

29 diciembre, 2012 | ADS Asuntos del Sur

Semana:

<http://www.semana.com/opinion/articulo/examen-preliminar-cpi-caso-colombiano/326053-3>

Examen preliminar de la Fiscalía de la CPI al caso colombiano*

Kai Ambos

El 14 de noviembre, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) hizo público un “Reporte Intermedio sobre la situación en Colombia” (véase aquí la versión original y la traducción al español disponible desde el 4/12/2012). Se trata de un informe de carácter excepcional, ya que la Fiscalía no suele presentar este tipo de informes en la etapa preliminar de un proceso. Al contrario, la divulgación de sus actividades se realiza de manera general a través de la publicación de un “Informe Anual sobre Actividades de Examen Preliminar”. Así, este informe – como dice la misma Fiscalía (párrafo 1) – se debe a la existencia de un “alto interés público” en la situación colombiana y en este sentido es excepcional. La existencia misma de este esfuerzo de la Fiscalía demuestra una vez más la seriedad con la que continúa observando la situación en Colombia.

Lo primero que se debe resaltar con relación al contenido del Reporte es que éste no contiene una decisión frente a la apertura o no de una investigación formal; como tampoco incorpora una “última advertencia” – expresa o tácita – que permita considerar al Reporte como un “ultimátum” para el Estado colombiano, tal como erradamente se ha presentado en algunas oportunidades a la opinión pública en Colombia. Por el contrario, este documento deja muy en claro que Colombia continúa en la fase de examen preliminar en la que se encuentra desde hace más de ocho años y reconoce los esfuerzos del Estado colombiano en la investigación y juzgamiento de posibles crímenes de competencia de la Corte. El Reporte fija incluso algunos puntos en los cuales se focalizarán de ahora en adelante las labores de análisis y observación por parte de la Fiscalía de la Corte, a saber: “i) el seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos relevantes, así como también aspectos jurisdiccionales relacionados con la aparición de ‘nuevos grupos armados ilegales’, ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, iii) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzosos, iv) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y v) los casos de falsos positivos” (párrafo 224).

* Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Juez del Tribunal Estadual (Landgericht). Diego Tarapués, Gustavo Cote y John Zuluaga, quienes colaboran en este artículo, son Doctorandos en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania), becarios del DAAD y miembros del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGö).

En resumen, además de una breve introducción y de una conclusión en la que se definen los cinco puntos mencionados sobre las prioridades en la continuación del examen preliminar, el informe incluye otras dos secciones. En la primera de ellas se trata lo relacionado a la competencia *ratione materiae* o sea referente a los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte (párrafos 30-153). En esta parte la Fiscalía analiza si existe fundamento razonable o no para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Para esto la Fiscalía distingue los crímenes que se atribuyen a actores estatales como a actores no estatales y ofrece una calificación jurídico-penal de varios de los hechos que caracterizan la violencia en Colombia. En la otra sección, el informe se refiere a la determinación de la admisibilidad (párrafos 154-196). Se resumen datos estadísticos sobre condenas proferidas en contra de los distintos actores del conflicto colombiano. Respecto a miembros de grupos guerrilleros se hace énfasis en la sujeción “a la adecuada ejecución de las sentencias” y resalta que “los máximos responsables (en las FARC y en el ELN) de los crímenes más graves en el marco de la situación han sido objeto de genuinas actuaciones judiciales nacionales” (párrafo 161). Frente a miembros de grupos paramilitares el Reporte considera que “estos casos no serían admisibles ante la Corte” ya que “43 de los 46 líderes paramilitares de alto rango aún vivos” han sido “investigados, enjuiciados o condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la CPI” (párrafo 173). Con relación al paramilitarismo, la Fiscalía se refiere también a los políticos que han tenido algún tipo de relación con grupos armados organizados al margen de la ley. El Reporte menciona los resultados judiciales que se ha alcanzado hasta el momento, especialmente las condenas por concierto para delinquir, e informa sobre otras investigaciones que en algunos casos aún sostiene la Corte Suprema por “presuntos crímenes de lesa humanidad” (párrafo 179). Por último, respecto a los oficiales de la fuerza pública, la Fiscalía concluye que si bien muchos de sus miembros “han sido investigados y se han pronunciado medidas disciplinarias, sentencias y penas de prisión, las actuaciones judiciales no se han centrado en determinar la responsabilidad de mandos superiores por la comisión de estos crímenes” (párrafo 196).

Por razones de espacio, a continuación solamente podemos comentar algunos puntos que consideramos especialmente problemáticos.

