

**Relaciones**  
**Internacionales**



# Criterios de selección de crímenes internacionales en la Justicia Transicional con respecto al conflicto armado no internacional en Colombia<sup>1</sup>

## Selection Criteria of International Crimes in Transitional Justice in Relation with the Non-International Armed Conflict in Colombia

*Marco Antonio Macana\**

Universidad Santiago de Cali, Colombia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1888-1793>

*Luis Antonio Castro Alegría*

Universidad Santiago de Cali, Colombia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0278-4238>

Fecha de recepción: 4, julio, 2017

Fecha de publicación: 27, octubre, 2017

### Resumen

La priorización de delitos en la ley de justicia y paz en Colombia ha tenido varios problemas relacionados con la forma en que se seleccionan los integrantes de grupos al margen de la ley, debido a que no tienen la calidad de máximos responsables de delitos. Sin embargo, las experiencias internacionales han dado rigor al tema al elaborar la noción de *crímenes internacionales*, los cuales la Corte Penal Internacional (CPI), por su limitado recurso de personal, los aborda con criterios de selección y priorización. No obstante, en la justicia transicional que se aplicará en Colombia, el tribunal internacional asiente siempre que se obedezcan principios como el de necesidad

### Abstract

The prioritization of crimes in the Justice and Peace Act of Colombia has had many issues in relation with the form in which members of criminal groups are selected, for they do not have the status of maximum perpetrators of crimes. However, international experiences have yielded rigor to the topic because they have elaborated the notion of international crimes, because the ICC, considering their limited staff, deals with them with selection criteria and prioritization criteria. Nevertheless, in case of the Transitional Justice that will be applied in Colombia, the International Criminal Court always agrees as long as the principles of necessity and proportionality are

doi:10.11144/Javeriana.papo23-1.csci

\* Autor de correspondencia: [macana2311@hotmail.com](mailto:macana2311@hotmail.com)



y proporcionalidad. Por tanto, la forma de hacer frente a las violaciones masivas a los derechos humanos se hace mediante la constitucionalización de los derechos de las víctimas, la cual contiene concepto de *justicia transicional* y una estrategia integral donde se presentarán retos derivados de los criterios de selección y priorización de delitos cometidos por máximos responsables. Sobre el particular, se considera necesario que el Gobierno colombiano aproveche la experiencia lograda con la aplicación de la ley de justicia y paz y asimismo no vuelva a tener estos yerros.

### Palabras clave

justicia transicional; marco jurídico para la paz; criterios de selección de crímenes internacionales; máximos responsables

obeyed. Therefore, the way to confront massive human rights violations is through constitutionalization of victims' rights, which contains the concept of transitional justice and a holistic strategy that will introduce the challenges derived from the selection and prioritization criteria for crimes committed by the maximum perpetrators. Thus, it is necessary for the Colombian government to learn from the experience of the application of the Justice and Peace Act, so it does not make the same mistakes of the past.

### Keywords

transitional justice; legal framework for peace; selection criteria of international crimes; most responsible

#### Cómo citar este artículo:

Macana, M. A. y Castro-Alegría, L. A. (2018). Criterios de selección de crímenes internacionales en la justicia transicional con respecto al conflicto armado no internacional en Colombia. *Papel Político*, 23(1), 93-129. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.papo23-1.csci>

## Introducción

El presente trabajo destaca el esfuerzo que hizo el Estado colombiano y las autoridades de su Gobierno para impulsar un proceso de negociación política en La Habana, que permitiera el logro de un acuerdo y que garantizara el inicio de la construcción de una cultura de paz estable y duradera en el país. Este proceso se llevó a cabo con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y eventualmente se espera se logre también con el Ejército de Liberación Nacional (ELN), y encuentra su sustento en el denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP), es decir, en el Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio. Esta norma adicionó transitoriamente a la Carta Política los artículos 66 y 67, que directamente se hallan en conexión con esos acuerdos logrados en La Habana.

Así las cosas, este contenido normativo de reforma constitucional estableció varios mecanismos propios de la justicia transicional, particularmente en el campo de la responsabilidad penal y en relación con los criterios constitucionales. Estos mecanismos deberán tenerse en cuenta para que la ley estatutaria por expedirse establezca las conductas que se podrían tomar como delitos políticos conexos.

En este orden de ideas, el sentimiento de los colombianos, según las últimas encuestas de prensa y radio, al parecer no disiente en que se le apostó a un proceso de paz en La Habana, pues, de cierta manera, se ha asimilado y comprendido el esfuerzo hecho por el Gobierno y en parte por la sociedad civil y global para propender a la paz y el desarrollo en Colombia. No obstante, se aspira a que los lineamientos normativos vigentes permitan en efecto la reintegración social y política de los excombatientes a un escenario de posconflicto para que mediante el camino electoral se participe por la orientación del Estado y se abandone para siempre el uso de la violencia para acceder al poder político (*El Tiempo*, 2015).

Entre los objetivos se les apostó a identificar los alcances normativos y jurisprudenciales establecidos en la justicia transicional en relación con los criterios de selección y priorización de crímenes internacionales cometidos por máximos responsables en el conflicto armado no internacional. Para ello, se pretende examinar la constitucionalización del MJP, estudiar la justicia transicional y los criterios de selección y priorización de crímenes internacionales, examinar los criterios de selección para investigar máximos responsables de delitos cometidos de manera sistemática y analizar los retos de la selección y priorización como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional.

Al ser un trabajo que avanza y concluye afirmando que la priorización de delitos en la ley de justicia y paz en Colombia ha tenido varios problemas, la mayoría de los seleccionados o postulados han sido integrantes del nivel raso de los grupos armados al margen de la ley, pues no tienen la connotación de máximos responsables de delitos, la calidad de la lista oficial de seleccionados o postulados y la debilidad de la Fiscalía General de la Nación para impulsar los criterios de selección por la gravedad del hecho,

la forma en que fueron cometidos, el impacto relacionado, el número de víctimas y la naturaleza de los delitos; pero no cabe duda de que el referente frente a estos problemas son las experiencias internacionales donde el tribunales *ad hoc* y el tribunal permanente lograron un gran avance en el derecho penal internacional (DPI), puesto que se ha buscado castigar a los perpetradores de la norma penal internacional, de manera tal que estos desarrollaron la noción de *crímenes internacionales* como crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, que hoy se contienen en la Corte Penal Internacional (CPI) en su estructura interna al hacer referencia a los criterios de selección y priorización, dado que esta es una institución global que no puede contemplar caso por caso, como lo podrían hacer las fiscalías de un Estado, pero sí propone para la implementación de los criterios de selección la necesidad de determinar la gravedad y la representatividad, y que obedezcan a principios como el de necesidad y proporcionalidad, lo que no se opone para que no se puedan utilizar esos criterios de selección y priorización como referente en la justicia transicional que se aplicará en Colombia, pues las experiencias internacionales indican que los criterios de selección por tener en cuenta para investigar máximos responsables son de tipo subjetivo, objetivo y jurídico político, gravedad del hecho, representatividad del hecho, representatividad del sospechoso, interés público, viabilidad y capacidad, pero también otros que se sugieren como el interés de la justicia, el grado de responsabilidad del sospechoso y, en un nivel menor, aparecerían los criterios para las consideraciones políticas y prácticas. Por tanto, los retos de la selección y priorización de delitos en la justicia transicional en Colombia tendrían entonces que ver con el aprovechamiento de la experiencia lograda con la aplicación de la ley de justicia y paz, ya que acá la información recolectada por las autoridades involucra un proceso organizacional y funcional de un esquema para la determinación de los delitos y autores criminales que van a ser investigados y juzgados, asimismo la obligación de establecer criterios de selección y priorización para la investigación penal de los máximos responsables de crímenes internacionales, igualmente el potenciamiento de manera urgente del trabajo de la Comisión de la Verdad, que, según las experiencias internacionales, parece ser una necesidad esencial en todos estos procesos de transición.

En este sentido es que en 2012 en Colombia la justicia transicional se elevó a rango constitucional a partir del MJP, lo que promovió la aplicación de ciertas medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial, y que traen consigo mecanismos judiciales y extrajudiciales, dichas medidas y mecanismos sientan las bases de una estrategia integral de justicia transicional estatal, que pone los límites jurídicos conforme a lo que el Estado puede realizar en negociaciones con el propósito de poner fin al conflicto armado no internacional (CANI), pues la justicia transicional estableció una forma de hacerles frente a las violaciones masivas a los derechos humanos mediante una estrategia integral, que posibilite la articulación de un modo coherente de diversas medidas de persecución penal,

esclarecimiento de la verdad y reparación integral de las víctimas. Pero, además, declaró los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y el concepto de *justicia transicional* conforme a la idea de un modelo holístico, donde el tribunal constitucional deberá encontrar el equilibrio entre los bienes jurídicos y los valores enfrentados, por lo que se propone que el Gobierno Nacional deberá establecer los criterios de selección de los delitos, entendidos como aquellos que permitan a los jueces concentrar los esfuerzos del sistema jurídico en la investigación penal de los máximos responsables.

Ahora bien, el desarrollo del trabajo tuvo en cuenta el método interpretativo comprensivo que implica el análisis de diversos temas jurídicos dentro de la justicia transicional y el MJP. Por tanto, en la estructura del trabajo, prevalecen temas como constitucionalización del MJP, justicia transicional y criterios de selección y priorización de crímenes internacionales, criterios de selección para investigar máximos responsables de delitos cometidos de manera sistemática y retos de la selección y priorización como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional. Se tuvieron en cuenta fuentes primarias como libros de tratadistas especializados sobre los temas, estatutos de los tribunales *ad hoc* y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1998), y como fuente secundaria la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### **Constitucionalización del MJP**

La constitucionalización del MJP infiere que no existe una única vía para garantizar el cumplimiento de la obligación que tiene el Estado de protección y garantía de los derechos de las “víctimas” del CANI (Ley 1424/2010, de 29 de diciembre), particularmente la de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Por ello, la reforma política en curso contempla esa posibilidad de dar un trato diferencial a los excombatientes de los grupos armados<sup>2</sup>, con los cuales el Gobierno suscribió y llegue a suscribir acuerdos de paz (Cote y Tarapué, 2014, p. 200).

En este sentido, el denominado MJP pone énfasis en el constitucionalismo como fundamento para la argumentación que lo ha antecedido y particularmente en relación con los diversos temas contenidos en los lineamientos, lo que facilitará el proceso de reincorporación social y política de los “excombatientes” (Valencia, 2014, p. 221).

En esta misma línea, en el reconocimiento a la obligación de investigar y sancionar penalmente, por hechos de violencia ocurridos en el contexto del CANI, que tienen límites fácticos que no pueden ser ignorados por el sistema jurídico penal porque su tarea es promover mecanismos efectivos para que las víctimas encuentren un mínimo de satisfacción de sus derechos.

