

Desafíos del Acuerdo de Paz:

de la institucionalidad
a la construcción social

Autores

Diana María Angulo Cardona

Diana María Cuadros De Vílchez

Estefanía Acosta Páez

Nataly Macana Gutiérrez

Paula Lucía Arévalo Mutiz

Yesit Leonardo Silva Medina

COLECCIÓN **INVESTIGACIÓN**



LOS LIBERTADORES
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA

Catalogación en la Publicación Fundación Universitaria Los Libertadores

DESAFÍOS del acuerdo de paz: de la institucionalidad a la construcción social / Diana María Angulo Cardona... [y otros cinco]; – Bogotá: Fundación Universitaria Los Libertadores, 2019.

234 páginas; 26 cm (Colección Investigación)

ISBN 978-958-5478-21-3 impreso | ISBN 978-958-5478-22-0 digital

1. Acuerdos de paz – Aspectos sociales – Aspectos políticos – Investigaciones – Colombia – Siglo XXI
2. Delitos contra la paz – Aspectos sociales – Aspectos políticos – Investigaciones – Colombia – Siglo XXI
3. Derecho Internacional Público – Aspectos sociales – Investigaciones – Colombia – Siglo XXI
4. Relaciones internacionales – Aspectos políticos – Investigaciones – Colombia – Siglo XXI
5. Indígenas de Colombia – Aspectos sociales – Aspectos políticos – Investigaciones – Siglo XXI – Desplazados por la violencia – Aspectos sociales – Aspectos políticos – Investigaciones – Colombia – Siglo XXI
I. Angulo Cardona, Diana María, autora II. Cuadros de Vilches, Diana María, autora III. Acosta Páez, Estefanía, autora IV. Macana Gutiérrez, Nataly, autora V. Arévalo Mutiz, Paula Lucía, autora VI. Silva Medina, Yesit Leonardo, autor VII. Fundación Universitaria Los Libertadores.

303.6 D441a –dc23

CRAIFULL

Primera edición: Bogotá, diciembre de 2018

© Fundación Universitaria Los Libertadores
Bogotá, D.C., Colombia.

Cra. 16 No. 63A-68 / Tel.: 254 47 50
www.ulibertadores.edu.co

Juán Manuel Linares Venegas
Presidente del Claustro

María Angélica Cortés Montejo
Vicerrectora General

Luis Ignacio Aguilar Zambrano
Vicerrector de Investigación

© *Diana María Angulo Cardona, Diana María Cuadros De Vilchez, Estefanía Acosta Páez, Nataly Macana Gutiérrez, Paula Lucía Arévalo Mutiz, Yesit Leonardo Silva Medina*
Autores

Lorena Panche
Corrección de estilo

Precolombi EU, David Reyes
Diagramación

Diego A. Martínez Cárdenas
Coordinador Editorial

Los autores declaran que esta investigación fue financiada por la Fundación Universitaria Los Libertadores en el marco de la Convocatoria de Investigaciones internas de la institución.

Los conceptos emitidos en esta publicación son responsabilidad expresa de sus autores y no comprometen de ninguna forma a la Institución. Se autoriza la reproducción del texto citando autor y fuente, únicamente con fines académicos. En caso distinto, se requiere solicitar autorización por escrito al editor.

Contenido

Capítulo 1. Los retos institucionales y sociales del Acuerdo de Paz	11
<i>Diana María Cuadros De Vílchez</i>	
Introducción	11
1. Por qué hablar de desafíos del Acuerdo de Paz	13
2. Los desafíos del Acuerdo de Paz: la trama común	15
Referencias bibliográficas	19
Capítulo 2. Análisis de la reincorporación en Colombia: experiencias pasadas y estado actual	21
<i>Estefanía Acosta Páez</i>	
Introducción	21
Metodología	22
1. Reintegración o reincorporación: una relación necesaria con el desarme y la desmovilización	23
2. Experiencias del pasado: procesos de reincorporación en Colombia	26
3. La reincorporación en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional de Colombia y las FARC EP	31
4. Retos para el futuro: la Agencia Nacional de Reincorporación y la Normalización	42
Conclusiones y recomendaciones	44
Referencias bibliográficas	46
Capítulo 3. La investigación por análisis de contexto en los procesos de justicia transicional: una visión desde el análisis político criminal	51
<i>Nataly Macana Gutiérrez</i>	
Introducción	51
Metodología	52
1. Identificación de retos para la investigación por análisis de contexto en relación con la JEP	53
2. Política criminal	54

	3. Justicia transicional	67
	4. Investigación por análisis de contexto	79
	Conclusiones	87
	Referencias bibliográficas	89
Capítulo 4.	<i>Accountability</i> participativo de las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz	95
	<i>Diana María Cuadros De Vélchez</i>	
	Introducción	95
	Metodología	96
	1. Democracia y mecanismos de <i>accountability</i> participativos en el ámbito de la justicia	97
	2. Mecanismos de <i>accountability</i> participativo (MAP) para las víctimas en el derecho internacional	108
	3. Acuerdo de Paz, Jurisdicción Especial para la Paz y mecanismos de <i>accountability</i> para las víctimas	114
	4. Los mecanismos de justicia transicional (JT) y el actual modelo colombiano	132
	Conclusiones y recomendaciones	145
	Referencias bibliográficas	147
Capítulo 5.	Mecanismos de articulación y coordinación entre la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI): nuevos desafíos para el pluralismo en Colombia	155
	<i>Paula Lucía Arévalo Mutiz</i>	
	<i>Yesit Leonardo Silva Medina</i>	
	Introducción	156
	1. Conflicto armado y víctimas indígenas en Colombia: aproximación a la construcción de un enfoque diferencial étnico	158
	2. Recorrido jurídico del Acuerdo Final para la Paz hasta el diseño de mecanismos de coordinación y articulación entre la JEP y la JEI	165
	3. Mecanismos de coordinación y articulación entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena	180
	A manera conclusión	198
	Referencias bibliográficas	200

Capítulo 6. Retos de la educación superior en el posconflicto colombiano	205
<i>Diana María Angulo Cardona</i>	
Introducción	205
1. Marco conceptual	206
2. Cuál ha sido históricamente el papel de la educación en situaciones de posconflicto: lecciones aprendidas	212
3. Análisis del caso colombiano frente al papel de la educación superior en el posconflicto	215
4. Retos de la educación superior en la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera	216
5. Retos de las instituciones de educación superior como uno de los actores que coadyuvan en la prevención del conflicto	219
Conclusión	223
Referencias bibliográficas	223
Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones finales	227
<i>Estefanía Acosta Páez</i>	
<i>Nataly Macana Gutiérrez</i>	
<i>Diana María Cuadros de Vílchez</i>	
<i>Yesit Leonardo Silva Medina</i>	
<i>Paula Lucía Arévalo Mutiz</i>	
<i>Diana María Angulo Cardona</i>	

CAPÍTULO 3

La investigación por análisis de contexto en los procesos de justicia transicional: una visión desde el análisis político criminal

Nataly Macana Gutiérrez¹

Palabras clave: política criminal, política pública, justicia transicional, investigación por análisis de contexto, priorización, máximos responsables.

Introducción

Al finalizar un conflicto, sea de carácter internacional o no internacional, es necesario establecer los hechos que tuvieron lugar en el contexto de las situaciones de hostilidad, así como las responsabilidades que se derivan de los mismos. Esto, teniendo en cuenta que la comisión a gran escala de violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario se consideran lesivas para los intereses jurídicos internacionalmente protegidos como se ha señalado por la comunidad internacional en el preámbulo del Estatuto de Roma.

En virtud de lo anterior, se ha establecido como una obligación de los Estados la búsqueda de la verdad y justicia, que lleva a una reparación para

¹ Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino. LL.M en Derecho de la Universität Konstanz de Alemania. Docente de tiempo completo de la Fundación Universitaria los Libertadores.

todas aquellas víctimas de los hechos violentos. Por ello es de gran relevancia entender cómo el Estado reacciona política y criminalmente a las necesidades de un contexto de conflicto, en donde los hechos responden a una sistematización y son ejecutados a un nivel de escala diferente a la criminalidad común.

En el caso colombiano, la respuesta a esas obligaciones internacionales se ha dado en el marco de procesos de justicia transicional, que se caracteriza por la negociación entre las partes en conflicto y que genera concesiones en los marcos punitivos con miras a la obtención de la paz. Colombia llevó a cabo procesos de justicia transicional como Justicia y Paz, con los llamados ‘paramilitares’, a través de los cuales se evidenció la necesidad de contar con medios de investigación penal no contemplados previamente por el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, el presente escrito, de carácter descriptivo y conceptual, busca determinar si la investigación penal por análisis de contexto es una medida de política criminal efectiva, en relación con la búsqueda de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición como pilares fundamentales de un proceso de justicia transicional. Lo anterior, con el propósito de identificar los retos que el uso de este tipo de investigación penal plantea para el proceso de justicia transicional con las FARC EP.

Con este propósito, el presente texto se estructura en seis partes. Se inicia con la identificación de los retos de la investigación por análisis de contexto en relación con el proceso de justicia transicional con las FARC EP. Continúa con un acercamiento a la política criminal del Estado y sigue con un análisis de la justicia transicional como un mecanismo consensual de terminación del conflicto. Finalmente realiza un análisis político criminal de la investigación por análisis de contexto.

Metodología

La metodología del texto es de tipo cualitativo, a través del cual se describen y analizan conceptos con el propósito de identificar y aislar los mismos, así como las categorías de la conducta, y de esta forma encontrar el sentido en el actuar del sujeto objeto de estudio. Responde a una estrategia de investigación documentaria, a través de la cual se buscó reunir la información relacionada con el tema en estudio y los componentes teóricos seleccionados.

En cuanto a estrategias, el texto i) recolectó y sistematizó información alrededor de las categorías política criminal, política pública, justicia transicional e investigación por análisis de contexto; ii) analizó la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, en adelante FGN, así como el análisis de la investigación por contexto en el proceso transicional de justicia y paz; iii) analizó el Acuerdo Final de Paz entre las FARC EP y el Gobierno colombiano; iv) realizó una revisión doctrinal donde se evidenciaron razones o elementos

para la adopción de métodos de investigación por análisis de contexto, y vii) justificó la idoneidad del método de investigación por análisis de contexto.

1. Identificación de retos para la investigación por análisis de contexto en relación con la JEP

En los procesos de búsqueda de la verdad procesal propios de la justicia penal, el papel de los métodos investigativos es esencial en la medida en que permiten determinar los hechos acaecidos que llevan a la imposición de penas privativas o no privativas de la libertad, de forma tal que es el mecanismo por el cual los principios propios del sistema penal garantista encuentran su realización. Lo mismo sucede cuando se crean e implementan procesos propios de la terminación de conflictos armados de carácter no internacional como lo son los mecanismos de justicia transicional. Sin embargo, una de las características propias de las situaciones de conflicto es la comisión de conductas sistemáticas que incluso pueden configurar los crímenes propios de la competencia *ratio materiae* de la Corte Penal Internacional. Esto conduce a que los mecanismos de investigación penal deban variar con el propósito de dar cumplimiento a los principios fundamentales de este tipo de justicia, es decir, la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

En el presente escrito se evidencia que la política criminal requiere de un análisis que funja como un marco de referencia en el proceso de diseño y control de este tipo de políticas públicas. Ahora bien, a través del análisis de la política criminal es posible evaluar las estrategias elegidas por el Estado para hacer frente a la criminalidad. Es por ello que en el presente escrito se estudia la decisión del Estado colombiano de incorporar a través de directivas de la Fiscalía General de la Nación, el método de investigación por análisis de contexto, el cual fue implementado en el proceso de Justicia y Paz.

De esta forma, se evidencia que pese a algunos resultados de Justicia y Paz, el método de investigación en procesos de justicia transicional es un reto propio del mismo mecanismo alternativo de terminación del conflicto. En Colombia, el método seleccionado para la Justicia Especial para la Paz corresponde a la Investigación por análisis de Contexto (IAC), lo que incluye la priorización y los máximos responsables. Esto, según se evidencia en el texto final del Acuerdo entre las FARC EP y el Estado colombiano, así como en el borrador elaborado por el tribunal.

De esta forma, el reto está en comprender que para lograr los alcances propios de este mecanismo de investigación, el cual requiere de profesionales de diversas disciplinas que ayuden en la construcción de los marcos contextuales y, la identificación de los sujetos que diseñaron, implementaron e impartieron órdenes para la comisión de conductas sistemáticas, se necesita de

órganos conformados por personas capacitadas en este tipo de mecanismos de investigación. Igualmente, la investigación por análisis de contexto está diseñada para seleccionar, del universo de conductas acontecidas durante el periodo del conflicto, aquellas que respondan a los criterios de priorización que señale el tribunal establecido en el mecanismo de justicia transicional.