Interrogantes sobre el método de análisis empleado

En cuanto al método de análisis usado en todo el documento es preocupante el tratamiento puramente cuantitativo de la información analizada, dejando de lado aspectos (jurídicos) cualitativos, indispensables para evaluar adecuadamente los resultados de la administración de justicia colombiana en la persecución penal de violaciones de derechos humanos. Los datos estadísticos sobre procesos y condenas no dicen nada sobre el cómo se llegó a estos resultados, es decir, si se cumplió con los estándares mínimos de un debido proceso o no, asunto que es especialmente dudoso con respecto a las numerosas condenas in absentia (párrafo 160) pero también referente al uso del tipo penal de “concierto para delinquir” (sobre esto volveremos más adelante). De todos modos, el “cómo” no debe ser ignorado por un órgano de una Corte que a su vez se ha comprometido con el cumplimiento del debido proceso (véase por ejemplo el art. 67 del Estatuto de Roma [ER]). En otras palabras, la Fiscalía de la Corte no puede ignorar consideraciones cualitativas en la valoración de los resultados de la administración de justicia de estados territoriales, ni olvidar que un sistema judicial funciona tanto cuando condena, como cuando absuelve, siempre y cuando se respeten los postulados del Estado de Derecho. Un número alto de sentencias condenatorias no puede ser el único parámetro para establecer el éxito de un sistema judicial a la luz del art. 17 del ER, pues este mismo artículo refiere al debido proceso en su inciso 2 y, además, de acuerdo con el art. 21 (3) ER deben ser tenidos en cuenta “los derechos humanos internacionalmente

reconocidos”, entre ellos el debido proceso, en la interpretación del derecho aplicable en el contexto de la CPI.

Por otro lado, se debe reconocer que la Fiscalía se ha preocupado por profundizar en el conocimiento de la situación en Colombia, tarea que no es nada fácil incluso para muchos colombianos debido a la multiplicidad de actores, hechos, procesos judiciales y normas que se relacionan con el conflicto. Sin embargo, el elevado uso de sentencias de altas cortes, de información proveniente de comunicados de prensa, noticias de diferentes medios de comunicación y en general de documentos oficiales, contrasta con el escaso material teórico empleado a lo largo del análisis (con excepción de la nota al pie 249). En este sentido extraña que la Fiscalía de la Corte no tenga en cuenta, por ejemplo, las condiciones de violencia en las que opera el sistema judicial colombiano y que en muchos casos condicionan sus rendimientos. En todo caso, vale la pena preguntarse sobre el nivel de objetividad con que cuenta la Fiscalía de la Corte para evaluar a un Estado como Colombia, si la principal fuente de información y de material estadístico sobre el caso es suministrado precisamente por este mismo Estado.

Problemas de tipo sustancial

Uno de los puntos más significativos del Reporte es la calificación jurídica que la Fiscalía realiza de hechos concretos como los “falsos positivos”. La Fiscalía señala – en el análisis de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad – que hay “fundamento razonable” para reconocer que estos hechos fueron cometidos de manera sistemática y generalizada como una política de Estado y reitera que para verificar el cumplimiento de este requisito basta que la política sea concebida o adoptada a nivel regional o local (párrafos 95 y ss.). Este tipo de análisis ya bastante profundo, es poco común en la etapa procesal en la que se encuentra la situación colombiana, debe constituir en adelante un punto de referencia obligado en la discusión interna sobre esta materia. Se trata del primer pronunciamiento oficial a nivel de derecho penal internacional en el que se establece una posición relativamente clara frente a discusiones técnicas, que hasta el momento no han sido del todo resueltas a nivel interno. Adicionalmente se debe resaltar la mención que la Fiscalía de la Corte hace del desplazamiento interno (párrafos 60 ss) y de la violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano (párrafos 78 ss). Estos dos tipos de crímenes son especialmente problemáticos, debido a su falta de visibilidad (las denuncias son escasas) y a las dificultades técnico-procesales en su investigación. El Reporte llama precisamente la atención sobre la necesidad de priorizar el enjuiciamiento de esta clase de conductas. En consecuencia, el Estado colombiano deberá en el futuro cercano orientar sus esfuerzos al aumento de los resultados en estas áreas.