En el mismo contexto, sobre la normativa que se extiende a la posibilidad de atender los efectos de la macrocriminalidad derivada del CANI, se establecen criterios de

selección y priorización de los delitos que eventualmente constituyan graves violaciones a los derechos humanos.

En otras palabras, según Ambos (2009), lo que se expresa es que en el país se ha aprobado una reforma que elevó a rango constitucional la justicia transicional y blindó con un marco normativo sólido los diálogos adelantados en La Habana. Para ello, se destacó que las normas transitorias que se incorporaron al contexto de la justicia transicional se fundamentan en un concepto vinculado a lo que se conoce como *justicia en sociedades de transición sea en conflicto en curso o con posterioridad a este*. De tal forma, esta justicia implica ciertas medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial.

Asimismo, Colombia, al transitar por un CANI (Valencia, 1989), que conlleva pasar del conflicto a la paz, no trata de lo que habitualmente se conoce en las experiencias globales de tránsito de la dictadura a la democracia, sino que aquí el concepto de *justicia transicional* deberá entenderse al margen del concepto de *justicia penal ordinaria*. Esto corresponde a otorgar un sentido más amplio pasando más allá de la mera justicia penal, pero incluyendo ciertas características centrales que conecten con la responsabilidad, la equidad en la protección, la vindicación de los derechos, la prevención y el castigo de los infractores (Ambos, 2014, p. 24).

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que tanto los criterios de selección como de priorización son inherentes al marco de la justicia transicional. Por un lado, al fiscal general de la nación le corresponde determinar los criterios de priorización para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Sin embargo, se deja claro que estos criterios han de ser sin perjuicio del deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones al derecho penal internacional (DPI), los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (DIH) (Salmon, 2012; Velandia, 2013). Por otro, el Congreso de la República podrá, por iniciativa del Gobierno, mediante ley estatutaria, determinar los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos de investigación penal en los “máximos responsables” (Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto) de todos aquellos delitos que adquieran la connotación de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. De esta manera, establecer los casos, los requisitos y las condiciones, en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena, los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena y autorización de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, asimismo que la ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección (Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio).

Esto significa que la Corte Constitucional incorporó la posibilidad de concentrar esfuerzos y recursos en aquellos actores que se distinguen como “máximos responsables”, lo que implicará detectar los patrones y sistemas de criminalidad que llevaron a

graves violaciones a los derechos humanos. Además, la autorización para renunciar a la persecución penal de los casos que no sean seleccionados y en su defecto aplicar los mecanismos extrajudiciales.<sup>3</sup>

De este modo, los debates<sup>4</sup> ante la Corte Constitucional han girado en torno a la investigación de crímenes internacionales, con lo cual ha dejado claro que la selección y priorización de delitos ha sido aprovechada, por un lado, en consideración a las evidentes limitaciones materiales ante el cúmulo de violaciones cuando se investiga caso por caso y, por otro, por el mismo convencimiento de que es muy difícil que este modelo funcione adecuadamente, dado que también conlleva cierto grado de impunidad *de facto*, que en la mayoría de las veces se pasa por alto. No obstante, la apuesta por un modelo basado en el ejercicio de la selección y la priorización frente a crímenes internacionales concentra los recursos de investigación en los máximos responsables. Por tanto, se busca lograr un modelo que facilite entender cuáles fueron los patrones y las estructuras que actuaron, de tal forma que esto abra un mayor campo para que las víctimas puedan saber acerca de lo que en efecto ocurrió (Jaramillo, 2013).

Ahora bien, la Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto conlleva una evaluación de la constitucionalidad del Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio, que otorgó rango constitucional a los mecanismos de justicia transicional. Siendo esta una norma que se basó en el impacto que generó la Ley 975/2005, de 25 de julio en su momento. Pues, en aplicación de esta, durante los primeros años, creó una profunda tensión entre la posibilidad de alcanzar una paz negociada y la de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (Sentencia C-651/2011, de 7 de septiembre). La gravedad de los crímenes cometidos por actores violentos por más de sesenta años del CANI en un contexto de macrocriminalidad afectó esa posibilidad de satisfacer los derechos de las víctimas. De igual manera, demostró la incapacidad de esta institucionalidad para garantizar a las víctimas esos mismos derechos bajo una lógica de la justicia ordinaria.

En este orden de ideas, después de arduos debates y de lecciones aprendidas, y diversas experiencias de justicia transicional, el Congreso expidió el Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio, que orientará la paz negociada y a este tiempo la garantía de la protección integral de los derechos de las víctimas. Este acto legislativo trajo consigo mecanismos judiciales y extrajudiciales que sientan las bases de una estrategia integral de justicia transicional estatal, que a la vez pone los límites jurídicos conforme a los que el Estado puede realizar en negociaciones con el propósito de poner fin al CANI. Tal normativa intenta generar equilibrio en un contexto donde los consensos entre diversos derechos terminan siendo una responsabilidad de la que se erige la estabilidad y la duración de la paz (Ambos, 2014, pp. 1-17).

Así las cosas, el MJP considera que la mejor forma de hacer frente a las violaciones masivas de los derechos humanos es mediante una estrategia integral, que posibilite la

articulación de una forma coherente de diversas medidas de persecución penal, esclarecimiento de la verdad y reparación integral de las víctimas. De esa manera, es que se pide a la Fiscalía General de la Nación para que mediante una ley estatutaria regule la concentración de la investigación penal en la develación de patrones de macrocriminalidad, los crímenes más graves y los máximos responsables por medio de la utilización de criterios de selección y priorización.

Lo anterior con fundamento en que los contextos de macrocriminalidad y macrovictimización, como el caso colombiano, el sistema ordinario de persecución penal y de reparación de daños, resulta insuficiente para atender las demandas de verdad, justicia y reparación a las víctimas, así como para poner en práctica los complejos y difíciles procesos que implicaría el desarme, la desmovilización y, por supuesto, la reinserción a la sociedad de una multitud de excombatientes (Ambos, 2014, pp. 1-17).

Esta nueva lógica obliga a la Fiscalía General de la Nación y al sistema judicial a renunciar a la investigación penal, sanción y juzgamiento caso por caso, lo cual ha producido reservas y temores en el sentido de que esto podría implicar una especie de renuncia del Estado al deber de impartir justicia frente a las graves violaciones de los derechos humanos. Esta es una discusión que ha implicado reflexiones del más alto nivel a partir de estas demandas de constitucionalidad contra el mencionado MJP, lo que ha permitido examinar los alcances de la normativa con miras a la futura regulación que mediante una ley estatutaria hará el legislador. No obstante, la discusión también ha servido para trazar las pautas sobre todo lo que puede ser y no ser del proceso de negociación de la paz.

Por tanto, hay que reiterar que la Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto recoge el contenido y los límites de lo que implicó la negociación en La Habana. Sin embargo, también recoge las diversas posiciones y discusiones producidas alrededor de los criterios de priorización y selección de casos avalados por el MJP y declarados constitucionales por esta corte. Al mismo tiempo, hace un recuento de la evolución de la justicia transicional en el país desde una perspectiva comparativa e interpretando las diversas obligaciones internacionales adquiridas por Colombia (Ambos, 2014, pp. 1-17).

En cuanto a las víctimas, se establecieron aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría justicia transicional. Por una parte, se declararon los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y, por otra, el concepto de justicia transicional conforme a la idea de un modelo holístico, donde el tribunal constitucional deberá encontrar el equilibrio entre los bienes jurídicos y valores enfrentados.

Ahora bien, la Corte, al centrar la estrategia de la investigación penal en los máximos responsables de una serie de casos, pone sus bases en la imposibilidad de disponer de una estrategia maximalista para hacer investigación que, en efecto, garantice ir contra todos los sospechosos de esos delitos. En esta evidencia, sintetiza la Corte

lo que se ha dado a llamar la hipótesis maximalista, que es reemplazada por la tesis de la selección y la priorización como propósito para generar mejores condiciones y atacar la macrocriminalidad y así garantizar prioritariamente la reparación del daño a las víctimas del conflicto (Ambos, 2014, pp. 1-17).

En Colombia, se han dado varias experiencias de procesos de paz, que sirven de referente para ver que el denominado MJP ha reelaborado lo que son las bases constitucionales de los mecanismos de justicia transicional. Esto quiere decir que los mecanismos que brindan garantía para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación buscan respetar los derechos o el tratamiento penal especial a los excombatientes que han participado en el CANI y que han hecho la dejación de armas, como lo prevé la ley (Cote y Tarapués, 2014, pp. 197-198).

Asimismo, ver como consecuencia de estas experiencias que se ha evidenciado la saturación del sistema judicial cuando han entrado en vigencia los mencionados acuerdos. Ello porque ha habido una imposibilidad del sistema para asumir la investigación de un cúmulo de delitos o de macrocriminalidad, que rebasa la capacidad y la logística del sistema jurídico tradicional. En otras palabras, es necesario hacer énfasis en los criterios de selección y priorización de los crímenes internacionales, cometidos por máximos responsables, para que ese fenómeno de saturación del sistema judicial no vuelva a ocurrir en Colombia.

En síntesis, el MJP elevó a rango constitucional la justicia transicional y blindó con un marco normativo sólido los diálogos que se adelantaron en La Habana. Sobre este aspecto, se destacó, entonces, que las normas transitorias que se incorporaron al contexto de la justicia transicional se fundamentaron en un concepto vinculado a lo que se ha llamado justicia en sociedades de transición en conflicto, en curso o con posterioridad a este. Por tanto, esto implica aplicar ciertas medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial y que traen consigo mecanismos judiciales y extrajudiciales. Dichas medidas sientan las bases de una estrategia integral de justicia transicional estatal, que a la vez pone los límites jurídicos conforme a lo que el Estado puede realizar en negociaciones con el propósito de poner fin al CANI. Además, se considera que la mejor forma de hacerles frente a las violaciones masivas de los derechos humanos es mediante una estrategia integral, que posibilite la articulación de una forma coherente de diversas medidas de persecución penal, esclarecimiento de la verdad y reparación integral de las víctimas. Además, frente a las víctimas, se establecieron aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría justicia transicional. Por una parte, se declararon los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y, por otra, el concepto de justicia transicional conforme a la idea de un modelo holístico, donde el tribunal constitucional deberá encontrar el equilibrio entre los bienes jurídicos y valores enfrentados.

