responsables de los crímenes de competencia de la Corte.

El proceso de Justicia y paz, además, está plagado por la indeterminación jurídica y los constantes cambios de jurisprudencia y de prácticas de aplicación. El mal diseño de las etapas procesales de la ley de Justicia y paz y los vacíos normativos conducen a batallas interpretativas que entorpecen el proceso y lo minan de dudas, por ejemplo, en relación con la parcialidad en las imputaciones⁶² o la repetición de actos procesales en las audiencias de acusación y de legalización de la aceptación de los cargos. Estos problemas han dilatado excesivamente las causas y las demoras ponen en entredicho la capacidad de hacer justicia.

De igual forma, la coerción y la muerte que rondan la aplicación del proceso de Justicia y paz también generan un manto de duda que debería ser objeto de estudio por parte de la OF-CPI. Al definir los criterios para tener en cuenta cuando se valora la independencia y la imparcialidad de los procesos nacionales relevantes, la OF-CPI destacó que la falta de voluntad puede ser demostrada por hechos que atentan contra la independencia de los procesos, por ejemplo, mediante indicadores que demuestren, casos de acoso o persecución de víctimas, testigos o personal judicial⁶³.

⁵⁹ FGN, Informe de gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz al 31 de enero de 2012.

⁶⁰ A enero de 2012, los resultados procesales registrados por la FGN son: 615 postulados han sido imputados; 249 han sido acusados; 107 aguardan una audiencia para legalizar su aceptación por los cargos; 50 han legalizado la aceptación de cargos; y 11 han sido condenados. FGN, Informe de gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz al 31 de enero de 2012.

⁶¹ FGN, Informe de gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz al 31 de enero de 2012.

⁶² A manera de ejemplo, en al menos ocho ocasiones, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido posiciones encontradas en relación con la parcialidad en los procesos de Justicia y Paz. Véanse: Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala de Casación Penal, Rad. 31290, auto del 11 de mayo de 2008, M.P. Augusto Ibáñez; CSJ, Rad. 30120, auto de 23 de julio de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero; CSJ, Rad. 30955, auto del 9 de febrero de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez; CSJ, Rad. 30775, auto del 18 de febrero de 2009, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Rad. 31115, auto de 16 de abril de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez; CSJ, Rad. 31539, auto de 31 de julio de 2009, M.P. Augusto Ibáñez; CSJ, Rad. 32.022, auto del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; y CSJ, Rad. 32575, auto del 14 de diciembre de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁶³ ICC-OTP, Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, par. 61.

Dado el contexto nacional, no hay garantías para la participación material de las víctimas en el proceso de Justicia y paz. Los riesgos, las amenazas y los homicidios han sido documentados ampliamente por organismos intergubernamentales en el país⁶⁴. El clima de violencia e intimidación también se extiende a funcionarios judiciales, lo cual además de ser una obstrucción directa a las investigaciones genera un clima de zozobra que condiciona la administración de justicia en general⁶⁵, como lo contempla la OF-CPI al incluir este tipo de amenazas y obstaculizaciones como un indicador de falta de voluntad para llevar a cabo los procesos relevantes⁶⁶.

Igualmente, en el marco de Justicia y Paz, es destacable el asesinato de comandantes paramilitares y el silenciamiento de subordinados a través de la muerte violenta. La Policía Nacional reportó más de 2.000 muertes violentas de desmovilizados colectivos entre 2001 y 2009. Entre estos hay varios casos de asesinatos de mandos medios que fueron cometidos con fines de silenciamiento y destrucción de pruebas⁶⁷. Ante la inacción de las autoridades para prevenir estos homicidios o para investigar y aclarar las muertes, se pierden oportunidades valiosas de recopilación de pruebas sobre el aparato criminal, nuevamente uno de los indicadores ilustrativos de la falta de voluntad que fue destacado por la OF-CPI en su documento borrador sobre el análisis de complementariedad⁶⁸.

Este contexto de violencia e intimidación debería ser considerado por la OF-CPI en la valoración sobre la legitimidad o la naturaleza genuina de los procesos nacionales relevantes, puesto que afecta la voluntad y condiciona la capacidad de las autoridades nacionales de llevar a cabo investigaciones y procesos de judicialización que satisfagan los parámetros de la complementariedad.

Como agravante del ya difícil estado de los procesos de Justicia y Paz, en mayo de 2008 y luego en marzo de 2009, el gobierno decidió extraditar a Estados Unidos por cargos de narcotráfico a varios de los hombres que tienen en su poder la narración maestra sobre los aparatos organizados de poder, incluyendo a los comandantes paramilitares más conocidos⁶⁹. La extradición por narcotráfico ignoró que estos hombres eran paramilitares confesos y estaban a órdenes de la justicia colombiana bajo medidas coercitivas procesales y materiales. Todos enfrentaban procesos en la justicia ordinaria y, en grados variados, colaboraban con el proceso confesional de Justicia y Paz. Con la extradición, se rompieron todos los incentivos para que estos individuos colaboren con la justicia colombiana. Esta decisión subordinó los intereses de la justicia colombiana a la justicia del Estado requirente e ignoró los derechos de las víctimas de crímenes de competencia de la CPI. Las extradiciones generaron un efecto silenciador y, además, son motivo de retardo en la administración de justicia. Sus efectos deben ser objeto de monitoreo y análisis minucioso por parte de la OF-CPI.

Todos los aspectos resaltados introducen duda sobre el desempeño de las autoridades colombianas y sobre su capacidad y voluntad de llevar a cabo los procesos en contra de los miembros de los grupos paramilitares de tal forma que sean compatibles con la intención de investigar y sancionar a los máximos responsables por los delitos más graves. Los elementos destacados califican la calidad de los procesos e introducen serias dudas, según la misma doctrina expuesta por la OF-CPI, sobre la capacidad y la voluntad de las autoridades colombianas, como resultado de las demoras y los indicadores negativos de independencia e imparcialidad.

⁶⁴ Por ejemplo, la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos reporta, desde hace varios años, varios incidentes concretos de masacres, desplazamiento forzado y ejecuciones, entre otros, dirigidos a comunidades victimizadas en distintas regiones del país. Véase, Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA), XIII Informe trimestral de la MAPP/OEA, 21 de octubre de 2009, p. 5 y 8-11.

⁶⁵ Por ejemplo, en el informe presentado en octubre de 2009, la MAPP-OEA destacó, a manera de ejemplo, que "en el Magdalena Medio, se han identificado acciones en contra de funcionarios judiciales de Justicia y Paz. Al respecto la MAPP/OEA muestra su preocupación por los atentados sufridos por varios funcionarios y expresa su condena por el asesinato en Barranquilla de Larry Churrón, Jefe de investigadores de la Fiscalía 14, quien estaba adelantando investigaciones correspondientes al Bloque Córdoba de las ex AUC". *Id.*, p. 5.

⁶⁶ ICC-OTP Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, par. 61.

⁶⁷ A manera de ejemplo se pueden destacar las muertes de: Jairo Andrés Angarita Santos, alias Comandante Andrés, un ex oficial de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), asesinado en diciembre de 2006; Carlos Mauricio García, alias Rodrigo o Doble Cero, antiguo comandante del Bloque Metro que había denunciado el narcotráfico, asesinado en mayo de 2004; Severo Antonio López, alias Job, asesinado el 28 de julio de 2008; Juan Carlos Jiménez, alias Caliche, asesinado el 20 de julio de 2005; Daniel Alberto Mejía, alias Danielito, asesinado en 2005 en Medellín; Francisco Enrique Villalba Hernández, alias Cristian Barreto, involucrado en la masacre de El Aro, asesinado por sicarios el 23 de abril de 2009; y Diego José Martínez Goyeneche, alias Daniel Bloom, comandante en el departamento del Tolima que murió envenenado en la Penitenciaría "La Picota" en Bogotá.

⁶⁸ ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 61.

⁶⁹ Por la información que pudieron haber contribuido en los procesos penales, presentan particular gravedad las extradiciones de Salvatore Mancuso; Rodrigo Tovar Pupo "Jorge 40"; Guillermo Pérez Alzate "Pablo Sevillano"; Ever Veloza García "H.H."; Diego Murillo Bejarano "Don Berna"; Hernán Giraldo Serna "El Patrón"; Ramiro "Cuco" Vanoy Murillo; y Carlos Mario Jiménez "Macaco".

2.3 Procesos contra “políticos”⁷⁰

Bajo el rubro de procesos contra políticos, la OF-CPI agrupa las causas penales seguidas contra las personas elegidas popularmente que se coludieron con los grupos paramilitares (conocidos en Colombia como los procesos de la “parapolítica”) y las causas penales seguidas en contra de miembros del servicio de inteligencia adscrito a la Presidencia de la República –el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)– por espionaje, persecución y algunos homicidios. Esta agrupación de investigaciones no tiene mayor sentido y, por la trascendencia de los procesos, los dos categorías deberían ser objeto de análisis independientes.

2.3.1 Los procesos de la “parapolítica”

En primer lugar, en relación con los procesos en contra de políticos, estas causas tienen su origen en las investigaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia en contra de congresistas que recibieron apoyos de paramilitares en momentos electorales⁷¹.

Los nexos entre políticos y paramilitares se hicieron evidentes por las denuncias de miembros de partidos de oposición⁷², la filtración de documentos comprometedores que salieron a la luz pública (por ejemplo, el denominado “Pacto de Ralito” para refundar la Patria⁷³, y la filtración de documentos electrónicos incautados a paramilitares que continuaron activos después de la desmovilización)⁷⁴. Estos debates encendieron las alarmas sociales y políticas. En un contexto polarizado y de mucha tensión, la Corte Suprema de Justicia avanzó con los procesos por la “parapolítica”, con múltiples tropiezos desde 2008.

Los más de 100 representantes a la Cámara y senadores que han sido o son objeto de investigación penal, referidos por la OF-CPI⁷⁵, lo son por delitos electorales en conspiración (o concierto) con grupos paramilitares y la mayoría de los procesos versan sobre hechos acontecidos antes de la entrada en vigencia del Estatuto. El esfuerzo de la Corte Suprema es destacable y revelador de las alianzas profundas entre políticos y paramilitares, pero sus esfuerzos no son sobre delitos de

competencia de la CPI, salvo en una excepción⁷⁶. Las condenas son, principalmente, por los delitos de concierto para delinquir (Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 340), constreñimiento al sufragante (Código Penal, artículo 387) y alteración de resultados electorales (Código Penal, artículo 394).

En los casos se evidencian las alianzas de los políticos con los grupos paramilitares, por lo general, con base en pactos de distribución electoral del poder local⁷⁷, y los cambios en los patrones electorales a través del tiempo que demuestran el apoyo ilegal dado a uno de los candidatos. Ante la contundente evidencia de este tipo de conspiración electoral, varios de los congresistas aceptaron los cargos y se beneficiaron de la figura de sentencia anticipada⁷⁸. Como se observa de las fechas de los hechos, estos casos están por fuera de la competencia temporal de la CPI.

La excepción mencionada a los casos por delitos electorales es la de Álvaro García Romero, un barón electoral o gamonal de la Costa Atlántica que fue condenado por homicidio en febrero de 2010. La sentencia en contra de García Romero lo declara penalmente responsable como autor mediato de los homicidios agravados de varias víctimas de una masacre perpetrada en 2000 por paramilitares en corregimientos de Carmen de Bolívar, entre ellos Macayepo⁷⁹.

Adicional a los procesos adelantados por la Corte Suprema contra sujetos activos aforados, la FGN lleva a cabo investigaciones en contra de varios mandatarios y representantes de la política local por sus vínculos con paramilitares. Estos procesos tienen en su base muchas de las mismas pruebas, algunas confesiones de paramilitares (tanto en el marco de Justicia y paz como en la jurisdicción ordinaria). Por la dinámica local, además del favorecimiento en las elecciones, estos procesos han puesto de manifiesto redes de corrupción en la administración pública, y esquemas de enriquecimiento ilícito y aprovechamiento mutuo entre políticos y paramilitares.

Por ejemplo, en la Costa Atlántica, se documentó que, después de la desmovilización paramilitar, estos grupos, bajo el mando de alias Jorge 40, siguieron contando con una “Comisión Política” que ejercía influencia en los departamentos de Atlántico, Magdalena, Bolívar y Sucre. Esta comisión estaba encargada de

⁷⁰ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 77-79.

⁷¹ La Corte Suprema tiene la competencia de investigar y juzgar a estos individuos por disposición constitucional nacional, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 186.

⁷² Por ejemplo, Clara López Obregón, integrante del partido Polo Democrático Alternativo denuncia en junio de 2005 ante la Corte Suprema de Justicia los vínculos entre congresistas y paramilitares. Gustavo Petro, miembro de la misma colectividad política (para esa fecha) contribuyó a las denuncias.

⁷³ El pacto que marcó el inicio de estos procesos fue un acuerdo de refundación del Estado, acordado el 23 de julio de 2001, entre los jefes paramilitares y varios congresistas y políticos, denominado “Pacto de Ralito”. Este pacto es el documento base para los procesos penales en contra de políticos de la Costa Atlántica. Entre los firmantes se encuentran, por parte del Estado Mayor de las AUC: Salvatore Mancuso, Diego Fernando Murillo alias «Don Berna», Edward Cobos Téllez alias «Diego Vecino» y Rodrigo Tovar Pupo alias «Jorge 40». De parte de los políticos, se encuentran: Salvador Arana Sus, Rodrigo Burgos, Alfonso Campo Escobar, Miguel de la Espriella, José Gnecco, José María Imbeth, Jesús María López, Juan Manuel López Cabrales, William Montes, Reginaldo Montes, José de los Santos Negrete, y Eleonora Pineda.

⁷⁴ Por ejemplo, los computadores incautados el 11 de marzo de 2006 a Ignacio Fierro (alias Don Antonio), involucrando a políticos locales con Jorge 40, entre otras cosas. Véase FGN, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Barranquilla, Radicado 2030, Diligencia de Inspección judicial que se realiza al proceso radicado 1890 seguido en la Fiscalía No. 55 especializada de la UNDH-DIH con sede en Bogotá (2006).

⁷⁵ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 78.

⁷⁶ Se trata del caso de Álvaro García Romero, que será desarrollado en seguida. El ex Senador Álvaro Araujo Castro fue investigado por el delito de secuestro extorsivo agravado de uno de sus contendores políticos, pero el proceso no prosperó. Araujo fue condenado el 18 de marzo de 2010 por concierto para delinquir y constreñimiento al sufragante a 112 meses de prisión; ya goza de libertad condicional. Actualmente, cursa otro proceso en la Corte Suprema de Justicia contra de un ex parlamentario, Cesar Pérez García, por una serie de homicidios perpetrados en 1988 en Segovia, Antioquia. Sin embargo, el origen de este proceso es particular; todavía no llega a la fase de sentencia; y está por fuera de la competencia temporal de la CPI.

⁷⁷ Además del “Pacto de Ralito”, anteriormente descrito, se tiene noticia de 14 pactos de esta naturaleza en distintas regiones del país. Véase León VALENCIA y Eduardo PIZARRO L., LEY DE JUSTICIA Y PAZ, Grupo Editorial Norma, Bogotá (2009), p. 329-338, destacando la naturaleza de cada uno de los pactos registrados.

⁷⁸ Por ejemplo: Dieb Maloof, Miguel de la Espriella, Alfonso Campo Escobar, Carlos Arturo Clavijo, Muriel Benito Rebollo, Rocío Arias, Eleonora Pineda, Jorge Luis Caballero, Enrique Emilio Ángel barco, Jorge Ramírez Urbina, y Salomón Saade. Muchos continúan interviniendo en política a través de agentes (familiares y socios) mientras cumplen sus condenas; varios de los condenados por parapolítica ya gozan de libertad y, aunque tienen interdicción de derechos, son agentes activos de la política local colombiana.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Aprobado acta No. 56, 23 de febrero de 2010, sentencia condenatoria contra el ex senador Álvaro García Romero.

“las relaciones con corregidores, alcaldes, senadores, diputados, etc. Además de la labor social en el departamento y cobro de los porcentajes de la contratación de los municipios”⁸⁰. El informe evidencia el acuerdo entre administraciones públicas y estructuras paramilitares para desfalcas las carteras municipales y departamentales.

Otro ejemplo que ilustra las transacciones entre la esfera política y las estructuras paramilitares lo ofrece el departamento de Casanare. Existen casos manifiestos de los intercambios entre estructuras paramilitares y los movimientos políticos de la región. Es más, la pugna que se presentó entre el Bloque Centauros de las AUC y las Autodefensas Campesinas de Casanare (ACC) se explica, en parte, por la competencia por los recursos públicos del departamento. La complejidad de las relaciones en Casanare fue puesta en evidencia por el expediente penal contra el ex gobernador Miguel Ángel Pérez, condenado a seis años de prisión por el delito de enriquecimiento ilícito, por recibir dinero de las ACC para financiar su campaña política a la gobernación durante el periodo 2004 a 2007⁸¹. Entre las múltiples declaraciones y prácticas de pruebas se hizo evidente la fluidez entre los asuntos públicos y el uso del poder paramilitar⁸².

Los ejemplos proporcionados son casos ilustrativos del entrelazamiento y la explotación mutua entre estructuras paramilitares y sectores políticos locales; como estos hay centenares en otras regiones del país. Sin embargo, los casos, con pocas excepciones⁸³, no tocan la perpetración de delitos que podrían ser de la competencia de la CPI.

Los casos contra políticos que menciona la OF-CPI evidencian los profundos vínculos entre las elites políticas (tanto nacionales como regionales) y los grupos paramilitares, pero, salvo las excepciones notadas, estos procesos no han tocado las responsabilidades de los políticos que ejercieron como autores mediatos, coautores y determinadores de múltiples crímenes violentos en las regiones colombianas. El avance de los procesos ha sido interrumpido por un ambiente generalizado de temor, y por ataques y conspiraciones en contra de la independencia del Poder Judicial, de las víctimas y de sus representantes legales.

⁸⁰ Informe anexo a FGN, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Barranquilla, Radicado 2030, Diligencia de Inspección judicial que se realiza al proceso radicado 1890 seguido en la Fiscalía No. 55 especializada de la UNDH-DIH con sede en Bogotá (2006).

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 24679, Acta no. 77, Bogotá, 27 de Julio de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero. También, véase FGN, Proceso de única instancia No. 8851 adelantado contra Miguel Ángel Pérez por la conducta de proceso de enriquecimiento ilícito.

⁸² Por ejemplo, se puso en evidencia el ejercicio de intermediarios y emprendedores políticos, como Andrés Rueda Gómez, ex Secretario de Obras Públicas del departamento en la gobernación de William Hernán Pérez. Rueda Gómez es conocido por el alias “El Ingeniero” y se le señala de ser el enlace con las estructuras paramilitares, entre otros motivos, para el otorgamiento de contratos públicos. “Nuevas Denuncias comprometen al prófugo gobernador de Casanare”, El Tiempo, 29 de marzo de 2005, p.2-8. Véase también, FGN, Proceso de única instancia No. 8851 adelantado contra Miguel Ángel Pérez por la conducta de proceso de enriquecimiento ilícito.