Esto lleva a la necesidad de acercar a la población civil a los factores y características propias del método de investigación penal adoptado para alcanzar los fines del Acuerdo, de manera que se comprenda que la selección de los casos en razón de la priorización no significa per se impunidad, sino que por el contrario, a través de los mismos, se esclarecerá y condenará a los máximos responsables de las conductas desplegadas durante el conflicto. Igualmente, la justicia transicional contempla mecanismos alternativos como la creación de la Comisión de la Verdad, para esclarecer los hechos propios del conflicto armado de carácter no internacional. La identificación de estas necesidades se alcanzó a través de la revisión del tema que se realizó en el presente escrito.

2. Política criminal

a. De la política criminal como política pública

Los Estados modernos cuentan con sistemas jurídico-penales que pueden ser de corte autoritario o garantista. El Estado colombiano, de conformidad con su carta política, adoptó un sistema penal garantista, el cual encuentra sustento en el respeto de unos axiomas básicos², en el ejercicio del poder punitivo, así como en el desarrollo de la investigación penal.

Los sistemas garantistas se caracterizan porque el sistema penal “está justificado solo si, y en la medida en que, se satisfagan efectivamente las garantías de las que está dotado” (Ferrajoli y Carbonell, 2008, p. 195). Es así como el esquema garantista representa un cambio de paradigma frente a los sistemas de los siglos xx y comienzos del xxi, en los cuales el derecho penal era una representación del poder punitivo del Estado, dirigido a la imposición de castigos derivados de la comisión de una conducta desviada “en cuanto en sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella la persona del delincuente,

2 De acuerdo con el profesor Ferrajoli, en su texto *Derecho y razón*, los axiomas del derecho penal garantista son: *Nulla poena sine crimine* (principio de retributividad), *nullum crimen sine lege* (principio de legalidad), *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad), *nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad), *nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad), *nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad), *nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad), *nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio), *nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba) y *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio) (Ferrajoli, 2014, p. 93).

de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo” (Ferrajoli, 2014, p. 41).

De esta forma, el derecho penal moderno de corte garantista puede ser definido como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para la garantía de los derechos consagrados en las constituciones” (Ferrajoli y Carbonell, 2008, p. 199). Es decir, el sistema penal garantista no solo es la imposición de un castigo en virtud de la comisión de una conducta desviada, sino que el mismo debe aplicarse con respeto de los derechos y garantías que el Estado, a través del derecho constitucional, ha establecido. Es por ello por lo que Ferrajoli y Carbonell (2008), señalan que el derecho no se puede concebir como un instrumento de la política sino que, por el contrario, la política es un instrumento de actuación del derecho.

En virtud de lo anterior, se hace necesario que el Estado cuente con una política criminal que responda no solo a los estándares propios de un derecho penal garantista, sino también a la realidad propia de la sociedad colombiana. Es por ello por lo que es necesario en un primer momento definir lo que se entenderá por política criminal en el presente texto.

La política criminal suele ser entendida como “una manifestación de la actividad del poder público en relación con la criminalidad o como un conjunto de conocimientos que aportan argumentos y principios para prevenir y disminuir la presencia del delito” (Borja Jiménez, 2003, p. 130). A partir de esta definición se identifican como elementos esenciales del concepto política criminal los siguientes: i) actividad de poder, ii) criminalidad y iii) prevención y disminución del segundo elemento.

Por su parte la Corte Constitucional define la política criminal como

(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito³. También puede ser jurídica, como cuando

3 La Corte Constitucional realizó en relación con la índole social de la política criminal la siguiente aclaración que se considera pertinente en relación con el tema abordado en este acápite:

Las autoridades académicas francesas en materia de política criminal le otorgan a la respuesta social frente al fenómeno criminal una dimensión especial. En efecto han desarrollado una tipología de políticas criminales a partir de la diferenciación entre respuesta estatal, de un lado, y respuesta social, de otro lado. La respuesta social se dirige a los comportamientos desviados,

se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica (Corte Constitucional, 2001).

A partir de la definición expuesta es posible señalar que para la Corte Constitucional la política criminal es amplia toda vez que no la reduce al ámbito jurídico penal sino que, por el contrario, la definición expuesta reviste características de análisis sobre el fenómeno criminal, así como sobre la tutela de bienes jurídicos como de la aplicación de los instrumentos necesarios para la concreción de este tipo de política (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Lo anterior conduce a que la política criminal no sea la represión, sino que la misma se componga de diferentes instrumentos de la política pública.

De esta forma, la política criminal se enfoca en los comportamientos socialmente reprochables a través de diferentes medidas como las jurídicas, culturales, económicas, etc. Por lo tanto, se puede entender que la “dimensión penal de la política criminal es aquella establecida por el legislador a algunos conflictos sociales que considera de mayor relevancia, los cuales son diversos y plurales entre sí” (Romero Sánchez *et al.*, 2017, p. 45), lo que permite que el Estado dé aplicación real al principio de *ultima ratio*⁴ como elemento esencial de un derecho penal garantista.

El concepto expuesto anteriormente de política criminal de Borja Jiménez (2003) entiende que esta disciplina tiene dos dimensiones: una política, la cual hace referencia a la forma de gobierno del Estado; y otra que representa una exteriorización de la manera como el Estado trata y hace frente al fenómeno criminal. Esto lleva a que el Estado, en la búsqueda de respuestas a estos problemas, decida aportar una serie de propuestas, decisiones, criterios, argumentos y soluciones que se hallan dentro del ámbito de lo político, por lo

mientras que la respuesta estatal se dirige a las infracciones. Según esta concepción, cuando la respuesta estatal también se encamina a “normalizar” los comportamientos desviados la política criminal empieza a adquirir visos totalitarios o autoritarios (Corte Constitucional, 2001).

4 El principio de *ultima ratio* permite entender que, toda vez que el derecho penal es la más dura de las intromisiones del Estado en la libertad del ciudadano, la misma solo es posible siempre que otros medios menos duros no fueran suficientes en la protección del bien jurídico (Roxin, 2014, §29).

cual podemos señalar que desde esta dimensión estamos frente a un sector de la política destinado exclusivamente a tratar el fenómeno de la criminalidad.

Ahora bien, es posible señalar de conformidad con Romero Sánchez *et al.* (2017), que la política criminal de un Estado se da a través de tres niveles de criminalización: un primer nivel, que responde al proceso propio de construcción y definición de las normas y estrategias penales. El segundo nivel de criminalización hace referencia a los procesos de investigación y juzgamiento, mientras que el tercer nivel se refiere a la ejecución de las sanciones penales en sus diversas formas.

De conformidad con la Corte Constitucional (2015), en la Sentencia T-762 de 2015, la criminalización primaria es el momento en donde se definen los comportamientos considerados delitos. En el caso de la criminalización secundaria, en la misma se busca determinar si el individuo es responsable de la conducta típica y antijurídica, mientras la criminalización terciaria se refiere a la ejecución penitenciaria.

Esto permite señalar, según Romero Sánchez *et al.* (2017), que la política criminal es una política pública que está atravesada por tres categorías: i) un objeto de intervención que sería la conducta señalada socialmente como reprochable, a la cual se dirigirá la norma, política, estrategia o medida; ii) los medios con los cuales se intervendrá la conducta señalada como desviada, y iii) los fines que desde la política criminal se buscan a través del catálogo de medidas previamente señalado.

Lo expuesto previamente permite concretar la definición de política criminal de la siguiente manera:

una especie de las políticas públicas que tiene como objeto aquellos comportamientos criminalizados (delitos y contravenciones), frente a los cuales puede proponer un amplio catálogo de medidas y de fines que corresponden a consideraciones éticas (sobre la justicia y el reproche) y políticas (sobre la conveniencia, pertinencia y legitimidad). Esta política criminal deberá ser entendida como una política de carácter prescriptivo, cuyo objeto podrá variar de acuerdo con distintas consideraciones sociales (Romero Sánchez *et al.*, 2017, p. 47).

Así pues, Binder (2010) señala que la política criminal debe abordarse como una política pública emprendida por el Estado, encaminada a prevenir, mitigar y dar tratamiento a la criminalidad. Para lograr dichos propósitos, Letner (2006) identifica como necesario que converjan los poderes del Estado toda vez que, como instrumento del mismo, la política criminal es un reconocimiento de la existencia del poder punitivo, para lo cual, debe entenderse, según Díez Ripollés (2012), que la política criminal es el resultado “de decisiones políticamente previas sobre cómo debe ejercerse, y sólo más tarde ese modelo

se acomodará, limitadamente, a las necesidades reales de la lucha contra la delincuencia” (p. 38).

En consecuencia, Binder (2010) entiende que la política criminal se transforma en un fenómeno social, político, de naturaleza histórica, que se ve constantemente influenciado por los intereses de diversos y variados actores, en un contexto en donde el poder penal adquiere un sentido; por lo cual, al ser formulada e implementada, contará con características propias que implican: i) un ejercicio de violencia estatal que no debe ser un hecho aislado o circunstancial; ii) dicho ejercicio debe responder a una necesidad tangible; iii) en su ejecución ha de contar con diversos niveles de participación; iv) procurará un efecto que debe superar el ejercicio de la sola violencia; v) su formulación se caracterizará por cierto nivel de “ritualización”, y vi) buscará constantemente una justificación.

Ahora bien, Borja Jiménez (2003) entiende que la segunda dimensión está referida a la política criminal como una disciplina o un sector del conocimiento, en donde la misma es concebida como teoría, y está destinada a estudiar la orientación y los valores que sigue o protege, o deberían seguir o proteger las legislaciones penales tanto de forma material como procedimental, así como el conjunto de medidas administrativas o sociales que inciden en la criminalidad, tomando como punto de referencia que las mismas se adecúan a los valores y al concreto modelo social y político que se defiende.

Es por esto por lo que la política criminal, desde esta dimensión, constituye el conjunto de conocimientos, argumentos y experiencias que se relacionan especialmente con el derecho penal, estudiando las orientaciones políticas, sociológicas, éticas o de cualquier otra índole que se encuentren en instituciones vigentes del derecho penal, al mismo tiempo que aporta criterios teóricos de justicia, eficacia o de utilidad dirigidos al legislador para que lleve a cabo las reformas de ley de forma racional, de manera tal que se satisfagan los objetivos de hacer frente al fenómeno criminal, salvaguardando al máximo no solo las libertades sino las garantías de los ciudadanos.

De esta forma, la política criminal se entiende desde dos corrientes, las cuales han sido desarrolladas y expuestas por los profesores Roxin y Muñoz (2006): la política criminal en sentido amplio y la política criminal en sentido estricto. En sentido amplio se entiende que esta disciplina abarca el conjunto de medidas destinadas a prevenir el fenómeno criminal y a tratar a la persona que cometió la infracción, ya sea social, económica, administrativa o de otra naturaleza (Borja Jiménez, 2003). Con respecto a la política criminal en sentido estricto, esta está limitada al marco del derecho penal formal y material, en donde se toman en consideración específicamente las conductas penales. Esta corriente es denominada por el profesor Roxin (2014) como política penal, con lo que distingue entre la política criminal legislativa y la política criminal dogmática.

Esta distinción es explicada por Borja Jiménez (2003) en los siguientes términos: la política criminal legislativa se entiende como el ámbito de la política criminal en sentido estricto, donde se tienen en cuenta los fundamentos que guiaron al legislador en la configuración de la ley penal como una herramienta en relación con el delito y las formas de autoría y participación, razones que suelen quedar en una zona gris que lleva a que los mismos sean gaseosos. En cuanto a la vertiente de la política criminal dogmática, se entiende que estamos dentro del ámbito de competencia del operador jurídico, el cual tiene la misión de interpretar y aplicar la ley adoptada por el legislador. Sin embargo, este operador jurídico debe hacer referencia a la política criminal para poder tomar decisiones que se correspondan con las exigencias mismas del ordenamiento jurídico.

La función del operador judicial a través del contexto de la vigencia de los factores político-criminales consiste en determinar cuáles son los aplicables al caso concreto, de forma tal que puedan ser más comprensibles, racionales y eficaces (Roxin, 2014). Este es el punto en donde, para el profesor Roxin, de conformidad con la interpretación de Borja Jiménez (2003), se relacionan la política criminal con la realidad social, es decir, con la búsqueda de la resolución satisfactoria del conflicto social llevando a la toma de decisiones justas ante los problemas que se presentan en el sistema penal.

Antes de entrar a profundizar sobre el diseño y los alcances de una política criminal en relación con la investigación penal en un proceso de justicia transicional, es necesario definir lo que se entiende por política pública, toda vez que es el elemento central del concepto adoptado.