## **Marco de la justicia transicional y los criterios de selección y priorización de crímenes internacionales**

En la justicia transicional (Teitel, 2003, p. 2), cabe como antecedente la Ley 975/2005, de 25 de julio, normativa que viene siendo aplicada y que deja varios comentarios desde la perspectiva de la eficiencia y sobre los conceptos que permiten la atribución de significados controvertidos o que remiten a sus consecuencias. Asimismo, a la conexión entre norma jurídica y realidad social, al valor que las normas tienen para inspirar y guiar la sociedad, lo cual significa que hacen posible la integridad y la subsistencia de la sociedad. De tal manera, la efectividad de las normas puede depender de dos tipos de factores: por un lado, que los destinatarios adopten los comportamientos que la norma ha dispuesto y, por otro, que la norma de hecho sea aplicada por los jueces (Jeammaud, 1993, pp. 15-16). Nino (1992) conecta estos conceptos controversiales y vincula por medio de ellos los efectos de la observancia de las normas con el Estado de derecho y con el desarrollo económico. Para este doctrinante, existe correspondencia entre eficacia y eficiencia de las normas cuando la observancia de estas lleva a una suma agregada de mayor satisfacción de preferencias. De igual forma, identifica la ineficiencia con la anomia que afecta valores del Estado de derecho, queriendo decir que incluye entre la ineficiencia, no solo la falta de cumplimiento normativo, sino también aquellas situaciones de ineffectividad o ineficacia de las normas (pp. 23-38).

No obstante, para el campo que nos ocupa, no existe aún una fórmula universalmente aceptada para definir qué es la justicia, pero nuestro ordenamiento considera el valor de esta a partir del preámbulo y el artículo 2 de la Constitución Política. Con ello, se pretende erigir como uno de los derroteros que ha de orientar la actividad del Estado, particularmente en el ámbito jurisdiccional.

Así pues, la ley de justicia y paz y el MJP parecen representar la posibilidad de concreción de un nuevo proyecto del Estado que busca contribuir desde el ámbito judicial a conjurar las consecuencias negativas del CANI en las garantías a los ciudadanos, que han sido afectados por la violencia y que tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

En este sentido, la expedición de la Ley 975/2005, de 25 de julio permite ver la institucionalización del proceso de paz y lo que se ha llamado la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de todos aquellos integrantes de grupos armados que han actuado al margen de la ley y que por voluntad propia deciden contribuir en garantizar los derechos de las víctimas.

Esto se da en esa normativa que inserta la denominada justicia transicional, la cual se materializa con la ponderación de las prerrogativas de la víctimas frente al anhelo de paz de los ciudadanos. Consecuentemente, ello conlleva la concepción de beneficios a los desmovilizados y supone un desarme efectivo, confesión de los crímenes cometidos,

entrega de bienes para contribuir a la reparación y, esencialmente, el ofrecimiento de garantías encaminadas a la no repetición (Seils, 2012, p. 23).

Por tanto, la justicia de transición tiene, entonces, que ver con un cúmulo de actividades que se encaminan a aportar herramientas y posiblemente soluciones a las sociedades, pues se busca poder enfrentar los problemas derivados de la violencia o la violación a los derechos humanos acaecidos en un periodo determinado de la historia. Ello con el propósito de que se encaminen por la reconciliación, le apuesten a la democracia, a reparar a las víctimas e instaurar la posibilidad de una convivencia pacífica.

Con esta orientación, la Ley 1424/2010, de 29 de diciembre contempla la posibilidad de equiparar los mecanismos judiciales y extrajudiciales de la sociedad con la justicia transicional. Sin embargo, siempre y cuando estén asociados con los intentos de garantizar que los responsables de violaciones a los derechos humanos rindan cuentas de sus actos y satisfagan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Así las cosas, estas son ideas que suponen la terminación del CANI y activan las diversas aristas del modelo de justicia transicional, donde el compromiso es conjugar el combate a la impunidad y entregar las garantías que la ley les otorga a las víctimas.

Este esfuerzo trae consigo realizar una adecuada lectura y comprensión del conflicto, es decir, de las normas en concordancia con los denominados estándares internacionales, tratados o, incluso, recomendaciones de organismos internacionales que versan sobre derechos humanos y que obligan al Estado colombiano.

Ahora bien, en la justicia transicional y los “criterios” (Bergsmo y Saffon, 2011) para la selección y priorización de delitos, hay toda una normativa que autoriza para que mediante ley estatutaria se regulen los pasos o las etapas para el procedimiento, que deberá allanarse a partir de los juicios que habrían que considerar para la selección y priorización de delitos por parte de la Fiscalía General de la Nación. Criterios que se piensa deben ser inherentes a las herramientas de la denominada justicia en transición, lo cual sugiere que al fiscal general de la nación le corresponda proveer los criterios para la realización del ejercicio de la acción penal. Ello sin perjuicio del deber del Estado de hacer investigación y sancionar lo que son las graves violaciones al DPI, los derechos humanos y al DIH, todo dentro de un marco de justicia transicional.

En síntesis, el marco de la justicia transicional se fundamenta en la Ley 975/2005, de 25 de julio y en los postulados constitucionales del preámbulo y el artículo 2 de la Constitución Política. Además, el MJP tomó como experiencia esta ley y facultó al Congreso de la República para que por iniciativa del Gobierno Nacional establezca los criterios de selección de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Con ello, se pretende que los jueces puedan concentrar los esfuerzos del sistema jurídico en la investigación penal de los máximos responsables.

Así las cosas, esta garantía se afirma que estará sujeta al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores reclutados ilícitamente al conflicto.

### **Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la ley de justicia y paz**

El sistema jurídico de justicia y paz ha venido trabajando en la edificación de ciertos criterios y medidas que orienten el desarrollo de los procesos y concreten los postulados y las garantías esenciales o sustanciales de los actores involucrados en ese procedimiento que se estableció en la Ley 975/2005, de 25 de julio.

Aquí se sostiene por la jurisprudencia los esfuerzos del sistema de justicia y paz:

Luego de múltiples dificultades operativas y de una etapa de decantación de los instrumentos activos por medio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte ya se han dictado 12 sentencias por la Sala de justicia y paz del tribunal Superior de Bogotá que suman 20 condenados por más de 3.000 delitos. Pero aún están pendientes las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Seils, 2012, p. 25)

Esto significa que aún existe la urgencia de diseñar nuevos lineamientos apropiados para conjugar la tarea de aplicación del derecho con un conjunto de instrumentos normativos expedidos al respecto, pero también con los que se espera se expidan en el futuro acompañando la dinámica de este conocido MJJ.

En este sentido, resultan claves las elaboraciones jurisprudenciales que han enriquecido e impactado el sistema en torno a la noción de víctima, las elaboraciones dogmáticas frente a los crímenes internacionales en particular y las diversas formas de atribución de responsabilidad. Ello a fin de establecer los lineamientos que orientarán la concreción de la figura de la “selección” y “priorización” de los delitos (Comisión Colombiana de Juristas, 2012). En otras palabras, los criterios para definir la competencia de los tribunales y múltiples aspectos que aparecen relacionados con las normas procesales, como la sentencia y pena alternativa, los incidentes de medidas cautelares, los incidentes que involucran bienes, las formas de terminación anticipada de los procesos, la audiencia de versión libre y de formulación de imputación (Seils, 2012, p. 25).

En este contexto, se ha afirmado que la Ley 975/2005, de 25 de julio es una gran ocasión para que Colombia enfrente a los grupos armados al margen de la ley y pueda garantizar de cierta forma la no repetición de sus terribles fenómenos de criminalidad y a su vez logre restablecer la confianza en el Estado democrático de derecho. Por tanto, la pretensión es que este procedimiento logre identificar el vínculo entre los que cometieron los delitos,

los que los ordenaron, los que los instigaron, los que brindaron apoyo y los que se beneficiaron de estos. Lo anterior significa que en estas investigaciones no solo deben pesar las actividades militares, sino también las dimensiones sociopolíticas. Es decir, no se ha estado ante estructuras piramidales de naturaleza simple, sino frente a “complejas redes” (Zúñiga, 2002), que conectan con varios actores públicos y privados (Seils, 2012, p. 2).

No obstante, de la información estadística se infiere que el modelo de justicia y paz transita por un periodo de crisis, pues el hecho de contar solo con catorce condenas es visto como un fracaso por la opinión pública después de más de once años de vigencia. En este orden de ideas, se empieza a considerar que el ritmo en la investigación y sanción de los delitos será una tarea demasiado extensa y necesitará muchos años. Ante esta situación se ha estado afirmando que es necesario virar en el procedimiento que se viene implementando e ir por lo que se ha llamado en la justicia transicional la identificación de los “máximos responsables” de los fenómenos de macrocriminalidad, entre estos, los que crearon y ampararon las redes. Ello para pensar en la selección y priorización de los eventos que realmente hacen aportes significativos para el esclarecimiento de los hechos y sus vínculos con la sociedad.

En la operatividad de la ley de justicia y paz, se han exteriorizado muchas dificultades, pero, quizá, una de bastante relevancia es la que ha tenido que ver con la calidad de la lista oficial de seleccionados o postulados, pues los hay que deciden no participar del proceso de justicia y paz, que rechazan el proceso, que no ratifican ese interés, que ya han fallecido y que ya están detenidos. En este sentido, hay analistas que sostienen que la mayoría de los seleccionados o postulados hacen parte del nivel raso de los grupos armados al margen de la ley que no podrán ser tenidos en cuenta dentro de la categoría de los máximos responsables, así no hayan sido beneficiados por la Ley 782/2002, de 23 de diciembre (Seils, 2012, p. 2).

A pesar de ello, desde el punto de vista de la selección y priorización de delitos, se avanza en una propuesta que contiene varios puntos al respecto: la prevalencia del objetivo de dismantelar las estructuras de poder *de facto* en las que los paramilitares estaban involucrados, el desarrollo de una justicia transicional integral sustentada en razones coherentes, transparentes y justificables, la comprensión de los retos de justicia y paz desde la órbita de la justicia transicional distinguida ante todo por maximizar los mecanismos de rendición de cuentas que apuntan a recuperar la confianza de los ciudadanos y el reconocimiento del fenómeno del paramilitarismo como parte del análisis del CANI (Seils, 2012, p. 2).

Sobre el particular, la Corte Penal Internacional (CPI) considera en la selección de las situaciones para la investigación que se deberán tener en cuenta cuatro elementos clave, que estarían transversalizados por la gravedad, la forma en que fueron cometidos, el impacto relacionado (aunque para los casos seleccionados o de priorización es necesario

hacer un mayor refinamiento), el número de víctimas y la naturaleza de los crímenes internacionales. Estos eventos deberían ser revisados cuidadosamente en cuanto a qué tan pertinentes son, pues existen diferencias significativas entre los propósitos y las circunstancias de la selección de casos, cuando se enfrenten los desafíos más amplios de la justicia transicional (Seils, 2012, p. 3).

En resumen, la priorización de delitos en la ley de justicia y paz ha tenido problemas y ciertos observadores han estado sosteniendo que la mayoría de los seleccionados o postulados son integrantes del nivel raso de los grupos armados al margen de la ley, que no podrán ser tenidos en cuenta dentro del grupo de los máximos responsables, así no hayan sido beneficiados por Ley 782/2002, de 23 diciembre. Además, en la aplicación de la ley de justicia y paz, parece que se han exteriorizado muchos problemas, pero quizá uno de bastante relevancia es el que está relacionado con la calidad de la lista oficial de seleccionados o postulados, ya que los hay que han decidido no participar del proceso de justicia y paz, que han rechazado el proceso, que no han mostrado interés, que ya han fallecido y que ya están capturados por las autoridades. Así pues, se considera que se deberán tener como criterios de selección la gravedad del hecho, la forma en que fueron cometidos, el impacto relacionado, el número de víctimas y la naturaleza de los delitos.