⁸³ Una de esas excepciones es el caso del ex Gobernador del departamento de Sucre, Salvador Arana Sus, quien fue condenado como determinador de la desaparición y el homicidio de Eudaldo León Díaz Salgado, ex alcalde de El Roble, Sucre, perpetrado el 5 de abril de 2003. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Aprobado acta No. 374, 3 de diciembre de 2009, sentencia condenatoria contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus.

2.3.2 Procesos que involucran al DAS

En segundo lugar, en relación con los procesos que abordan el involucramiento de directores y agentes del DAS, el punto de análisis más importante es que estos casos implican la utilización del aparato estatal con fines criminales y, aunque se han logrado unas condenas, las hipótesis investigativas que se derivan de los medios de convicción disponibles no se han explorado hasta sus últimas consecuencias.

La condena en contra de uno de los directores del DAS, Jorge Noguera Cotes, dictada el 14 de septiembre de 2011 por la Corte Suprema de Justicia ilustra que los hallazgos para proferir esta sentencia son tan sólo la punta del iceberg sobre las actividades criminales de la agencia de inteligencia adscrita a la Presidencia de la República⁸⁴. Noguera fue condenado como autor de los delitos de concierto para delinquir; destrucción, supresión y ocultamiento de documento público; revelación de asunto sometido a secreto; y homicidio de un activista social y de derechos humanos de la Costa Atlántica, Alfredo Correa de Andreis⁸⁵. La Sala Penal determinó que el crimen fue perpetrado por un aparato organizado de poder que combinó el poder estatal con la fuerza de aniquilamiento de los paramilitares para cumplir con un plan criminal⁸⁶. Noguera fue condenado como “hombre de atrás” en este homicidio.

Al ilustrar la responsabilidad del ex Director del DAS en el concierto para delinquir, la Corte demostró cómo Noguera favoreció intereses de los paramilitares a través de nombramientos de personas vinculadas a estos grupos, como el caso de Rómulo Betancurt, a quién designó en el cargo de director seccional del DAS en Bolívar, aunque esta persona tenía antecedentes de favorecer a la criminalidad organizada y a los grupos paramilitares en Córdoba desde la década de los 80⁸⁷. Las prácticas ilustradas en la sentencia comprometen al poder público en la perpetración de crímenes. En ella se ilustra como el aparato estatal se puso al servicio de fines criminales y se utilizó la violencia letal para aniquilar enemigos declarados. La decisión pone de manifiesto que los crímenes perpetrados desde el DAS se cometieron mediante una detallada división del trabajo, con la finalidad de compartimentación y ocultamiento de responsabilidades de los eslabones oficiales más elevados.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Acta no. 331, Bogotá, 14 de septiembre de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁸⁵ *Id.*, p. 155.

⁸⁶ *Id.*, p. 115.

⁸⁷ *Id.*, p. 103.

Las declaraciones de algunos de los ex agentes del DAS que han recibido beneficios por sus confesiones ratifican la gravedad de estos hechos y la necesidad de escalar en los niveles de responsabilidad hasta llegar a la Presidencia de la República⁸⁸.

En contra de amenazas y hostigamiento, la justicia colombiana dio pasos importantes para establecer responsabilidades penales de algunos autores en crímenes perpetrados desde el aparato de inteligencia del Estado. Sin embargo, el reto investigativo y de judicialización perdura para establecer el continuo de poder entre determinadores y seguidores, y explicitar las políticas, prácticas y contextos que facilitaron la perpetración de abusos de manera sistemática y generalizada desde la agencia presidencial de inteligencia. La OF-CPI debería realizar una indagación sesuda al estado procesal de estas causas e identificar los obstáculos que enfrenta la investigación de todas las hipótesis plausibles de responsabilidad penal.

Por las razones expuestas, sorprende que a seis años de iniciado el examen preliminar de la situación colombiana, la OF-CPI no haya reunido suficiente información para valorar la conducción de estos procesos y activar debidamente el principio de complementariedad contenido en el Estatuto de Roma.

2.4 Procesos contra policías y oficiales del Ejército⁸⁹

El objeto de estudio en relación con los procesos penales en contra de policías y oficiales del Ejército no es claro. En el informe, hace referencia a los vínculos que resultan entre miembros de la Fuerza Pública y los grupos paramilitares, como resultado de las confesiones de Justicia y paz. Sin embargo, como manifestamos anteriormente, la Fiscalía no cuenta con información sobre las consecuencias procesales de esas confesiones y la Procuraduría General de la Nación no ha realizado un ejercicio sistemático de la compulsión de copias. Igualmente, el informe enuncia alguna información sobre muertes de miembros de pueblos indígenas y delitos sexuales y expresa que requiere más información.

Finalmente, expresa su preocupación por las “ejecuciones extrajudiciales” perpetradas por miembros de las Fuerzas Armadas, evidenciando que según estadísticas de la FGN colombiana, al 30 de agosto de 2011, había más de 3.400 investigaciones en curso y 1.400 agentes detenidos⁹⁰. La OF-CPI manifiesta que no tiene una valoración sobre estos procesos y que sigue recopilando información.

Entretanto, el avance de estos procesos en Colombia es limitado: la gran mayoría de los casos está en etapas preliminares; su enfoque se concentra en la reconstrucción de la escena del crimen; no se investiga el rol mediato de prácticas y políticas oficiales en la comisión de los delitos; no se explora la existencia de patrones o de sistematicidad; y, se juzga y se condena a los ejecutores materiales y, en algunos casos, a oficiales (por lo general confesos), pero sin que se persigan hipótesis de investigación que vinculen a aquellas personas con el mayor nivel de responsabilidad en estos crímenes. Por la gravedad de estos hechos y porque consideramos que un análisis riguroso de la información disponible conduce a la conclusión de que la competencia de la CPI se encuentra activada y, por lo tanto, la OF-CPI debería abrir una investigación, abordamos el estado procesal de los casos nacionales relevantes en la siguiente sección, destinada exclusivamente a este tema.

⁸⁸ Por ejemplo, la declaración del ex Director de Inteligencia del DAS, Fernando Alonso Tabares Molina, confirma la presunta responsabilidad de la ex Directora del DAS, María del Pilar Hurtado, requerida por la justicia colombiana, pero resguardada por la República de Panamá bajo la figura del asilo político. Véase Declaración de Fernando Alonso Tabares Molina rendida en el marco del interrogatorio del 9 al 13 de julio de 2011. El acta es firmada por el interrogado y Misael Fernando Rodríguez Castellanos, Fiscal 8 delegado ante la Corte Suprema de Justicia; José C. Hernández Rueda, Abogado defensor; y Fredy Rubio Zafrá, Investigador Criminalístico del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI). Tabares Molina es un oficial retirado de la Armada Nacional, en donde se desempeñó como oficial de inteligencia con una destacada carrera. Asumió como Director General de Inteligencia del DAS en 2007, por un lapso de un semestre. Tabares ha vinculado a María del Pilar Hurtado antigua directora del DAS y hoy prófuga de la justicia, a varias actividades ilegales en contra de políticos de oposición, periodistas y la Corte Suprema. También ha manifestado que el Presidente de la República estaba enterado de estas actividades.

⁸⁹ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 80-82.

⁹⁰ *Id.*, par. 81.

2.5 Sobre los procesos por violencia sexual y violación de mujeres⁹¹

Al reflejar la perpetración de violencia sexual y violaciones contra las mujeres en Colombia, la OF-CPI da cuenta de 700 casos de mujeres que han sido víctimas de violencia sexual o violación, según un reporte del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz en 2009. El hecho de que acuda exclusivamente a una fuente del proceso de Justicia y paz para dar cuenta de este tipo de crímenes vuelve a reflejar un sesgo, que puede resultar de la conveniencia de contar con estos datos, pero que refleja que la OF-CPI no ha analizado la situación en relación con la violencia sexual contra las mujeres en el contexto colombiano.

El escenario de Justicia y paz es uno de los menos eficaces para la investigación y judicialización de este tipo de delitos. Factores culturales inciden para que la violación no sea confesada; dado el carácter voluntario del proceso, los hechos de violencia sexual no suelen aflorar. Según la FGN, a enero de 2012, hay 79 eventos de violencia sexual que han sido confesados preliminarmente; en varios casos, se trata de incidentes que involucran a víctimas menores de edad. Hasta la fecha, hay una condena por delitos sexuales en el marco de Justicia y paz⁹²; consecuentemente, la FGN imputó delitos sexuales contra el supuesto comandante de una estructura narcotraficante⁹³. Estos logros en Justicia y paz son significativos, no obstante el procedimiento especial no es la respuesta a la necesitada visibilización y judicialización de esta práctica criminal. Recordemos que el procedimiento especial tiene una competencia personal limitada y depende de la voluntad de los paramilitares confesos.

La violencia sexual en el marco del conflicto colombiano ha sido documentada a partir de casos específicos. Por las deficiencias de las cifras y la estadística producida por las entidades estatales, no se cuenta con una aproximación cuantitativa al problema⁹⁴.

No obstante, las aproximaciones cualitativas asisten a entender la dinámica y su estudio podría aportar a la comprensión del fenómeno y a la consecuente acción de al OF-CPI. Por ejemplo, la Relatora especial sobre la violencia contra las mujeres de Naciones Unidas manifestó en su informe de 2002 que: "(g)rupos de hombres armados secuestran a mujeres a las que mantienen en detención durante algún tiempo en condiciones

de esclavitud sexual, someten a violación y obligan a realizar tareas domésticas. Se escoge a las mujeres que tienen parentesco con personas 'del otro bando'. Tras ser violadas, algunas mujeres han sido mutiladas sexualmente antes de matarlas"⁹⁵. Si bien este tipo de caso es documentado por organizaciones sociales, los temores por represalias y el miedo a experimentar discriminación y maltrato posterior por miembros del aparato de justicia son tan grandes que, este tipo de hechos no se suele denunciar.

Por su lado la Relatora para los derechos de las mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) documentó en 2005 diversas formas de violencia contra las mujeres en el marco del conflicto armado: violación, abuso sexual, esclavitud sexual, reclutamiento forzado, prostitución forzada y aborto forzado⁹⁶. Describió cuatro contextos o situaciones en los cuales se agrava la violencia contra las mujeres: a) mujeres no combatientes como blanco directos o como víctimas colaterales de violencia física, psicológica y sexual (describiendo prácticas orientadas a atemorizar y a lesionar al enemigo); b) el desplazamiento forzado, la crisis humanitaria y las mujeres cabeza de familia; c) reclutamiento forzado y voluntario de mujeres y niñas (que incluye prácticas de abortos forzados y prestación de "servicios sexuales" a los miembros de los grupos armados); y d) imposición de pautas de comportamiento sobre mujeres y niñas⁹⁷. Este tipo de estudio descriptivo es de utilidad para identificar adecuadamente los puntos de intervención y las necesidades de las víctimas para ir allanando el camino hacia la justicia.

La violencia sexual experimentada por mujeres en el marco del conflicto armado fue objeto de atención prevalente por parte de la Corte Constitucional de Colombia cuando resaltó, en el marco del seguimiento a una acción de tutela relativa a los derechos de las personas desplazadas por la violencia (T-025 de 2004), "el riesgo de violencia sexual, constatando la gravedad y generalización de la situación"⁹⁸. Además de identificar el riesgo frente a la vigencia de los derechos fundamentales, la Corte ordenó a la FGN investigar una serie de relatos de violencia sexual en contra de mujeres desplazadas, que fueron transmitidos de manera confidencial, solicitando prioridad para el trámite de estos casos.

⁹¹ *Id.*, par. 67.

⁹² La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá condenó a finales de 2011 a alias "Lucho" o "El Sargento" por acceso carnal violento en persona protegida. Los hechos tuvieron lugar el 7 de marzo de 2003 en Tame, Arauca, en contra de dos niñas. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra José Rubén Peña Tobón (alias Lucho) por homicidio y otros, Rad. 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070, 1 de diciembre de 2011.

⁹³ La audiencia de imputación fue adelantada ante el Tribunal de Bogotá, el 27 de enero de 2012, en contra de Miguel Ángel Mejía Múnera, alias el Mellizo, un narcotraficante que compró la franquicia del Bloque Vencedores de Arauca. Mejía Múnera se encuentra, actualmente, extraditado en Estados Unidos.

⁹⁴ Véase, en general, Françoise Roth, Tamy Guberek y Amelia Hoover Green, El uso de datos cuantitativos para entender la violencia sexual relacionada con el conflicto armado colombiano: retos y oportunidades, Corporación Punto de Vista y Benetech, Bogotá (2011). El estudio concluye, entre otros: "Actualmente, los datos directos sobre la violencia sexual, así como informes de casos y las encuestas, no pueden sustentar afirmaciones rigurosas sobre la magnitud o la incidencia de la violencia sexual relacionada con el conflicto en Colombia." *Id.*, p. 16. Las autoras estimulan la continuidad de las investigaciones y recomiendan la utilización de datos directos e indirectos, y la puesta en marcha de "métodos mixtos de investigación" y la exploración de hipótesis concretas y locales. *Id.*

⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relatora especial sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, Adición. Misión a Colombia (1 a 7 de noviembre de 2001), ONU Doc. E/CN.4/2002/83/Add.3 11 de marzo de 2002, p.2.

⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatora para los derechos de las mujeres, Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, 18 de octubre de 2006.

⁹⁷ *Id.*, Capítulo 3. "Manifestaciones de la violencia contra las mujeres agravadas por el conflicto armado", par.47-101. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/lll.htm>

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, auto 092 de 2008.

En respuesta a esta decisión de la Corte, la FGN ha puesto en marcha varios mecanismos *ad hoc* para responder a las solicitudes, incluyendo la designación de grupos de trabajo de fiscales, pero sin dedicación exclusiva al tema y con cambios constantes de las fiscales designadas⁹⁹. Hasta la fecha, los resultados no han sido satisfactorios y las medidas de supervisión por parte de la Corte Constitucional evidencian incumplimiento en el acceso a la justicia por parte de mujeres que son víctimas de violación o violencia sexual¹⁰⁰. De igual forma, todavía no existe una política integral para la investigación y judicialización de la violación y otros delitos sexuales perpetrados en el marco del conflicto armado¹⁰¹.

La CIDH volvió a destacar en 2009 que el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual no estaba garantizado y que las entidades claves en el proceso de judicialización, como la FGN, no contaban con los recursos disponibles para atender a las víctimas de estos delitos¹⁰².

La violación y otras formas de violencia sexual siguen siendo delitos invisibilizados en Colombia. La aproximación a esta problemática de la OF-CPI tiene que perfeccionarse si espera contribuir a la judicialización de estas graves conductas por medio de su acción dirigida por el principio de complementariedad. Por el momento, la investigación de los casos de violaciones y de violencia sexual en el marco del conflicto armado evidencia incapacidad y falta de voluntad por parte de las autoridades competentes.

2.6 A manera de cierre preliminar: la incapacidad y la falta de voluntad son problemas en Colombia

En esta sección buscamos comentar la manera cómo la OF-CPI informó sobre su análisis de complementariedad en relación con Colombia. Resaltamos que es probable que el problema principal en relación con la operación de justicia penal en Colombia no sea la capacidad. Sin embargo, hay áreas del trabajo investigativo y de judicialización de casos complejos que sí evidencian incapacidad. Hecha esta aclaración, consideramos que el principal obstáculo para la judicialización nacional de los crímenes de competencia de la CPI es un problema de voluntad. Las autoridades investigan los hechos que constituyen crímenes internacionales como si fueran crímenes comunes, no suelen ir más allá de la reconstrucción de la escena del crimen y no persiguen hipótesis de investigación capaces de establecer las responsabilidades de los máximos responsables. Y no lo hacen por falta de capacidad, sino por evadir las consecuencias de investigar a fondo las responsabilidades plausibles de los máximos comandantes.

Al tratarse de un problema de falta de voluntad para investigar a los máximos responsables, la omisión investigativa combinada con el paso del tiempo puede convertirse en un mecanismo de encubrimiento de responsabilidades. Por lo tanto, la OF-CPI debería concentrar sus esfuerzos en vencer esta resistencia. Una manera de lograr este propósito es mediante la apertura de la fase de investigación y la definición precisa de resultados que debe proporcionar el aparato de justicia colombiano, mientras procede la investigación en la CPI y evoluciona el estudio de la admisibilidad de los casos. En la medida en que algunos de los casos involucran violaciones al derecho internacional que comprometen la responsabilidad internacional del Estado (responsabilidad objetiva) como la de individuos representantes de las altas esferas de gobierno (responsabilidad subjetiva), la OF-CPI se enfrenta a un Estado que no quiere investigarse a sí mismo. El vencimiento de este tipo de resistencia amerita la activación de la competencia de la CPI.

⁹⁹ Actualmente existe una Sub-Unidad de delitos de género en el marco de la UNDH-DIH; pero su estabilidad no está garantizada.

¹⁰⁰ La Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario reportó que, de los 183 casos remitidos por la Corte Constitucional en el marco del Auto 092, era responsable, a noviembre de 2010, de 64 casos. De los restantes, no proporcionó información. De los casos bajo su competencia, reporta en el sistema procesal de la ley 600: cuatro condenas, 12 resoluciones de acusación, y 24 casos en instrucción. En el sistema procesal acusatorio (ley 906), reporta: dos condenas, y 38 acusaciones. El resto de los casos, por defecto, están en fases preliminares o archivados. FGN, Informe de Gestión: Agosto 2009-Noviembre 2010, p. 114. Disponible en: <http://fgn.fiscalia.gov.co/Fiscalia/archivos/InformeGestion/infogestion2009-2010.pdf>

¹⁰¹ En respuesta a la presión de la Corte Constitucional, la FGN expidió una serie de memorandos y guías para atender el tema. Sin embargo, estos documentos tienen problemas de diseño y no gozaron de un proceso de implantación. Véase, a manera de ejemplo, memorando No. 0117 del 10 de noviembre de 2008, acogiendo la Guía de investigación de delitos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado; o la resolución 0266 del 9 de julio de 2008, en la que se solicita la generación de espacios de interlocución con las distintas organizaciones sociales que reportaron hechos a la Corte Constitucional en el marco del Auto 092 de 2008.

¹⁰² En el informe anual de 2009 sobre la situación de Colombia, la Comisión destacó: "persisten notables obstáculos para que las mujeres accedan a la justicia, así como deficiencias claves en la atención integral a las víctimas y protección efectiva ante las amenazas y la violencia ejercida por los actores del conflicto armado. (...) Preocupa a la Comisión, la falta de recursos y las carencias en la capacidad de instituciones claves, como la FGN, para actuar con la debida diligencia en la investigación de casos de violencia de género y sexual ocasionada por los actores del conflicto armado. Asimismo, la Comisión ha tomado conocimiento de que, a pesar de los notables avances en los sistemas y los registros de información estadística, dichos sistemas todavía no reflejan adecuadamente la realidad de la situación de la violencia contra las mujeres a nivel nacional y local, especialmente la magnitud de problemáticas como la violencia sexual causada por los actores del conflicto. CIDH, "Informe de seguimiento – Las mujeres frente a la violencia y discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, 2009, par. 13. (Se omiten las notas de pie de página del texto citado). Disponible en: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Cap.5.Colombia.sp.htm#_ftn16

3.