Sin embargo, es necesario subrayar previamente, que como lo señala la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), en un Estado Social de Derecho es necesario que la política criminal no solo responda a los principios y normas contenidos en la Constitución Política, sino que además se requiere que los mismos respondan a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado y, en el caso colombiano, parte integrante del concepto de bloque de constitucionalidad⁵.

5 El bloque de constitucionalidad ha sido definido por la Corte Constitucional como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu (Corte Constitucional, 1995).

i. Aproximación al concepto de política pública

Como se evidenció previamente, el concepto de política criminal encuentra sustento en el concepto de política pública. De esta forma, un primer acercamiento a este concepto nos permite señalar que el mismo es

(...) un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener (Velásquez Gavilanes, 2010, p. 156).

Según Velásquez (2010), su definición es de carácter descriptivo, por lo cual, dentro de la misma, contempla desde políticas estatales hasta los programas o proyectos que se desarrollan a nivel municipal, sin que se requiera la existencia de planes de desarrollo para garantizar su existencia. Del mismo modo, la definición que expone permite reconocer el aspecto político de las políticas públicas a partir del proceso integrador, cuya función corresponde a las autoridades para poder definir qué situaciones son problemáticas y requieren objetivos e instrumentos de intervención. Es de esta forma como el concepto desarrollado por Velásquez (2010) se compone de cuatro elementos:

1. Proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos.
2. Proceso adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares.
3. Proceso encaminado a prevenir o solucionar una situación definida como problemática.
4. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener.

A partir de estos elementos, es posible evidenciar que toda política pública cuenta esencialmente con acuerdos y con instrumentos a partir de los cuales se pretende alcanzar los objetivos que fueron acordados, por lo que podemos señalar que la política pública debe contar con medidas concretas para hacer frente a la problemática (Muller, 2010). De esta forma la política pública es un proceso y un subsistema que será producida, según Velásquez (2010), por “analistas, sean los funcionarios responsables de su formación o control o las personas que la estudian o tratan de incidir en ella”; por lo tanto, y toda vez que quienes las formulan son personas, las mismas se verán afectadas “por las ideologías, enfoques y experiencias de los analistas” (p. 162). Todo lo anterior hace que las políticas públicas en términos de Yves y Thoenig (1992)

no estén siempre “fundamentadas sobre perspectivas explícitamente definidas, racionalmente articuladas entre sus elementos, ni permanentes en el tiempo”(p. 75).

Un punto importante a resaltar es el papel fundamental del Estado, toda vez que al hablar de un Estado sin política pública estaríamos frente a un sistema político “sin rumbo ni horizonte, concentrado en la distribución del poder y la riqueza entre los agentes políticos y sociales” (Ortegón Quiñones, 2008, p. 18). Esto conduce a que sea necesario entender el Estado⁶ como un sujeto responsable de manera directa o indirecta en el proceso de creación e implementación de las políticas públicas, por lo cual estas se convierten en una de las expresiones más claras de la existencia política de un Estado (Torres-Melo, 2013, p. 24). Esto permite afirmar, siguiendo a Quintero Navas (2011), que el análisis de política pública es un mecanismo para examinar al Estado en el despliegue de las acciones propias de su naturaleza. En este se busca aportar, a través de la generación de conocimiento, propuestas relevantes para la optimización de la acción del mismo.

A partir de lo anterior, se puede concluir que las políticas públicas son elementos vitales para el Estado en la búsqueda del cumplimiento de sus funciones, sin que sean exclusivamente instrumentos del mismo, toda vez que se convierten en canales de comunicación entre el grupo social y el ente estatal (Torres-Melo, 2013). Es por ello que el Estado debe frente a las políticas públicas, como lo señalan Binetti y Carrillo (2004): i) garantizar que las mismas sean adaptables si se presenta un cambio de circunstancias, ii) asegurar que las diferentes políticas son coherentes, incluso cuando se generan nuevas políticas y iii) garantizar una coordinación efectiva de los actores que operan en un mismo ámbito.

Así pues, es necesario evidenciar cómo interacciona el Estado con la sociedad en relación con la implementación de las políticas públicas. Oszlak (2009) señala que estas interacciones se pueden analizar a través de una triple relación, de esta forma:

Estas relaciones apuntan a decidir cómo se distribuyen, entre ambas instancias, la gestión de lo público, los recursos de poder y el excedente económico. Estos tres planos de interacción entre Estado y sociedad tienen conexiones recíprocas y se vinculan con las características del modelo de organización económica y reproducción social subyacente: (a) en un plano funcional se limitan a fijar las reglas de juego y a asignar las respectivas responsabilidades en la división social del trabajo;

6 Es posible definir el Estado “como la macro institución social encargada de administrar el desarrollo, de concentrar y distribuir el poder político y de orientar la toma de decisiones sociales” (Ortegón Quiñones 2008, p. 19).

(b) en un plano material, a dirimir los patrones de distribución del excedente social y (c) en un plano de la dominación, a establecer la correlación de poder entre las diferentes fuerzas e instituciones sociales. La agenda del Estado se ve modificada por los procesos que tienen lugar en cada uno de estos planos, así como por los que vinculan a los mismos entre sí (p. 12).

Adicionalmente, es necesario señalar, como lo hace Oszlak (2009), que en los gobiernos democráticos existe una apertura frente al papel de la sociedad civil, la cual demanda del Estado una gestión de resultados a través del aumento de los mecanismos e instancias establecidos por el mismo y que permite determinar la responsabilidad de sus agentes.

Esto nos permite afirmar que es a través de las políticas públicas como es posible evidenciar cuál es la visión del grupo social en específico, por lo cual la influencia en relación con las políticas públicas no es solo en una relación directa entre Estado y sociedad, sino que permiten discernir el tipo de Estado del sistema social en estudio, como lo señala Torres-Melo (2013). Este autor considera que las políticas públicas se desarrollan por fases⁷ interdependientes que permiten definir la agenda, formular, implementar y evaluar una problemática previamente identificada.

Cada fase cuenta con una definición que permite comprender el proceso de elaboración de la política pública:

- Formación de agenda: esta fase puede ser definida como el momento en el cual “ciertos problemas o cuestiones llaman la atención seria y activa del gobierno como posibles asuntos de política pública” (Elder y Cobb, 1993, p. 77). De esta forma, Quintero (2011) señala que en esta fase el interés está en determinar por qué cierto tema se convierte en público y requiere de una acción del Estado.
- Formulación de la política pública: esta fase consiste en la discusión, aprobación y diseño del proceso de implementación de la política, para lo cual se requiere de la convergencia e intercambio entre los diferentes actores políticos del Estado. Esta fase se considera por Torres-Melo (2013) como la conclusión del proceso de análisis sobre la problemática identificada, así como de la valoración de las opciones políticas disponibles y aceptables, lo que se traduce en un plan de manejo y selección del tratamiento que debe darse a la problemática.

7 Se aclara que el ciclo de las políticas públicas que se relaciona en el presente texto no implica que estas se comporten en fases separadas o en un orden estricto, sino que en muchas ocasiones las mismas se sobreponen, se presentan en un diferente orden o no se presentan (Torres-Melo, 2013, p. 66).

- Procesos de implementación: la implementación es definida como “el proceso de interacción entre la configuración de objetivos y las acciones para alcanzarlos” (Parsons, 1995, p. 464). Sin embargo, a esta definición se le suma, en palabras de Torres-Melo (2013), que esta fase de la política pública consiste en poner en funcionamiento la decisión de política básica que se tomó a través de un estatuto, orden ejecutiva o decisión de la justicia.
- Evaluación de las políticas públicas: según lo señalado por Dunn (2012), esta fase se entiende como el proceso analítico a través del cual se evalúa el desempeño de la política, la cual sirve de base en la intervención que el Estado hace de la problemática, proporcionando valoraciones sistémicas y objetivas de su diseño, gestión y resultados alcanzados, en relación con lo que se esperaba de la misma.

ii. Análisis de política pública

Se suele señalar en la literatura que existen dos tipos de enfoques frente al análisis de las políticas públicas, que serían aquellos que se concentran en el proceso de formación de la política pública y aquellos centrados en las dinámicas políticas alrededor de las mismas (Torres-Melo, 2013, p. 35). Por esta razón, para hacer entendible el análisis de políticas públicas, Torres-Melo (2013) ha señalado la existencia en la academia de tres marcos teóricos: i) enfoque de planeación racional⁸, ii) enfoque cognitivo-discursivo de la política pública⁹ y iii) enfoque de estructura de gobierno¹⁰. Para los propósitos del presente texto se da prelación al enfoque de planeación racional, el cual señala que la construcción de las políticas públicas debe darse desde la administración racional del Estado, de manera tal que exista una capacidad de regular eficientemente los sistemas sociales en los cuales se crea la misma. Lo anterior, a través de la identificación del problema, la creación de la política pública y la retroalimentación de la misma (Torres-Melo, 2013, p. 38; Roth Deubel, 2015).

8 “Estudios buscan imprimir al proceso político de la construcción de opciones de política la objetividad del análisis racional. Los procesos de formación política pueden ser desarrollados de acuerdo con protocolos, que permiten al tomador de decisión encontrar la opción de política pública socialmente más eficiente” (Torres-Melo, 2013, p. 37).

9 “Políticas públicas como portadoras de ‘visiones del mundo’. Políticas como un conjunto de creencias relacionadas a la manera normativa de intervenir dentro de un dominio de política en cuestión” (Torres-Melo 2013, p. 37).

10 “No es posible pensar el accionar del Estado alejado de la interacción con la sociedad. Enlace entre el proceso gerencial y el político-civil que se desarrollan durante su formación” (Torres-Melo, 2013, p. 37).

De esta forma, son objeto de estudio dentro del análisis de políticas públicas: i) la forma como el discurso político y el discurso propio de la política pública se conectan, ii) el discurso persuasivo de la política y iii) el papel de las ideas en la formación de las políticas públicas. Lo anterior, según señala Torres-Melo (2013), lleva a tres grupos de enfoque: cognitivo, argumentativo y coaliciones defensoras.

En el primer enfoque, es decir el cognitivo, se entiende que las políticas públicas se comportan como un referente en la conformación de conductas públicas (Muller, 2010), mientras el enfoque argumentativo encuentra sustento en el abandono de los medios coercitivos, con el propósito de hacer uso de un discurso que logre convencer a los miembros del grupo social a través de la construcción científica del mismo. Esto supone el uso estratégico del lenguaje, lo que genera que las políticas públicas sean el resultado de la proposición de planes de acción que se basan en un proceso social. En relación con el enfoque de las coaliciones defensoras, el mismo busca establecer el origen de los cambios que se presentan en las políticas públicas, los cuales pueden provenir de valores, ideas, creencias y procesos cognitivos dentro de una coalición de política pública. En este enfoque, según Torres-Melo (2013), es relevante entender que la formulación de políticas se da en subsistemas¹¹, los cuales responden a factores tanto políticos como socioeconómicos.

Luego del análisis alrededor de la policía pública, así como la definición, las fases de la misma y el análisis de política pública, se procede a explicar en qué consiste el análisis de política criminal.

b. Análisis de política criminal

Una vez definidos los conceptos de política pública y política criminal, es necesario entender que un plan político criminal requiere de la toma de decisiones frente a los objetivos seleccionados y a la cantidad y calidad de los recursos invertidos, las metas y los tiempos en los cuales se evaluarán los resultados obtenidos. Esta situación es relevante, pues según Binder (2012) toda vez que la política criminal está esencialmente relacionada con el uso de la violencia las decisiones que se toman en su seno no pueden responder a fórmulas poco factibles. Frente a este panorama, el análisis político criminal establece

11 Señala Torres-Melo (2013):

Dentro de este enfoque, un subsistema o dominio de políticas se entiende como el conjunto de actores (tanto públicos como privados) que presentan un elevado interés en un área temática específica y que, por lo tanto, están comprometidos con el tema, por lo que tienen todos los incentivos y la capacidad para incidir en la política pública (p. 44).

criterios para que el diseño de esta política pública sea comprensible y clara. Una característica esencial es que el análisis político criminal reconoce que en un Estado democrático la misma debe ser diseñada, formulada, comunicada y sometida al debate público, así como evaluada por el Estado y tener responsables políticos claros.