### **Justicia transicional y criterios de selección y priorización de crímenes internacionales**

La idea de justicia transicional se ha estado fundando por medio de tribunales *ad hoc* y por distintos acontecimientos a nivel global. Esto ha permitido estipular una noción básica de la justicia transicional, la cual está diseñada para pasar del estado excepcional de la guerra a un estado de paz o para pasar de la dictadura a la democracia (Teitel, 2003, pp. 1-27). Además, este pensamiento obtuvo como resultado la noción de que las víctimas tienen unos derechos primordiales como verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, que en la medida de lo posible deben ser garantizados.

En este orden de ideas, para alcanzar el propósito de este apartado, se pretende realizar un análisis a fondo del derecho a la justicia que tienen las víctimas del CANI en Colombia. Por ello, se parte del desarrollo normativo y jurisprudencial en relación con los crímenes de carácter internacional y a continuación de los criterios de selección y priorización.

Según lo anterior, puede decirse que la noción de *justicia* contenida en la justicia transicional incluye como pilar fundamental la protección de derechos inherentes al ser humano o también conocidos en términos más antiguos como valores fundamentales del espíritu humano, cuando se remite a la percepción de los antiguos griegos. Al mismo tiempo, esa noción de justicia se ha estado volviendo mucho más específica en los procesos de transición, ya que en esta se ha podido desarrollar la idea de crimen internacional. Esta idea surge desde épocas lejanas cuando se ha estado ampliando y

reflexionando el concepto que se fundamenta sobre las acciones que se constituyen aberrantes contra la humanidad (Valladares, 2011, p. 5).

A estas acciones o conductas se les conoce como crímenes internacionales así como crímenes *mala in se*. Por su naturaleza, se consideran que no necesitan una norma que los prohíba como tal, sino que son por sí mismas conductas aberrantes contra el ser humano (Berg, 1999, p. 11), las cuales pueden ser clasificadas como crimen de lesa humanidad, genocidio y crimen de guerra. No obstante, también existen los crímenes *mala prohibita*, que son aquellos que el legislador prohíbe en un texto normativo o ley (Berg, 1999, p. 11), es decir, son política criminal del Estado en los términos del derecho penal.

Ahora bien, específicamente el derecho a la justicia está consagrado en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y de DIH (Ibáñez, 2014, p. 245), y estos contemplan un desarrollo histórico bastante amplio, que se enmarca en diversos procesos que principalmente tuvieron la finalidad de combatir las masivas violaciones a los derechos humanos. De igual forma, se caracterizan, sustancialmente, por consagrar como conductas punibles o castigables los crímenes internacionales,<sup>5</sup> es decir, el crimen de lesa humanidad, genocidio o crimen de guerra.

En vista de ello, para relatar el avance de la conceptualización de crímenes internacionales, existen dos épocas pilares. En primer lugar, en la Alemania nazi ocurrió un primer acontecimiento que serviría en el avance de esta conceptualización. Hitler llegó al poder y expandió su ideología del nacionalsocialismo, que sirvió al propósito de recuperar al pueblo alemán, así como para sustentar la idea de raza aria a fin de que se exterminaran a miles de personas, y a todos aquellos que no obedecieran y se enmarcaran en este esquema racista. Posterior a ello, la afiliación imperialista del gobernante de querer atacar diversos países de Europa durante la Segunda Guerra Mundial tiene como consecuencia la pérdida y devastación de Alemania finalizada la guerra.

Así las cosas, en este momento, los países vencedores tomaron el control de Alemania y, una vez terminada la guerra, el Reino Unido, Francia, Rusia y los Estados Unidos instituyen un tribunal *ad hoc* con la nominación de Tribunal de Núremberg. Este se encargó de juzgar a los perpetradores de los derechos humanos y del DIH, en cuanto sus tipos penales fueron crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

No obstante, se afirma que ese tribunal no se basó en principios que están en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tales como el debido proceso, el principio de legalidad, entre otros, sino que fue un tribunal donde los países vencedores llevaron excesivamente la pena de muerte y cadenas perpetuas. De tal forma, es cuestionable que a esos países no se los considere que cometieron crímenes internacionales, sino que, incluso, se les lleve a denominar la justicia de las potencias vencedoras (Medina y Gómez, 2002, p. 18).

En vista de ello, se puede decir que el acontecimiento marcó un rumbo en la historia, puesto que se considera que es un hito en relación con la creación de mecanismos que

buscan proteger a la población de masivas violaciones a los derechos humanos por parte de los altos mandos. Pues bien, en este contexto, los derechos humanos y el DIH no tuvieron una protección adecuada por falta de garantías jurisdiccionales, normativas y desarrollos doctrinales que proyectaran la protección de estos derechos.

Después de todo, en segundo lugar, para esta época los japoneses “masacraron a 30 millones de filipinos, malayos, vietnamitas, camboyanos, indonesios y birmanos y, al menos, a 23 millones de etnia china” (Valladares, 2011, p. 17). Conjuntamente, se dio un hecho conocido como la masacre de Nankín, donde “alrededor de 40.000 hombres, mujeres y niños, fueron violados, mutilados, quemados vivos, ahogados o de otra manera asesinados” (p. 18). El contexto es tan aberrante que, incluso, los japoneses crearon las llamadas fábricas de la muerte, donde desarrollaron armas biológicas, que fueron aplicadas en la provincia de Zhejiang en China y otras poblaciones aledañas. Finalmente, queda por destacar de Oriente la construcción del Ferrocarril de Birmania-Tailandia, que, al no concederles alimentos a los constructores y trabajadores del ferrocarril, comenzaron a realizar actos de canibalismo sistemáticamente entre ellos (p. 19).

En suma, los hechos relatados constituyen crímenes contra los valores fundamentales del espíritu humano y por tanto una barrera para la realización efectiva de la justicia. Así las cosas, a fin de poder transitar del estado de guerra al de la paz, hubo que establecer el segundo tribunal *ad hoc* o también conocido como el Tribunal de Tokio, que al igual que el Tribunal de Núremberg es de gran importancia en la esfera de los crímenes internacionales.

En este orden de ideas, estos dos tribunales son un hito en el orden internacional, puesto que permitieron un gran avance en el DPI. Lo anterior con fundamento en que especialmente se buscaba castigar a los perpetradores de la norma penal internacional, a saber, aquellos que cometieron crímenes internacionales como crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (Werle, 2011, p. 52).

Ahora bien, para comprender el actual alcance de estos crímenes, es necesario adentrarse en su componente histórico, de manera que en los siguientes apartados se hará referencia al desarrollo histórico que le dieron los diversos tribunales internacionales a dichos crímenes por medio del trato diferencial.

## Lesía humanidad

El tribunal temporal del Sacro Imperio Romano, que juzgó a Peter von Hagenbach en 1474 por sus actos y le imputó como culpable de crímenes contra el derecho divino y humano (Bassiouni, 1982, p. 16), comenzó a originar las primeras conceptualizaciones de la noción del *crimen de lesa humanidad*. Asimismo, se dice que el concepto fue empleado a nivel internacional en 1915 por los gobiernos de Gran Bretaña, Francia y

Rusia, puesto que en la presunta masacre de los armenios ellos condenaron a miembros del Gobierno turco a título de haber cometido crímenes contra la humanidad y la civilización (De Guzmán, 2011, p. 5).

Posteriormente, al finalizar la Segunda Guerra Mundial y para juzgar a los perpetradores de los derechos humanos, cabe destacar que se judicializaron crímenes que fueron cometidos bajo el Gobierno de Hitler y donde el Tribunal de Núremberg fue el que se encargó de juzgar y fortalecer la percepción del crimen.

En este contexto, el significado de crímenes de lesa humanidad es conexo al crimen de guerra (Villalpando, 2009, p. 19), puesto que de otro modo no se podría juzgar aquello que no estuviera regulado bajo el supuesto de *nulla poena sine lege preve* o prohibición de la retroactividad de las leyes penales (Ambos, 2011b, p. 50). De esta manera, es de destacar el significado que instituyó el decreto del comandante Douglas MacArthur. Aquí los tipos penales fueron crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, puesto que con su regulación especialmente consagró un avance en los crímenes y procedimientos frente al Tribunal de Tokio.

Posterior a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para juzgar a aquellos que hayan cometido crímenes contra la humanidad, instauró la Resolución 808 (1993) Aprobada por el Consejo en su 3175.ª sesión, celebrada el 22 de febrero de 1993, que consagró el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) (Aponte, 2011, p. 21). Ese tribunal fue competente para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes de lesa humanidad, pero que hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado interno o internacional (Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5).

Al mismo tiempo, por medio de la Resolución 955 (1994) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453.ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994 (Aponte, 2011, p. 40), el crimen de lesa humanidad contiene una diferencia sustancial y es que no tenía que ser cometido en el conflicto armado interno o internacional. Sin embargo, tales crímenes debían ser cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático<sup>6</sup> contra la población civil por razones de nacionalidad o políticas, étnicas, raciales o religiosas.

No obstante, la perspectiva de crímenes de lesa humanidad hasta aquí planteada es vaga y no tiene fortalezas argumentativas. Aunque esto se vuelve menos problemático en el momento en que se definió con mayor precisión en el Estatuto de Roma, que creó el tribunal permanente conocido como la Corte Penal Internacional (CPI) (Ambos, 2012, p. 3), que vela por la protección de los derechos humanos, el DPI y el DIH.

### Crímenes de guerra

Ahora bien, otra esfera de los crímenes internacionales son los crímenes de guerra, los cuales actualmente están protegidos por los cuatro convenios de Ginebra y sus dos

protocolos adicionales. Empero, antes de que esa protección fuera posible, la humanidad tuvo que pasar por situaciones aberrantes donde se comprendió que el hombre siempre ha vivido en guerra y que este necesita una regulación pertinente para regular y proteger a la población civil, así como a otros sujetos de actos de barbarie durante la guerra (Velandia, 2012, p. 41). En ese sentido, los crímenes de guerra, en el Tribunal para el Lejano Oriente, se entendieron de una manera más simple como “violations of the laws or customs of war” (violaciones de las leyes o costumbres de la guerra) (International Military Tribunal for the East Charter, 1946, art. 5).

Por otro lado, estos crímenes en el contexto de la Resolución 827 (1993) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, que consagró el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, brindó nuevas perspectivas para los crímenes de guerra, ya que para la época se carecía de un órgano encargado de juzgarlos (Portilla y Hernández, 2010, p. 224). Análogamente, permitió aplicarlo a los conflictos internacionales y no internacionales con el fin meramente de enjuiciar a los presuntos responsables de graves infracciones al DIH (Werle, 2011, pp. 59-60). De esta forma, es de destacar el caso *Prosecutor vs. Fatmir Limaj y otros*, puesto que aquí se puede notar que el único nexos que solicitó el tribunal fue que entre los actos del acusado y el ataque a la población civil se hayan cometido los crímenes en curso de un conflicto armado (Aponte, 2011, p. 36).