No obstante lo anterior, el Reporte deja abiertos varios interrogantes e incluso genera algunas confusiones con relación a temas de tipo sustancial. En este sentido es posible mencionar tres aspectos. En primer lugar, sorprende la forma como la Fiscalía trata el delito de concierto para delinquir en el contexto de la “parapolítica”. En el Reporte se distingue entre aquellos funcionarios que han sido condenados únicamente por patrocinar la formación de grupos armados y aquellos que se han visto comprometidos en la perpetración de crímenes más concretos, como homicidios o desplazamiento forzado (párrafo 178). Sin embargo, el número total de condenas por este delito se muestra como un resultado positivo, sin tener en cuenta los problemas sustanciales en su interpretación, en particular su efecto sobrecriminalizador, el cual ha sido fuertemente criticado por la doctrina colombiana (por ejemplo por dos autores de esta columna – véase estudio sobre la Ley 975 de 2005). El Reporte ignora esta situación y no aclara explícitamente, si para efectos de analizar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de los compromisos que se derivan del principio de complementariedad, se han

tenido en cuenta solamente los casos en los que los funcionarios tienen responsabilidad directa en otros crímenes, o también a aquellos que apoyaron concretamente la creación de grupos paramilitares o si son relevantes incluso las condenas de funcionarios cuya responsabilidad penal no va más allá de haber realizado acuerdos de tipo electoral – lo que además no daría lugar a un crimen de competencia de la Corte. En otras palabras, el análisis presentado en el Reporte es insuficiente y deja por fuera aspectos fundamentales para valorar con mayor precisión las condenas por este delito. De hecho, el Reporte da la impresión de que cualquier conducta se valora igual independientemente de su calificación jurídica penal concreta. Este enfoque permite poner en duda la importancia que los principios de legalidad y culpabilidad tienen para la Fiscalía.

En segundo lugar, la Fiscalía de la Corte no hace explícitos los criterios que ha tenido en cuenta para centrar la evaluación de la situación colombiana en los casos de “falsos positivos”, violencia sexual y desplazamiento forzado. Si bien es cierto que la Fiscalía debe priorizar los hechos a investigar – por la sencilla razón de que su capacidad es limitada – y que el mismo Estatuto de Roma le otorga la Facultad para ello, esta priorización y la consecuente selección no pueden ser arbitrarias. Las decisiones que en este sentido toma la Fiscalía se deben fundar en criterios racionales que permitan ejercer control y extraer de ellas lecciones que orienten la labor de los estados territoriales (véase el informe del proyecto GIZ-ProFis sobre selección y priorización). El Reporte deja precisamente en este tema un gran vacío. No es claro, por ejemplo, si desde ya se ha cerrado la puerta para un posible proceso ante la CPI por delitos como la tortura, la desaparición forzada o en general por los crímenes de guerra que puedan ser perpetrados con posterioridad al año 2009 (pero que no constituyen las conductas que la Fiscalía quiere enfatizar). Tampoco es clara la importancia que pueda llegar a tener para la investigación de la Fiscalía un posible enfoque diferencial en la calificación jurídica de delitos como el asesinato o el exterminio. Si bien se hace alusión en varios apartes del Reporte a la violencia ejercida concretamente en contra de sindicalistas, de indígenas y de la población afro-descendiente, esto no se ve reflejado en las conclusiones (por ejemplo, con relación a actores no estatales, párrafo 54).

En tercer lugar, las observaciones que realiza la Fiscalía de la CPI sobre la priorización de casos a nivel interno parecen contradictorias, especialmente a propósito del Marco Jurídico para la Paz y de la Directiva 001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación (párrafo 200 ss del Reporte). Por un lado la Fiscalía de la Corte celebra los esfuerzos del Estado colombiano para priorizar la investigación de los más responsables en la comisión de crímenes internacionales, por otro lado llama la atención sobre la necesidad de no permitir impunidad. O sea, al parecer, la Fiscalía quiere cuadrar el círculo ignorando que cualquier proceso de priorización, selección etc. conlleva necesariamente y a propósito impunidad. De hecho, incluso el sistema internacional de justicia penal, compuesto por tres niveles (estados territoriales, CPI y terceros estados) no puede excluir un grado considerable de impunidad. La Fiscalía de la Corte bien sabe, y lo vive diariamente, que la persecución y sanción de todos los crímenes (internacionales) es una meta irreal, con mayor razón en situaciones de violencia prolongada como lo es el caso colombiano; de ahí surge precisamente la necesidad de priorizar, resaltada por la misma Fiscalía en sus conclusiones, sin, empero, aceptar explícitamente la consecuencia de impunidad.