Esta política pública, de acuerdo con Binder (2012), requiere la existencia de un plan de política criminal, el cual debe referirse al área específica de intervención y señalar los objetivos específicos que se pretende alcanzar. El plan de política criminal parte de la identificación de una problemática social que deba ser abordada por el Estado, siendo necesario aclarar que se debe diferenciar entre la identificación de la problemática y la ausencia de solución. Lo anterior dado que, de confundirse el Estado, queda atado a tomar decisiones frente a esa solución, pero cuando se identifica de forma clara la problemática, se abre frente al organismo encargado del diseño de la política pública un abanico de posibles soluciones. La definición de la problemática debe hacerse desde una visión sistemática, que permita evidenciar la interrelación entre diferentes problemas, de forma tal que se analicen las circunstancias y la dinámica de la misma, para que las soluciones que se planteen tengan claros los posibles efectos, tanto queridos como concomitantes.

Una de las características de las decisiones político criminales es que las mismas se

(...) encuentran atravesadas por turbulencias propias del tema del que se trata, tanto por los sufrimientos que generan los propios instrumentos violentos del Estado, como por el tipo de conflictos que normalmente ocupan a la política criminal, en los que —por imposición de sus propios principios— la violencia ya existe (Binder, 2012, p. 334).

De esta forma, se señala que al contar con un estrategia que cumpla con los procesos de formulación, se puede tener orden y asignar los recursos propios de cualquier tipo de organización que, en el tema que nos convoca, sería el Estado, para lograr de esta forma una viabilidad y originalidad que permita “anticipar los posibles cambios en el entorno y las acciones imprevistas de los oponentes inteligentes” (Mintzberg *et al.* 1997, p. 5). El diseño del plan que posteriormente se concreta en una política pública se compone así mismo de una estrategia política, la cual estará encaminada a disminuir condiciones de inestabilidad. Lo anterior, en términos de Binder (2012), quiere decir que una característica esencial de una política criminal sería la estabilidad de la misma, toda vez que esta característica le permite realizar cambios cuando las situaciones que la determinan lo requieren, lo que conduce a producir confianza dentro de los demás intervinientes y participantes de la organización.

Ahora bien, como toda política pública, la política criminal requiere de la implementación y la evaluación. Lo anterior, toda vez que es una práctica generalizada que las políticas públicas encuentren sustento en deseos poco realizables; por ello, es necesario que la política pública implementada sea puesta en evaluación en relación con su eficiencia y eficacia. La eficiencia corresponde a la evaluación de los resultados y productos obtenidos con la política criminal en específico, mientras que la evaluación de eficiencia se refiere a monitorear

a) el análisis de la calidad de las decisiones de los operadores; b) la modificación de las decisiones mediante la intervención de quienes tienen responsabilidades mayores; c) la corrección de los efectos de las decisiones erróneas y d) el aseguramiento de la toma de decisiones correctas, a través del control (Simon, 1988, p. 220; Binder, 2012, p. 358).

A partir de estos parámetros se estudiará la investigación por análisis de contexto como una medida de política criminal que se implementó dentro del proceso de justicia transicional conocido como Justicia y Paz, y cómo se contempla la misma dentro del acuerdo con las FARC EP. Para ello, es necesario aclarar qué es justicia transicional y los alcances de Justicia y Paz, así como el marco jurídico para la paz y la JEP.

3. Justicia transicional

a. Definición de justicia transicional

Toda vez que el propósito del presente texto es analizar desde la política criminal la eficiencia y eficacia del uso de la investigación por análisis de contexto, implementada por el Estado colombiano en relación con la comisión de conductas cometidas durante el conflicto armado de carácter no internacional¹², se hace necesario definir y establecer las características propias de la justicia transicional, en virtud de las cuales se creó Justicia y Paz y se estableció la Justicia Especial para la Paz (Ley estatutaria).

12 Los CANI son regulados por el Art. 3 común a los Convenios de Ginebra y, una vez alcanzan una intensidad relevante por el Protocolo Adicional II. Estos conflictos se caracterizan porque se presentan, entre grupos de un mismo Estado o entre las Fuerzas Armadas del Estado contra grupos del mismo. Para que al CANI se le aplique el Protocolo Adicional II se requiere: i) que las partes que se enfrenten sean las fuerzas armadas contra fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; ii) que estas fuerzas tengan un mando responsable; iii) que las fuerzas tengan control operacional; iv) que estén en la capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y v) que estén en la capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II (Salmón, 2012).

La justicia transicional es un concepto que puede ser definido como “la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político” (O’Donnell y Schmitter, 1986, citado por Teitel, 2003, p. 1), cuya principal característica es dar repuestas legales que puedan dar solución a la necesidad de justicia en la perpetración de crímenes cometidos por regímenes represores anteriores (Teitel, 2003, p. 69). Por su parte, John Elster (2006, p. 15) la define como los “procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro”. Igualmente, Garay y Vargas (2012) plantean que la justicia transicional establece como pilar fundamental un “equilibrio de intereses de los agentes que participan en el proceso de transición hacia la democracia o hacia el fin del conflicto armado” (pp. 62 y ss.). En este último escenario, los procesos de justicia transicional suelen representar beneficios penales que se encuentran relacionados tanto con la pena como con los procesos de amnistía e indultos. De igual forma, señalan estos autores que la justicia transicional tiene relación directa con el derecho de las víctimas a una reparación apropiada y proporcional.

En virtud de lo anterior, se entiende que el concepto de justicia transicional busca la flexibilización de las operaciones de justicia ordinaria, de manera tal que el mismo contribuya a la transición política, partiendo siempre del reconocimiento del universo de las víctimas (Garay y Vargas, 2012). Así pues, se deduce que las víctimas se constituyen en el eje fundamental de esta forma de justicia. En consecuencia, se puede señalar que la justicia transicional es el “conjunto de medidas que diferentes países han utilizado para dar solución a los legados de abusos masivos y sistemáticos de derechos humanos” (Moreno, 2014, p. 41). Es por ello por lo que se debe partir de la comprensión de que este tipo de justicia, como lo señala Barbosa (2017), se establece debido a que las sanciones en las sociedades en conflicto no se corresponden con las que se despliegan en sociedades en paz.

Para la Organización de las Naciones Unidas, la justicia transicional es

la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (Organización de las Naciones Unidas, 3 de agosto de 2004, p. 4).

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que la justicia transicional

Busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir

un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva) (Corte Constitucional, 2013).

De esta forma, para la Corte Constitucional Colombia la Justicia Transicional es

(...) una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes (Corte Constitucional, 2012).

Así mismo, para la Corte Constitucional (2014), la justicia transicional tiene los siguientes elementos: i) los mecanismos o acciones que se usan para lograr un fin-conjunto de procesos ii) los cambios políticos reflejados en el componente político participativo y iii) mecanismo para enfrentar las violaciones masivas de DD. HH. cometidas por particulares y agentes del Estado. Lo anterior permite identificar en palabras de Teitel (2003) que el esquema de la justicia transicional tiene como fin la conservación de la paz y se caracteriza por el cambio normativo, lo que permite, según la mencionada autora (2017), que finalmente exista una adhesión a la convención establecida que posibilita la transformación en el Estado. Por consiguiente, el derecho tiene un papel constructivo, no fundacional, se ve afectado por los valores políticos que el Estado adopta. Por ello, Teitel (2017) señala que actúa tanto en retrospectiva como en prospectiva, es decir, mirando hacia el pasado pero con el propósito de construir hacia el futuro, por lo que el derecho tiene dentro de la justicia transicional un papel simbólico.

En este punto, se puede evidenciar la diferencia entre los procesos de justicia transicional y los procesos de justicia ordinarios. Es por ello por lo que, para poder comprender la dimensión de este tipo de justicia, se hace necesario relatar su genealogía.

b. Genealogía de la justicia transicional

A nivel internacional el concepto de justicia transicional encuentra sus primeras luces en los procesos de posguerra de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, es tras los hechos desplegados durante la conocida Segunda Guerra Mundial cuando comienza a entenderse como un tipo de justicia extraordinaria e internacional. Conviene destacar como su más reconocido caso los juicios de Núremberg, tribunal que se creó mediante el acuerdo de Londres del 8 de

agosto de 1945, el cual se encargaría de juzgar las conductas que no poseían una localización geográfica determinada en el eje europeo (Safferling, 2011). En relación con los crímenes cometidos en el Pacífico, se crea el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (ТМИТ) el 19 de enero de 1946, por medio de una proclamación especial del general Douglas MacArthur, la cual era coherente con la declaración de Potsdam del 26 de junio de 1945 y la declaración de rendición de Japón (Cassese *et al.*, 2002).

Estos antecedentes son de gran relevancia toda vez que se constituyen como el legado de los juicios de posguerra, los cuales “penalizaron los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales, que supera ampliamente la fuerza real de los precedentes históricos y forma la base del derecho moderno de los Derechos Humanos” (Teitel, 2003, p. 71). Esta fase del desarrollo de la justicia transicional tenía como objetivo “la determinación de responsabilidades”, lo que permitió que la comunidad internacional contemplara la creación de un derecho penal internacional cuyo propósito era juzgar al individuo, para lo cual se hizo necesario implementar cambios en el derecho de la guerra y los principios de responsabilidad criminal. Es por ello por lo que se sostiene que la justicia transicional en esta fase busca “justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra” (Teitel, 2003, p. 73). De esta forma, se entendió que el propósito fundamental de la justicia transicional era “dar una respuesta legal internacional” (Teitel, 2003, p. 74). Por lo tanto, esta empieza a ser importada por los diferentes Estados a través de la ratificación de convenios, tratados y convenciones.

Posteriormente, a nivel internacional, se dan procesos de transición hacia sistemas democráticos y modernos, lo cual permitió que, en palabras de Teitel (2003), la política internacional se caracterizara por la resolución de conflictos y la búsqueda de una justicia que respondiera al derecho, pero también que se acomodara a los sistemas sociales. Este fenómeno de la comunidad internacional constituye la segunda fase del desarrollo de este concepto de justicia.

Con la finalización de la Guerra Fría, se inicia el proceso de colapso y desintegro del Estado conocido como Unión Soviética, lo cual llevó a procesos de democratización simultáneos en varios lugares del planeta, como la terminación de los regímenes militares en Sudamérica, así como las transiciones de Europa del Este, África y Centroamérica de la época de 1989. Los procesos mencionados previamente se caracterizaron por brindarle al concepto de justicia transicional el sustento de una “comprensión de Estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales” (Teitel, 2003, p. 71). En esta fase, la autora señala que este tipo de justicia se ve vinculaba a una concepción imperfecta e imparcial, de tal forma que, frente a la justicia ordinaria, la transicional responde a políticas extraordinarias en donde lo justo y equitativo se observara de acuerdo a las necesidades del *contexto* específico de

su aplicación. Es a partir de lo anterior como el concepto de justicia transicional comienza a asociarse con las condiciones políticas de naturaleza diversa, así como de naturaleza compleja en el proceso de reconstrucción del Estado. De esta manera, se inicia la integración dentro del concepto de justicia transicional de estrategias alternativas que responden a los sistemas de derecho y a los requerimientos de los sistemas sociales.

Como parte del proceso de evolución del concepto de justicia transicional, Teitel (2003) señala que en esta etapa se modifica el enfoque de nivel unidimensional, relacionado con la responsabilidad individual, a una concepción comunitaria, de tal manera que su principal objetivo es la preservación de la paz, por lo cual este tipo de justicia se transforma en un mecanismo de diálogo entre las víctimas y los victimarios. Frente a la tercera fase de evolución del concepto de justicia transicional, se observa que a finales del siglo xx esta justicia se convierte en un paradigma del Estado de derecho a raíz de los procesos de globalización, violencia e inestabilidad política, desde el cual se implementa un discurso que brinda los fundamentos necesarios del derecho sobre terrorismo.

Ahora bien, normalmente se genera una confusión entre los conceptos de justicia transicional y justicia restaurativa. Es por ello por lo que es necesario establecer los alcances de cada uno de estos tipos de justicia y sus ámbitos de aplicación.

c. Alcances de los conceptos de justicia transicional y justicia restaurativa

En primera instancia, debe señalarse que la justicia restaurativa es un “paradigma relevante”, a través del cual se hace frente a los problemas relacionados con la justicia ordinaria. De esta forma, el concepto de justicia restaurativa busca superar la identificación que normalmente se hace entre “castigo” y “venganza” y, por consiguiente, su enfoque es la búsqueda de reparación, por lo que su objetivo es la implementación de sanciones alternativas (Congreso de Colombia, 2003). Para autores como Minow (1998) la justicia retributiva hace parte de un movimiento de crítica frente al carácter represivo y retributivo que el derecho penal ha adquirido a lo largo de su desarrollo, el cual suele nutrirse de fuentes religiosas, culturales y éticas.