Homicidios para ganar y para tapar: la mentira institucional que no se quiere investigar

Mataron a personas para hacer creer que eran eficaces en la guerra. Ejecutaron extrajudicialmente a personas capturadas e indefensas, impartiendo su justicia. Mataron para ser reconocidos; mataron para lucrarse; y mataron para descansar. ¿Iniciativa propia o práctica institucional? Esta es la indagación incómoda que las autoridades colombianas no quieren hacer en relación con los denominados “falsos positivos”.

«Eso era un negocio para ellos (suboficiales y soldados), y yo, como comandante, me usufructuaba (sic) no económicamente, sino con felicitaciones»¹⁰³, manifestó Luis Fernando Borja Aristizábal, al narrar como mataban a personas inocentes fingiendo operaciones y combates para ganar reconocimiento en la Fuerza Tarea Conjunta (FTC) de Sucre, que él comandó como Coronel del Ejército nacional entre marzo de 2007 y junio de 2008. «Yo pedía resultados, y el Comando Superior me pedía resultados»¹⁰⁴, expresó Borja, haciendo explícitas las presiones que recibía para producir “positivos”.

Borja recuerda en una indagatoria ante un fiscal a finales de diciembre de 2010 que, cuando llegó a la FTC, la unidad gozaba de reconocimiento por sus resultados operacionales. Manifestó: “Aproximadamente a los dos meses (de llegar como comandante) me entero que algunas de esas bajas que se habían hecho en años anteriores y las que yo llevaba en dos meses, eran montadas y eran falsos positivos. Después de esto yo entro a hacer parte de la organización ilegal. Primero porque pues preferí callar, y no sé si por miedo de mi vida y de mi familia, y segundo por miedo a que me echaran del ejército, porque en una reunión en abril en Corozal pues el Ministro (de Defensa del momento, Juan Manuel) Santos, por muchas quejas de los ganaderos, me había dicho que si eso no se arreglaba, me echaba del ejército. Básicamente por estas dos razones callé y seguí haciendo parte del ejército por esta actividad ilegal”¹⁰⁵.

Junto con Borja, también fue condenado Iván Darío Contreras Pérez, un soldado profesional adscrito a la FTC de Sucre que trabajó directamente con el coronel. En su declaración juramentada describe el involucramiento de los distintos miembros de la unidad militar: “Los del TRES (departamento de operaciones) únicamente hacían la orden de operaciones, los de inteligencia hacían el informe de inteligencia, con esta información el Coronel era el que se comunicaba directamente con las patrullas y se coordinaba la baja (...) Para conseguir las armas a veces la contraguerrilla reunían el dinero y compraban las armas, en otras la plata salía de la FTCS (...) por ejemplo, si se necesitaba una baja y los gastos eran de dos millones, en ocasiones la compañía reunía un millón y el resto salía de los gastos de la FTCS. Este dinero se entrega a un miembro del DOS (departamento de inteligencia) quien era el encargado de ir a comprar la armas o hacer las coordinaciones, las armas se entregaban a quien iba a dar la baja”¹⁰⁶. Con los papeles en orden y con “el paquete” y el armamento en su lugar, se procedía a producir el “positivo”.

“Positivos” se pedían en todo lado y a toda costa. El testimonio de un oficial confeso es revelador. El teniente Edgar Iván Flórez Maestre manifiesta que cuando el Coronel Wilson Ramírez Cedeño llegó a comandar el Batallón de Infantería No.14 Batalla de Calibío con sede en Puerto Berrío, Antioquia, el coronel manifestó: “cada comandante de compañía me debe responder por un muerto en combate cada mes y la sección segunda me debe responder por tres muertos al mes, en este momento la guerra se mide por litros de sangre, el comandante que no tenga resultados de muertos por mes, tendrán la sanción correspondiente y se verá reflejado en su folio de vida”¹⁰⁷. Igualmente, Flórez relató como en 2008 el coronel Juan Carlos Barrera Jurado, entonces comandante de la XIV Brigada del Ejército, por medio de un programa radial, le manifestó a

¹⁰³ “Coronel ordenaba embriagar a víctimas de falsos positivos”, *El Tiempo*, 13 de marzo de 2012. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/coronel-ordenaba-embriagar-a-victimas-de-falsos-positivos_11344327-4

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ FGN, Indagatoria de Luis Fernando Borja A., ante el Fiscal 36 especializado de Medellín de la UNDH-DIH, 20 y 21 de diciembre, *reproducida parcialmente en*: CINEP, Colombia, Deuda con la humanidad 2: 23 años de falsos positivos: 1998-2011, Bogotá (2011) p.321-322.

¹⁰⁶ Declaración de Iván Darío Contreras Pérez, contenida en el escrito de acusación de la Fiscalía General de la Nación, por los homicidios de Fabio Alberto Sandoval y Eleonais Manuel González, acontecidos en Galeras, Sucre el 1 de noviembre de 2007 que intentaron ser presentados como “dos subversivos dados de baja” en el marco de la Operación militar “Excalibur”, misión táctica “Oráculo”, p.11-12.

¹⁰⁷ Procuraduría General de la Nación, Diligencia de queja suscrita por el señor Edgar Iván Flórez Maestre, Medellín, 15 de diciembre de 2009, p.6.

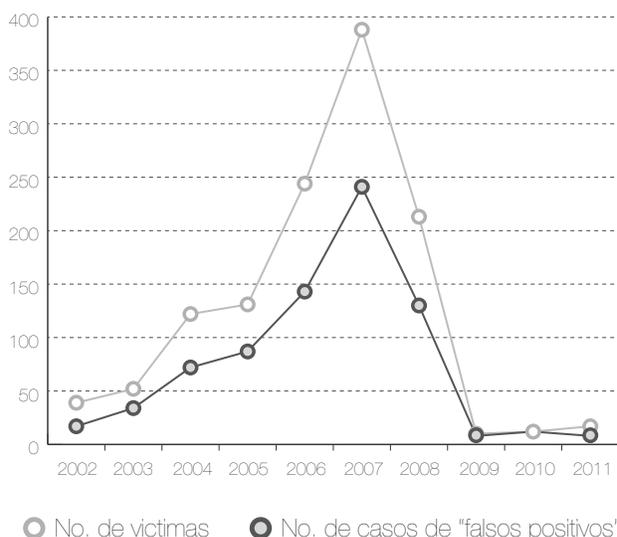
todos los comandantes de los batallones que “el batallón que en noventa (90) días no tuviera bajas o combates (sic) hacia echar del ejército al comandante por su negligencia o incapacidad operacional”. Continúa el testimonio del teniente: “En ese momento la presión se empezó a poner cada vez más dura, hasta un nivel que nos contaban los días que llevábamos sin combatir, en el centro de operaciones táctico existía un tablero en el cual se llevaban las estadísticas de las compañías donde se sumaban los muertos y se contabilizaban los días que llevábamos sin combates y sin muertos”¹⁰⁸. Las presiones están documentadas en múltiples expedientes judiciales, pero sus implicaciones no son objeto de investigación.

Los “falsos positivos” estremecieron y partieron a Colombia. La sociedad sigue dividida entre aquellos que lloran y reclaman, y aquellos que no creen o que no quieren creer que lo que se dice es cierto. Lo acontecido continúa siendo objeto de polarización. En muchos casos se sigue negando a las víctimas y condenando a los que reclaman. El gobierno actual minimiza lo que pasó, busca estabilidad jurídica para las tropas, y explica los “falsos positivos” fueron la consecuencia de la acción de “unas cuantas manzanas podridas”¹⁰⁹.

Aunque los registros varían, es generalmente aceptado que los homicidios intencionales de personas y legalizadas como muertos en combate ascienden a más de 2.000, con un pico entre 2004 y 2008 bastante notable. En la FGN se registran algo más de 1.500 procesos desde enero de 2000 hasta enero de 2012. El Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) registra un número similar de casos en el mismo lapso de tiempo. Tomando el marco de competencia temporal de la CPI para el caso colombiano, reflejamos en la siguiente tabla los presuntos casos de homicidio que fueron presentados como “falsos positivos”. (Véase Gráfica no.1. La dimensión cuantitativa de los “falsos positivos”.) Esta es una aproximación a las cifras para ofrecer una mirada global del fenómeno criminal. Es difícil entender cómo una práctica tan extendida en todo el territorio nacional y con patrones tan similares de una unidad militar a otra pueda ser explicado como un problema de “manzanas podridas”.

Gráfico No.1

La dimensión cuantitativa de los “falsos positivos”



Fuente: CINEP, Colombia, Deuda con la humanidad 2: 23 años de falsos positivos, 1998-2011, Bogotá (2011) p. 325.

En la gráfica se refleja el crecimiento del número de víctimas frente al número de casos de “falsos positivos”, a partir de 2006. Cada incidente fue aprovechado para “legalizar” más positivos. Esta tendencia debería ser objeto de investigación, especialmente, si se relaciona con algunos de los testimonios de los criminales confesos. Por ejemplo, narra el teniente Flórez sobre su proceso de inducción en 2007 a la práctica de falsos positivos: “El teniente Rodríguez dio cinco bajas y él me dijo que cuando dio la primera baja era mejor que los muertos fueran más de uno porque así era más real, entonces fue como después de los otros dos resultados dio en cada uno dos muertos...”¹¹⁰.

Igualmente, sorprende ver el efecto paralizante que tuvieron las medidas oficiales tomadas en 2007 para frenar la práctica¹¹¹. Es particularmente llamativa la coincidencia entre la disminución de los “falsos positivos” y la expedición de la Directiva Permanente del Comando General de las Fuerzas Militares NR. 300-28/2007, que hace explícita una nueva manera de medir el impacto de los resultados operacionales, privilegiando la desmovilización y la captura por encima de la muerte en combate, salvo en el caso de cabecillas o líderes¹¹². La capacidad de frenar la práctica de los falsos positivos mediante este tipo de directiva es indicativa de la existencia de un política anterior que suscitó o promovió

¹⁰⁸ *Id.*, p. 7.

¹⁰⁹ El gobierno del presidente Juan Manuel Santos presentó, recientemente, un proyecto de modificación de la Constitución para otorgar seguridad jurídica a las tropas. Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa Nacional, Proyecto de Acto Legislativo No. 192/2012 “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”, Exposición de Motivos, Introducción. El gobierno promueve el cambio constitucional con el fin de responder a “la ausencia de garantías y reglas claras para los miembros de la Fuerza Pública”. *Id.*

¹¹⁰ Procuraduría General de la Nación, Diligencia de queja suscrita por el señor Edgar Iván Flórez Maestre, Medellín, 15 de diciembre de 2009, p. 4.

¹¹¹ Por ejemplo, las Directivas 10 y 19 de 2007 del Ministerio de Defensa, a través de las cuales se reiteran obligaciones para autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y evitar homicidios en personas protegidas; y la Directiva Permanente 300-18 de 2007 del Comando General de las Fuerzas Militares.

¹¹² Ministerio de Defensa Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares, Directiva Permanente NR. 300-28/2007, 20 de noviembre de 2007. En las misiones particulares se establece que los comandos ejército, Armada Nacional, Fuerza Aérea y Comandos Conjuntos: “a) Privilegian como valoración de los resultados operacionales las desmovilizaciones colectivas e individuales sobre las capturas y de estas a su vez sobre las muertes en combate”.

la práctica de los falsos positivos¹¹³. Asimismo, la reducción dramática es un indicio del dominio negativo que las autoridades del más alto nivel tenían sobre los hechos (en términos de responsabilidad criminal como “autores de escritorio”) y, por lo tanto, es otro elemento que se aparta de la explicación de las “manzanas podridas” y demanda investigaciones que persigan hipótesis plausibles que contemplen el rol mediato de políticas y prácticas institucionales.

No es el propósito de este informe ofrecer un balance o un relato de la práctica de los falsos positivos. Existen múltiples fuentes de Naciones Unidas, periodísticas, de denuncia, de análisis y de investigación, y artísticas que ofrecen miradas ricas al fenómeno¹¹⁴. Esta introducción sólo tiene el propósito de presentar el contexto general y hacer explícitos algunos de los modos de ejecución que han sido documentados, con el fin de contar con el telón de fondo para el análisis de los procesos nacionales relevantes por los homicidios perpetrados de manera sistemática por miembros de la Fuerza Pública, mediante los cuales fabricaron resultados positivos de su accionar bélico.

Como advierte la OF-CPI en su informe sobre el examen preliminar de la situación en Colombia, hay múltiples investigaciones que están en marcha, varios detenidos y algunas condenas por estos hechos¹¹⁵. Sin embargo, la calidad de las investigaciones es deficiente y los resultados obtenidos generan dudas sobre la naturaleza genuina de estos procesos en el marco del tipo de judicialización que requieren los crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma. Con el fin de profundizar sobre estos aspectos, a continuación, presentamos un análisis cuantitativo de los procesos que están en curso, según los reportes que presenta la FGN. Para complementar la lectura numérica, presentamos los riesgos y los problemas que presentan distintas causas de los falsos positivos, a partir de la revisión de expedientes judiciales. Esta mirada cualitativa advierte series deficiencias en las investigaciones y en los procesos de judicialización que conducen a la necesidad de que la OF-CPI inicie una investigación por estos casos y profundice las líneas de indagación, buscando sancionar a los máximos responsables. Más allá del número elevado de procesos, como resultado natural del altísimo número de homicidios, este informe profundiza sobre la calidad de los procesos, su seriedad y su idoneidad para establecer las responsabilidades más elevadas.

¹¹³ Por ejemplo, se debería documentar el uso del conteo de muertos como el indicador de rendimiento en las distintas unidades militares y explorar las directivas o las órdenes que establecieron esta práctica. De igual forma, deberían explorarse los efectos de distintas prácticas y políticas que pudieron impulsar los falsos positivos, como los pagos de recompensas contenidos en la directiva ministerial del 2005 que saltó a la luz pública cuando se denunciaron las desapariciones de varias víctimas de estas ejecuciones. Véase, por ejemplo, Ministerio de Defensa Nacional, Directiva ministerial permanente, No.29 del 17 de noviembre de 2005.

¹¹⁴ Entre otras, véanse: ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión a Colombia, A/HCR/14/24/Add.2, 31 de marzo de 2010; CINEP, Colombia, Deuda con la humanidad 2: 23 años de falsos positivos: 1998-2011, Bogotá (2011); Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (CCEEU), Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario, Informe final de la Misión Intencional de Observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad en Colombia, Documentos temáticos n. 4, Bogotá (2008); CCEEU, “Ejecuciones Extrajudiciales: Realidad inocultable”, Bogotá (2009); CCEEU, Boletines trimestrales sobre ejecuciones extrajudiciales, disponibles en: <http://ddhcolombia.org.co/taxonomy/term/28>; Felipe Zuleta, La pobreza, un «crimen» que se paga con la muerte, Un documental de Felipe Zuleta Lleras (2010), disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=Ym_nL8NN9r4; Colbert García Benalcázar (Director), Silencio en el paraíso, Colombia (2011), sumario y ficha técnica disponible en: <http://www.silencioenelparaiso.com/>.

¹¹⁵ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 81.

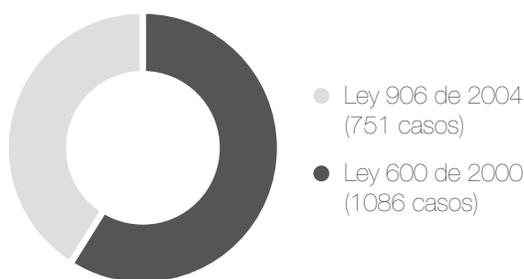
3.1 Análisis global y cuantitativo del estado de los procesos nacionales relevantes adelantados por la FGN: muchos casos, pero pocos avances

La FGN tiene bajo su competencia, al 30 de septiembre de 2011, la investigación de más de 1.800 casos de “homicidios atribuidos a agentes del Estado” – esta es la categoría que utiliza en sus reportes. La FGN proporciona información regular sobre el avance de estos procesos, separando aquellos que se tramitan por el sistema de procedimiento penal calificado como sistema mixto (inquisitivo/acusatorio), Ley 600 de 2000, y aquellos tramitados por el sistema más nuevo (de corte oral acusatorio), Ley 906 de 2004, con aplicación gradual y progresiva en el territorio nacional a partir de su vigencia¹¹⁶. Los casos son tramitados en el marco de uno de los dos sistemas procesales dependiendo del que estuviera vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos, según fecha y lugar de los acontecimientos. Como veremos cada sistema procesal importa retos y obstáculos distintos.

El balance general es construido sobre el estado de los procesos con corte al 30 de septiembre de 2011. El hallazgo principal es que los procesos están en etapas preliminares. De los 1837 procesos que reportó la FGN, sólo 72 han llegado a etapa de juicio: 51 casos en el marco de la ley 600 y 21 casos en el marco del nuevo sistema procesal. Del total de los procesos, 59 por ciento se encuentran bajo el régimen procesal mixto (ley 600 de 2000), para un total de 1086 causas. El restante 41 por ciento están sujetas a las reglas de procedimiento de la ley 906 de 2004 (esto es, 751 casos). (Ver Gráfico no.2, presentando el número total de causas y su distribución en los sistemas procesales.)

Gráfico No.2

No. Total de procesos según sistema procesal, según FNG hasta 30 septiembre de 2011



¹¹⁶ La información para producir esta sección del informe proviene de fuente oficial. Los registros utilizados son derivados de informes oficiales o derechos de petición contestados por la autoridad competente. Desafortunadamente, no todas las autoridades utilizan la misma nomenclatura o categorías para describir los eventos o las variables; y por lo tanto, no toda la información es fácilmente comparable. Los datos se analizan atendiendo estas dificultades y respetando los cortes de fechas de cada uno de los reportes, sin hacer agregaciones inadecuadas. De esta manera, buscamos reducir el error y circunscribir el análisis a lo que los datos reportados permiten concluir. Para la producción del análisis se tuvieron en cuenta distintos oficios y reportes, incluyendo: FGN, Oficio No. UNDH-DIH 000669, 27 de febrero de 2012; FGN, Oficio No. DNF 17592, 16 de septiembre de 2010; FGN, cuadros Excel producidos por la Dirección Nacional de Fiscalías sobre competencia y estado procesal de los casos por homicidio atribuible a agente del Estado, con corte a 30 de septiembre de 2011; Procuraduría General de la Nación (PGN), Oficio No. DD DDH 3316, 4 de octubre de 2011 y anexos; Ministerio de Defensa Nacional, Oficio No. 99151, 26 de octubre de 2011; y múltiples correos electrónicos con respectivos anexos informativos que contienen los registros numéricos de los casos en trámite provenientes de la FGN, la PGN y el Ministerio de Defensa Nacional.