Por si fuera poco, otro caso es el de Ruanda donde se juzga en relación con los crímenes de guerra toda violación del artículo tercero común a los Convenios de Ginebra, que protege a la víctima del conflicto armado, e igualmente sobre el sustento del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977 (Portilla y Hernández, 2010, p. 234). Esto quiere decir que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se extiende y juzga crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de manera separada (Werle, 2011, p. 62).

Finalmente, en la actualidad, la CPI para los crímenes de guerra conoce de aquellos casos en que se cometa como parte de un plan, política o de la comisión en gran escala de tales crímenes (Valencia, 2013, p. 346).

## Genocidio

Por otro lado, siguiendo el campo de los crímenes internacionales, está el crimen de genocidio. Este se ha desarrollado como los otros crímenes internacionales en los tribunales *ad hoc* hasta llegar a la CPI. En este sentido, el Estatuto de Londres permitió la figura del crimen contra la humanidad, que se entendería como crimen de genocidio, aunque sin regulación normativa alguna (Ollé, 2015, p. 1), que se enjuiciaría solo si el crimen era cometido durante la guerra (Vernet y Nelio, 2009, p. 202). No obstante, para poder juzgar

el crimen, el secretario de la ONU de la época denominó que esos crímenes hacen parte de los crímenes internacionales y, por tanto, también se debían juzgar (Ollé, 2015, p. 1). Así pues, esa fue la solución que siguieron y encontraron más pertinente las potencias vencedoras a fin de evitar que la falta de normativa fuera un impedimento en el momento de imputar una pena a los responsables de conductas que vulneran bienes jurídicos.

Sin embargo, ese concepto de genocidio lo especificó por primera vez Rafael Lemkin como la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos (Ollé, 2015, p. 1) y en 1948 se estableció una definición del crimen de genocidio en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que contempló fundamentalmente la protección de los grupos políticos. En dicha convención, se dio un avance sustancial en el crimen en cuanto se definió (Ambos, 2004, p. 16) la noción de genocidio y se estableció como requisito *sine qua non* un ataque a la existencia física o a la futura existencia con la intención de destruir un grupo (pp. 131-132). En cambio, los crímenes de lesa humanidad requieren el ataque generalizado y sistemático contra la población civil y pueden ser cometidos sin necesidad de la guerra o en la guerra (Aponte, 2011, p. 37). De esta manera, el crimen de genocidio se encuentra actualmente definido en el Estatuto de Roma como cualquier acto que se realice con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 6).

### **Crímenes internacionales**

Como bien se ha venido desarrollando, el concepto de justicia en la justicia transicional contempla la idea de crímenes internacionales. Estos son elementalmente tres crímenes, a saber: crimen de lesa humanidad, crimen de genocidio y el crimen de guerra. Su juzgamiento es fundamental para satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas y consolidar una paz estable y duradera.

Además, esos tipos penales hacen parte de lo que denominó la ONU crímenes que atentan contra la jurisdicción universal y la comunidad internacional, pues se trata de crímenes que trascienden las jurisdicciones de todos los Estados y su vulneración se considera un atentado por sí mismo contra la humanidad. Por este motivo, el DPI ofrece una protección no solo a nivel jurisdiccional, sino también a nivel supraestatal mediante diferentes tratados internacionales que protegen los derechos humanos, el DIH y DPI.

### **Experiencias internacionales en la selección y priorización de crímenes internacionales**

En las experiencias internacionales, en relación con los criterios de selección y priorización de crímenes internacionales, hay que destacar los sucesos que permitieron al DPI evolucionar. En este contexto, el Tratado de Versalles es donde por primera vez en la esfera internacional se reconoció la responsabilidad penal individual, también en la

evolución del DPI con el Acuerdo de Londres de 1945 que declaró y permitió el reconocimiento de esa responsabilidad penal individual (Werle, 2011, pp. 43-44).

Estos son dos hitos que lograron cambiar la noción del derecho internacional clásico a un DPI, que ya no reconoce a los Estados como entes abstractos, sino que contiene la idea de que los Estados están dirigidos por personas en particular, así como que sus actuaciones se pueden enmarcar en una responsabilidad penal individual (Werle, 2011, p. 43).

Sentado lo anterior, se puede interpretar que todo comenzó con los tribunales de Núremberg y Tokio, pues, cuando el modelo que se empleó empezó a ser ineficiente en los procesos penales que se llevaron a cabo sustitivamente, porque fueron más bien unos procesos simulados para satisfacer a las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, entonces se notó que su proceso de juzgamiento fue insustancial (Werle, 2011, p. 42). Ello con fundamento en que no se llevaron debidos procesos e igualmente la supuesta justicia que pretendieron hacer se hizo a ciegas, y fue más bien la justicia de los vencedores, en la cual la mayoría del bando alemán y sus aliados eran arbitrariamente sentenciados de criminales.

Estos no fueron los únicos acontecimientos, por cuanto en el TPIY se definió de mejor manera la responsabilidad individual del superior. Lo anterior según se exigieron tres elementos: 1) relación entre superior y subordinado, 2) conocimiento o razones para conocer del acto y 3) omitir el deber de cuidado para impedir los actos o castigarlos (Ambos, 2007, p. 132). En cuanto al TPIR, la responsabilidad depende del grado de autoridad y no necesariamente de superioridad militar, aunque esa responsabilidad está ligada a cada caso concreto, lo que requería mirar caso por caso (p. 138).

Así las cosas, los elementos más influyentes para la consolidación del DPI fueron el derecho de Ginebra, que contiene el DIH, puesto que se entiende que desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual el autor puede ser el ejecutor directo o quien haya dado la orden. En otras palabras, tanto el jefe como el subordinado son responsables ante la ley penal (Ambos, 2004, p. 99).

### **Criterios de selección y priorización**

Después de los tribunales *ad hoc* y una normativa consolidada para proteger y brindar castigo a aquellos que cometan crímenes internacionales, la CPI se creó como un proyecto de tribunal permanente para evitar las arbitrariedades de algunos Estados. Para ello, obtuvo como soporte experiencias de lo sucedido en el Tribunal de Núremberg y en el Tribunal para el Lejano Oriente donde se vulneró el principio *nulla poena sine lege preve*. Además, que la CPI tendría como finalidad evitar la arbitrariedad de los Estados e individuos y proporcionar opiniones consultivas, para actuar y velar por la protección del DIH, los derechos humanos y el DPI.

No obstante, es de aclarar que el tribunal permanente no es una institución para juzgar a todas las personas que cometan crímenes internacionales, sino que utiliza una

metodología que se basa en filtrar aquellos crímenes internacionales dentro de los más aberrantes. Este, de otra manera, se encarga de aquellos crímenes que han sido cometidos bajo una estructura de generalidad y sistematicidad.

Por este motivo, la CPI en su estructura interna contiene los criterios de selección y priorización, dado que es una institución que no puede contemplar caso por caso, como lo podrían hacer las fiscalías de un Estado. Así las cosas, se encarga de complementar al Estado en juzgar aquellas estructuras de macrocriminalidad, que recubran los crímenes *mala in se* siempre y cuando este no los juzgue o sea ineficiente al hacerlo. Sin embargo, esto no versa para que no se puedan utilizar los criterios de selección y priorización en la justicia transicional que se aplicarán en Colombia. Lo anterior según que en el referido país se pretende lograr la paz y la reconciliación, así como la satisfacción del principio de proporcionalidad y efectividad de los derechos de las víctimas (Gómez, 2014, p. 50).

En síntesis, los criterios de selección en los eventos en que la justicia transicional permite enfocarse en la investigación de los máximos responsables de los crímenes internacionales y para ello se necesita determinar criterios de selección: gravedad<sup>7</sup> y representatividad, que obedezcan a principios como el de necesidad y proporcionalidad.<sup>8</sup> En otras palabras, cuando el caso realmente amerite ser seleccionado por la gravedad que representa (Gómez, 2014, p. 40; López, 2012, p. 520). La idea de justicia transicional se ha venido creando por medio de tribunales *ad hoc* y por distintos acontecimientos a nivel global. Esto ha permitido estipular una noción básica de la justicia transicional, la cual está diseñada para pasar del estado excepcional de la guerra a un estado de paz o para pasar de la dictadura a la democracia. Siendo un mecanismo que contiene como pilar fundamental la protección de derechos inherentes al ser humano o también conocidos en términos más antiguos como valores fundamentales del espíritu humano. No obstante, a este tiempo es una noción que se ha vuelto mucho más específica en los procesos de transición, ya que en esta se ha podido desarrollar la idea de crimen internacional. Esto significa que los crímenes internacionales han estado surgiendo desde épocas lejanas en las que se ha estado ampliando y reflexionando sobre su conceptualización, la cual se fundamenta en acciones aberrantes contra la humanidad.

### **Criterios de selección para investigar máximos responsables de delitos cometidos de manera sistemática**

La Corte Constitucional ha determinado que en nuestra Constitución existe un pilar fundamental que consiste en ese compromiso del estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar todos los derechos de la sociedad y de las víctimas. Este mandato obliga a prevenir la vulneración de los derechos y de tutelarlos de manera efectiva, garantizar la reparación y la verdad, asimismo investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. En este sentido, se

afirma que el Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio partió de la base de que para lograr una paz estable y duradera era menester adoptar medidas de justicia transicional como la renuncia condicionada a la persecución penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas o sanciones extrajudiciales y las modalidades especiales de cumplimiento (Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto). Así las cosas, se establecieron medidas para la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Lo anterior, claro está, sin menoscabo de la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia.

Ahora bien, en cuanto a la imputación a los “máximos responsables”, este alto tribunal expresó:

El Estado no ha renunciado a las obligaciones cuando contempla esta posibilidad, ya que la concentración de la responsabilidad en los más responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos<sup>9</sup> de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que estos sean imputados solo a quienes cumplieron con un rol esencial en la comisión de estos. Además dijo que con esta estrategia también se busca contribuir eficazmente a desvertebrar las macro-estructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando de esta forma la no repetición. En cuanto a la renuncia condicionada a la persecución penal el mismo ente aclaró que la figura se encuentra limitada desde el propio Acto Legislativo 1 de 2012, por cuanto no aplica para los máximos responsables de los aludidos delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. (Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto; cf. Valencia, 2013, p. 75)

De modo que en relación con los criterios de suspensión condicional de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, se indicó que estas no implican por sí solo una sustitución de los pilares esenciales de la Carta Política. Lo anterior siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas, a saber, la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sin menoscabo de los deberes del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones al DPI, los derechos humanos y al DIH.