De esta forma, la justicia restaurativa se erige como “un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo”, encuentra su fundamento en la idea de reconciliación entre víctima y victimario (Uprimny y Saffon, en Rettberg, 2005). Es en este punto donde el texto citado señala que la justicia restaurativa y la transicional parecieran conectarse, toda vez que la última entiende que las violaciones

graves de derechos humanos no pueden regirse por enfoques “vengativos”, sino que, por el contrario, es necesario que los procesos de justicia transicional imperantes cuando se dan violaciones masivas de derechos humanos contengan enfoques retributivos, moderados por los lineamientos de esta justicia, mas no sustituidos por los mismos.

Igualmente, se señala que los procesos de justicia transicional deberán responder a las exigencias mínimas que son impuestas a nivel internacional, por lo cual es su obligación responder a los imperativos de individualización y castigo de los responsables de crímenes que están consagrados en el Estatuto de Roma. La principal característica de dicho castigo, es que las conductas se cometieran durante el periodo anterior al proceso transitorio (Uprimny y Saffon, 2005, p. 225). Es necesario mencionar en este punto que los Principios de Chicago establecen que los procesos de justicia transicional pueden contar con diferentes estrategias interdisciplinarias como las actuaciones judiciales, las comisiones de la verdad, reparaciones, investigación, sanciones y medidas de administrativas, entre otras.

Así pues, Uprimny y Saffon (2005) señalan que los medios y las exigencias anteriormente referenciados tienen como fin garantizar la búsqueda de la verdad, justicia y reparación, así como de la paz y la reconciliación nacional, para lo cual es necesario contar con incentivos a nivel punitivo que permitan que los miembros de los grupos que se enfrentan al Estado encuentren los estímulos suficientes para someterse a los procesos de desarme, de verdad y reparación propios de los procesos de justicia. De esta forma, es característico de este tipo de justicia la búsqueda de un polo medio entre la justicia retributiva plena y la absoluta, de tal forma que a través de la investigación penal de las conductas que configuran las contradicciones con el ordenamiento penal internacional básico, se garantice la no impunidad de las mismas.

A partir de lo anterior, resulta evidente que el sistema de justicia retributiva encuentra su eje en el daño a las víctimas y la atención que las mismas necesitan, sin dejar de lado su objetivo fundamental: la paz social. En virtud de este planteamiento, Uprimny y Saffon (2005, p. 228) señalan que “se vuelve esencial reparar el daño ocasionado a la víctima y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales”. Este tipo de mixtura jurídica, es decir, un sistema de justicia transicional con elementos de justicia retributiva, fue aplicado en el proceso transicional de Sudáfrica, en donde se demostró la conveniencia política de utilizar este tipo de justicia retributiva como célula fundamental del proceso de justicia transicional (Minow, 1998).

Es necesario aclarar que si bien la justicia restaurativa a nivel de punibilidad se integra con la justicia transicional, esta última se erige cuando política

y socialmente se está ante un conflicto, en virtud del cual se desempeñan conductas tendientes a atentar contra la dignidad humana (Uprimny y Lasso, 2004). Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de conductas han sido codificadas a nivel internacional a través de tratados y convenios internacionales. Ahora bien, parte esencial de los sistemas de justicia transicional es la garantía de no repetición. La misma, en palabras de Duque y Torres (2015), se entiende como el conjunto de herramientas a partir de las cuales se busca evitar que se vuelvan a presentar situaciones que den lugar a la comisión de nuevas conductas que atenten contra los derechos humanos o contra los intereses jurídicos universales.

La principal característica de este tipo de herramientas de la justicia transicional consiste en la temporalidad de las mismas, toda vez que estas dependerán del proceso propio de justicia transicional. Lo anterior nos permite señalar que su aplicación es de carácter coyuntural, situación que resulta problemática teniendo en cuenta que al no implementarse dentro del ordenamiento jurídico estatal, pondría en peligro la restauración de las instituciones democráticas estatales (Duque y Torres, 2015, p. 271). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003), las garantías de no repetición son parte integral del derecho a la reparación integral, a partir de la cual los Estados están obligados a adoptar medidas tendientes a reparar el daño causado por la violación de los derechos humanos.

Igualmente, a nivel internacional se ha entendido, según el artículo 37 de los Principios de Joinet (2007), que las garantías de no repetición “son mecanismos preventivos y accesorios a las otras obligaciones” y, a su vez, son “elementos del derecho a la reparación integral”. A partir de lo consagrado en estos principios, se observa que las garantías de no repetición buscan la creación de condiciones que legitimen al Estado de cara a los procesos posteriores al de justicia transicional. Sin embargo, no es posible abordar las garantías de no repetición si dentro de los procesos de justicia transicional no se garantiza la búsqueda de la verdad y de la justicia.

Comprendidas la definición y la historia de la justicia transicional, así como la relación entre esta y la restaurativa, procederemos a analizar cómo en Colombia se han generado procesos de justicia transicional.

d. Justicia y Paz

Dentro del conflicto armado interno que ha padecido el Estado colombiano, se han presentado varios participantes como lo fueron los grupos paramilitares. Los mismos entraron en un proceso de negociación con el Gobierno colombiano, lo que dio pie a que el Congreso de la República aprobara la denominada Ley de

Justicia y Paz (Congreso de Colombia, 2005). Esta ley, en palabras de Valencia y Mejía (2010), se caracteriza por su condición transicional en la medida en que, como parte del Estado colombiano, coexisten dentro del sistema judicial el ordinario y una legislación especial aplicable a un grupo específico, a partir de la cual se buscan unos fines y propósitos determinados; de esta forma, la ley establece un procedimiento jurídico especial.

El propósito de la mencionada ley es “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Congreso de Colombia, 2005). Para lograr el objetivo transcrito, la Ley de Justicia y Paz consagra en su artículo 4 como ejes principales de la misma los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y el debido proceso¹³. Esta ley, como lo señalan Valencia y Mejía (2010), responde a tres de los cuatro componentes de los mecanismos de justicia transicional, al consagrar: i) acciones judiciales, ii) mecanismos para la búsqueda de la verdad y iii) la reparación de las víctimas de las conductas desplegadas. Además, esta misma ley en los artículos 10 y 11 contempla en términos judiciales un proceso para establecer la verdad procesal de lo que sucedió por parte de los grupos armados en el conflicto; es por ello por lo que se contempla en la misma la investigación, el juzgamiento y la imposición de una pena.

En aras de cumplir con su propósito, la ley designa a instituciones como que es la encargada, de conformidad con el artículo 15, de investigar

las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles, las condiciones de vida, sociales, familiares, individuales del imputado y su conducta anterior, los antecedentes judiciales y de policía y los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa a las víctimas (Congreso de Colombia, 2005).

Por otro lado, se asignó a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial competencias frente a este proceso de justicia transicional, así como a la Defensoría Pública (Bernal Pulido, 2016).

El proceso de justicia transicional, según la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2010), entre agosto de 2002 y julio de 2010 presentaba las siguientes cifras de postulados a los beneficios que la Ley 975 en materia penal establece:

13 El artículo 4° define:

Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados (Congreso de Colombia, 2005).

Tabla 1. Colombia: desmovilizados postulados a la Ley 975 de 2005 (cifras a julio de 2010)

Condición del desmovilizado	Número
Miembros de AUC Postulados	2.916
Comandantes AUC Postulados	25
Miembros AUC privados de la libertad postulados	1.008
Miembros AUC desmovilizados individuales postulados	45
Postulados grupos subversivos (FARC-EP, ERP, ELN, EPL y ERG)	352
Total	4.346

Fuente: Oficina Alto Comisionado para la Paz (2010).

Ahora bien, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación señaló a julio de 2010 que las siguientes eran las cifras relacionadas con la condición de los postulados:

Tabla 2. Colombia: condición de los postulados a la Ley de Justicia y Paz (cifras a julio de 2010)

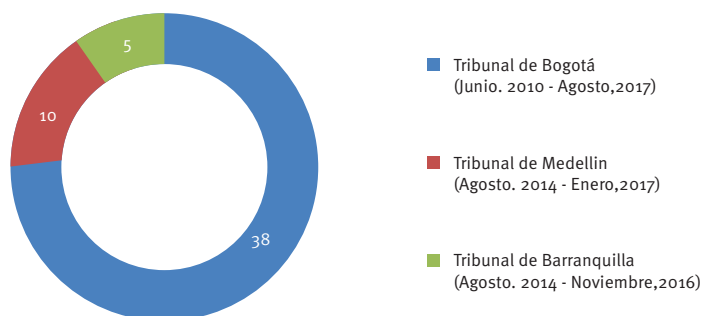
Condición del desmovilizado	Número
Postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de imputación	256
Postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de formulación de Cargos	103
Postulados que terminaron formulación de cargos en espera de realización de Audiencia de Control de Legalidad	58
Postulados a quienes se les ha realizado audiencia de Legalización de Cargos	12
Postulados en Incidente de Reparación	3
Postulados con Sentencia en Justicia y Paz	2

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2010).

De acuerdo con la Dirección de Justicia Transicional del Gobierno colombiano, en la actualidad se presentan 5.040 postulados a la Ley de Justicia y Paz (2018). Estos datos permiten evidenciar los alcances del proceso de Justicia y Paz en relación con la desmovilización e inicio de los procesos judiciales de los distintos miembros de una de las partes en el conflicto de carácter no internacional acontecido en Colombia. Esto condujo a que en el 2012 la Fiscalía General de la Nación proferiera la Directiva 0001, por medio de la cual adoptó el criterio de priorización y de investigación por análisis de contexto, que será analizada posteriormente.

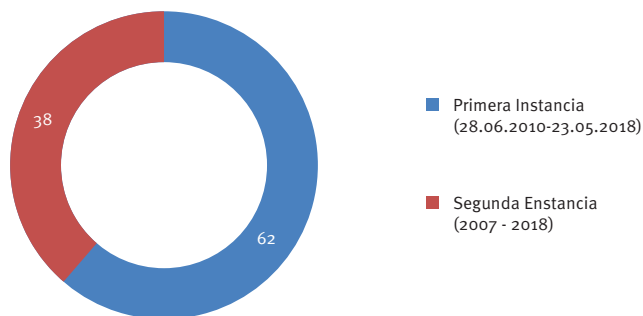
De esos 5.040 postulados, según los datos del Consejo Superior de la Judicatura (sf.), entre el 29 de junio de 2010 y enero de 2017 se han presentado un total de 53 sentencias por parte de los Tribunales de Bogotá, Medellín y Barranquilla, como lo muestra la figura 1. Estos datos refieren un total de condenados en este periodo de 134 comandantes (Consejo Superior de la Judicatura, sf.). Sin embargo, la Fiscalía refiere un total de 62 sentencias de primera instancia entre el 29 de junio de 2010 y el 23 de mayo del 2018, y 38 sentencias de segunda instancia entre 2007 y 2018, cifras que se relacionan en la figura 2.

Figura 1. Número de sentencias



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Consejo Superior de la Judicatura. (sf.).

Figura 2. Sentencias Justicia y Paz



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Fiscalía General de la Nación (2010).

Observados los resultados correspondientes a las decisiones judiciales tomadas dentro del proceso de Justicia y Paz, procederemos a analizar el Marco Jurídico para la Paz y la JEP previo al estudio sobre la investigación por análisis de contexto.

e. Marco Jurídico para la Paz y JEP

El Estado colombiano consideró esencial establecer jurídicamente un marco jurídico que permitiera en contextos de justicia transicional que existieran lineamientos jurídicos de negociación. En virtud de lo anterior, se profirió el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el Marco Jurídico para la Paz, en adelante MJP. Este Acto Legislativo plantea en su artículo 1 la incorporación de un artículo transitorio constitucional, en el cual se establece la constitucionalidad de la incorporación y aplicación de instrumentos de justicia transicional destinados a la terminación del CANI¹⁴, los cuales deberán garantizar el cumplimiento de los deberes estatales como son la investigación y la sanción a las graves violaciones a los DD. HH. y al DIH.

Del mismo modo, el Artículo transitorio 66 señala la priorización como un mecanismo en manos de la FGN para el ejercicio de la acción penal, siempre que el mismo cumpla con los lineamientos propios del DIH, para lo cual señaló el mencionado Acto Legislativo que el Congreso tendría competencia para determinar los criterios de selección, de forma que los esfuerzos estatales en materia de investigación penal se centraran en los máximos responsables. Sobre los conceptos priorización y máximos responsables, los mismos se abordan en la parte tercera del presente texto. Con la incorporación a la Constitución Política de artículos transitorios, pretendían el Gobierno y el Congreso de la República no derogar ni afectar la validez de los principios estructurales de la misma, de esta manera el MJP fue constitucionalmente exequible en la medida en que se encontraba en armonía con estos principios (Bernal Pulido, 2016).