La representación gráfica del estado de los procesos puede contribuir a comprender la situación. En la Gráfica no.3, representamos los procesos que se siguen en el marco de la ley 600 (o sistema procesal mixto) aplicable en 1086 casos distribuidos en todo el país, de acuerdo a las respectivas etapas procesales. Un número importante de estas causas (870) se ha concentrado en la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (UNDH-DIH) de la FGN, una unidad especializada con sede en Bogotá y otras ciudades intermedias del país. El resto de los procesos de la ley 600 – 216 casos – están distribuidas territorialmente en distintas seccionales de la FGN. Por esta razón, representamos los datos haciendo la diferencia entre los procesos que se encuentran en la UNDH-DIH, por especialidad técnica, y los procesos radicados en las seccionales de la FGN, por tipo de causa y por competencia territorial.

Gráfico No.3

No. de procesos por homicidio por miembro de Fuerza Pública (Ley 600)

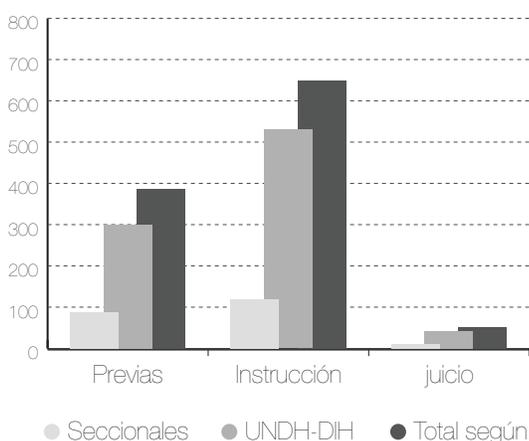
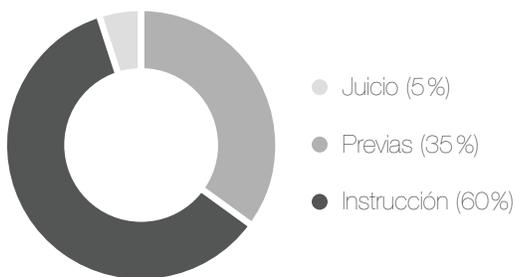


Gráfico No.4

Distribución porcentual de los procesos según etapa procesal de la ley 600.



La demora de los procesos y la ausencia de juicios es evidente. El 35 por ciento de los casos continúan en la etapa previa a la apertura de la instrucción; el 60 por ciento en distintas fases de la investigación; y sólo el cinco por ciento de las causas han llegado a juicio, tal y como se representa en la Gráfica no. 4. La distribución porcentual en las distintas fases procesales del total de los casos refleja razonablemente la proporción de los casos radicados en la

UNDH-DIH y en las diversas seccionales. La proporción de casos en las seccionales refleja mayor concentración en diligencias previas a la instrucción (40 por ciento), pero el porcentaje de causas que han llegado a juicio es el mismo (5 por ciento).

El estado de los procesos en el nuevo sistema procesal acusatorio (ley 906) tiende a concentrarse en la etapa de indagación, fase previa a la imputación. Es decir, se encuentran en una etapa anterior a la iniciación formal de un proceso penal y podrían quedar estancados en esa fase. En la Gráfica no.5, representamos los procesos que se siguen en el marco de la ley 906 (sistema oral acusatorio), con corte al 30 de septiembre de 2011, y aplicable en 751 casos distribuidos en todo el país, de acuerdo a las respectivas etapas procesales. Un número importante de estas procesos – 580 casos – está concentrado en la UNDH-DIH; el resto de los procesos de la ley 906 – 171 casos – están distribuidos en distintas seccionales de la FGN.

Gráfico No.5

No. de procesos por homicidio por miembro de Fuerza Pública (Ley 906)

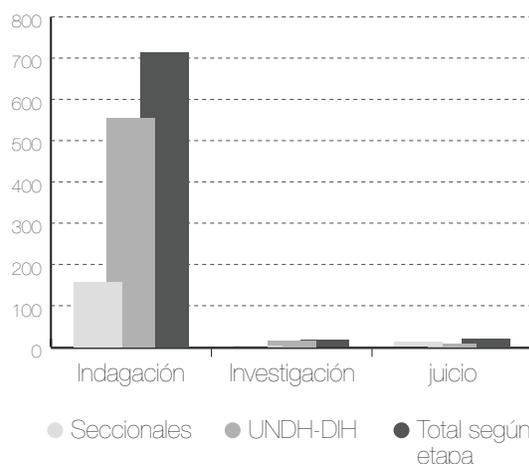
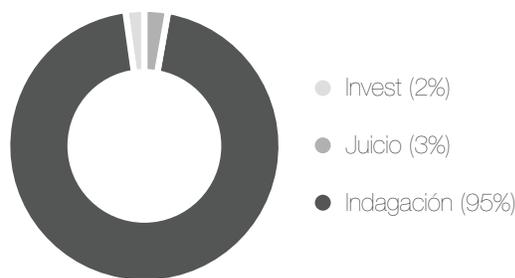


Gráfico No.6

Distribución porcentual de los procesos según etapa procesal de la ley 906.



La falta de investigación formal y la dilación en el avance procesal de los casos son dramáticas en los dos sistemas; pero quizás sean más graves en el sistema procesal acusatorio (ley 906). De las 751 causas en trámite en este sistema procesal,

714 procesos se encuentran en etapa de indagación; es decir, el 95 por ciento de las causas no han sobrepasado la fase preliminar a la investigación. (Véase Gráfica no.6, ilustrando la distribución porcentual de las fases procesales de los casos en trámite en la ley 906 de 2004.) La indagación en este marco adjetivo corresponde a la etapa preliminar, marcada por la preeminencia del rol del fiscal, la reserva, y la ausencia de un espacio regulado de intervención por parte de las víctimas y sus representantes. La inactividad de los fiscales en la indagación de los casos de ley 906 es resultado, en parte, de la saturación de casos en los distintos despachos y la resultante incapacidad para investigar. La cantidad de procesos por cada fiscal los obliga a concentrarse en los casos que se encuentran en etapas procesales más avanzadas y con términos más estrictos, después de iniciada la investigación formal, descuidando así las primeras actuaciones de los casos que entran a indagación. Este tipo de presión sobre los fiscales y la exigencia de resultados medidos por acusaciones y condenas, genera una distorsión en el sistema de administración de justicia que conduce a que los casos más fáciles (por lo general los que implican captura bajo flagrancia) sean los que prosperan. De esta manera, los casos complejos, como los de los falsos positivos, se pierden en el volumen creciente de casos y en la eventualidad del archivo de las diligencias.

Entre más corre el tiempo para un caso en etapa previa a la instrucción o investigación (sea en ley 600 o en ley 906), más probable será su terminación sin establecimiento de la responsabilidad. Dada esta hipótesis, analizamos – con base en la información oficial disponible – el tiempo que transcurre a partir de la comisión de los hechos y la etapa procesal alcanzada, en el momento del corte de los registros disponibles (30 de septiembre de 2011). Escogimos, como resultado de la idoneidad de la información producida por la Dirección Nacional de Fiscalías de la FGN, aplicar este análisis a todos los casos que se encuentran radicados en las distintas seccionales del país. Recordemos que el total de casos por homicidio atribuidos a agente del Estado en las seccionales es de 387 casos, distribuidos por sistema procesal de la siguiente manera: 216 en la ley 600; y 171 en la ley 906. De los 387 registros, tuvimos que descartar seis porque no contaban con fechas válidas (en los registros relativos al proceso o los acontecimientos). De cualquier forma, analizamos el comportamiento en el tiempo del 98 por ciento del total de los procesos relevantes radicados en las seccionales.

Los casos analizados para este ejercicio están representados por fase procesal, de acuerdo al sistema respectivo, de la siguiente manera: 84 casos en previas (ley 600); 118 casos en instrucción (Ley 600); 10 casos en juicio (Ley 600); 155 casos en indagación (ley 906); 2 casos en investigación (Ley 906); y 12 casos en juicio (ley 906). Su representación es evidente en las gráfica no. 7a y 7b, según el procedimiento penal aplicable.

Gráfico No.7a

Distribución de los procesos de ley 600 radicados en seccionales, según etapa procesal (con fechas de referencia válidas)

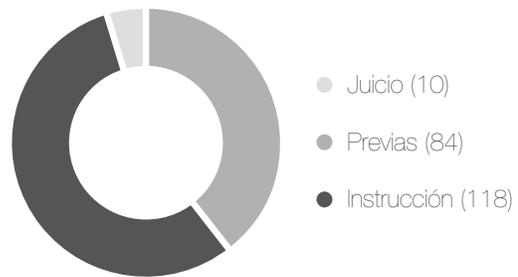
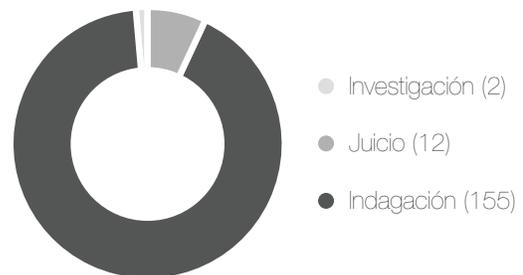


Gráfico No.7b

Distribución de los procesos de ley 906 radicados en seccionales, según etapa procesal (con fechas de referencia válidas)

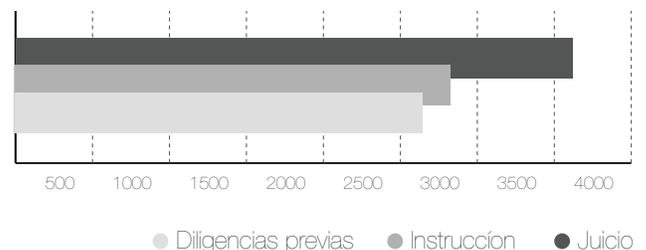


Para el análisis tomamos la fecha del hecho violento y determinamos el tiempo transcurrido entre el homicidio y el momento del corte de los datos, determinando la etapa procesal en la cual se encontraba cada uno de los casos. Esto nos permite observar el comportamiento de cada uno de los procesos, en relación con el momento del acontecimiento violento, y sacar conclusiones de los tiempos promedios que califican cada una de las fases procesales. Los tiempos se midieron por días y, además, de indicar el tiempo promedio, indicamos los correspondientes toques mínimos y máximos de cada fase procesal, para así advertir el rango que está representado por el promedio.

En la gráfica no. 8 observamos la representación de los números de días que han tardado en promedio los diferentes casos para llegar a las etapas procesales en las que se encontraban el 30 de septiembre de 2011, en el marco de la ley 600.

Gráfico No.8

Tiempo promedio que han tardado los casos el llegar a las distintas etapas procesales en la Ley 600 (No. de días)



Así tenemos que los diez casos que llegaron a juicio tardaron, en promedio, 3619 días para llegar a esta etapa¹¹⁷. Es decir, que, en promedio, los 10 casos que llegaron a juicio tardaron 9 años y 11 meses cada uno. Los procesos en etapa previa llevan 7 años y 3 meses, en promedio¹¹⁸; y los procesos en fase de instrucción llevan en promedio 7 años y 9 meses¹¹⁹. La demora entre el acontecimiento violento y el juicio es excesiva; especialmente, si se considera que pocos procesos llegan a esta etapa. Recordemos que, en el marco de la ley 600, sólo han llegado a juicio el 5 por ciento de los casos.

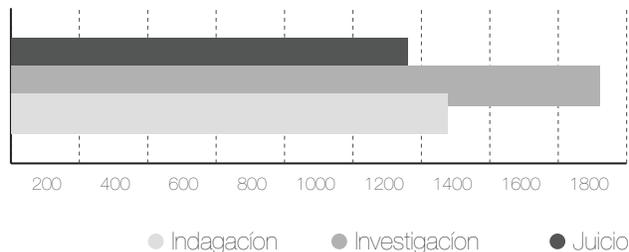
Los procesos en la fase previa a la investigación que llevan en promedio más de 7 años sin avanzar generan particular preocupación. Consultando los rangos máximos determinados para los 84 casos en fase previa, hay casos que datan de mayo de 1998 sin ningún avance. En igual sentido, para los casos en fase de instrucción, hay casos que datan de 1990. La probabilidad de cualquier avance en los casos con rangos de tiempo tan elevados es casi nula. Se trata de casos fríos que no reciben mayor atención y que, por el paso del tiempo, enfrentarán problemas probatorios severos.

A partir del 1 de enero de 2008, los procesos penales fueron tramitados bajo el régimen procesal nuevo (ley 906). De aquí que el límite temporal de los casos procesados bajo la ley 600 sea el 31 de diciembre de 2007. Recordemos que el nuevo Código de procedimiento penal fue aprobado en 2004; este entró a regir para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2005, primero en la capital del país y, de manera gradual, en los años sucesivos, en otras partes del territorio nacional, de acuerdo a lo dispuesto en la ley¹²⁰. Por la ubicación de los hechos que dan lugar a los falsos positivos, los primeros registros en los casos radicados en las seccionales de la Fiscalía y tramitados bajo la ley 906 se producen a partir de 2007. Reiteramos que el análisis se hace sobre la base de 169 casos del total posible de 171 radicados en las fiscalías seccionales¹²¹ y que la actividad procesal está reportada hasta el 30 de septiembre de 2011, fecha de corte del informe. Los tiempos promedio y límites, obviamente, se calculan en relación con ese corte.

En la gráfica no. 9 observamos la representación de los números de días transcurridos entre la ocurrencia de las muertes violentas y la evolución de los casos según la fase procesal de la ley 906.

Gráfico No.9

Tiempo promedio que han tardado los casos el llegar a las distintas etapas procesales en la Ley 906 (No. de días)



Como se observa, los 12 casos que han llegado a juicio han tardado 1160 días; esto es equivalente a 3 años y 2 meses¹²². Si bien es un promedio aceptable, el número de casos que llegó a juicio es una ínfima parte del universo global y la gran mayoría de los casos – más del 90 por ciento – se encuentran congelados en la fase previa a la investigación. Esta fase de indagación tiende a extenderse, sin que se produzcan resultados. Estos casos llevan en promedio 3 años y 6 meses (1276 días) sin reflejar avances procesales¹²³. Sólo dos casos se reportaron en la etapa investigativa; y estos se han demorado más de 4 años y 8 meses en llegar a esta fase. El estancamiento temprano de los casos tiene repercusiones gravísimas en las probabilidades de éxito y refleja una violación al principio de oficiosidad de la investigación penal, al constatarse la ausencia de la diligencia debida.

Esta revisión global de los casos nos permite advertir serios problemas en la diligencia de la investigación e identifica que, más allá de unos pocos resultados, la mayoría de los casos no avanzan procesalmente. Este es un indicador técnico para afirmar que el trámite de los procesos penales nacionales por falsos positivos presenta demoras y dilaciones que amenazan impunidad. El análisis global y cuantitativo de estos procesos será complementado, a continuación, por un análisis de corte cualitativo, concentrado en el enfoque de las investigaciones, la falta de reflejo estratégico en las dilaciones, obstáculos manifiestos a la actuación de la justicia ordinaria y violaciones manifiestas a la diligencia debida en la investigación penal.

¹¹⁷ El promedio de tiempo resulta de los 10 registros en fase de juicio, que representan la totalidad de los casos. La fecha promedio de iniciación de los 10 casos fue 2001.11.02. La fecha máxima 1994.11.30; y la fecha mínima 2007.10.15. Las fechas máximas y mínimas representan los toques del total de los casos estudiados y expresan el rango de todos los datos incluidos en el promedio.

¹¹⁸ El promedio de tiempo resulta de los 84 registros en fase previa, con fechas válidas. La fecha promedio de iniciación de los 84 casos fue 2004.07.04. La fecha de rango máximo fue 1998.05.23; y la fecha mínima 2007.12.25.

¹¹⁹ El promedio de tiempo resulta de los 118 registros en fase de instrucción, con fechas válidas. La fecha promedio de iniciación de los 118 casos fue 2004.01.04. La fecha de rango máximo fue 1990.07.24; y la fecha mínima 2007.12.27.

¹²⁰ Ley 906, artículos 530 y 533.

¹²¹ Los dos registros excluidos no contaban con fechas validas para el análisis.

¹²² El promedio de tiempo resulta de los 12 registros en fase de juicio, que representan la totalidad de los casos. La fecha promedio de iniciación de los 12 casos fue 2008.07.27. La fecha máxima 2007.04.29; y la fecha mínima 2011.06.02. Las fechas máximas y mínimas representan los toques del total de los casos estudiados y expresan el rango de todos los datos incluidos en el promedio.

¹²³ El promedio de tiempo resulta de los 155 registros en fase de indagación, con fechas válidas. La fecha promedio de iniciación de los 155 casos fue 2008.04.01. La fecha de rango máximo fue 2006.03.26; y la fecha mínima 2011.06.26.

3.2 La justicia penal militar investiga los “positivos”: una afrenta a la independencia e imparcialidad de los procesos

La Justicia Penal Militar (JPM) en Colombia es una dependencia administrativa del Ministerio de Defensa Nacional que, según la Constitución colombiana, “administra justicia”¹²⁴. La JPM ha sido utilizada durante años como mecanismo de escudo por parte de miembros de la Fuerza Pública, tanto militares como policías, que se ven involucrados en hechos que acarrear violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario¹²⁵. En el caso de los homicidios presentados como falsos positivos, la JPM ha intervenido de manera activa para asumir la competencia de algunos casos, argumentando que se trata de muertes en combate y, por lo tanto, de acciones funcionales ejecutadas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo. Aunque se trata de una práctica judicial contraria a derecho, es bastante extendida.

Los parámetros constitucionales y legales son claros para determinar la autoridad competente o dirimir cualquier colisión de competencia que se presente entre la justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria en casos que involucran posibles violaciones a los derechos humanos¹²⁶. La regla establece que, en caso de la existencia de cualquier duda sobre la naturaleza funcional de la acción militar, el caso debe ser investigado por los órganos de la jurisdicción ordinaria¹²⁷.

En resumidas cuentas, las Altas Cortes han reiterado que: la justicia penal militar es por definición excepcional y está limitada a los delitos considerados funcionales¹²⁸. Bajo el régimen jurídico en vigencia, la JPM nunca puede conocer casos de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, tales como la tortura, la desaparición forzada, la violación sexual o la ejecución extrajudicial. Adicionalmente, la existencia de un propósito criminal en el desarrollo de una acción militar rompe de tajo cualquier vínculo pretendido con el servicio.

El estándar constitucional fijado en 1997 por la Corte Constitucional ha sido acogido por los códigos penales militares expedidos con posterioridad¹²⁹. Igualmente, es reiterado en instructivos y directivas del Ministerio de Defensa y de la FGN¹³⁰.