Confusión en temas procesales penales

El informe también descuida varios aspectos que caracterizan el sistema procesal penal colombiano. El análisis no diferencia suficientemente entre los dos tipos de enjuiciamiento existentes en Colombia, a saber el proceso penal ordinario y el proceso penal especial de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Más bien, en el informe se incurre en generalizaciones que

dificultan un análisis preciso de los resultados de la justicia penal colombiana frente a la investigación y juzgamiento de crímenes de competencia de la Corte. Por ejemplo, la forma en que el informe se refiere al sistema ordinario de justicia penal (el cual incluye las investigaciones adelantadas por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación) es confusa (párrafos 11, 159 y especialmente nota a pie 237), pues se afirma que el mismo se rige por el Código Penal, confundiendo fundamentos sustanciales con procesales penales bajo el rotulo justicia penal ordinaria (el Código Penal también se aplica en Justicia y Paz). En ese punto desconoce la complejidad del sistema procesal penal colombiano, el cual viene delimitado constitucionalmente y es implementado a través del llamado “sistema acusatorio”, pero también por medio del proceso de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) que aún se aplica y otros marcos especiales como el de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Adicionalmente, en el informe se alude a algunas normas como si fueran parte de la Ley de Justicia y Paz, específicamente la Ley 782 de 2002 y el Decreto Reglamentario 128 de 2003 (párrafo 164). Si bien estas normas reglamentan la desmovilización de miembros de grupos armados al margen de la ley y en este sentido la misma Ley 975 remite a ellas, sus ámbitos de aplicación material y subjetivo son diferentes y de hecho en ellas no se regula ningún proceso penal. El desconocimiento de los distintos niveles y regulaciones legales que existen dentro de uno u otro sistema de justicia penal es constancia de una insuficiente comprensión de la complejidad procesal penal colombiana. Esta confusión limita el rendimiento analítico de la forma como se abordan los procesos de desmovilización, desarme y reintegro, así como la manera en la que se valora la continuidad de investigaciones y judicializaciones y las tensiones que existen entre estos dos sistemas. Asimismo se extraña que en el informe no se haga referencia alguna a las múltiples discusiones que el Estado colombiano ha propiciado sobre el principio de oportunidad, en uno u otro proceso, para definir la situación jurídica de aquellos desmovilizados (“soldados rasos”) no postulados al proceso excepcional de la Ley 975, muchos quizás comprometidos en los crímenes internacionales más graves.

De igual manera, es insuficiente la evaluación que se hace en el informe sobre la eficacia de la investigación y judicialización de comandantes paramilitares extraditados a los EE.UU. (párrafos 170-173). La Fiscalía deduce la inadmisibilidad de los casos teniendo en cuenta el número de procesos penales que existen frente al número de líderes de grupos paramilitares (43 procesos frente a 46 líderes paramilitares). Se concluye a partir de estos datos que la justicia colombiana ha funcionado adecuadamente. De esta manera se descuida justamente que varios de estos líderes han sido extraditados y que con ello se ha afectado sustancialmente el impulso de dichos trámites. Vale la pena recordar que la CIDH ha advertido que “la extradición impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes por las vías establecidas por la ley de justicia y paz en Colombia y por los procedimientos criminales ordinarios de la justicia colombiana.” (Véase comunicado CIDH). Es evidente que en la práctica la extradición de los comandantes paramilitares ha causado dificultades legales y logísticas en cuanto a la continuación de las audiencias de Justicia y Paz y la posibilidad de disponer de ellos cómo testigos en procesos contra personas con vínculos con el paramilitarismo. En ese sentido, la Fiscalía de la Corte debió analizar mucho mejor si la extradición representa una exclusión de facto del proceso de justicia y paz y, más aún, un obstáculo determinante de inactividad institucional. Es indudable que fenómenos como la extradición generan dudas que deben ser discutidas en el ámbito de la falta de voluntad o capacidad del Estado para lograr que los desmovilizados, postulados o no, desarrollen una más activa participación en el proceso, aunque es claro que los problemas logísticos-operativos, administrativos y de gestión no pueden confundirse con una inactividad total, ni fáctica ni normativa.