Por otra parte, la Corte, para una mayor claridad al respecto, ha expresado que, en la ley estatutaria que deberá expedirse por el Congreso de la República, se espera exigir garantías como la transparencia del proceso de selección y priorización de delitos; una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso;

la asesoría especializada y el derecho a la verdad, de modo que, cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; el derecho a la reparación integral y finalmente el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares (Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto).

Por tanto, la ley estatutaria comprometida determinará los criterios de selección que permitan centrar la investigación penal en los más responsables de los delitos que adquieran la connotación de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra que hayan sido cometidos de manera sistemática. Esto habrá de tenerse en cuenta en el momento de priorizar la investigación y sanción de delitos como desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Asimismo, las ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas y violencia sexual contra la mujer en el CANI. Sin embargo, se reitera que su normativa deberá ser respetuosa de los compromisos internacionales contemplados en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y hacen alusión a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH.

Una vez realizada la selección de los delitos, será posible establecer los casos, los requisitos y las condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena y los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. De igual manera, autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados (Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto).

Ahora bien, los mecanismos de selección pueden operar en diferentes etapas del proceso, pero lo más significativo será la fase de investigación o instrucción. En esta, la Fiscalía General de la Nación ha venido resolviendo, según el principio de oportunidad, los casos que van a ser llevados a la acusación y los que van a ser archivados. No obstante, los criterios y mecanismos de selección van a ser importantes en los procesos de paz o de transición donde el sistema penal actúa para resolver los casos criminales en términos cuantitativos y cualitativos, y teniendo en cuenta los hechos y los responsables, quienes muchas veces superan los problemas de un proceso penal ordinario (Ambos, 2011, p. 40).

Una estrategia global de investigación será entonces clave ante la gran cantidad de víctimas, hechos denunciados y casos tratados en los procesos de justicia y paz. Actualmente, los procesos que se adelantan son de carácter fragmentado y aislado y, a pesar de los altos índices de delitos, no reflejan el fenómeno de macrocriminalidad. De tal manera, si hay algo más grave, es que la factibilidad del trabajo de la actualidad no garantiza la terminación de los procesos ya iniciados.

Así pues, el referente de una estrategia global de investigación podrían ser las experiencias extranjeras: Argentina, Chile, Perú, Alemania, pero también internacionales

como tribunales *ad hoc* de la ONU y tribunales mixtos de la CPI. Al mismo tiempo, se considera que una estrategia de selección de casos emblemáticos y postulados dentro de la estructura de grupos ilegales podría contribuir a una mejor visibilización de los patrones de victimización, los motivos y las razones que dieron lugar a los crímenes y los nexos entre estos. Solo así se podría visibilizar la comisión de hechos aparentemente aislados como expresiones de un fenómeno de macrocriminalidad.

Así las cosas, las experiencias internacionales nos aportarán criterios de selección de tipo subjetivo, objetivo y jurídico político que se convierten en la base de una estrategia global para la investigación de crímenes internacionales: gravedad del hecho, representatividad del hecho, representatividad del sospechoso, interés público, viabilidad y capacidad. Estas experiencias de tipo internacional proporcionan, asimismo, documentos que entregan las directrices para la presentación de cargos por la Fiscalía (test del interés público en casos de crímenes de guerra), así como los criterios para determinar cuál de los casos deberá perseguirse primero (gravedad, interés público, viabilidad y capacidad). En esa misma línea, se puede contar con las experiencias del TPIY y de la CPI como dos ejemplos de tribunales internacionales que han hecho aportes a la discusión sobre formulación e implementación de criterios de selección y priorización de crímenes. En esas instancias, se hace hincapié, sobre todo desde el punto de vista del ahorro de recursos, en la importancia de establecer como uno de los objetivos clave la identificación de patrones de criminalidad (Ambos, 2011, pp. 42-44).

Ahora bien, en cuanto al criterio de interés público, este aparece relacionado con el “interés de la justicia”.<sup>10</sup> No obstante, se considera que este criterio no debería impedir la decisión de iniciar o abrir una investigación. Así las cosas, de la experiencia internacional se puede colegir que dentro del primer grupo de criterios se ubican los criterios de gravedad y representatividad, y dentro del segundo grupo, las consideraciones políticas y prácticas. Por tanto, en el pilar de la gravedad, hay que hacer mención de la gravedad de los crímenes y el grado de responsabilidad del sospechoso. En cambio, en el pilar de la representatividad, se tiene en consideración el grado de victimización causada por los crímenes. Por otro lado, en un nivel menor, aparecerían los criterios para las consideraciones políticas, aunque en la mayoría de las jurisdicciones constituyen una noción poco precisa. En otro nivel, en las consideraciones prácticas, se anota que es dudosa su inclusión como criterio para seleccionar y priorizar casos. Sin embargo, en el caso de contemplar este criterio, se deberá formalizar y divulgar públicamente. De igual manera, se ha hecho importante referencia a que la formulación de criterios debe ir acompañada de ciertas pautas, que determinen si estos operan como un umbral y, por consiguiente, como criterios de selección o como mecanismo de clasificación de casos.

En síntesis, los criterios de selección por tener en cuenta para investigar máximos responsables, a partir de criterios de selección y priorización, según las experiencias

internacionales, son de tipo subjetivo, objetivo y jurídico político, gravedad del hecho, representatividad del hecho, representatividad del sospechoso, interés público, viabilidad y capacidad. Conjuntamente, otros criterios que se sugieren tener en cuenta y que aparecen como nuevos son el interés de la justicia, el grado de responsabilidad del sospechoso y, en un nivel menor, aparecerían los criterios para las consideraciones políticas y prácticas. No obstante, estos dos últimos criterios constituyen una noción poco precisa.

### **Retos de la selección y priorización como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional**

La justicia transicional ha tenido como reto central delinear la guerra injusta y delimitar los parámetros de una sanción justa impuesta por la comunidad internacional (Teitel, 2003, p. 4), es decir, el sistema de justicia nacional va siendo apartado en favor de la justicia transicional y del DPI. En este sentido, se viene apreciando que la justicia transicional se ha abierto también más allá de su rol histórico en la regulación de conflictos internacionales, pudiendo ahora reglamentar tanto los conflictos interestatales como las relaciones en tiempo de paz. Todo lo anterior a partir del establecimiento de un estándar mínimo del estado de derecho y en seguimiento de las políticas de la globalización.

De esta manera, en la justicia transicional, el derecho internacional puede desempeñar un papel constructivo como fuente alternativa de Estado de derecho para orientar los juicios nacionales en una sociedad en transición. Por tanto, el sistema normativo internacional es útil para construir una percepción de continuidad y persistencia en el Estado de derecho.

Sentado lo anterior, no hay duda de que las preocupaciones sobre la justicia en transición se ven mejor cuando se está situado en las verdaderas realidades políticas y en el contexto político de transición, pues con ello se incluyen las características del régimen predecesor o anterior, así como las eventualidades de tipo político, jurídico y social. Por tanto, la posibilidad de proseguir la aplicación de la justicia y la capacidad de esta para contribuir al Estado de derecho transicional va a depender tanto de la escala de crímenes anteriores como de la categoría que los convirtió en sistemáticos o que fueron favorecidos por el aparato del Estado.

La ley de justicia y paz, a partir de las observaciones en la base de datos de la Fiscalía General de la Nación, acusa que el ejercicio de priorización no ha sido plenamente eficaz, sino que, por el contrario, hay un considerable número de delitos que están siendo objeto de sanciones y cuya importancia no corresponde con los criterios de relevancia exigidos. Además, en algunos casos, incluso los investigados y condenados no han sido aquellos que revisten la mayor responsabilidad por los delitos ocurridos (López, 2012, p. 569).

Esto evidencia que aún la Fiscalía General de la Nación no ha tenido en cuenta, en sus actividades de investigación y acusación, a los mayores responsables de los delitos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML). De tal forma, se

hace evidente que lo que se ha estado haciendo no es solo el desconocimiento de los propios criterios de priorización, sino que también se ha estado operando en márgenes erróneos al no indagar la importancia o jerarquía de quienes se investiga (López, 2012, p. 570).

Ante esta situación, se espera que por medio de la propuesta, contenida en la Ley 1592/2012, de 3 de diciembre, se logre la selección de aquellos fenómenos de criminalidad más graves y más generalizados en el contexto de las conductas realizadas por los grupos ilegales, pues la referida ley alude a un enfoque de investigación dirigido a fenómenos macrocriminales y a una investigación por sectores y bloques, es decir, ajustada a criterios subjetivos y territoriales (López, 2012, p. 571).

Asimismo, es importante resaltar que se debe aprovechar la experiencia lograda con la aplicación de la ley de justicia y paz, y la información recolectada por las autoridades para rediseñar la estrategia de investigación a través de un mapa y de un estudio de contexto, en el cual se desarrolló la actividad de cada grupo ilegal. Lo antepuesto con la finalidad de obtener información sobre el tipo de delito cometido, los lugares, las fechas, la posible identificación de los victimarios y de las víctimas y el desarrollo de un patrón general del conflicto que podría servir para establecer los criterios de selección y priorización de los delitos. Del mismo modo, se deberá involucrar a través del proceso organizacional y funcional un esquema para la determinación de los delitos y autores criminales a los que van a ser investigados y juzgados. Además, a todas las intuiciones que forman parte del proceso, sin dejar de prestar especial atención a las víctimas y a los victimarios, para facilitar su comprensión y aceptación de la nueva estrategia de selección de delitos.

En otras palabras, se considera que es clave sistematizar todas las tareas pendientes de la ley de justicia y paz, así como las recomendaciones en torno a las experiencias ya recogidas de los pronunciamientos ocurridos, pues ellas servirán como un insumo para el eventual acuerdo con los grupos ilegales y, desde luego, con los agentes del Estado que hayan incurrido en conductas punibles con ocasión del CANI (Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio).

En este orden de ideas, la obligación de establecer criterios de selección y priorización para la investigación penal de los más responsables de los delitos de mayor impacto resulta de vital utilidad y necesidad. Esta adenda configura una herramienta esencial para garantizar un balance idóneo entre los derechos a la paz y la justicia e implica condenas efectivas contra los máximos responsables. Además, se espera que la etapa sirva para ir evitando la impunidad debido al gran porcentaje de investigaciones, los responsables y los procesos que el sistema de justicia afronta y deberá afrontar (López, 2012, p. 572).

A decir verdad, la incorporación de criterios de selección y de priorización por sí solo no es suficiente para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición. Por tanto, es necesario contar con herramientas o instrumentos propios de la justicia transicional como los que se incorporaron en el artículo

66 transitorio de la Carta Política, que de cierto modo facilitarán y garantizarán una solución judicial o extrajudicial a las personas que han sido víctimas de crímenes graves dentro del CANI. Así las cosas, se considera que hay que promover de manera urgente el establecimiento de la Comisión de la Verdad que según las experiencias internacionales parece ser una necesidad esencial en todos estos procesos de transición.