Sin embargo, la práctica es otra y muchos de los casos de posibles falsos positivos están radicados en la JPM.

La manera cómo se exhiben los hechos en el contexto de combates u operaciones militares predeterminadas está orientada a que el caso se quede bajo la órbita del juez penal militar; asegurando la impunidad de los hechos como parte del designio criminal. Examinemos algunos de los elementos de la práctica de los falsos positivos diseñados para que los casos se queden bajo el amparo de la JPM.

Primero, el reclutamiento o la abducción de las personas que son posteriormente utilizadas para producir los cuerpos se hace de tal manera que no deje rastro. Por lo tanto, los muertos son registrados sin identificación (o como NNs) y se suele afirmar su pertenencia a un grupo armado ilegal. Cómo veremos más adelante, sólo la identificación de las víctimas permite algún tipo de confrontación de la versión oficial que presenta las bajas o los “positivos”. Mientras la “baja” sea un desconocido, el caso, por lo general, se tramita sin objeción en la JPM.

Segundo, la mayoría de los hechos tienen lugar en parajes rurales y, por lo general, acontecen en horas nocturnas o de la madrugada – respondiendo al lema militar, “observar en el día, moverse en la noche y atacar en la penumbra”¹³¹. De esta manera, por lo general, los únicos testigos presenciales son los involucrados en los hechos y su versión es uniforme.

¹²⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 116.

¹²⁵ Para un análisis exhaustivo de los problemas que presenta el fuero militar, véase, Federico Andreu-Guzmán, *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá (2003). Igualmente, para una revisión somera de los principios que aplican en la repartición de competencias, véase: UN, *Commission on Human Rights, Draft Principles Governing the Administration of Justice Through Military Tribunals* (“Decaux Principles”), E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006.

¹²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-713 de 2008, y sentencia SU-1184 de 2001.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso no. 26137, Aprobado acta no. 127 del 6 de mayo de 2009, MP. Sigifredo Espinosa Pérez, exponiendo las consideraciones de la Corte sobre la justicia penal militar y declarando la nulidad del trámite ante la JPM en un caso que involucraba un falso positivo.

¹²⁹ Ley 522 de 1999, artículo 3; y ley 1407 de 2010, artículo 3, reglando lo relativo a los delitos no relacionados con el servicio.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, Ministerio de Defensa Nacional, Directiva No. 10 de 2007 y Directiva No. 19 de 2007, enfatizando que “la competencia de la Justicia Penal Militar es restrictiva y excepcional. En el marco de la Directiva No. 19 se reitera la regla frente a eventuales colisiones de competencia: “En los hechos en los que no aparezca diáfananamente su relación directa con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. Es decir que cualquier duda sobre la relación del presunto hecho punible con el servicio, debe resolverse a favor de la jurisdicción ordinaria”. Ministerio de Defensa Nacional, Directiva No. 19 de 2007, p. 2.

¹³¹ Ejército Nacional, Batallón de Infantería Mecanizada No. 4 Antonio Nariño, Barranquilla, 20 de enero de 2004. Sumario de órdenes permanentes (SOP) de carácter operacional, sección relativa a “Consideraciones especiales que debe tener en cuenta todo comandante”.

Los testimonios de quienes perpetraron o participaron pasivamente en los hechos se expresan en el marco de la rutinización, propia de la institución militar y de la dimensión burocrática de la guerra¹³². Expediente tras expediente, las versiones presentadas por los soldados y los suboficiales indagados por las muertes en combate son idénticas, no muestran emoción y se ciñen al guión de la “muerte en combate”. Los testimonios hacen parte del proceso de legalización de las muertes y, por lo tanto, son parte del plan criminal. A manera de ejemplo, estas son las declaraciones en una diligencia de versión libre de un soldado después de la Misión táctica No. 266 Avispa fragmentaria a la Operación Soberanía: “... recibimos una información del dos del batallón, que por el sector (...) había un grupo de bandidos robando (...), nosotros nos dirigimos hacia el sector (...) llegando allá el puntero ve unas sombras de personas y dice somos tropas del ejército, nos responden a fuego, nosotros también respondimos a fuego, dando como resultado tres bajas”¹³³. Ahora, la versión libre de un suboficial, sobre el momento de la muerte: “el puntero procedió a lanzarles la proclama, diciéndoles alto, somos tropas del Ejército Nacional, a lo cual se escucharon unos disparos”¹³⁴. Este tipo de declaraciones se repite y se repite; son rito en los procesos disciplinarios y penales. Los nombres de la misión táctica y de la orden de operaciones cambian, junto con los actores, los lugares y las fechas, pero la secuencia de eventos es casi invariable: alguien lanza la proclama del Ejército, hay respuesta con armamento, la compañía militar responde (en las tinieblas) con fuego, y luego se registran los muertos.

La consistencia de las versiones sólo puede ser revertida mediante una investigación autónoma e independiente. En su ausencia, la lógica y la rutina de la operación miliar se apoderan del misterio que rodea todas las muertes que acontecen por la noche en zonas rurales y que se reportan como “muertes en combate”.

Tercero, recordemos que las muertes están revestidas de toda la formalidad que ordena la doctrina militar: una orden de operaciones, una misión táctica, los respectivos anexos de inteligencia, un informe operacional y cualquier otro documento que se requiera. Todo es hecho por profesionales para enmascarar el acontecimiento en términos operacionales aceptables.

Uno de los hallazgos de la Comisión transitoria establecida para indagar sobre las presuntas desapariciones forzadas en la localidad de Soacha por miembros del Ejército Nacional¹³⁵ fue que se presentaron serios problemas “en cuanto la observancia y verificación de los procedimientos que rigen el ciclo de inteligencia y el planeamiento, conducción, ejecución y evaluación de las operaciones militares”¹³⁶. En el informe de esa Comisión, se constatan múltiples irregularidades en la documentación que supuestamente respaldaba las operaciones, por ejemplo: las informaciones de inteligencia no estaban registradas según el procedimiento y sólo se registraban cuadernos o agendas personales de los involucrados; las mismas personas involucradas en la “baja” eran los que reunían los testimonios para confirmar que el sujeto muerto estuviera involucrado en actividades ilegales; las órdenes de operaciones fueron transmitidas verbalmente y después eran legalizadas con la inserción de una orden tipo o formato; las misiones tácticas fragmentarias no eran difundidas ni dadas a conocer a quienes cumplían la misión; y las misiones no contenían un anexo de inteligencia puntual¹³⁷.

Este informe oficial genera un manto de duda sobre la formalidad de las órdenes y misiones militares que debería informar las consideraciones de los operadores judiciales al valorar las supuestas órdenes que se presentan como justificación de la actuación militar. Las conclusiones de la Comisión transitoria son de gran utilidad para comprender el uso que se le dio al derecho operacional y la doctrina en la perpetración de los falsos positivos.

Los testimonios de los criminales confesos, igualmente, ilustran que la producción de la documentación militar era parte de la práctica criminal. A manera de ejemplo, así lo consigna la declaración de un joven oficial en el marco de la práctica en el departamento de Antioquia: “Ya cuando se tenía asegurada a la víctima procedían el oficial de inteligencia (...) y (...) el comandante de la compañía a entrevistarse con el comandante del batallón (...) para que diera el aval a la operación, luego en la sección de operaciones (...) se elaboraba la misión táctica para que la desarrollara el grupo especial, en la que se incluía la cantidad de militares que iba a participar pero que en realidad esto era falso, porque por ejemplo si en la misión táctica se decía que iba 01-02-10 (o sea un oficial, dos suboficiales, y 10 soldados) esto era falso porque solamente iban eran los que iban a hacer el trabajo, que en ocasiones iban de civil. Luego que reportaban la baja, (el comandante del batallón) coordinaba con las autoridades judiciales para lo del levantamiento”¹³⁸.

¹³² Véase, en general, Martha K. Huggins, Mika Haritos-Fatouros, y Philip G. Zimbardo, *Violence Workers*, Los Angeles, University of California Press (2002); Philip Zimbardo, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, New York, Random House (2007); John Conroy, *Unspeakable Acts, Ordinary People*, University of California Press, Los Angeles (2000).

¹³³ Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, Juzgado Cuarenta (40) de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, Proceso Penal No. 2008-0071-J40IPM.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Comisión creada por el Ministro de Defensa Nacional, mediante la Resolución 4342 de 3 de octubre de 2008.

¹³⁶ Juan Manuel Santos, Ministro de Defensa Nacional, Comunicado de prensa, 29 de octubre de 2008. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/29/01292008.html>

¹³⁷ Comisión transitoria establecida por la Resolución 4342 de 3 de octubre de 2008 del Ministerio de Defensa Nacional, Informe, p. 15-16.

¹³⁸ Procuraduría General de la Nación, Diligencia de queja suscrita por el señor Edgar Iván Flórez Maestre, Medellín, 15 de diciembre de 2009, p. 3-4.

Los testimonios y los hallazgos de “la investigación administrativa y operacional de la Comisión” sobre los “falsos positivos” de Soacha ilustran lo fácil que es simular un combate y producir un “positivo”, aparentemente enmarcado en el derecho operacional y la doctrina. Si la investigación sólo revisa la formalidad de la documentación consignada por las distintas unidades militares para “legalizar” los hechos, estará avalando los mecanismos diseñados para encubrir los delitos y presumiendo la naturaleza funcional de los hechos aunque la experiencia y el conocimiento sobre el modo de comisión de estos delitos indica que la investigación no debería aceptar el valor nominal de estos documentos.

Sin embargo, muchas autoridades judiciales suelen limitarse a la revisión formal del material documental que soporta la supuesta operación y a valorar las declaraciones consistentes de los involucrados para enviar los casos a la JPM, inclusive antes de tener medios de convicción sobre la identidad del muerto o para comprobar si se presentó un combate (por ejemplo, a través de la detección de residuos en la ropa de los supuestos combatientes)¹³⁹. En la JPM, los casos se suelen archivar o puede cerrarse mediante la cesación del procedimiento o la preclusión de la causa, dependiendo de la etapa procesal.

La práctica judicial es aún más arbitraria cuando los muertos “en combate” no han sido identificados. Cómo habíamos advertido inicialmente, parte del plan criminal es precisamente que la víctima no sea identificada; de esta manera, el muerto se presume como un miembro clandestino del grupo armado ilegal que fue dado de baja. Ante la no identificación del muerto, no hay quien contradiga la versión castrense. Uno de los problemas más serios de los casos en trámite es que la identificación de un muerto puede tardar años; mientras tanto el proceso penal en la JPM puede ser archivado o concluido.

La práctica común es que a los cadáveres de los “positivos” se les tome una impresión de sus huellas dactilares. El registro necrodactilar debe ser reconocido por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Este trámite que debería ser expedito, se dilata excesivamente, lo que evita la identificación de posibles víctimas de ejecuciones extrajudiciales.

En los casos revisados, encontramos demoras de dos años hasta la identificación de los muertos, incluyendo casos en los cuales el sujeto pasivo había sido reportado como desaparecido por los familiares, en el marco de una ley que debe activar un mecanismo de búsqueda urgente e incorpora los datos de la supuesta víctima a una base de datos¹⁴⁰. A manera de ejemplo, presentamos el caso de Anderson Bladimir Monsalve Vinasco, inicialmente reportado el 4 de junio de 2007 como NN muerto, junto con dos personas más, en el municipio de Nariño, Antioquia, por la acción del Batallón de Contraguerrillas No. 4 “Granaderos”, Compañía Baluarte, de la IV Brigada¹⁴¹. En ese proceso, la individualización del cadáver se produjo dos años más tarde, el 30 de noviembre de 2009, confirmado por el Sistema Automatizado de Identificación por Huellas Dactilares (AFIS)¹⁴². Los otros dos muertos no fueron identificados porque el registro decadactilar no fue considerado apto para la comparación. La demora en someter la necrodactilia a comparación no tiene justificación; además el cotejo en el sistema AFIS es expedito. En este caso, la demora es aún más grave, debido a que la víctima, Anderson Bladimir Monsalve, había sido reportada como desaparecida ante al FGN el 18 de octubre de 2007¹⁴³. Hasta que Monsalve no fue identificado, sus familiares no tuvieron noticias suya y, por lo tanto, no pudieron intervenir en el proceso que adelantaba la JPM. Este caso, como otros, demuestran la negligencia de las autoridades judiciales en la identificación e individualización de las víctimas.

Un trámite similar fue observado en otros casos, con el agravante de prácticas que ilustran una intención de encubrimiento u obstaculización por parte de los funcionarios de la JPM. Por ejemplo, en un caso acontecido en Segovia, Antioquia, el cotejo decadactilar no sólo tardó un año y medio, sino que el juez de instrucción penal militar notificó a los familiares de las víctimas un año después de la identificación positiva¹⁴⁴. Este proceso fue remitido el 29 de agosto de 2007 a la Justicia Penal Militar por la fiscal de Segovia, Antioquia, inclusive antes de que fueran identificados los muertos. La fiscal lo remitió en respuesta a una solicitud del juez de instrucción penal militar, 11 días después de acontecidos los hechos. Sin explicación, en una constancia, la fiscal seccional de Segovia accedió a la petición y remitió el caso a la JPM, “como quiera que de la prueba recaudada, se advierte que los militares actuaron con ocasión del servicio”¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Ley 589 de 2000, ordenando el Registro nacional de desaparecidos y regulando el mecanismo de búsqueda urgente.

¹⁴¹ Véase Ministerio de Defensa Nacional, Juzgado once de instrucción Penal Militar, Radicado No. 103/2009.

¹⁴² *Id.*, folio 340.

¹⁴³ *Id.*, folio 345.

¹⁴⁴ Por ejemplo, véase Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, Juzgado Cuarenta (40) de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, Proceso Penal No. 2008-0071-J40IPM. Este proceso versa sobre tres homicidios acontecidos en agosto de 2007 en el municipio de Segovia. Tropas del Ejército Nacional, adscritas al Batallón Especial Energético y Vial No. 8 mataron a tres personas el 2 de agosto de 2007. El cotejo dactiloscópico de los tres muertos se realizó 16 meses después. El investigador de la policía rindió el 9 de enero de 2009, al juez 40 de instrucción penal militar, el informe conclusivo de la identificación de los tres muertos. Sin embargo, el juez militar no notifica a los familiares de las víctimas hasta el 7 de enero de 2010. Juzgado 40 de instrucción penal militar del Ejército Nacional, Oficios Nos. 0014, 0015, 0016 MDN-DEJUM-J40IPM-746, fechados 7 de enero de 2010, en Cantimplora, Santander. Las tres personas muertas permanecieron sin identificar durante dos años, hasta que la comparación dactiloscópica es realizada el 9 de enero de 2009, mediante remisión del registro al centro de consulta de la Registraduría del Estado Civil.

¹⁴⁵ FGN, Fiscalía Seccional 87, Segovia, Antioquia, Constancia del 29 de agosto de 2007, Código único de investigación 05-736-60-00348-2007-80162.

¹³⁹ Este tipo de valoración ligera se extiende al ejercicio de algunos fiscales que conocen inicialmente los casos de “bajas en combate” y que, sin mayor actuación, aceptan la versión oficial de los hechos y voluntariamente ceden su competencia a la JPM. Sea por desconocimiento o por complacencia, los fiscales optan por enviar los casos al aparato castrense.

En 27 días y sin haber identificado a los muertos, la prueba confirmaba, para esta fiscal, que los hechos fueron con ocasión del servicio. El caso se tramitó en la JPM, sin víctimas, durante dos años y medio, presumiendo que los muertos eran miembros de grupos armados al margen de la ley.

La no identificación y la demora en la identificación de las víctimas son obstáculos a la justicia y afrentas a los derechos de las víctimas. Al no recaudar oportunamente pruebas necesarias¹⁴⁶, se torna en un mecanismo de impunidad auspiciado por autoridades judiciales. Obviamente, sólo hasta que es identificada la persona muerta, pueden intervenir en el proceso sus familiares y sus representantes legales. Antes de esto, el caso es tramitado como cualquier otra muerte en combate contra un presunto guerrillero.

Los casos que son traslados oficiosamente a la JPM no son pocos. Entre enero de 2008 y agosto de 2010, la FGN remitió a la JPM 995 casos. La próxima tabla ilustra el número de investigaciones por el delito de homicidio que fueron remitidas a la JPM, según el sistema procesal aplicado en el caso¹⁴⁷.

Tabla No.1

No. de investigaciones por homicidios remitidas a la JPM por la FGN

| Año | Ley 600 | Ley 906 | Total |
|------------------|---------|---------|-------|
| 2008 | 63 | 416 | 479 |
| 2009 | 24 | 279 | 303 |
| 2010 (agosto) | 11 | 202 | 213 |
| Total | 98 | 897 | 995 |

El número de casos remitidos en el marco de la ley 906 es particularmente preocupante, sobre todo si se considera la pobre actividad investigativa que destacamos en la sección anterior. Recordemos que el 95 por ciento de los casos que se tramitan bajo el sistema procesal acusatorio están en fase de indagación. Por lo tanto, estos se están remitiendo sin haber recaudado los elementos de convicción mínimos para saber si se está frente a la comisión de un delito grave. El traslado masivo de casos a la JPM es evidencia de un sistema que no quiere investigar las consecuencias institucionales de los “falsos positivos”.

Como parte de las medidas para hacer frente a las denuncias de “falsos positivos”, el Ministerio de Defensa Nacional puso en marcha el 13 de junio de 2011, junto con la Procuraduría General de la Nación (PGN) y la FGN, un Plan de impulso de revisión “en aquellos casos en los que exista duda sobre la competencia de la justicia penal militar para adelantar una investigación”¹⁴⁸. Con este fin, se conformó una mesa técnica que sirve como “espacio de comunicación y análisis conjunto entre los funcionarios de la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria, con la participación del Ministerio Público. En este espacio se examinarán los expedientes con el fin de determinar la competencia”¹⁴⁹. Esta instancia venía funcionando de manera informal desde febrero de 2011.

El lenguaje utilizado para describir el Plan de impulso introduce una concepción equivocada del problema y demuestra la prevalencia otorgada a la JPM en estos casos. En primer lugar, el hecho de que los casos que se estudian son aquellos “en los que exista duda sobre la competencia de la justicia penal militar para adelantar una investigación” presume que la autoridad competente es la JPM y no la jurisdicción ordinaria. Esta es una tergiversación del estándar jurídico y, de entrada, favorece la competencia de la JPM sobre los asuntos. El estándar plantea que cuando exista duda sobre la naturaleza de los hechos el caso será tramitado por la jurisdicción ordinaria. La JPM es excepcional y residual; no se debe presumir la competencia de la JPM. En segundo lugar, esta “mesa técnica” no puede ser el espacio en el cual se “determina” la competencia. La determinación de la competencia es una función judicial asignada por la ley; esta “mesa técnica” es informal y opera por fuera del marco de la ley procesal. La instancia, además, excluye la participación de la parte civil (Ley 600) o de los representantes de las víctimas (ley 906). Esta medida creada por el Ministerio introduce ambigüedad al proceso jurídico de definición del competente; la autoridad para hacer la asignación de competencias no es clara y sus decisiones están por fuera del marco legal existente.