Ahora bien, las principales características del MJP son:

- (i) el concepto de “Justicia Transicional” es considerado como un mecanismo para alcanzar la paz y es explícitamente insertado en los artículos 66 y 67 transitorios del texto constitucional; (ii) ordena la creación de la Comisión de la Verdad; (iii) autoriza al Congreso de la República a formular los criterios de priorización para que las investigaciones se concentren en los “máximos responsables”, y (iv) permite la caracterización de algunos crímenes como delitos políticos susceptibles de ser cobijados por amnistías” (Teitel, 2016, pp. 285 y ss.).

El Acto Legislativo fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional (2013), la cual declaró exequible el artículo 1^o a través de la sentencia C-579 de 2013, toda vez que el ente jurisdiccional logró determinar a través de un juicio de sustitución constitucional¹⁵ que el Marco Jurídico para la Paz no sustituía

14 Conflicto Armado de Carácter no Internacional.

15 La teoría de la sustitución de la constitución es una teoría relativa a las reformas constitucionales

elementos estructurales y definitorios de la Constitución Política. De esta forma la Corte Constitucional, en términos de la profesora Teitel (2016), entiende que al señalar como prevalente la investigación de los máximos responsables, no se excluyen los deberes estatales de lograr y concretar la paz garantizando los derechos humanos.

Lo anterior, toda vez que en los procesos de justicia transicional no se debe desconocer la obligación del Estado de investigar y sancionar a los autores de los hechos, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en reiterados pronunciamientos (Barbosa Castillo, 2015). Por lo tanto, las medidas que se desarrollan a través de los procesos de justicia transicional deben “incluir la investigación de los crímenes, su correspondiente enjuiciamiento y la reparación de las víctimas” (Teitel, 2016, p. 291). Así pues, señaló la Corte Constitucional al momento de revisar la constitucionalidad del MJP que, en aras de dar cumplimiento a los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, se deben garantizar:

(i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) 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; (vi) el derecho a la reparación integral y; (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares (Corte Constitucional, 2013).

Además, dado que la CIDH ha señalado que los Estados están obligados a impedir la impunidad por la comisión de conductas que atentan contra los DD. HH., se establece que la impunidad se entiende como la falta, en conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, y que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles (CIDH, 2003).

en virtud de la cual la Corte Constitucional puede declarar inconstitucional una reforma si la misma viola el procedimiento de reforma. Esta teoría está compuesta por cuatro premisas:

(i) la primera premisa establece que la competencia para controlar la sujeción a los procedimientos de reforma constitucional implica también el poder jurídico para controlar la competencia de la autoridad que lleva a cabo la reforma; (ii) el poder de reformar la Constitución no implica el poder de sustituirla sino solamente el de modificarla; (iii) la Corte tiene la competencia para controlar si la autoridad encargada de reformar la Constitución está en realidad solo modificando y no ya sustituyendo la Constitución; (iv) solo un análisis del contenido de la reforma permite a la Corte determinar si la Constitución ha sido modificado o sustituida (Bernal Pulido, 2016, p. 65).

En vista de dicha definición, Teitel (2016) trae a colación que la CIDH ha señalado que son parámetros de esa obligación de investigación los siguientes: (i) el empleo de todos los medios y mecanismos legales disponibles; (ii) concentrarse en el establecimiento de la verdad y la investigación, persecución, arresto, juzgamiento y sanción de los responsables de los delitos; y (iii) hacerlo tanto con los autores y los partícipes de la conducta, con énfasis en la investigación de los hechos cuando existen agentes estatales involucrados.

En consecuencia, el acuerdo final alcanzado entre el Gobierno colombiano y las FARC EP contempla en el punto quinto del mismo la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, la cual busca de conformidad con el numeral segundo de los principios, “satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia” y

adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones a los Derechos Humanos (Gobierno Colombiano y FARC EP, 2016).

Frente a la jurisdicción *ratione materiae* de la JEP, el Acuerdo Final señala que

Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió (Gobierno Colombiano y FARC EP, 2016, p. 145).

Ahora bien, la JEP, de conformidad con el Acuerdo Final, elaborará normas de procedimiento propias que deben cumplir con los principios del debido proceso, contradicción, imparcialidad, publicidad, defensa y doble instancia, para lo cual este sistema especial de justicia transicional está compuesto por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; el Tribunal para la Paz; la Sala de Amnistía o Indulto; la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, y la Unidad de Investigación y Acusación, como se puede observar en el documento ratificado por las partes.

Pese a que dentro del Acuerdo Final no se consagró de forma textual la investigación por análisis de contexto como el mecanismo de investigación penal en la búsqueda de la concreción del pilar *justicia* del proceso, sí se observa en el texto del mismo que la palabra *priorización*, y los elementos de contextos son incorporados: (i) en el numeral 20 del punto quinto, cuando se señala que las víctimas deben ser oídas “en los supuestos de priorización y selección de casos” (Gobierno Colombiano y FARC EP, 2016); (ii) en el numeral 48 del mismo punto, cuando se señala que la Sala de Reconocimiento de Verdad,

de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas recibirá informes que “clasificarán los hechos por presuntos autores y agruparán las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarlas jurídicamente” y en el literal d. cuando consagra que “los informes agruparán los hechos por presuntos autores o condenados y agruparán las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarlas jurídicamente (...) La Sala podrá ordenar que los informes estén organizados por hechos más representativos” ; iii) en el numeral 50 literal c., donde se señala que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determinará “los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad” y, iv) en el numeral 51 literal d., al señalar que la Unidad de Investigación y Acusación tiene como función “adoptar criterios de selección y descongestión” (Gobierno Colombiano y FARC EP, 2016).

En concordancia con las disposiciones del acuerdo, la JEP (2018), a través del Acuerdo 001, capítulo 13, art. 82, acoge un reglamento general dentro del cual se define la Unidad de Investigación y Acusación como “el órgano llamado a satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad” (p. 19). Igualmente, en el reglamento se establecen las funciones de la Sala de Reconocimiento, señalando en parágrafo 1 del artículo 44 que “el sistema se ajusta periódicamente, de acuerdo con los criterios de priorización que determine la Sala” (p. 11). Ahora, el artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 01 de 2017 señala que esta Sala realiza su tarea con base en criterios de priorización elaborados a partir de la “gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos” (Congreso de Colombia, 2017).

En virtud de esta situación, la JEP se encuentra discutiendo sobre una guía de priorización de casos y situaciones, cuya primera reunión se dio el 14 de junio de 2018, en la cual se establece un proceso de priorización que será analizado en el siguiente acápite.

4. Investigación por análisis de contexto

Dentro de los procesos de justicia transicional uno de los elementos principales es la aplicación del derecho penal, el cual debe responder a las obligaciones propias del sistema jurídico internacional, es decir, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional (Bernal Pulido, 2016, p. 81). A partir de ello, el sistema de justicia transicional debe atacar la impunidad y garantizar la persecución y sanción de la comisión de conductas que atenten contra el *core crimenes* consagrados en el Estatuto de Roma, es decir, el crimen de genocidio, el crimen de agresión, el crimen de lesa humanidad y el crimen de guerra (United Nations, 2002).

Teniendo en cuenta las características particulares de comisión de estos crímenes, la investigación de este tipo de conductas debe hacerse desde “las lógicas de acción colectiva propias de las organizaciones criminales”, lo que le permita servir “de base para la formulación de imputaciones” (Martínez Osorio, 2014, p. 18). Lo anterior, debido a que los delitos masivos y sistemáticos suelen caracterizarse por la coexistencia de responsabilidades individuales y colectivas. Esta característica esencial, tal como lo señala la profesora Teitel (2017), hace que la justicia penal de la transición contenga una racionalización política frente a la imposición de la pena, en donde la función, más que castigar, es alcanzar el propósito de corrección social ofreciendo de esta forma una unidad política.

Este tipo de investigación, como lo señala Martínez Osorio (2014), debe ser contraria a la que se desarrolla en los marcos de delincuencia común, toda vez que en los mismos la comisión de los actos delictivos no comprende la materialización de una pluralidad de agentes, como sí sucede con los crímenes internacionales, los cuales responden a estructuras que contaban con una coordinación operativa y funcional de manera jerarquizada. Esta clase de dificultades no son nuevas en la investigación de los crímenes que atentan contra los intereses jurídicos universales, sino que, por el contrario, las mismas han sido evidenciadas desde los Tribunales Militares Internacionales de la posguerra, hasta los tribunales ad hoc de Ruanda y Yugoslavia. Estos tribunales debieron implementar técnicas investigativas diferentes a las desplegadas por los sistemas penales domésticos con miras a poder juzgar la comisión de estas conductas.

Así pues, se habla de la investigación por análisis de contexto como un mecanismo a través del cual el Estado hace frente a las conductas penalmente relevantes resultado de crímenes de sistema, los cuales se caracterizan por “una división del trabajo entre planificadores y ejecutores, así como por unos esquemas en materia de estructura y ejecución que tienden a dificultar la determinación de relaciones entre esos dos niveles” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006, p. 13). Sin embargo, la investigación de este tipo de crímenes se puede ver facilitada, según la Oficina del Alto Comisionado (2006), debido a la existencia de marcos institucionales, marcos organizacionales y líneas jerarquizadas de mando, por lo cual la investigación de este tipo de conductas requiere que el órgano investigador entienda el funcionamiento de la organización.

Esta característica de la investigación de las conductas se deriva de que las mismas son cometidas por las fuerzas armadas del Estado o por organizaciones armadas insurgentes, como es el caso del Estado colombiano. Por lo tanto, la Oficina del Alto Comisionado (2006) señala que la investigación de las mismas debe ser multidisciplinar, lo que permite probar: i) las prácticas particulares de las organizaciones militares y paramilitares, en este punto en especial las estructuras de mando; ii) el contexto sociohistórico general de

los hechos; iii) el contexto local y la dinámica de la violencia; iv) el análisis de la información documental pública y reservada, y v) la reconstrucción de los componentes del crimen.

En consecuencia de las mencionadas necesidades, la FGN introdujo dentro del sistema penal colombiano la investigación de análisis de contexto, a través de la Directiva 0001 de 2012. Este tipo de investigación fue introducida por la FGN en respuesta al Acto Legislativo 0001 del 31 de julio de 2012 y a la Ley 1592 de diciembre del mismo año, como un mecanismo de justicia transicional dentro del proceso de Justicia y Paz, debido a los pobres resultados que se habían obtenido hasta dicha fecha (Jefatura Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2012). Con la adopción de este sistema de investigación, se busca la exploración detallada del sistema de manera tal que se llegue a los autores mediatos, por lo cual, lo fundamental es esclarecer el contexto y no centrarse exclusivamente en las conductas subyacentes que componen el crimen, es decir, los asesinatos, torturas, violaciones y deportaciones (Martínez Osorio, 2014). Para comprender este método de investigación, es necesario aclarar los conceptos de contexto, priorización y máximos responsables.

a. Definición del análisis de contexto

Este concepto primordial fue definido por el Estado colombiano en el Decreto 3011 de 2013, artículo 15, como:

(...) el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación (Presidencia de Colombia, 2013).

A partir del mismo, se señaló, en el artículo 16 del mencionado decreto, que un patrón de criminalidad es “un conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal” caracterizados por la perpetración repetitiva “en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado”, que permite establecer “elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos” (Presidencia de Colombia, 2013).

Por su parte, la Directiva 0001 de 2012 de la FGN, define contexto como el

Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en que servidores

públicos y particulares colaboran con aquéllos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros (Fiscalía General de la Nación, 2012).

De esta forma, la FGN señala que el análisis de contexto es un modelo de gestión judicial de la investigación penal, en donde se adelanta la “indagación de las conductas delictivas no como hechos aislados e inconexos, sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto” (Fiscalía General de la Nación, 2012a). Sin embargo, el profesor Bernal Pulido (2015) considera que el análisis de contexto contenida en la Resolución 1810 de 2012 presenta dos concepciones, una subjetiva y otra objetiva. La primera, toda vez que la Resolución señala que este tipo de investigación permite combatir el fenómeno de la delincuencia de organización criminal, y la segunda debido a que la misma Resolución señala que este mecanismo de investigación se aplica dependiendo de la gravedad de lesión que las conductas desplegadas generen.