Adicionalmente, resulta sorprendente como la Fiscalía de la Corte entiende y describe el procedimiento especial de la Ley 975 (párrafo 164). A pesar de que el mismo ha sido analizado y discutido en un amplio número de obras (más referencias en nuestro estudio sobre la LJP mencionado arriba), la presentación hecha en el examen preliminar es poco crítica e imprecisa. El Reporte desconoce que es un sistema en el que los presupuestos de determinación de la responsabilidad penal están ligados estrechamente a la colaboración de los postulados, más que a la capacidad del sistema judicial mismo o a la efectividad del sistema judicial colombiano. Entre los problemas que se han presentado en la ejecución de la Ley de Justicia y Paz y que han sido ampliamente discutidos en Colombia se pueden mencionar los siguientes: las dificultades para adelantar las versiones libres y especialmente la falta de controversia en las mismas, el hecho de que la definición de cargos se basa sólo en la aceptación de los mismos por parte del postulado y que la capacidad operativa y logística de la Fiscalía colombiana para constatar la información producto de versiones libres es aún limitada.

En términos generales, el Reporte deja abierta la pregunta sobre si el esquema de enjuiciamiento implementado por medio de la Ley de Justicia y Paz satisface o no los criterios establecidos en el Estatuto de Roma para declarar un caso inadmisibile (Art. 17). Este aspecto resulta de especial relevancia para las negociaciones de paz que el Estado Colombiano adelanta actualmente con grupos guerrilleros y para la cuestión de cómo proceder judicialmente frente a nuevos grupos armados. En el Reporte no se realiza una valoración explícita e inequívoca del modelo de “pena alternativa”, que pueda servir de punto de referencia justamente en las propuestas que surjan, por ejemplo, de las negociaciones de paz. El lector queda con la duda si es aceptable o no la “pena alternativa” para la Fiscalía de la Corte. Si lo es, como parece desprenderse del tratamiento que da el Reporte a la Ley 975, la siguiente pregunta es si un proceso de judicialización sin sanción alguna (por ej. con las FARC) sería también aceptable.

Por otro lado, llama la atención el seguimiento al desarrollo legislativo del marco jurídico para la paz que la Fiscalía de la Corte anuncia en su informe. No es claro en qué sentido se llevará a cabo dicho seguimiento. La Fiscalía no precisa si observa con prevención o sentido crítico esta iniciativa o si por el contrario la valora de manera positiva como un escenario en el que se puede potencializar la idea de complementariedad positiva. Además, deja la sensación de que en Colombia las acciones judiciales son proporcionales a los amplios desarrollos legislativos en materia penal. En ese sentido es sorprendente que la Fiscalía se atribuya el monitoreo y evaluación de desarrollos legislativos – como el marco para la paz y otros relativos al tratamiento de desmovilizados – como si la producción legislativa en Colombia fuera una constancia de la efectividad del aparato judicial (véase nuestra opinión sobre el marco para la paz en semana.com). Como sea, está claro que el desarrollo legislativo como tal no constituye un objeto legítimo de monitoreo por parte de la CPI, pues lo que le debe interesar a ella y a su Fiscalía es, fundamentalmente, el desarrollo de investigaciones y judicializaciones concretas frente a los crímenes del Estatuto de Roma.

Consideración final

A pesar de sus falencias, consideramos que el Reporte constituye un gran esfuerzo por parte de la Fiscalía de la Corte para subsumir la compleja y atípica situación colombiana bajo los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma. En este sentido, el trabajo de la Fiscalía merece todo el respeto de la comunidad internacional y colombiana, tomando en cuenta también los recursos limitados con que tiene que trabajar. De hecho, aquí tenemos el primer informe sobre Colombia en el que se ofrece una calificación jurídico-penal de la violencia en este país y esto ya es un avance en sí mismo. No obstante, si bien es cierto que

algunos temas son tratados de manera adecuada y contribuyen significativamente en el examen aún vigente de la situación en Colombia – como precisamente el tema de los “falsos positivos” –, otros aspectos no lo son y dejan más interrogantes que respuestas. En este sentido el Reporte dificulta establecer con relativa precisión cuál será el curso de la evaluación del caso colombiano. En efecto, no es posible establecer con base en este documento estándares claros que orienten en el futuro las negociaciones de paz, por ejemplo con la guerrilla de las FARC, tampoco respecto al tratamiento de nuevos grupos armados como las denominadas Bandas Criminales. Queda entonces abierta la pregunta de si sería aceptable para la Fiscalía una pena alternativa tipo Ley de Justicia y Paz en otros procesos, o si la Fiscalía llegaría a aceptar incluso una no-sanción. Claro está, el informe refleja la complejidad misma del caso colombiano y las dificultades que de ahí se desprenden incluso para la misma Fiscalía de la Corte. Lo que evidencia la importancia de la cooperación y aprendizaje mutuo entre la justicia penal interna y la internacional.