Según información de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional, producto del plan de impulso, la JPM ha remitido en 2011 a la FGN 249 investigaciones, mientras que la FGN ha enviado en 2011 a la JPM 81 investigaciones. Al tratarse de una instancia ajena al marco procesal, las razones de estas remisiones no son claras y el control sobre las mismas es difuso.

¹⁴⁶ La OF-CPI ha sugerido que la falta de voluntad en los procesos nacionales puede derivarse del impulso insuficiente de las acciones, demoras o irregularidades en el recaudo de pruebas, o apartamiento de las prácticas judiciales establecidas. ICC-OTP Draft Policy Paper Preliminary Examinations, par. 61.

¹⁴⁷ FGN, Oficio No. DNF 17592, Bogotá, 16 de septiembre de 2010.

¹⁴⁸ Ministerio de Defensa Nacional, 15 Medidas contra la impunidad, Bogotá, 13 de junio de 2011, Medida no.3, p.3.

¹⁴⁹ *Id.*, p.3-4.

Adicional a estos problemas, también identificamos irregularidades en la manera como el Consejo Superior de la Judicatura resuelve las colisiones de competencias. Este tipo de decisión se produce cuando la autoridad de la JPM o de la FGN traba un conflicto de competencia (positivo o negativo) que debe ser dirimido por la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹⁵⁰. La jurisprudencia de esta Sala es inconsistente y presenta casos manifiestamente contrarios al derecho aplicable; además, está pobremente clasificada, evitando su consulta sistemática¹⁵¹. Como veremos a continuación, hay casos que ilustran una clara obstrucción a la justicia y la violación a las normas básicas que determinan el juez natural. Por ejemplo, en el caso de la muerte violenta de un niño de 17 años, Jesús Oreste Morales, en San Francisco, Antioquia, en marzo de 2003¹⁵².

Según familiares del niño, él se despidió de su madre en la mañana del 13 de marzo de 2003, rumbo a la jornada escolar – cursaba sexto de primaria en la escuela veredal. Camino a la escuela, el niño fue detenido por miembros del Ejército, junto con otros hombres, en zona rural del municipio. Entre los otros detenidos se encontraba su tío abuelo. En horas de la tarde, varios de ellos fueron liberados, incluyendo al familiar del niño, quién rindió declaración sobre los hechos. Oreste quedó detenido. A las tres y media de la tarde, se escucharon disparos en la zona. La madre del niño fue notificada el 16 de marzo de 2003 que su hijo estaba en la morgue de un municipio vecino y que fue reportado como muerto en combate.

La versión oficial es radicalmente distinta. Esta se puede sintetizar de la siguiente manera: en el marco de la Orden de operaciones No. 18 “Marcial” del 8 de marzo de 2003, de la Cuarta Brigada, firmada por el Brigadier General Mario Montoya Uribe, tropas del Ejército realizaron una maniobra de registro y control militar en el municipio de San Francisco. El 13 de marzo de 2003 “tropas de la compañía Alcatraz del batallón (...) sostuvieron contacto armado con terroristas de la cuadrilla Carlos Alirio Buitrago del ELN”¹⁵³, resultando muertos dos guerrilleros. Después del combate, se halló material explosivo, una escopeta Remington (con ocho cápsulas de cal. 12) y un changón hechizo de doble cañón corto (con una cápsula de cal. 16).

El proceso penal fue iniciado por un fiscal ordinario en Santuario, Antioquia. Paralelamente, el 27 de marzo de 2003, el juzgado 24 de instrucción penal militar asume las diligencias previas. Sin mayor justificación, el 31 de marzo de 2003, la Fiscalía 31 seccional de Santuario remite, por competencia, el caso a la justicia penal militar.

Siete años más tarde, el fiscal 37 de la UNDH-DIH solicitó en noviembre de 2010 que el caso le fuera remitido; pero el juez de instrucción penal militar se negó. Y, por lo tanto, el fiscal trabó un conflicto de competencias; sin embargo, este no prosperó. El Consejo Superior de la Judicatura determinó el 15 de diciembre de 2010 que el caso debía ser asignado a la JPM porque ninguna prueba válida “contradice al Informe de Operaciones y las declaraciones de los militares involucrados”¹⁵⁴. En relación con los testimonios de los familiares del niño muerto, incluyendo el del tío abuelo que estuvo detenido con la víctima, el alto tribunal manifestó que, a estos, “no puede dar credibilidad esta Sala debido al vínculo familiar que tenían con el occiso, haciendo creer que su muerte no ocurrió en combate como lo afirman los miembros del Ejército Nacional y las pruebas obrantes en el plenario”¹⁵⁵. Según esta decisión, que remitió el proceso al juez penal militar, los familiares no pueden generar la duda necesaria para que el caso sea investigado por una autoridad independiente y autónoma. Además, poco pareció importarle al tribunal que el “material de guerra” incautado, además de los explosivos, estaba constituido por armamento inútil para el combate. De esta forma, casos que presentan duda manifiesta de lo que pudo haber acontecido, son remitidos a la JPM, en donde no son investigados independiente e imparcialmente.

En otro caso de un presunto homicidio disfrazado de “positivo”, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver la colisión de competencias entre la FGN y la JPM, vuelve a ejemplificar la práctica judicial de sólo valorar la prueba documental que “cobija” al positivo¹⁵⁶. En ese caso, un fiscal especializado de la UNDH-DIH de la FGN trabó el conflicto de competencias en relación con las muertes de José Alfredo Botero Arias y Albeiro Giraldo García, producidas en septiembre de 2003 en el municipio de San Carlos, Antioquia, porque los familiares y vecinos manifestaron que no se había presentado un combate y que los campesinos habían sido ejecutados. Sin embargo, el Consejo Superior sólo valoró que las muertes “se desarrollaron en cumplimiento de la orden de operaciones fragmentaria Nro. 059 a la operación Nro. 045 MACIAL NORTE, desarrollada por tropas del batallón de Artillería Nro. 4 ‘CO. JORGE EDUARDO SANCHEZ RODRIGUEZ’ con las Batería Atacador (1-3) a partir del 14 18:00 de septiembre del 2003 sobre el área general de los Municipio de Cocorná, Granada, San Carlos y San Luis, contra el 9no. Frente de las FARC y Carlos Alirio Buitrago del ELN y Grupos de autodefensas (sic.)”¹⁵⁷. Su valoración incorpora, al pie de la letra, la versión oficial¹⁵⁸; mientras que banaliza y excluye los testimonios de familiares y vecinos de la zona.

¹⁵⁰ La formulación de la colisión de competencia contenida en el Código de procedimiento penal del año 2000 es simple y directa: “Hay colisión de competencias cuando dos o más funcionarios judiciales consideran que a cada uno de ellos le corresponde adelantar la actuación, o cuando se niegan a conocerla por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos”. Ley 600, artículo 93.

¹⁵¹ El universo de los casos de colisión de competencia entre la JPM y la FGN no se pueden analizar en la base de datos del Consejo Superior de la Judicatura por ausencia de sistematización. Por ejemplo, si los casos son consultados de acuerdo al tema o descriptor “Conflicto positivo suscitado entre las jurisdicciones penal militar y ordinaria” el resultado arroja tres decisiones proferidas en 2010. Ver página de consulta de jurisprudencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, disponible en: <http://190.24.134.250/juriswebdis/RESULTADOS.ASPX>. Según información reportada por la DE-JPM, el Consejo Superior resolvió en 2010 la competencia a favor de la FGN en 91 casos y; en 2011, lo hizo en 79 casos. No tenemos información sistematizada de los casos que remitió a la JPM.

¹⁵² Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar. Indagación preliminar No. 007-2003.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ Consejo Superior de la Judicatura, Radicación No. 110010102000201003625 0, 15 de diciembre de 2010, M.P. Angelino Lizcano Rivera, p. 12.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Radicación No. 110010102000200901257 00, Aprobada según Acta no. 79 del 30 de julio de 2009.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 15-16.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 16.

En el caso, el Consejo Superior concluyó que “la misión fue debidamente planeada y coordinada”¹⁵⁹ y que la duda presentada por la Fiscalía “no resulta suficiente para asignarle el conocimiento de esta investigación”¹⁶⁰. Manifestó, además: “poco probable es que la existencia o no de un enfrentamiento armado pueda ser controvertida por testimonios excepcionales, como en el presente caso, que no albergan la suficiente idoneidad y eficacia para desestimar lo dicho por los efectivos del Ejército Nacional sometidos a la presente investigación”. Y sentenció que “deberá permanecer incólume lo averado por los integrantes de las Fuerzas Militares en el sentido que la muerte de los ciudadanos José Alberto Botero Arias y Albeiro Giraldo García tuvo ocurrencia en un operativo militar”¹⁶¹.

En esta decisión el Consejo Superior declaró que el conocimiento de la investigación le corresponde a la JPM, ignorando la duda generada por las versiones de familiares y vecinos de la zona y otorgando pleno valor a los documentos militares que pudieron haber sido falseados. Además, postuló una nueva tesis en la resolución de la colisión: asumió que la JPM es el juez natural salvo que se demuestre lo contrario o se desvirtúe por medio de una duda “razonable”. El Consejo, igualmente, dio otro paso más allá de la resolución de la colisión de competencias: hizo hallazgos de hecho que, según esa Sala, desvirtúan cualquier responsabilidad criminal de los implicados. Esta decisión en la que valoran de fondo el material probatorio que concierne a la responsabilidad penal de los imputados es manifiestamente contraria a derecho y va en contravía del derecho de las víctimas al acceso a la justicia.

De manera amplia hemos demostrado como, en Colombia, la JPM es un obstáculo en la debida investigación y judicialización de los casos de “falsos positivos”. Tanto por actuación directa como por la actuación pasiva u omisión de las autoridades judiciales ordinarias, muchos de los casos de falsos positivos terminan en la JPM, ante una autoridad que no es la competente y que no es independiente ni autónoma. 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.

En este sentido es preocupante que, en vez de reducir el alcance de la JPM, el gobierno y el Congreso promueven cambios constitucionales para ampliar la competencia de la justicia castrense, incluyendo la perpetración de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno¹⁶². De igual forma cursa en el Congreso un segundo proyecto de reforma que tendría efectos inmediatos después de su aprobación, estableciendo una presunción de que todos los actos cometidos por miembros de la Fuerza Pública (militares o policías) son actos del servicio y, por lo tanto, la autoridad competente para investigarlos es la JPM¹⁶³. Con esta presunción se obstaculizaría el camino de cualquier investigación independiente e imparcial, porque el competente siempre sería la JPM al verse involucrados miembros de la Fuerza Pública. Estos cambios cursan el trámite rápidamente en el Congreso con mayorías aplastantes. En vez de garantizar investigaciones de buena fe, los cambios buscan expandir el fuero jurisdiccional de los militares y policías involucrados en hechos criminales para que estos sean juzgados por una dependencia administrativa del poder Ejecutivo y conformada por miembros de las distintas fuerzas. De aprobarse en su estado actual, estas reformas tendrían un efecto no sólo sobre las investigaciones que se abran en el futuro, sino sobre los procesos que están en curso.

¹⁶² Véase Cámara de Representantes, Comisión Primera Constitucional, Texto aprobado en primer debate del Proyecto de Acto legislativo no. 192/12 – Cámara – “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”.

¹⁶³ Véase Senado de la República, Proyecto de Acto legislativo no. 07/11 – Senado – “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la administración de justicia y se dictan otras disposiciones”. El proyecto de Acto legislativo adiciona el artículo constitucional que define el fuero militar actualmente (artículo 221) con el siguiente inciso: “En todo caso, se presume la relación con el servicio en las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública. Cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantará por la Justicia Penal Militar y Policial”. Arguyendo seguridad jurídica para los militares y policías, de esta manera se establecería que la JPM no es la excepción sino la norma.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Id.*, p. 19.

¹⁶¹ *Id.*

3.3 Las investigaciones blandas concentradas en la mecánica de los homicidios: la prueba que no se busca y la que se desvanece

No hay duda de que el universo de casos de falsos positivos implica un reto de investigación y de judicialización para cualquier sistema de justicia. El elevado número de casos y la complejidad de los mismos demandan el diseño y la puesta en práctica de una aproximación estratégica y técnica para lograr que la justicia penal contribuya al esclarecimiento de lo acontecido; no sólo en relación con las múltiples escenas de los crímenes, sino en función de una agregación racional de los casos para determinar patrones de comisión (frecuencia, ubicación especial y modo de comisión) y establecer las relaciones entre los ejecutores materiales y quienes determinaron o controlaron los hechos. Igualmente, como resultado de la perpetración extendida, la investigación de estos hechos debería perseguir hipótesis racionales relacionadas con el rol mediato que cumplieron prácticas y políticas institucionales en la comisión de los homicidios.

En el momento de la primera entrega controlada sobre la verdad de los falsos positivos, el ex presidente Álvaro Uribe Vélez reconoció ante los medios de comunicación que “puede haber integrantes de las fuerzas armadas incurso en asesinatos y que hay fallas en procedimientos, en protocolos, en vigilancia”, pero insistió que “los Altos Mandos, el Ministerio de Defensa y el Alto Gobierno han procurado dar buen ejemplo en materia de observancia rigurosa del respeto por los derechos humanos”¹⁶⁴. En la misma rueda de prensa, el entonces ministro de Defensa y hoy Presidente, Juan Manuel Santos, manifestó que habían hallado “serios indicios de negligencia del mando en diferentes niveles” y que “esta negligencia pudo haber facilitado la colusión de algunos miembros del Ejército Nacional con delinquentes externos que gozaban de impunidad, a cambio de contribuir al logro de resultados irregulares”¹⁶⁵. En ese momento, los altos mandos anunciaron que habían “decidido llamar a calificar servicios o retirar discrecionalmente” a un grupo de 27 oficiales y suboficiales “sin perjuicio de los resultados que arrojen los procesos penales y disciplinarios”¹⁶⁶.

El reconocimiento controlado de los hechos puso en evidencia la complejidad del tema. Tanto el ex Presidente Uribe como el hoy Presidente Santos se refirieron cautelosamente al rol que pudieron haber jugado las políticas y las prácticas (tanto en la comisión de los crímenes como en la omisión de deberes legales que puede acarrear responsabilidad penal) en la perpetración de los falsos positivos y en su propagación por todas las jurisdicciones.

¹⁶⁴ Presidencia de la República, Secretaría de Prensa, “Las investigaciones administrativas continuarán”: Uribe, 29 de octubre de 2008. El ex Presidente hizo referencia explícita a las conclusiones de la Comisión transitoria que adelantó durante 2008 una investigación administrativa en relación con los casos de los desaparecidos de Soacha. La nota oficial de la rueda de prensa del 29 de octubre de 2008 está disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/29/04292008.html>

¹⁶⁵ Presidencia de la República, Secretaría de Prensa, Comunicado no. 191, Bogotá, 29 de octubre de 2008. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/comunicados/2008/octubre/191.html>

¹⁶⁶ *Id.*

Al ser preguntado por las implicaciones de los falsos positivos, el ex Presidente Ernesto Samper describió de manera sucinta la imbricación entre política y la comisión criminal de los falsos positivos. Dijo: “de alguna manera, es el resumen de una serie de políticas equivocadas, por ejemplo exigirle a los militares que sus méritos se midan en función del número de muertos que ocasionen y no de la eficiencia en el control de la seguridad”¹⁶⁷.

Esta es una línea investigativa que no se ha explorado. Los casos son abordados por la FGN de manera fragmentaria, caso por caso, de acuerdo a la asignación que le corresponde a cada fiscal, sea en la UNDH-DIH, en dónde el conocimiento de los fiscales es supuestamente especializado, o en las distintas seccionales, por competencia territorial. La FGN no aprovecha el conocimiento global que se tiene sobre la práctica (inclusive el producido por la misma Comisión transitoria creada por el Ministerio de Defensa), no genera acumulaciones para reflejar patrones o marcos de responsabilidad mayores, se limita a reconstruir lo acontecido en la escena del crimen (un paso necesario, pero insuficiente), y no explora herramientas de investigación ajustadas al tipo de criminalidad que debe encarar. A continuación exploraremos estos elementos.

En primer lugar, el objetivo de la investigación y la judicialización de estos crímenes no puede ser exclusivamente esclarecer lo acontecido en hechos aislados, sino determinar el continuo de poder entre determinadores y seguidores y explicitar las políticas, prácticas y contextos que determinaron (o facilitaron) la perpetración de abusos de manera sistemática o generalizada¹⁶⁸. La tarea del aparato de investigación y de juzgamiento no es “la de sencillamente describir la comisión del acto criminal, sino la de elucidar la operación de los elementos de la maquinaria criminal”¹⁶⁹.

Sin embargo, la FGN no aborda los “falsos positivos” de manera estratégica. Hasta la fecha, no incorporan un análisis temporal y espacial de todos los homicidios atribuibles a miembros de la Fuerza Pública para tratar de analizar patrones o establecer hipótesis de investigación que sirvan para enmarcar una causa en contra de los máximos responsables. Los casos son procesados de manera aislada de acuerdo al reparto por fiscal, sin que se hayan explorado los marcos relacionales básicos. En los distintos casos, la FGN debería contar con un mecanismo que facilite la interacción con la comunidad de prueba ampliada, con el fin de explorar, entre otros:

- la existencia de *modus operandi* comunes (por ejemplo, en relación con la forma de reclutamiento o la fabricación de los documentos oficiales para legalizar las muertes);
- la confluencia de presuntos autores o partícipes en otros casos y exploración del efecto que tiene sobre la práctica el traslado de comandantes;

¹⁶⁷ Felipe Zuleta, La pobreza, un «crimen» que se paga con la muerte, Un documental de Felipe Zuleta Lleras (2010), disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=Ym_nL8NN9r4, registrado en el segmento que inicia: 2 minutos y 6 segundos.

¹⁶⁸ Véase, en general, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives, HR/PUB/06/4, 2006.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 12.

- la presencia de patrones en la selección de las víctimas (exploración de perfiles victimológicos, incluyendo la posible selección de víctimas por marginalidad social, necesidad de empleo, o supuesta actividad delictiva);
- la existencia de móviles comunes que explican la perpetración de algunos de los crímenes (ejecución de blancos de inteligencia, anotaciones en hojas de vida, formalización de felicitaciones, recepción de bonificaciones, y otorgamiento de incentivos informales, tales como permisos, vacaciones y viajes familiares).