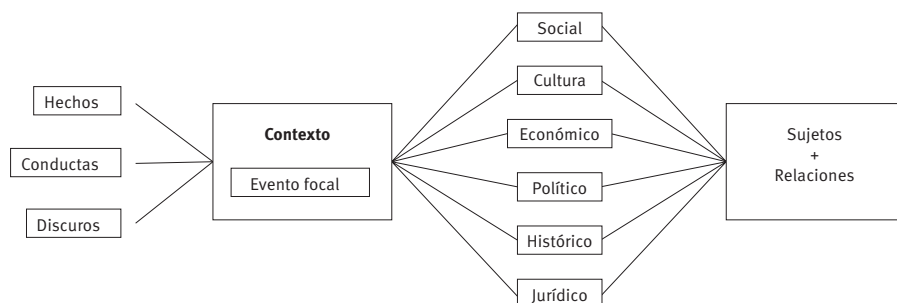
Igualmente se señala que en el libro *Creación de una estrategia de priorización para la Fiscalía General de la Nación* (Fiscalía General de la Nación, 2012b) se sostiene por el exjefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos que el propósito del análisis de contexto era la persecución de crímenes internacionales, para lo cual se requería de la “conformación de un grupo de expertos (sociólogos, politólogos, etc.) encaminado a construir los contextos de violencia, en especial en las diferentes regiones del país, “(...) lo cual permitiría: (i) determinar actores y factores del conflicto armado; (ii) estructuras de mando; (iii) colaboradores, entre otros” (Fiscalía General de la Nación, 2012b, p. 22). La razón de ser de esta situación es que este método de investigación responde a las metodologías propias del derecho internacional. De esta forma, la metodología de este tipo de investigación consta de cuatro fases: “(i) la delimitación y caracterización de situaciones; (ii) la identificación de los máximos responsables; (iii) la investigación para la acusación de los máximos responsables y (iv) el juicio” (Fiscalía General de la Nación, 2012b, p. 42).

En virtud de lo anterior, los objetivos perseguidos por este tipo de investigación son

establecer la verdad de los hechos; evitar la repetición de los mismos; establecer la estructura de la organización criminal; definir los niveles de responsabilidad de los miembros de la organización delictiva y de sus colaboradores; articular los procesos internos de la Fiscalía con miras a establecer patrones de conducta y cadenas de mando, y desarrollar esquemas de imputación penal que contemplen la posibilidad de determinar las responsabilidades de las organizaciones criminales y de sus miembros (Bernal Pulido, 2015, p. 58).

Así pues, se genera una relación bilateral entre los sujetos y su entorno, convirtiendo el contexto en el puente de comunicación entre estos y los hechos, conductas y discurso, como lo muestra la figura 3.

Figura 3. Investigación por Análisis de Contexto



Fuente: Hinestroza y Serrano (2017).

Para alcanzar dichos objetivos, este tipo de investigación requiere de la priorización e identificación de los máximos responsables.

b. Priorización

Frente al concepto de priorizar, la Directiva 0001 señala que es una

técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. De manera alguna la priorización equivale a una extinción de la acción penal en relación con los casos no priorizados o una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas (Fiscalía General de la Nación, 2012).

Esta técnica requiere del criterio de priorización, que puede ser entendido como un parámetro lógico que busca focalizar la acción investigativa del ente investigador, ampliando de esta forma el impacto de su actuar y cumplir sus finalidades como institución estatal, haciendo un uso racional de los recursos a su disposición (Correa Henao, 2015). Igualmente, la Directiva 0001 de la Fiscalía General de la Nación (2012) buscó la adopción de criterios de priorización en situaciones y casos que tuvieran que ver con la comisión de conductas que, al ser realizadas a través de organizaciones, no pudieran ni debieran ser investigadas como casos aislados.

Para hacer efectivo el criterio de priorización se incluyen también los conceptos de política de priorización y test de priorización. Frente al primero de ellos, señala la FGN en la Directiva 0001 de 2012 que hace referencia a las directrices a través de las cuales se da un “cambio en la manera de cumplir las obligaciones constitucionales y legales” (Fiscalía General de la Nación, 2012, p. 2) que recaen en este órgano, con el fin de “maximizar el uso de la información y los recursos” (p. 2). Frente al segundo concepto, se señala que es un “juicio que permite realizar una ponderación entre los diversos criterios de priorización” para poder “recomendar o decidir sobre una situación o caso” (Fiscalía General de la Nación, 2012, p. 4). La adopción de estos métodos de investigación en materia penal tiene como fin garantizar la no impunidad.

Como fue mencionado previamente, la CIDH (2003) considera que la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena es un incumplimiento del Estado a sus obligaciones internacionales. Esta noción ha sido reiterada por la CIDH y, a partir de la misma, se entiende que el Estado tiene un margen a través del cual puede elegir qué casos estarán dentro del universo de la investigación penal, toda vez que la selección de casos no se constituya en un actuar ilícito a nivel internacional.

De esta forma, se observa que la priorización de casos cuyo procedimiento responde a parámetros objetivos no constituye una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que, por el contrario, la CIDH ha favorecido “el tratamiento diferenciado en la investigación de los casos dependiendo de su complejidad”. Esta situación es observable en las exigencias que este organismo ha hecho a través de la decisión del caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, en el cual apunta a “una política de priorización enfocada a la investigación de los contextos macrocriminales en los cuales se cometieron delitos sistemáticos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

En el 2015, la FGN expide la Directiva 002, en la cual se amplía el concepto de priorización, señalando que el mismo es

(...) una política orientada al diseño e implementación de una técnica de gestión estratégica de la carga de trabajo y del flujo de casos que son puestos en conocimiento de la Fiscalía, para el manejo analítico de la investigación, y del ejercicio de la acción penal y de la acción de extinción de dominio (Fiscalía General de la Nación, 2015, p. 2).

En esta Directiva, la FGN señala que los criterios de priorización son un criterio objetivo relacionado con la gravedad de las conductas criminales y un criterio subjetivo relativo a las personas que fungen como sujetos activos o pasivos. Frente al primer criterio, la gravedad de la conducta se determina a partir del análisis de: (i) el grado de afectación de derechos fundamentales

individuales y/o colectivos; (ii) de la cantidad de víctimas afectadas; (iii) de los costos sociales producidos por los fenómenos criminales y las circunstancias que los determinaron (...); (iv) de la modalidad de comisión de los delitos, estudiando entre otras cosas si se identifican actos de violencia o patrones de sistematicidad orientados a asegurar la comisión de crímenes; (v) del grado de protección dado por el legislador al bien jurídico afectado, y (vi) de la frecuencia con la que se comete el delito (Fiscalía General de la Nación, 2015).

En el caso del criterio subjetivo, la Directiva señala que el mismo revisará los actores de la conducta, teniendo en cuenta a la víctima, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-579 (Corte Constitucional, 2013), así como al victimario, para el cual se debe hacer un análisis de cuatro elementos: (i) existencia de estructura criminal con capacidad de ejecutar un plan criminal; (ii) determinación de máximos responsables; (iii) responsabilidad de delincuentes no ocasionales y (iv) participación o colaboración de servidores públicos.

Así mismo, y como fue señalado previamente, el sistema de justicia penal internacional está fundamentado en criterios de priorización. Esto, toda vez que es un principio fundamental de este sistema la cláusula de gravedad. La misma es una herramienta propia del sistema de derecho penal internacional, a través de la cual se limita la competencia de la Corte Penal Internacional a las conductas “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (United Nations, 2002).

c. Máximos responsables

El máximo responsable es una figura de derecho internacional que se origina en los juicios que siguieron a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en especial en los juicios de Yamashita. Esta figura fue posteriormente usada por los Tribunales ad hoc, en especial el Tribunal Penal Militar Internacional para la antigua Yugoslavia, en donde se señaló que para la configuración de la responsabilidad a través de esta figura, se requiere i) la existencia de una relación superior-subordinado; ii) el conocimiento del primero sobre la realización o la posible realización de la conducta, y iii) no haber tomado las medidas para prevenir o castigar dicha comisión (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Sentencia del 2000).

En consecuencia, el concepto de máximo responsable está relacionado con la doble imputación que caracteriza al Derecho Penal Internacional, donde no solo es relevante la comisión del hecho individual, sino también el hecho general, es decir, el contexto en el cual se realizó la comisión del crimen (Suárez Díaz y Velasco Chaves, 2016).

La Corte Constitucional colombiana ha señalado por su parte que

Si bien no existe una definición unánime sobre el máximo responsable, los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Oficina de la Corte Penal Internacional tienen en común que a través de esta figura identifican a aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito (Corte Constitucional, 2013).

Este mismo concepto es definido por la FGN (205) en la Directiva 002 como el sujeto que reúna las características de alguna de estas categorías: i) se encuentre dentro de una estructura de mando y control en una organización delictiva, el mismo conocía o se puede establecer que podía llegar a conocer que se perpetraban crímenes planificados y ii) aquellas personas que cometan crímenes particularmente notorios sin que sea relevante su posición en la organización delictiva.

Este concepto es de gran relevancia, ya que como lo señalan Suárez y Velasco (2016) tanto a nivel internacional como interno, se ha señalado la necesidad de enfocar la investigación y persecución penal en los máximos responsables, en lo que puede ser catalogado como una decisión político-criminal, dado que responde al uso estratégico de recursos por parte de los organismos internacionales, pero también de los Estados a nivel interno. Tanto así, que la identificación de los máximos responsables, en términos de los autores citados previamente, es parte fundamental de los criterios de selección y priorización de los organismos internacionales, los cuales entienden que a partir del mismo se da una responsabilidad penal a aquellos que dirigieron y condujeron sea de manera activa u omisiva las operaciones del plan criminal.

d. Priorización y máximos responsables en la JEP

Como fue previamente señalado, el Acuerdo Final entre el Gobierno Colombiano y las FARC EP señaló en varios apartes la priorización como una tarea de los diferentes órganos de la JEP. Es por esta razón por la que el tema es nuevamente señalado en el Reglamento General de esta jurisdicción. En virtud de lo anterior, la JEP discute actualmente sobre la guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Para dicho fin, ha presentado un borrador sobre el cual se celebró una audiencia el día 14 de junio de 2018, y para el cual recibió aportes hasta el 15 de junio. Lo anterior, toda vez que el documento final deberá ver la luz el 30 de junio del mencionado año (Jurisdicción Especial para la Paz, 2018a).

En el borrador se señala en el numeral sexto que, con la adopción de medidas de priorización, se busca “caracterizar periódicamente” la carga de trabajo de la sala, de forma tal que defina y organice cómo atenderá los casos y las

situaciones de las que deberá conocer en el marco de la terminación del Cani, y los cuales deberán responder a los principios del debido proceso y seguridad jurídica. Para ello, la Sala propone en el numeral octavo estructurar el proceso de priorización a través de tres etapas: i) agrupación, para la cual se construirán y delimitarán universos provisionales de casos; ii) concentración, a partir de la cual se desarrollarán labores preliminares que permitan que concentre su trabajo en “la recolección y el análisis de información sobre determinados grupos de personas o de casos, con el fin de contar con los presupuestos necesarios para adoptar decisiones de priorización” (Jurisdicción Especial para la Paz, 2018a) y iii) priorización, a partir del cual aplicará “criterios de carácter estratégico” que ayuden en la gestión de los casos y en la asignación de recursos.

Para dicho proceso de priorización, la JEP propone en el numeral tercero del capítulo segundo que se parta de dos supuestos básicos: i) partir de los factores de competencia tanto a nivel material, temporal y personal, de acuerdo con la limitación establecida por el Acto Legislativo 01 de 2017 en su artículo 7 y ii) haciendo de la priorización un herramienta dinámica y progresiva, es decir, la misma dependería del flujo de información que la Sala reciba.

Finalmente, el documento presentado señala en el numeral tercero, literal b. del capítulo segundo, que los criterios de priorización tendrían dos dimensiones: impacto y disponibilidad. Frente al primero, el mismo será subjetivo y objetivo. El subjetivo responde a “las características de víctimas y de los presuntos responsables”, y el objetivo a i) la gravedad de los hechos, donde se tendrá en cuenta la intensidad de la violencia, la sistematicidad, la masividad, los daños o impactos generados; ii) la magnitud de la victimización, la cual respondería al número de víctimas, sean directas o indirectas, la extensión temporal de los hechos que generaron las víctimas y la extensión territorial, y iii) la representatividad de los hechos, que tendrá relación con el modo de operación de los actos, las prácticas, políticas, planes o patrones de macrocriminalidad.

Conclusiones

A partir de lo relacionado en el presente texto, se señala que efectivamente la priorización es una política criminal que responde a los criterios de una política pública que busca que la aplicación de la acción penal responda a una gestión estratégica y coherente, encaminada a responder al fenómeno criminal, permitiendo la asociación de casos, como lo señala la Directiva 002 de 2015 (Fiscalía General de la Nación, 2015) . De esta forma, es una política pública en donde el Estado hace una aplicación del *ius puniendi* racional, que permita enfrentar el fenómeno criminal desde diferentes ángulos, logrando de esta forma la disminución de la violencia del Estado hacia el individuo y de los individuos entre sí. Este mecanismo de política criminal, la investigación penal

por análisis de contexto, responde a estándares internacionales en relación con la investigación de graves violaciones de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, razón por la cual es aplicable en procesos de justicia transicional, en los cuales se da un cambio de una situación violenta a una de paz negativa, con el propósito de alcanzar la paz positiva.