En otras palabras, la estrategia de selección y priorización que se ha adoptado en Colombia no ha sido afortunada, porque, por un lado, el diseño no es coherente con las realidades que afronta el proceso de justicia y paz, por el cúmulo de delitos y autores que se investigan; y por otro, en relación con su implementación, las decisiones proferidas por el tribunal no reflejan la estrategia propuesta por la Unidad de Fiscalía de Justicia y Paz. Esto está resaltando la conexión o el alineamiento con la concepción de la ONU para que sociedades en CANI transiten a la paz sin generar impunidad.

Los principales acusadores del proceso de paz han dicho que habrá impunidad frente a los delitos por no hacer cumplir las penas a los principales victimarios. No obstante, esto es precisamente de lo que trata la justicia transicional, consagrar beneficios jurídicos a criminales bajo la condición de que se revele la realidad de los hechos, se resarzan a las víctimas y se brinden las garantías de no repetición. Con lo anterior, se quiere decir que, de cumplirse con estos requisitos, no habrá impunidad, ya que no se puede pensar que la única sanción sea la prisión o cárcel para los sancionados (González, 2014), pues una postura radical con espíritu carcelero de querer hacer una sociedad basada solo en el sistema de cárcel como única forma de justicia se puede quedar corta al enfrentarse a la realidad que implica construir un proceso de paz.

En ese sentido, los debates más radicales se han dado en torno a la amnistía por la variedad de tendencias interpretativas que podrían entrar en juego, dado que hay argumentos para proscribirla o para aprovecharla. Esto en cuanto no siempre esta institución puede significar impunidad, toda vez que depende de qué tanta verdad, reparación y garantías de no repetición se le brinde a la sociedad (González, 2014).

De tal manera, la Corte Constitucional, en una línea jurisprudencial de revisión de leyes de tratamiento de actores armados ilegales, al ponderar la tensión existente entre la aplicación de medidas a favor de la recuperación de la paz y la aplicación de la justicia frente a sus actuaciones, en el Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio, entregó un nuevo marco jurídico. Sin embargo, fue condicionado a que no pueden cesar las investigaciones y sanciones frente al conjunto de las graves violaciones, a pesar de que se aplique el mecanismo de la priorización y selección de crímenes, así como de que se ofrezcan beneficios penales y que se atiendan compromisos efectivos con la verdad, la justicia y la reparación de víctimas (Villaraga, 2015).

En resumen, los retos de la selección de delitos en la justicia transicional tienen que ver con el aprovechamiento de la experiencia lograda con la aplicación de la

ley de justicia y paz. Además, con la información recolectada por las autoridades, se deberá involucrar a través del proceso organizacional y funcional un esquema para la determinación de los delitos y autores criminales que van a ser investigados y juzgados. Asimismo, la obligación de establecer criterios de selección y priorización para la investigación penal de los más responsables de los crímenes de mayor impacto. Igualmente, el potenciamiento de manera urgente del trabajo de la Comisión de la Verdad, que, según las experiencias internacionales, parece ser una necesidad esencial en todos estos procesos de transición.

## Conclusiones

La priorización de delitos en la ley de justicia y paz ha tenido problemas, porque la mayoría de los seleccionados o postulados son integrantes del nivel raso de los grupos armados al margen de la ley, dado que no tienen la connotación de máximos responsables de delitos. Además, otro problema de esta ley es sobre la calidad de la lista oficial de seleccionados o postulados. Por tanto, se considera que la Fiscalía General de la Nación deberá tener como criterios de selección la gravedad del hecho, la forma en que fueron cometidos, el impacto relacionado, el número de víctimas y la naturaleza de los delitos.

Ahora bien, los tribunales *ad hoc* y el tribunal permanente lograron un gran avance en el DPI, puesto que se ha buscado castigar a los perpetradores de la norma penal internacional. De tal manera, desarrollaron la noción de *crímenes internacionales* como crímenes contra la paz, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

Sin embargo, es de aclarar que el tribunal permanente utiliza una metodología que se basa en filtrar aquellos crímenes internacionales dentro de los más aberrantes, es decir que se encarga de aquellos crímenes que han sido cometidos bajo una estructura de generalidad y sistematicidad. Por esta causa, la CPI en su estructura interna contiene los criterios de selección y priorización, dado que es una institución que no puede contemplar caso por caso, como lo podrían hacer las fiscalías de un Estado. Además, para la implementación de los criterios de selección, se necesita determinar gravedad y representatividad, que obedezcan a principios como el de necesidad y proporcionalidad. No obstante, lo anterior no versa para que no se puedan utilizar los criterios de selección y priorización en la justicia transicional que se aplicará en Colombia.

De esta manera, los criterios de selección por tener en cuenta para investigar máximos responsables, a partir de criterios de selección y priorización, según las experiencias internacionales, son de tipo subjetivo, objetivo y jurídico-político, gravedad del hecho, representatividad del hecho, representatividad del sospechoso, interés público, viabilidad y capacidad. Además, otros criterios que se sugieren tener en cuenta son el interés de la justicia, el grado de responsabilidad del sospechoso y, en un nivel menor, aparecerían los criterios para las consideraciones políticas y prácticas.

Así pues, los retos de la selección y priorización de delitos en la justicia transicional tienen que ver con el aprovechamiento de la experiencia lograda con la aplicación de la ley de justicia y paz. Sumado a lo anterior, con la información recolectada por las autoridades, se deberá involucrar a través del proceso organizacional y funcional de un esquema para la determinación de los delitos y autores criminales que van a ser investigados y juzgados. Asimismo, la obligación de establecer criterios de selección y priorización para la investigación penal de los máximos responsables de crímenes internacionales. Igualmente, el potenciamiento de manera urgente del trabajo de la Comisión de la Verdad, que, según las experiencias internacionales, parece ser una necesidad esencial en todos estos procesos de transición.

Sentado lo anterior, en 2012, la justicia transicional se elevó a rango constitucional a partir del MJP, lo que promovió la aplicación de ciertas medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial y que traen consigo mecanismos judiciales y extrajudiciales. Dichas medidas y mecanismos sientan las bases de una estrategia integral de justicia transicional estatal, que pone los límites jurídicos conforme a lo que el Estado puede realizar en negociaciones con el propósito de poner fin al CANI. De esta manera, la justicia transicional estableció una mejor forma de hacerles frente a las violaciones masivas a los derechos humanos mediante una estrategia integral, que posibilite la articulación de una forma coherente de diversas medidas de persecución penal, esclarecimiento de la verdad y reparación integral de las víctimas. Además, frente a las víctimas se establecieron aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría de justicia transicional. Por una parte, se declararon los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y, por otra, el concepto de justicia transicional conforme a la idea de un modelo holístico, donde el tribunal constitucional deberá encontrar el equilibrio entre los bienes jurídicos y los valores enfrentados.

Además, el Congreso de la República podrá por iniciativa del Gobierno Nacional establecer los criterios de selección de los delitos, entendidos como aquellos que permitan a los jueces concentrar los esfuerzos del sistema jurídico en la investigación penal de los máximos responsables. No obstante, para la selección y priorización, se deberá cumplir con condiciones como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores reclutados ilícitamente al conflicto.

## **Recomendaciones**

Al poder legislativo tener especial cuidado en la ley estatutaria con el listado de crímenes que enumera el MJP y el alcance que les otorga la Corte Constitucional, pues este listado no puede entenderse de modo taxativo, porque, cuando se plasman puntualmente unas violaciones y se dejan por fuera otras, se puede interpretar que se está en presencia de

ciertas jerarquías y graduaciones de crímenes. Esto se traduce en que no hay compatibilidad con los estándares internacionales, en este caso de derechos humanos, pues todo atentado contra ellos es igual de grave y por lo mismo amerita una investigación adecuada por el sistema de justicia.

A la Fiscalía General de la Nación hacer una evaluación a fondo de los resultados logrados con la ley de justicia y paz, particularmente de la estrategia que viene impulsando. Asimismo, de cómo se deberán tener en cuenta los criterios adoptados internacionalmente para realizar el proceso de selección y priorización, ya que no se pueden importar mecánicamente al contexto normativo interno.

Por tanto, en relación con la selección y priorización de crímenes, específicamente cuando se contempla la posibilidad del Estado de renunciar a la investigación penal de casos de graves violaciones, dado que en los casos que vulneran el DPI, los derechos humanos o el DIH, que no resulten seleccionados, consecuentemente podrían llevar a la impunidad. Así las cosas, aquí resulta clave resaltar que existe el deber de investigar, juzgar y sancionar a los infractores, cuando se trata de graves violaciones a los estándares internacionales, ya que esta orientación es irrenunciable según las obligaciones adquiridas internacionalmente.

## Referencias

- Abogados sin fronteras Canadá en Colombia (2014). *Paz con justicia transicional: aportes para Colombia desde el derecho internacional*. Bogotá: Abogados sin fronteras Canadá en Colombia.
- Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- Ambos, K. (2004). *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K. (2007). *La Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Ambos, K. (2009). *Justicia de transición*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K. (2011a). El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. En K. Ambos (ed.), *Ensayos actuales sobre derecho penal internacional y europeo* (pp. 39-116). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ambos, K. (2011b). Introducción y resumen comparativo. En K. Ambos (ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales* (pp. 9-22). Bogotá: ProFis.

- Ambos, K. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal*, 17, 1-30.
- Ambos, K. (2014). *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579/13 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis.
- Aponte Cardona, A. (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bassiouni, M. C. (1982). El derecho penal internacional: historia, objetivo y contenido. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35(1), 5-42.
- Berg, B. L. (1999). *Policing in modern society*. Boston: Butterworth-Heinemann.
- Bergsmo, M. y Saffon, M. P. (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En K. Ambos (ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales* (pp. 23-112). Bogotá: ProFis.
- Cárdenas Aravena, C. (2011). Revisión crítica del criterio “interés de la justicia” como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho*, 18(1), 21-47.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (2012). *El proceso penal de justicia y paz: compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Centro Internacional para la justicia transicional. Recuperado de <https://bit.ly/2JGTEEW>
- Comisión Colombiana de Juristas (2012). *Comentarios al “marco jurídico para la paz”*. Recuperado de <https://bit.ly/2M4w3MB>
- Cote Barco, G. E. y Tarapué Sandino, D. F. (2014). *El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013*. En K. Ambos (ed.), *Justicia de transición y constitución* (pp. 197-272). Bogotá: Temis.
- Decreto 1290/2008, de 22 de abril, por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley.
- De Guzman, M. (2011). Crimes against humanity. En B. S. Bartram (ed.), *Research handbook on international criminal law* (pp. 1-25). Cheltenham: Edgar Elgar Publishing.