Este tipo de análisis facilitaría la generación de conexiones entre casos y permitiría la formulación de hipótesis de investigación que pueden conducir al establecimiento de responsabilidades de los eslabones más elevados en la cadena de mando, por ejemplo, explorando en los distintos casos cómo operó la concesión de incentivos informales (permisos o viajes vacacionales) por parte de comandantes a suboficiales que producían los falsos positivos, y bajo qué criterios fueron concedidos. La interacción con la comunidad de prueba ampliada también facilitaría acumulaciones procesales o conexiones sustanciales con efectos positivos en la economía procesal, la eficiencia en el trámite de causas y la eficacia del mensaje estratégico de las judicializaciones, trascendiendo los resultados tradicionales de la investigación penal del crimen ordinario.

En este orden de ideas, el tipo de investigación conducido por la FGN carece de un enfoque técnico multidisciplinario¹⁷⁰, que debería estar soportado en conocimiento especializado sobre el ámbito castrense. La perpetración de estos homicidios implicó el uso de las instituciones militares y de sus procedimientos. Sin la utilización del conocimiento de cómo funcionaba la institución castrense, la perpetración de los homicidios y su encubrimiento como “positivos” en el marco de la guerra hubieran sido imposibles. Por lo tanto, la investigación debería contar con analistas con conocimiento de las distintas fases del ciclo de inteligencia y de operaciones de las fuerzas militares, incluyendo los procedimientos de registro y control de las actuaciones.

La necesidad de este tipo de conocimiento experto en materia militar es crucial para que la FGN pueda, de manera independiente y técnica, recaudar medios de convicción y analizar su contenido de manera adecuada. Si bien no se trató de una comisión independiente, los hallazgos de la Comisión transitoria creada por el Ministerio de Defensa, mediante la Resolución 4342 de 3 de octubre de 2008, que se concentró en “las presuntas desapariciones en la localidad de Soacha y (... los) presuntos homicidios en la jurisdicción de la II y la VII División del Ejército Nacional” ilustran este punto.

En el marco de esa Comisión un grupo de funcionarios del Ministerio de Defensa y oficiales de las Fuerzas Militares realizaron una investigación interna de carácter administrativo que contaba con conocimiento experto y práctico. Su indagación en un universo reducido de casos, le permitió concluir que, además de acciones individuales arbitrarias, la perpetración de estos crímenes podía involucrar un rol mediato de políticas y prácticas de la institución castrense.

Si bien el enfoque de la Comisión transitoria no era penal, su metodología debió ser adaptada por la FGN para encarar la investigación penal del universo mayor de casos. El ex Presidente Uribe advirtió, en relación con el trabajo de esta Comisión, que “los hallazgos de esta investigación, que pueden tener efectos penales, son inmediatamente trasladados a la Fiscalía General de la Nación para sus respectivas evaluaciones”¹⁷¹. Sin embargo, la entidad investigadora no ha incorporado el informe de la Comisión transitoria como pieza procesal en los expedientes, por el carácter de “Secreto” que tiene el informe, limitando su efectividad para informar la conducción de las causas.

Sobre la base del estudio de las desapariciones de Soacha y los homicidios cometidos en los municipios de Ocaña (Norte de Santander), Cimitarra (Santander) y Yondó (Antioquia), la Comisión transitoria exploró los siguientes ejes explorados que podrían complementar el enfoque actual de las investigaciones conducidas por la FGN, incluyendo los siguientes:

- análisis calificado de las circunstancias operacionales que marcaron las misiones tácticas (incluyendo, la revisión del proceso de difusión de las órdenes, respeto por la cadena de mando, método de transmisión de las órdenes, calidad de los anexos de inteligencia, calidad del registro en el libro diario operacional);
- revisión de los roles cumplidos por los distintos agentes involucrados en las acciones, de acuerdo a su rol misional (administración, inteligencia, operaciones, y comunicaciones, entre otros);
- revisión del respeto por las divisiones en las responsabilidades – por ejemplo, entre el departamento de inteligencia y el de operaciones – y respeto por el conducto regular del mando y de las comunicaciones;
- revisión pericial del proceso de inteligencia relacionado con las supuestas misiones (incluyendo la idoneidad del personal involucrado, la calidad de los registros y el cumplimiento de normas en relación con los archivos de fuentes y agencias);
- estudio detallado de los procedimientos aplicados en los almacenes de armamento y en el registro de las armas y munición decomisadas, en las distintas unidades militares;
- análisis de la documentación proporcionada en relación con la “baja en combate”, según el conocimiento militar y la experiencia (con el fin de determinar la veracidad de los testimonios que rodean los hechos y ordenar las pericias adecuadas);
- revisión de los gastos reservados asignados a las respectivas unidades militares (incluyendo las actas de pago de información, la verificación del tipo de información recibida y los documentos de legalización de los pagos);
- procesos de reentrenamiento y otros mecanismos de prevención relacionados con posible abusos cometidos por personal de las distintas unidades militares; y
- funcionamiento de los mecanismos de control interno y revisión práctica de su operación.

¹⁷⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives, HR/PUB/06/4, 2006, p. 5-10.

¹⁷¹ Presidencia de la República, Secretaría de Prensa, “Las investigaciones administrativas continuarán”: Uribe, 29 de octubre de 2008. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/octubre/29/04292008.html>

Estas áreas o campos de análisis son ilustrativos de la necesidad de contar con analistas militares para llevar a cabo de manera apropiada las investigaciones de los falsos positivos. Su enunciación puntualiza el vacío que, hasta la fecha, tiene la FGN en relación con las áreas de inteligencia, operaciones y comunicaciones militares, así como en la estructura y la dinámica de mando en la institución castrense¹⁷². Estos son campos técnicos que no pueden ni deben ser de dominio exclusivo de los militares, particularmente en casos de investigación penal que comprometen a la institución castrense.

Si la FGN no da un salto cualitativo en la investigación penal, lo único que quedará en evidencia es la mecánica de los distintos falsos positivos y la responsabilidad de los ejecutores directos de los homicidios, pero no habrá demostración de las prácticas o las políticas que condujeron a su comisión ni se habrán establecido los máximos responsables. En materia probatoria, la FGN enfrenta otros retos y obstáculos; a continuación detallamos aquellos relacionados con la degradación de pruebas como resultado del paso del tiempo y la destrucción de algunos medios de convicción.

Uno de los principales problemas que encuentra la FGN es el abordaje de la investigación años después de acontecidos los hechos¹⁷³. Por la falta de diligencia en las actuaciones más próximas a la comisión de los hechos y la comentada injerencia de la JPM, la actividad investigativa está teniendo lugar años después de los acontecimientos. El problema se agrava porque al no haber tratado la escena de las “bajas” como una escena del crimen, la reconstrucción posterior se basa principalmente en testimonios que, por el paso del tiempo, acarrear inconsistencias. En el contexto de guerra e inseguridad de Colombia, la reconstrucción de lo acontecido por medio de testimonios es más elusiva, puesto que está condicionada por el miedo o el peligro directo que experimentan los testigos de hechos violentos.

Además de enfrentar la degradación de la prueba por el paso del tiempo, el ente investigador enfrenta otro tipo de obstáculos. Por un lado, fiscales e investigadores enfrentan amenazas directas e intimidación provenientes de los investigados¹⁷⁴. Igualmente, manifiestan que no reciben el apoyo de la Fuerza Pública en la

conducción de investigaciones, por ejemplo, no cuentan con el apoyo de seguridad para practicar diligencias en zonas de guerra, no obtienen respuesta a solicitudes de certificación de personal de las unidades investigadas, experimentan obstaculización en las inspecciones judiciales a los expedientes de la JPM, y no logran las declaraciones del personal militar involucrados en las muertes porque son mantenidos en zonas de operación militar y su traslado no es aprobado. Dicho de manera concreta por un representante judicial de víctimas: “La información llega hasta donde el comandante del batallón quiera que llegue”.

Adicionalmente, hay incidentes de destrucción intencional de pruebas que alejan cualquier posibilidad de justicia para las víctimas de estos crímenes. A manera de ejemplo, encontramos un incidente claramente registrado en el municipio de Nariño, Antioquia¹⁷⁵.

En desarrollo de una supuesta operación militar¹⁷⁶, el Ejército mató el 4 de junio de 2007 a tres supuestos integrantes de grupos ilegales. Los cuerpos fueron conducidos al hospital San Joaquín de Nariño en donde fueron practicadas las necropsias por un médico. Este determinó las prendas que llevaban puestas los hombres muertos que debían ser embaladas y rotuladas para la consecuente investigación. Igualmente, decidió “descartar y destruir” otras, sin describir su estado, tales como: pantalones, correas, botas, una pantaloneta, y medias¹⁷⁷. En el expediente, consta la “destrucción de varias prendas de vestir” por parte de un patrullero de la Policía, en presencia de una funcionaria de un ente de control local (la Personería Municipal)¹⁷⁸. Como es sabido, el estado de la ropa y su tamaño pueden servir como medios de convicción básicos para refutar o comprobar testimonios. La destrucción de pruebas obstaculiza la justicia, además, puede acarrear la responsabilidad penal por fraude procesal.

En materia probatoria, otro desafío que encara la FGN es la utilización efectiva de los testimonios de agentes arrepentidos (“*insiders*”), en el marco de una estrategia de judicialización de los máximos responsables. En muchos de los casos decididos por jueces, los colaboradores efectivos son asumidos como “manzanas podridas” que están intentando difuminar su responsabilidad. Los efectos de su confesión se limitan al caso en concreto y no es utilizada efectivamente para explorar la responsabilidad de los eslabones más elevados de la cadena de mando. Por los intereses institucionales y los poderes de las personas posiblemente involucradas en la perpetración de estos hechos, el diseño de una estrategia para el uso racional y efectivo de estos testimonios es crucial para el éxito de la iniciativa de judicialización. Las presiones experimentadas por los colaboradores efectivos detenidos en guarniciones militares y en contra de sus familias son extremas. Todos han manifestado temor por las consecuencias de sus declaraciones.

¹⁷² A manera de ejemplo, un analista independiente de las operaciones militares puede evaluar los atributos técnicos (nivel de especificidad de las órdenes, calidad de la inteligencia contenida en los anexos e idoneidad de la organización del dispositivo) de una orden de operaciones y de las respectivas misiones, y cotejar el contenido con lo reportado oficialmente y lo declarado por testigos que presentan una versión distinta. Asimismo, un analista independiente puede valorar si ciertas órdenes de las unidades militares pueden inducir al tipo de actuación que se está investigando. Por ejemplo, para facilitar la tarea de la FGN, el analista podría evaluar los Sumarios de órdenes permanentes (SOP) de carácter operacional de las distintas unidades militares involucradas y detectar marcos operacionales que están por fuera del marco legal y constitucional. Hay SOP que estuvieron vigentes durante el período de perpetración de los falsos positivos que hacen eco de doctrinas militares que han sido criticadas desde los años ochenta por tener el potencial de generar ciclos de violencia en contra de la población civil. Por ejemplo, uno de estos documentos para 2004 enunciaba como una de las “Consideraciones especiales que debe tener en cuenta todo comandante” es que “[l]a población civil es para la guerrilla lo que el agua es para el pez.” Ejército Nacional, Batallón de Infantería Mecanizada No. 4 Antonio Nariño, Barranquilla, 20 de enero de 2004. Sumario de órdenes permanentes (SOP) de carácter operacional.

¹⁷³ En algunos casos, el ente investigador ha demostrado su capacidad para reconstruir la escena del crimen de manera técnica, por ejemplo, a través del equipo de investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.) de la FGN dedicados a la reconstrucción de escenas del crimen, utilizando tecnología de reconstrucción en tres dimensiones (3-D). Sin embargo, la capacidad del grupo es reducida frente a la demanda.

¹⁷⁴ Entrevista con Marlene Barbosa, Bogotá, 27 de febrero de 2011.

¹⁷⁵ Ministerio de Defensa Nacional, Juzgado once de instrucción Penal Militar, Radicado No. 103/2009.

¹⁷⁶ Orden de Operaciones “Espuela” Misión Táctica No. 089 “Jora”.

¹⁷⁷ Ministerio de Defensa Nacional, Juzgado once de instrucción Penal Militar, Radicado No. 103/2009, folios 65-71.

¹⁷⁸ *Id.*, Policía Nacional de Colombia, Estación de Policía de Nariño, Acta no. 113 del 7 de junio de 2007.

Si bien la FGN tiene una labor ardua para conseguir testimonios que soporten el análisis propio de cualquier proceso penal, el poder judicial también cumple un papel importante al valorar este tipo de testimonio en procesos que involucran crímenes perpetrados por el aparato estatal. En varias decisiones, los jueces de primera instancia han circunscrito el alcance de los testimonios de los colaboradores efectivos al reconocimiento de su responsabilidad y negado su valor para contribuir al establecimiento de responsabilidad de otros¹⁷⁹. Asimismo, hay fiscales que han utilizado confesiones de subordinados para negar la responsabilidad de sus superiores¹⁸⁰. La administración y la valoración de los testimonios de los “agentes arrepentidos” simples son complejas; pero su utilización, según la experiencia global, es clave en el esclarecimiento de este tipo de casos.

Por ejemplo, la FGN cuenta con el testimonio del Col. (r) Luis Fernando Borja Aristizábal y su aceptación de responsabilidad en varios casos de falsos positivos en el marco de las operaciones de la FTC de Sucre¹⁸¹. La utilización de este y otros testimonios de similar jerarquía, junto con otros medios de convicción, es fundamental para trazar líneas de investigación que apunten a los máximos responsables en los casos de falsos positivos. Hasta

el momento, los testimonios de los agentes arrepentidos no han sido utilizados para lograr acusaciones o condenas contra máximos responsables.

A manera de síntesis de lo expresado en esta sección, la distribución del tipo de personal militar que está vinculado a las investigaciones que lleva a cabo la UNDH-DIH de la FGN son muestra de la concentración que existe sobre los ejecutores materiales de los hechos. Con corte a febrero de 2012, la UNDH-DIH reportó que sus investigaciones se concentran en casi el 90 por ciento en soldados y suboficiales¹⁸². Sólo 12 por ciento de los vinculados son oficiales y, de estos, la gran mayoría son oficiales de bajo rango (tenientes y capitanes)¹⁸³. En entrevista sostenida a finales de febrero de 2012, la Directora de la UNDH-DIH manifestó que los oficiales “vinculados” (indagados o imputados) en las investigaciones incluyen principalmente a oficiales del Ejército Nacional, distribuidos de la siguiente manera: 18 Coroneles, 27 Teniente Coroneles, 61 Mayores (incluyendo tres integrantes de la Policía), 108 Capitanes (incluyendo un miembro de la Policía), y 137 Tenientes (incluyendo tres miembros de la Armada)¹⁸⁴.

Por mandato constitucional (artículo 235), la Corte Suprema de Justicia es la autoridad competente para adelantar el juzgamiento de los generales de las distintas Fuerzas Armadas y de la Policía, Gobernadores y Ministros de despacho, entre otros, previa acusación formulada por el Fiscal General de la Nación. De aquí que la investigación en relación con los altos funcionarios con posible responsabilidad en estos hechos depende directamente del Fiscal General de la Nación, de manera indelegable. Dada la concentración de investigaciones pendientes por casos de corrupción y parapolítica, entre otros, que han recaído sobre el titular de la Fiscalía General de la Nación en los últimos meses¹⁸⁵, los procesos por falsos positivos no han avanzado y no se reporta la formulación de acusaciones contra ningún alto funcionario en estos casos.

¹⁷⁹ Véase, a manera de ejemplo, Juzgado Cuarto Penal de Circuito, adjunto de Valledupar, 29 de julio de 2011, sentencia Ley 600, Juez Fallador Hernando de Jesús Valverde Ferrer. En la sentencia sobre los homicidios de los jóvenes Juan Carlos Galvis Solano y Tania Solano Trisancho, cometidos el 17 de agosto de 2003 en zona rural del departamento del Cesar por miembros del Ejército (adscritos al Batallón La Popa de Valledupar), el juez utilizó la sentencia anticipada de un teniente (Carlos Andrés Lora Cabrales) y un soldado para no considerar la responsabilidad de los superiores y para relativizar el valor de sus testimonios por lo que inicialmente habían negado los hechos. En este caso, la responsabilidad por los “falsos positivos” inicia y termina con las determinaciones del teniente confeso. En la decisión no hay ninguna discusión sobre las órdenes, misiones tácticas o el contexto (incluyendo, los múltiples casos de falsos positivos atribuidos a esta unidad militar). Escribe el fallador, con base en lo sostenido por otro oficial involucrado en el caso que es exonerado: “fue Lora Cabrales (el teniente), el cerebro ideador de las muertes de las aquí víctimas y quien armó la trama del supuesto combate, al punto que fue quien dispuso colocarle unas armas para darle visos de credibilidad al urdido combate, lo que indica que aquella posibilidad estaba planeada desde el inicio de la llamada operación Arrasador, pues llevaban armas dispuestas para colocarlas a quienes tuvieran el infortunio de caer en sus manos como ocurrió con Tania y Juan Carlos desafortunadamente y en ese mismo sentido depuso el soldado ABEL DOMINGO SALCERDO JIMENES, quien no dudó en sostener bajo juramento que su superior multicitado Lora Cabrales, fue quien dio la orden de dispar (sic). Contra una de las víctimas, concretamente Tania Solano Trisancho, ya que producto de un macabro acuerdo se habían dividido los muertos, entre el pelotón Trueno y el grupo balanza del Gaula de tal manera que a un soldado de este último grupo fue a quien le correspondió ejecutar a Juan Carlos Galvis Solano. Además de lo anterior pesa contra el mismo el indicio de mentira, y que antes de reconocer lo verdaderamente ocurrido y obligado agente la aceptación de los cargos de su subalterno Abel Domingo Salcedo Jiménez, se había mantenido y había inducido a los hombres bajo su mando a sostener que las muertes en cuestión se habían producido en combate”. *Id.*, p. 63-64. La misma narración del juez contradice su visión simplificada del caso en la cual el único responsable por “autoría como determinante” es el teniente Lora Cabrales. Este tipo de valoración desconoce el sentido de los mecanismos de colaboración efectiva y de los incentivos que ofrece el derecho penal por colaboración y demuestra una actitud de protección a los superiores militares sin recorrer las consecuencias lógicas de los medios de convicción que reposan en el expediente.

¹⁸⁰ Por ejemplo, en un proceso por tres homicidios y una desaparición forzada en el departamento de Bolívar, una fiscal asumió la aceptación de responsabilidad por unos implicados como la negación de responsabilidad de cualquier otro implicado y, consecuentemente, revocó las medidas en contra de un oficial. En el auto de revocatoria de la medida de detención manifestó literalmente: “... ósea que frente a la comisión de estos hechos los que jurídicamente hablando tienen que responder penalmente son el (sic.) todas aquellas personas que de una u otra manera han confesado la autoría y participación en los hechos materia de la presente investigación (sic.)”. FGN, Unidad Especializada de Asuntos Humanitarios, Fiscalía delegada no. 1 de Conocimiento, Resolución de solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que pesa contra el Mayor (ret.) Luis Francisco Espitia Estévez, 15 de octubre de 2010, p. 6.