En la medida en que el Estado incorpora la priorización como un criterio de selección, se abre la puerta a la incorporación de la categoría de máximos responsables, la cual surge en el derecho internacional y permite la investigación y judicialización de las personas que, en un contexto de conflicto, poseen el mando y dirección, ya sea de las fuerzas armadas del Estado o de las organizaciones armadas en oposición. Sin embargo, toda vez que la comisión de este tipo de conductas requiere de un nivel de sistematicidad, la investigación por análisis de contexto no solo integra la priorización como factor decisivo en su estructura, sino que permite que por medio de la misma se establezca la relación del máximo responsable en la comisión de hechos, a través del análisis interdisciplinar que aclara las circunstancias históricas, políticas, geográficas, económicas, etc., en las que se desplegaron las conductas lesivas.

Como herramienta de política criminal, la investigación por análisis de contexto se encuentra ubicada en un nivel de criminalización secundario que afecta de manera positiva la criminalización terciaria. Es decir, al enfocar los recursos estatales en la creación de marcos de macrocriminalidad en los que se asocian los factores mencionados, se identifican los máximos responsables y se construyen contextos, haciendo más eficientes los recursos económicos y de personal del mismo. Ahora bien, al utilizar el criterio de priorización y de máximos responsables, no solo se da cumplimiento a las obligaciones estatales internacionales, sino que además se da una aplicación teóricamente efectiva de la pena, ya que a la criminalización terciaria solo llegarían aquellos que reúnan los requisitos de la categoría máximos responsables en relación con los hechos del conflicto.

Lo anterior encuentra sustento en la variación que se generó en el proceso de justicia transicional de Justicia y Paz. Es decir, antes de la Directiva 001 (Fiscalía General de la Nación, 2012) existían, de acuerdo a la información previamente establecida, dos sentencias dentro del marco de Justicia y Paz. Sin embargo, seis años después y de conformidad a las cifras reportadas por el Consejo Superior de Judicatura y la FGN, se tienen 62 sentencias de primera instancia y 38 de segunda instancia para un total de 134 comandantes juzgados.

Por otra parte, de acuerdo a la Contraloría General de la República (2018), tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz se tienen 195 postulados condenados en 47 sentencias, con una inversión de 11 billones de pesos, lo que pone en duda su eficiencia como mecanismo de justicia transicional, pero aún más la selección de la investigación por análisis de contexto como mecanismo de política

criminal. Sin embargo, el informe reconoce que el 93 % de las condenas dadas en Justicia y Paz se obtuvieron una vez introducida la investigación por análisis de contexto, la priorización y el estudio de patrones de macrocriminalidad.

Referencias bibliográficas

- Barbosa, F. (2017). *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones B Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015). Problemas teóricos del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. En G. Barbosa *et al.* (Eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 41-134). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2016). La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del marco jurídico para la paz. En C. Bernal Pulido, G. Barbosa Castillo A. y C. Gómez (Eds.), *Colección Ejército, institucionalidad y sociedad, vol. 1-4. Justicia Transicional* (pp. 27-96). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia.
- Binder, A. M. (2010). La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político-criminal. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, (12), 213-229. Recuperado de http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=97
- Binder, A. M. (2012). *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Binetti, C. y Carrillo Flórez, F. (2004). *¿Democracia con desigualdad? Una mirada de Europa hacia América Latina. Temas*. Bogotá, Colombia: Banco Interamericano de Desarrollo; Comisión Europea.
- Borja Jiménez, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal: Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56(1), 113-150. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>
- Cassese, A., *et al.* (Eds.). (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Oxford, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf
- Congreso de Colombia. (2003). *Gaceta 436*.
- Congreso de Colombia (2005). Ley 975. Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html
- Congreso de Colombia (2012). Acto Legislativo 01. Bogotá, Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html
- Congreso de Colombia (2017). Acto Legislativo 01. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%2004%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>

- Contraloría General de Colombia. (2018). *Comunicado de Prensa 49*. Recuperado de https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset_publisher/1l4Sa8TmjbW/content/tras-10-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-y-11-billones-invertidos-tan-solo-se-han-condenado-195-postulados-en-47-sentencias?inheritRedirect=false
- Consejo Superior de la Judicatura. (sf.). Estadísticas Justicia y Paz. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-de-justicia-y-paz-tribunal-superior-de-bogota/decisiones-de-la-sala>
- Correa Henao, M. (2015). Análisis de contexto: Estudio desde el derecho constitucional. En G. Barbosa et al. (Eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: Crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 137-294). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-225. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-646. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-646-01.htm>
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-052. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm>
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-579. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-0577. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-762. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (18 de septiembre de 2003). Caso Bulacio vs. Argentina. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.
- Delmas-Marty, M. (1983). *Modèles et mouvements de politique criminelle*. París, Francia: Economica.
- Díez Ripollés, J. (2012). Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española. *Revista de Estudios de la Justicia REJ*. (16). Recuperado de http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/index.php?option=com_content&view=article&id=127&Itemid=108
- Dirección de Justicia Transicional. (2018). Mapa Justicia Transicional. Bogotá, Colombia.
- Dunn, W. N. (2012). *Public Policy Analysis: An introduction*. Boston, Estados Unidos: Pearson.
- Duque Morales, C. R., y Torres Restrepo, L. M. (2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la Paz. *Universitas Estudiantes*. (12), 269-290.
- Elder, C. D., & Cobb, R. W. (1993). Formación de la agenda: El caso de la política de los ancianos. En C. D. Elder (Ed.), *Colección Antologías de política pública III. Problemas públicos y agenda de gobierno* (pp. 77-104). México D. F.: Miguel Ángel Porrúa.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas: La Justicia Transicional en perspectiva histórica* (1ª ed.). Conocimiento. Buenos Aires, Madrid: Katz. Recuperado de <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000128891&page=1>
- Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (10ª ed.). Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L., & Carbonell, M. (2008). *Democracia y garantismo. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho*. Madrid, España: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2010). Gestión Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz a 30 de junio de 2010. Bogotá, Colombia.

- Fiscalía General de la Nación. (2012). Directiva 0001 de 2012. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-Nº-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2012a). Resolución 1810. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resolución-Nº-01810-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2012b). *Creación de una estrategia de priorización para la Fiscalía General de la Nación: Memorias de los talleres de discusión y construcción de los criterios de priorización y textos de las Directivas sobre el nuevo sistema de gestión de la priorización*. Bogotá, Colombia.
- Fiscalía General de la Nación. (2015). Directiva 002. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/0002-0021.pdf>
- Gallón, G. y Reed, M. (Eds.). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones* (pp. 69-105). Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.
- Garay Salamanca, L. J., y Vargas Valencia, F. (2012). *Memoria y reparación: Elementos para una Justicia Transicional pro víctima*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gobierno Colombiano y FARC EP. (2016). *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera*.
- Hinestroza, V., y Serrano, S. (Eds.). (2017). *Violaciones, derechos humanos y contexto: Herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos*. México D. F.: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Recuperado de <http://www.flacso.edu.mx/sites/default/files/violaciones-ddhh-y-contexto-herramientas-propuestas-para-documentar-investigar.pdf>
- International Human Rights Law Institute; Chicago Council on Global Affairs; Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali; Association Internationale de Droit Penal (2007). *Principios de Chicago sobre Justicia Transicional*.
- Jefatura Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (2012). *Plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>
- Joinet, L. (2007). Informe final realizado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. En G. Gallón y M. Reed. (Eds.). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones* (pp. 69-105). Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). Acuerdo 001. Bogotá, Colombia. Consultado en <https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Sala%20Plena%20Acuerdo%20001%20de%202018%20Reglamento%20general%20JEP.pdf>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2018a). Anteproyecto-Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Bogotá, Colombia.
- Letner, G. A. (2006). *Lineamientos para una política criminal del siglo XXI*. Buenos Aires, Argentina: Unidos por la Justicia.
- Martínez Osorio, D. (2014). *Manual de análisis contextual: Para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (Dinac) de la Fiscalía General de la Nación*. Bogotá, Colombia: ICTJ. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>

- Minow, M. (1998). *Between vengeance and forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Estados Unidos: Beacon Press.
- Mintzberg, H., et al. (1997). *El proceso estratégico: Conceptos, contextos y casos* (1ª ed.). México D. F.: Prentice-Hall Hispanoamericana.
- Moreno, M. C. (2014). Experiencias internacionales de justicia transicional y reconciliación. En N. Delgado (Ed.), ¿Qué soy capaz de hacer por la paz y la reconciliación? (pp. 39-52). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Muller, P. (2010). *Las políticas públicas* (3ª ed.). *Estudios de caso en políticas públicas*. Vol. 3. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- O'Donnell, G. A., & Schmitter, P. C. (1986). *Transitions from authoritarian rule*. Baltimore, Estados Unidos: Johns Hopkins University Press.
- Oficina Alto Comisionado para la Paz. (2010). *Ley de Justicia y Paz: Avance en el Proceso de Justicia y Paz*. Bogotá, Colombia.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*. Nueva York, Estados Unidos; Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. (3 de agosto de 2004). Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Recuperado de <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Ortegón Quiñones, E. (2008). *Guía sobre diseño y gestión de la política pública*. C.A.B. Serie Ciencia y Tecnología n° 168. Bogotá, Colombia: Convenio Andrés Bello, Colciencias, Instituto de Estudios Latinoamericanos.
- Oszlak, O. (2009). Implementación participativa de políticas públicas: Aportes a la construcción de un marco analítico. En Alejandro Belmonte et al. (Eds.), *Construyendo confianza: Hacia un nuevo vínculo entre estado y sociedad civil* (pp. 9-48). Buenos Aires, Argentina: JGM, Fundación Cippec.
- Parsons, D. W. (1995). *Public policy: An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*. Reino Unido: Edgard Elgar.
- Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (2018). *Reglamento General*. (Acuerdo, 001).
- Presidencia de Colombia (2013). Decreto 3011. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56210>
- Quintero Navas, G. A. (2011). *Metodología para la actualización preventiva de la Procuraduría General de la Nación en las diferentes etapas del ciclo de las políticas públicas. Metodología n° 2*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación.
- Romero Sánchez, A., et al. (2017). *Crimen y política pública criminal: Elementos para la configuración del Observatorio de Política Criminal*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>
- Roth Deubel, A. (2015). *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación* (11ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Aurora.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal: Parte general*. Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C., & Muñoz Conde, F. (2006). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2ª ed.). Claves del Derecho Penal. Vol. 2. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Safferling, C. (2011). *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht. Springer-Lehrbuch*. Berlín, Heidelberg, Alemania: Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- Salmón, E. (2012). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Comisión Internacional de la Cruz Roja.

- Simon, H. A. (1988). *El comportamiento administrativo: Estudio de los procesos decisorios en la organización administrativa* (3ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Aguilar.
- Suárez Díaz, E. y Velasco Chaves, E. (2016). Máximos responsables. En C. Bernal Pulido, G. Barbosa Castillo y A. R. Ciro Gómez (Eds.), *Colección Ejército, institucionalidad y sociedad, vol. 1-4. Justicia Transicional* (pp. 173-289). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia.
- Teitel, R. G. (2003, verano). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*. Cambridge, Reino Unido.
- Teitel, R. G. (2016). Justicia transicional y el proceso de paz en Colombia. En C. Bernal Pulido, G. Barbosa Castillo y A. R. Ciro Gómez (Eds.), *Colección Ejército, institucionalidad y sociedad, vol. 1-4. Justicia Transicional* (pp. 283-320). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia.
- Teitel, R. G. (2017). *Justicia transicional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Torres-Melo, J. (2013). *Introducción a las políticas públicas: Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogotá, Colombia: IEMP Ediciones.
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua ex-Yugoslavia (2000). *Prosecutor vs. Zlato Aleksovski*. United Nations. (2002). *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June-17 July 1998*. Nueva York, Estados Unidos: Organización de las Naciones Unidas.
- Uprimny, R., y Lasso, M. (2004). Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones. En J. E. Borda Medina (Ed.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: Temas críticos y propuestas*. Bogotá, Colombia: Fundación Social.
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: Tensiones y complementariedades. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (211-232). Bogotá, Colombia: Ottawa, Canadá: Universidad de Los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales; Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo.
- Valencia Agudelo, G. D., y Mejía Walker, C. A. (2010). Ley de Justicia y Paz: Un balance de su primer lustro. *Perfil de Conyuntura Económica*, (15), 59-77.
- Velásquez Gavilanes, R. (2010). Hacia una nueva definición del concepto 'política pública'. *Desafíos*, 20(0), 149-187. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/download/433/377>
- Yves, M., & Thoenig, J.-C. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona, España: Ariel.