- El Tiempo* (2015, marzo 4). El 72% de los colombianos ya apoya el proceso de paz. Recuperado de <https://bit.ly/2sSyoRR>
- Estupiñán-Silva, R. (2012) La “gravedad” de los crímenes de guerra en la jurisprudencia internacional penal. *Revista Colombia derecho internacional* , 20(1), 185-211. Recuperado de <https://bit.ly/2sY7bon>
- Ferreira, M. (2007). Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbito de validez. En *Derechos humanos* (6.ª ed.) (pp. 1-37). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Fiscalía General de la Nación (s. f). *Justicia transicional*. Recuperado de <https://bit.ly/2LyI8bC>
- Gómez Isa, F. (2014). Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 33(2), 35-63. Recuperado de <https://bit.ly/2M7z9zk>
- González Perafán, L. (2014, mayo 29). *Justicia transicional: ¿impunidad?* Recuperado de <https://bit.ly/2HuWvvi>
- Ibáñez Najar, J. E. (2014). *Justicia transicional y las comisiones de la verdad*. Madrid: Instituto Berg.
- International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter) (1946). Recuperado de <https://bit.ly/2sITD9m>
- Intervención del Alto Comisionado para la Paz, Sergio Jaramillo, en la audiencia pública sobre el Marco Jurídico para la Paz en la Corte Constitucional, Bogotá, 25 de julio de 2013. Recuperado de <https://bit.ly/2HuoTxD>
- Jeammaud, A. (1993). Legislación y realidad de la negociación: apuntes para el análisis de sus relaciones. En A. Ojeda Avilés y O. Ermida Uriarte (eds.), *La negociación colectiva en América Latina* (pp. 15-22). Madrid: Trotta.
- Ley 782/2002, de 23 de diciembre, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.
- Ley 975/2005, de 25 de julio, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
- Ley 1424/2010, de 29 de diciembre, por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de

desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.

Ley 1448/2011, 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Ley 1592/2012, de 3 de diciembre, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975/2005, de 25 de julio “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.

López Díaz, C. (2012). Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 515-579.

Medina Leiva, A. y Gómez Hurtado, C. (2002). *El Tribunal Penal Internacional y su jurisdicción* (Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia).

Mejía Gómez, L. F. (2014). *La reintegración social y económica de los grupos armados ilegales en Colombia: reflexiones a partir de la trayectoria de nueve excombatientes* (Tesis de maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia).

Nino, C. (1992). *Un país al margen de la ley: estudio de la norma como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé.

*Laprimera planadelperiodico* (2015, mayo 11). Diez ideas para entender el proceso de paz y diez refutaciones. Recuperado de <https://laprimera planadelperiodico.wordpress.com/2015/05/11/diez-ideas-para-entender-el-proceso-de-paz-y-diez-refutaciones/>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s. f.). *Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia*. Recuperado de <https://bit.ly/2F7e0W6>

Ollé Sesé, M. (2015). El crimen de genocidio (I): génesis y evolución legislativa nacional e internacional. *Serie Working Paper*, 1, 1-15.

Organización de las Naciones Unidas (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Recuperado de <https://bit.ly/1qOFBuU>

Portilla, J. M. y Hernández, A. P. (2010). La evolución y la efectividad de los tribunales penales *ad hoc*. En K. T. Müeller Uhlenbrock y M. Becerra Ramírez (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales* (pp. 207-244). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Resolución 808 (1993) Aprobada por el Consejo en su 3175.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 22 de febrero de 1993.

Resolución 827 (1993) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3217.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993.

Resolución 955 (1994) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994.

Seils, P. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/Seils-COL-PaulSeils-Propuesta%20de%20criterios%20de%20selecci%C3%B3n%20y%20priorizaci%C3%B3n-2012.pdf>

Sentencia C-651/2011, de 7 de septiembre, improcedencia de alegatos antes que el juez resuelva sobre la petición de *absolución*.

Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto, instrumentos jurídicos de justicia transicional.

Salmón, E. (2012). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Teitel, R. G. (2003). Genealogía de la justicia transicional. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94. Recuperado de <https://bit.ly/2HwYjDX>

Valencia Villa, A. (1989). Derecho internacional y conflicto interno: Colombia y el derecho de los conflictos armados. *Colombia Internacional*, 6, 1-7.

Valencia Villa, A. (2013). *Derecho internacional humanitario: conceptos básicos; infracciones en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Valladares Canals, A. N. T. (2011). *La Corte Penal Internacional: a 9 años de su vigencia; Su creación, organización, funcionamiento y los procesos en trámite*. Buenos Aires: Universidad del Salvador.

Velandia Sánchez, A. (2012). *Derecho internacional humanitario: las reglas de los conflictos armados*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Vernet, P. y Nelio Mollar, M. (2009). El concepto de genocidio en el derecho internacional actual a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro. En J. A. Consigli (coord.), *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia: reflexiones en torno al caso de Bosnia contra Serbia sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (pp. 201-229). Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

- Villalpando, W. (2009). El nuevo derecho internacional penal: los crímenes internacionales. *Invenio*, 12(23), 15-35.
- Villarraga Sarmiento, A. (2013). *Corte Constitucional: justicia transicional pero condicionada a evitar impunidad frente a graves violaciones*. Recuperado de <https://bit.ly/2JkYhox>
- Werle, G (2011). *Tratado de derecho penal internacional*. Valenci: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2002). Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal. En L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M. R. Diego Díaz-Santos (coords.), *El derecho penal ante la globalización* (pp. 51-71). Madrid: Colex. Recuperado de <https://bit.ly/1ozOxjG>

## Notas

<sup>1</sup> Artículo de revisión en el marco del proyecto de investigación *Análisis jurídico y politológico a los mecanismos de justicia transicional y de participación política establecidos en el marco jurídico para la paz* (aprobado en Cocein-No. 559-621114-059 por la Universidad Santiago de Cali).

<sup>2</sup> Esto está en relación con la política de reinserción social y económica de personas y grupos alzados en armas con quienes fueron abordadas lógicas generales de las organizaciones ilegales y como consecuencia la condición de excombatientes de grupos armados al margen de la ley, lo cual implica considerar las diversas variables internas o externas que van a incidir en el desarrollo de una política de esta tipología (Mejía, 2014).

<sup>3</sup> Entre los mecanismos extrajudiciales creados por el Gobierno dentro del marco de justicia y paz, se pueden relacionar la Ley 975/2005, de 25 de julio o ley de justicia y paz, que crea la institucionalidad para el proceso penal de justicia y paz, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Grupo de Memoria Histórica; el Decreto 1290/2008, de 22 de abril, el mecanismo para la indemnización de las víctimas; la Ley 1424/2010, de 29 de diciembre o acuerdos de la verdad; la Ley 1448/2011, de 10 de junio o ley de víctimas y de restitución de tierras; y en 2012 la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas, la Unidad de Restitución de Tierras, el Centro Nacional de Memoria Histórica, el Acto Legislativo 1/2012, de 31 de julio; la Ley 1592/2012, de 3 de diciembre o reforma de justicia y paz; y la Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto.

<sup>4</sup> Véase también la intervención de la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, en la Sentencia C-579/2013, de 28 de agosto.

<sup>5</sup> Los delitos internacionales se distinguen de los crímenes internacionales por su gravedad y a quienes afecta. En el caso de crímenes internacionales, el impacto también se torna en el ámbito de la comunidad internacional y aquí es donde se encuentran los diferentes crímenes como el de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Estos crímenes adquieren una trascendencia que obliga al Estado a penalizarlos. Por tanto, para el desarrollo de este trabajo, se emplearán las dos nociones, a saber, delitos y crímenes, en cuanto a que el Gobierno colombiano le otorgó un sentido diferente a la noción de crímenes internacionales, entendidos estos como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (Ferreira, 2007, p. 5; Werle, 2011, p. 99).

<sup>6</sup> En este punto, el tribunal entendió como generalizada la larga escala del ataque y número de víctimas y por sistemático como la organización de los actos de violencia (Apointe, 2011, pp. 35-37).

<sup>7</sup> La incorporación de la noción de *gravedad* fue el resultado de la revisión del tratamiento dado a los crímenes de guerra hasta los juicios de Núremberg. De hecho, en el estatuto y la jurisprudencia de Núremberg, la categoría de crimen no estuvo ajustada al sentido de gravedad de la infracción, sino asociada únicamente a la existencia de una violación del derecho internacional aplicable a los conflictos armados. Esta visión de los crímenes de guerra pretendió no dejar sin castigo las infracciones, aunque algunas de ellas no pertenecieran a la categoría de crímenes en el sentido estricto del derecho penal. Además, el elemento general de la gravedad fue también el producto de la preocupación humanitaria universal ante la apreciación hecha por la comunidad internacional en su conjunto sobre la extensión de la tragedia y del horror de los conflictos armados (Estupiñán-Silva, 2012, p. 192).

<sup>8</sup> Con relación a los criterios, se afirma también que la gravedad del hecho se da en cuanto al crimen cometido (criterio objetivo) y el estatus y grado de responsabilidad del sospechoso (criterio subjetivo). La representatividad del hecho con las finalidades de identificación de los patrones de violencia, el grado de victimización, el efecto para una posible disuasión y reconciliación y, no por último, la obtención de la verdad (en este contexto desempeña también un papel el valor técnico e ilustrativo del caso). Asimismo, la representatividad del sospechoso con miras a su estatus en la fuerza militar o en el grupo responsable de los hechos colectivos y su rol en estos hechos. Conjuntamente, el interés público en la investigación y la persecución del hecho (puede ser relacionado con el criterio anterior). Igualmente, la viabilidad de la persecución (refiriéndose a subcriterios como la persecución de hechos globales, a saber, varios hechos interrelacionados temporal, territorial, material o personalmente, la situación probatoria, la disponibilidad del sospechoso, etc.). Finalmente, la capacidad investigativa del órgano de persecución competente (esto puede variar según la zona, región del país) (Ambos, 2011a).

<sup>9</sup> La Corte Constitucional no diferencia los conceptos de *delito* y *crimen* en cuanto el segundo tiene repercusiones en la comunidad internacional y, por tanto, es más trascendente.

<sup>10</sup> El criterio de interés de la justicia hace referencia a las facultades del fiscal de la CPI para la selección de situaciones por investigar entre las que le son remitidas y casos por perseguir cuando ya se ha autorizado la apertura de una investigación. Si bien existen ya varios trabajos sobre este punto, tienen en común que a ellos subyace la comprensión de que este patrón se aplicaría en supuestos en los que la investigación de ciertas situaciones y la persecución de ciertos casos esté intrínsecamente en contra del interés de la justicia. No obstante,

esta interpretación genera varios problemas. De tal manera, se propone un enfoque, basado en los criterios tradicionales de interpretación de los tratados, que entiende la cláusula en comento como una válvula de escape en casos de excepción, cuyo origen es más bien contingente y externo a la situación o caso en cuestión. Así pues, se pone de relieve cómo esta comprensión resulta más coherente con el sistema jurídico internacional en su conjunto (Cárdenas, 2011, pp. 21-47).