¹⁸¹ A manera de ejemplo, considérese, las declaraciones del oficial en relación con las desapariciones y homicidios en el marco de la supuesta operación militar Excalibur, misiones tácticas Oráculo y Orión 86, en las cuales se narra la complejidad del plan criminal, involucrando la institución castrense y agentes externos. En una de las decisiones que establece la responsabilidad penal del Coronel retirado, se afirma la existencia de una “industria criminal”. Juzgado Penal del Circuito Especializado, Sincelajo, Sucre, Primera instancia No. 2011-0010-00, Decisión de 28 de septiembre de 2011, p. 16. Sin negar su responsabilidad, el confeso criminal resalta la responsabilidad de sus superiores.

¹⁸² FGN, Oficio No. UNDH-DIH 000669, 27 de febrero de 2012. Según esa respuesta, la UNDH-DIH adelanta investigaciones por homicidios atribuidos a agentes del estado, contra 2642 soldados, 629 suboficiales y 427 oficiales.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Entrevista con Marlene Barbosa, Bogotá, 27 de febrero de 2011.

¹⁸⁵ Como resultado del fuero de ciertos individuos, según la Constitución (artículos 235 y 251). Por ejemplo, los casos relativos a la corrupción detectada en el programa Agro Ingreso Seguro que han vinculado a un ex ministro; o los procesos en contra del exsecretario general de la Presidencia y exdirectores del DAS por las interceptaciones electrónicas a miembros de la Corte Suprema de Justicia y otros deben ser conducidos personalmente por el Fiscal General. En estos y muchos otros casos, el Fiscal General tiene la función especial e indelegable de investigar y acusar, si hubiere lugar a ello, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente a manera de cierre, el tipo de verdad procesal que se está construyendo es evidente en las condenas que se han logrado hasta el momento¹⁸⁶. No queremos minimizar el esfuerzo desplegado para obtener estas condenas; no obstante, destacamos que las mismas no reflejan nada distinto a la reconstrucción de uno o dos homicidios objeto de estudio en la causa penal específica. A manera de ejemplo, se puede consultar la condena por homicidio agravado de Humberto Antonio Zapata Ruiz dictada el 12 de agosto de 2010 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia¹⁸⁷. Después de valorar las pruebas bajo el procedimiento establecido por la Ley 906, la juez condenó a 30 años de prisión a un Sargento Segundo y a un Cabo Segundo por el homicidio del campesino.

Según la versión militar en este caso, los suboficiales comandaban, cada uno, una compañía, actuando en el marco de la Orden de operaciones fragmentaria No.0005 “MT Emperador” a la Orden de operaciones “Majestad”¹⁸⁸. Cumpliendo con toda la formalidad, la orden expresa: “(e)l respeto a los derechos humanos y al DIH es un imperativo de Ejército en todas sus actuaciones”¹⁸⁹. El 18 de enero de 2008, con información de un informante, procedieron a la vereda La Po en Segovia, en dónde después de emitir “la proclama de que eran del Ejército Nacional, (el sujeto) emprendió la huida, escuchándose un disparo en la parte de atrás, siendo ese el momento en que sus hombres abren fuego”¹⁹⁰. Horas más tarde, “a eso de la una y media de la mañana” encuentran a la víctima herida, pero que después muere¹⁹¹. La versión refleja la misma rutina que en muchos otros casos que han terminado en la JPM.

La insistencia de los representantes legales de los familiares de Zapata Ruiz motivó a la FGN a luchar por la competencia del caso y, en últimas, se logró la condena. Aunque no minimizamos el esfuerzo para llegar a juicio, lograr la condena o conseguir su ratificación en apelación¹⁹², el caso no trasciende lo acontecido en la noche del 18 de enero de 2008 en un paraje rural de Antioquia, no hay ninguna consideración sobre la responsabilidad de los comandantes, ni hay indagación por las razones o los móviles que llevaron a los condenados a producir el “falso positivo”. Este tipo de condenas es necesaria, pero insuficiente para encarar el tipo de criminalidad involucrada en esta práctica extendida por todo el territorio nacional.

3.4 “En investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye”¹⁹³

La frase sobre el paso del tiempo y su impacto negativo en la reconstrucción de la verdad fue utilizada en agosto de 2011 por el Tribunal Superior de Medellín al revocar la condena contra un grupo de soldados por el homicidio de Duberney Galeano Mira, acontecido presuntamente en el marco de la Operación militar “Jalón” el 6 de junio de 2002 en un barrio en las afueras de Medellín¹⁹⁴. Si bien se trata de un caso que aconteció por fuera de la competencia temporal de la CPI, es ilustrativo de casos que le suceden en trámite y presenta un antecedente muy preocupante en la administración de justicia penal colombiana.

El proceso, como muchos de los casos de los falsos positivos, estuvo lleno de irregularidades y calificado por una deficiente investigación. Según lo narrado en la sentencia de apelación, el caso estuvo radicado en la JPM hasta el 14 diciembre de 2007, cinco años y medio desde la ocurrencia del hecho, cuando fue remitido a la FGN. El ente investigador formuló la resolución de acusación en agosto de 2009, siete años después del acontecimiento, y el juzgado de primera instancia emitió sentencia condenatoria el 14 de diciembre de 2010, más de ocho años después de lo acontecido.

Los plazos de tiempo observados llevaron al tribunal a manifestar que no hay investigación penal que pueda “arrojar resultados ciertos en estas condiciones”¹⁹⁵. Y planteó como ejemplos, los siguientes:

“La demora en la investigación condujo, entre otras cosas, a que el (Cuerpo Técnico de Investigación) C.T.I. de la fiscalía dijera en un informe (...) que la conformación física y geopolítica del barrio 08 de marzo había cambiado notablemente respecto del día de los hechos. Ese informe tiene fecha del 14 de abril de 2009, esto es, casi siete años después de la muerte de GALEANO MIRA. En tales condiciones, resulta prácticamente imposible recoger una prueba confiable.

“En este mismo sentido, el investigador del C.T.I. averiguó por la existencia del billar ‘EL PARCE’, lugar del que se supone fue sacada la víctima, y obtuvo como respuesta de los residentes del lugar que ellos llevaban cinco años viviendo en ese inmueble y que habían oído que los anteriores residentes tenían en el primer piso un ‘billar’ y un negocio de ‘tragamonedas’. Es decir, que no existe una prueba clara, directa e irrefutable que demuestre la existencia del billar, tal como lo sostiene una de las defensoras. Estas falencias no habrían ocurrido si la visita del C.T.I. se realiza en los días siguientes a la ocurrencia del hecho investigado”¹⁹⁶.

¹⁸⁶ Según información proporcionada por la FGN, desde 2000 hasta febrero de 2012, se han proferido 166 sentencias condenatorias, que involucran a 502 personas. FGN, Oficio No. UNDH-DIH 000669, 27 de febrero de 2012.

¹⁸⁷ Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, Sentencia primera instancia no.077-038, 12 de agosto de 2010.

¹⁸⁸ Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Batallón Especial Energético Vial No. 8, 18 de enero de 2008, Orden de operaciones fragmentaria No.0005 “MT Emperador” a la orden de operaciones “Majestad”. No.0005/DIV07-BR14-BPEEV 8-S3-375.

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, Radicado CUI: 05-736-60-00000-2009-00001, Sentencia primera instancia no.077-038, 12 de agosto de 2010, p.43.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, Medellín, Radicado CUI: 05-736-60-00000-2009-00001, Aprobado mediante acta no.072, 8 de septiembre de 2011.

¹⁹³ Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, Radicado no.05001-31-04-021-2010-00281, Sentencia de segunda instancia (ley 600), aprobada por Acta No.0052 del 18 agosto 2011, p.11. La frase que el magistrado ponente de la decisión de apelación no atribuye seguramente corresponde a lo planteado por Edmond Locard, un francés pionero del estudio de la criminalística. “El tiempo que pasa es la verdad que huye”.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*, p.11.

¹⁹⁶ *Id.*, p.12.

Las consideraciones del tribunal evidencian las dificultades de cualquier investigación que se hace sobre casos considerados “fríos”. Si bien podemos coincidir en la dificultad que implica el establecimiento de medios de convicción para establecer la existencia de lugares o reconstruir lo acontecido, la dificultad tiene que ser subsanada con la utilización de medios técnicos. Desafortunadamente, las condiciones descritas en este caso son las que rodean todos los otros casos de falsos positivos que todavía no llegan a la fase formal de investigación. Recordemos que el tiempo promedio del universo de los casos analizados en el marco de la Ley 600 (como en este caso) es superior a los siete años. De aquí que la valoración hecha por el Tribunal de Antioquia sobre la futilidad de la prueba genere mayor preocupación.

Posterior a las consideraciones sobre el paso del tiempo y la dificultad que entraña para la investigación criminal, el tribunal hace un barrido de otros elementos problemáticos que encuentra en el proceso, incluyendo: la duda que surge del hecho de que la denuncia por el homicidio de Galeano se haya formulado dos meses después de su ocurrencia. Sobre este punto, expresó el tribunal: “Cualquier analista se preguntaría, el por qué de esa demora ante un hecho de tal gravedad que afectó seriamente a la familia GALEANO MIRA”¹⁹⁷. No consideró el tribunal que la denuncia se hizo en el marco de los límites legales y que cualquier demora podría responder al clima de coerción o intimidación que reinaba en 2002 en Medellín y en los alrededores. Tampoco consideró que los familiares pudieron experimentar duda como consecuencia de que la autoridad que investigaba era militar, como los presuntos responsables de la muerte. La demora en la denuncia, en todo caso, no debe ser considerada suficiente causa para generar duda razonable en el proceso.

El punto no es cuestionar la sentencia, pues el caso, en efecto, presenta problemas probatorios serios; además, ante errores de hecho o de derecho, la decisión del tribunal puede ser objeto del recurso extraordinario de casación. El punto que queremos destacar sobre la investigación y la judicialización de los casos de falsos positivos en Colombia, es la admonición que deja esta sentencia absolutoria: la mezcla del paso del tiempo, las actuaciones de la JPM y una deficiente investigación en un “caso frío” son la receta para la impunidad.

¹⁹⁷ *Id.*, p.14.

4.

Un buen momento para reconducir el análisis de la situación colombiana: complementariedad con objetividad, independencia e imparcialidad

Todo lo expuesto nos lleva a insistir en la necesidad de que la OF-CPI conduzca de manera diligente un análisis objetivo, independiente e imparcial sobre los procesos nacionales que se llevan a cabo en Colombia. El transcurso de seis años desde que se hizo público el examen preliminar de la situación colombiana no puede pasar en vano. La Fiscalía de la CPI no debería esperar a que el paso del tiempo signifique la verdad que huye.

No hay duda sobre la cantidad de procesos que están en curso en Colombia y la sofisticación del aparato judicial. La cantidad de causas penales es correspondiente a la incidencia elevada de infracciones gravísimas a la ley penal. La cuestión que debería ocupar a la OF-CPI es la efectividad de los procesos para establecer responsabilidades. El aparato de justicia colombiano puede ser comparativamente más capaz que otros de los que debe considerar o examinar la OF-CPI; no obstante, los estándares utilizados para su valoración tienen que ser aplicados de manera objetiva. Además de la incapacidad que se registra para adelantar procesos de judicialización en contra de los máximos responsables (por falta de recursos adecuados para adelantar los procesos, ausencia de garantías, y ataques a la independencia e imparcialidad de los procedimientos), el problema principal frente al principio de complementariedad en el caso colombiano es falta de voluntad. La OF-CPI debe reorientar su actuación

para afrontar la realidad de un Estado que es capaz de investigar y sancionar cuando quiere, pero que no quiere investigar los crímenes internacionales en los cuales se ve comprometida su responsabilidad internacional, al tratarse de crímenes de Estado.

En este informe hemos revisado de manera sumaria las valoraciones hechas por la OF-CPI en relación con el examen preliminar que adelanta sobre la situación colombiana desde hace más de seis años, contenidas en el informe publicado en diciembre de 2011 sobre sus actividades en este campo¹⁹⁸. Consideramos que las valoraciones hechas se apartan de los criterios técnicos comúnmente aceptados e inclusive propuestos por la misma Fiscalía de la CPI para determinar la capacidad y la voluntad presentes en las distintas iniciativas de investigación y judicialización que deben evaluar¹⁹⁹. Advertimos, además, que la prolongación del examen preliminar de la situación colombiana sin que la OF-CPI cuente con la información necesaria para hacer una valoración sobre la naturaleza genuina de los procesos nacionales, después de más de seis años de análisis, es muestra de falta de cuidado y diligencia por parte de esa dependencia. Además, afirmamos que este retardo o tregua dada a las autoridades colombianas pone en duda el fundamento del mismo principio de complementariedad, que supuestamente es el que motiva su actuación en relación con Colombia.

¹⁹⁸ ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities, 13 December 2011.

¹⁹⁹ ICC-OTP, Draft Policy Paper of Preliminary Examinations, 4 October 2010.

Además de considerar de manera abreviada las categorías de procesos nacionales relevantes que presenta la OF-CPI en su análisis de la situación colombiana, en la sección 2 de este informe, ofrecimos un análisis técnico (tanto cuantitativo como cualitativo) del estado procesal y de la conducción de las investigaciones y las judicializaciones por los casos denominados “falsos positivos”, los homicidios perpetrados de manera sistemática en territorio nacional por unidades militares con el fin de presentar cuerpos como resultados en el esfuerzo bélico, según la política utilizada por las autoridades para medir los resultados de las distintas unidades militares.

No era nuestra pretensión hacer un análisis de cómo acontecieron los falsos positivos; como lo expresamos, este ejercicio ha sido conducido por numerosas entidades académicas y de derechos humanos. Nuestro objetivo era presentar un balance de la manera cómo se adelantan estos procesos en la jurisdicción colombiana, respondiendo a que la OF-CPI sólo ha valorado la cantidad de procesos en curso y que manifiesta no contar con información para valorar si existen obstáculos para que estos procesos satisfagan las condiciones de judicialización expuestas en el Estatuto de Roma²⁰⁰.

Presentamos criterios técnicos y verificables para ilustrar demoras excesivas en el proceso de judicialización de los casos de los homicidios y las desapariciones forzadas que constituyen materia de competencia de la CPI, y la concentración de los procesos, años después de los acontecimientos, en etapas previas a la investigación. Igualmente, demostramos cuantitativa y cualitativamente la concentración de las iniciativas en los ejecutores materiales, dejando de lado los máximos responsables y sin explorar el rol mediato de políticas y prácticas institucionales que fueron determinantes en la comisión de los delitos. Asimismo, ilustramos los obstáculos que introduce la injerencia de la justicia penal militar en la investigación y judicialización de estos casos. Además de decisiones arbitrarias que desconocen el principio del juez natural, procuramos plantear indicadores cualitativos y cuantitativos que miden la obstaculización generada por la JPM. Finalmente, aportamos criterios técnicos sobre el enfoque de las investigaciones, y las deficiencias y los problemas probatorios que enfrentan los procesos nacionales relevantes, enfatizando que – en el mejor de los casos – las investigaciones avanzan para esclarecer lo acontecido en hechos aislados y que no exploran la existencia de patrones ni la responsabilidad de las personas que determinaron o controlaron los hechos.

Todo lo anterior nos conduce a reiterar la necesidad de que la OF-CPI abra una o varias investigaciones derivadas de la situación colombiana. Lo hacemos bajo el firme convencimiento de que este procedimiento, que goza de mayor transparencia y publicidad, promoverá de manera más activa la consecución de los fines que la complementariedad del Estatuto de Roma persigue.

Como expresamos en la primera sección de este informe, la apertura de una investigación en relación con la situación de Colombia es una decisión que demuestra la gravedad y la seriedad de la situación estudiada. La apertura de una investigación no es una decisión irreversible, puesto que durante toda la fase investigativa se deberá continuar propugnando por la complementariedad y profundizando el análisis de la admisibilidad del caso. Activada la fase de investigación, la Fiscalía de la Corte estará en mejor posición para tomar decisiones técnicas en relación con un caso concreto, incluyendo la determinación relativa al cumplimiento de todos los requisitos de procedibilidad de la acción penal²⁰¹.

Consideramos que el examen preliminar cumplió un ciclo importante en la situación colombiana, y que es tiempo de aplicar en consecuencia el contenido del Estatuto: “después de evaluar la información de que disponga, (el Fiscal) iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto”²⁰². La OF-CPI determinó que existe un fundamento razonable para considerar que, en Colombia, se han cometido o se están cometiendo crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Seis años más tarde, es tiempo de iniciar una investigación, que no tiene que alterar el dialogo constructivo que la Fiscalía de la CPI debe mantener con las autoridades colombianas.

No es conveniente ni para la OF-CPI ni para la vigencia del Estatuto de Roma que el ente acusador sostenga que puede continuar un examen preliminar *ad aeternum*²⁰³. Es necesario que bajo los principios de objetividad, imparcialidad e independencia, la OF-CPI presente públicamente sus análisis razonados en relación con las situaciones que tiene bajo estudio preliminar y que exponga las razones de porqué procede o no con una investigación en un caso particular, de acuerdo con lo estipulado en el Estatuto. Sólo de esta manera puede la Fiscalía de la CPI cumplir con su propia meta de transparencia y hacer su actuación predecible en el desarrollo de los exámenes preliminares²⁰⁴.

El caso colombiano es complejo; pero la complejidad no puede ser sinónimo de parálisis. La OF-CPI manifiesta haber tenido la situación colombiana en su mira desde el momento de su instalación como Oficina. Es hora de actuar de manera concreta: con investigaciones en casos específicos y con metas de cooperación que consideren concienzudamente lo que otras entidades internacionales – por ejemplo, agencias de los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos – están haciendo en Colombia. Igualmente, es tiempo de darle transparencia al examen preliminar y de evitar la aplicación de dobles estándares en relación con los criterios que activan la competencia de la CPI. Es un buen momento para reconducir estratégicamente la consideración de la situación colombiana y actuar decidida y técnicamente para procurar la vigencia del Estatuto en relación con un Estado que puede pero no quiere investigar diligente y adecuadamente los crímenes de competencia de la CPI.

²⁰¹ ER, artículos 17 y 54.

²⁰² *Id.*, artículo 53 (1).

²⁰³ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 12.

²⁰⁴ ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 20.

²⁰⁰ ICC-OTP Report on Preliminary Examination Activities, par. 81-82.

Documento de trabajo preparado por Michael Reed H. para Abogados Sin Fronteras Canadá, bajo contrato de consultoría, con la colaboración de Marie-Claude Fournier y Victoria Larroche de Abogados Sin Fronteras Canadá, especialmente relativamente a los insumos producidos sobre la complementariedad en el marco del Estatuto de Roma.

ASF Canadá y el autor agradecen el apoyo recibido de la Corporación Jurídica Libertad, la Corporación Sembrar y la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Sin su colaboración, la realización de este informe no hubiera sido posible.



ASF Canada



La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia 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.